

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الاشتراط في عقد الزواج

دراسة مقارنة بين قانون الأسرة و الفقه الإسلامي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف:

من تقديم الطالب(ة):

د/ عتيق نظيرة

بوقروة رميساء

العوش فطيمة

لجنة المناقشة :

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أ.د/ رحمانى منصور	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
د/ عتيق نظيرة	أستاذة محاضرة	مشرفا و مقرا
أ/ سليني كريمة	أستاذة مساعدة	مناقشا

دورة سبتمبر 2020

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من علمني حرفا من كتاب الله الكريم و أخذ بيدي إلى طريق العلم و المعرفة.

إلى روح والدي الطاهرة رحمه الله و أسكنه فسيح جناته.

إلى والدتي الكريمة التي وقفت بجانبتي طيلة مشواري الدراسي.

إلى كل عائلتي الحبيبة..إخواني...أخواتي...إلى كل أصدقائي و زملائي الذين ساندوني ووقفوا إلى جانبي لإتمام هذا البحث.

كما أهدي أيضا إلى أمي الحبيبة يا حبيبة قلبي و أبي الغالي يا غالي عليا.

و أهدي أيضا إلى زوجي العزيز.

كما أهديه إلى إخوتي و أخواتي الأعزاء.

# شكر و تقدير

ليس في المقام الأول أحق بالشكر من الله و الشكر له أولا و أخيرا.

نتقدم بجزيل الشكر و التقدير للأستاذة الفاضلة "نظيرة عتيق" لقبولها

الإشراف علينا و على نصحتها الدائم و توجيهاتها.

كما نتقدم بالشكر لكافة أساتذة قسم الحقوق بجامعة 20 أوث

1955 بسكيكدة و العاملين بالمكتبة المركزية و لكل من ساهم و

ساعد في هذا البحث.

كما لا ننسى بالذكر لجنة المناقشة التي وافقت على مناقشة هذه الرسالة.

# المقدمة

إن الحمد لله حمدا طيبا مباركا كما ينبغي لجلال وجهه الكريم و سلطانه العظيم، قال تعالى : {قل اللهم مالك الملك توتي الملك من تشاء و تنزع الملك ممن تشاء و تعز من تشاء و تذلل من تشاء بيدك الخير كله إنك على كل شيء قدير}. [الآية 26 من سورة آل عمران] ، و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين القال فيه رب العالمين: {إن الله و ملائكته يصلون على النبي يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه و سلموا تسليما} [الآية 06 من سورة الأحزاب].

يعتبر عقد الزواج رابطة مقدمة شرعها الله بين الرجل و المرأة لتكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة باعتبارها نواة المجتمع، فلا يمكن تصور مجتمع مترابط دون قيام أسر متماسكة، و قد حرصت الشريعة الإسلامية الغراء على وضع القواعد التأسيسية و المبادئ الشرعية الأخلاقية التي ينشأ في ظلها الزواج، كما نظم القانون رابطة الزواج تنظيمًا محكما يقوم على أقوم المبادئ لضمان استقرار الأسر، إلا أنه يجوز للزوجين تضمين عقد زواجهما بشروط ضرورية تحقق النفع لصالح الأسرة، كاشتراط الزوجة على زوجها السكن المنفرد، فالاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا و قانونا مادام يحقق مصلحة خاصة أو مشتركة للزوجين و لا يضر بمصلحة الطرف الآخر تماشيا مع المبدأ القائل أن: "العقد شريعة المتعاقدين" و تطبيقا لقوله صلى الله عليه و سلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"، و يصبح الشرط لازما و أحق بالوفاء لصالح الطرف الآخر.

### أهمية الموضوع

تتجسد أهمية موضوع الاشتراط في عقد الزواج في بيان الشروط التي يحق لكل من الزوج والزوجة إدراجها في عقد الزواج سواء كانت هذه الشروط موافقة لمقتضى عقد الزواج أو منافية له حتى يتسنى للزوجين معرفة نوع الشروط التي تدرج في العقد، و بيان حكمها الشرعي و القانوني و تفادي الإشكالات التي تقع من وراء ذلك مما يقضي بظهور مشارطات جديدة لم ينص عليها الشارع و لم يترتب عليها آثار.

## أسباب اختيار الموضوع

إن غايتنا المنشودة من موضوع الدراسة هو تسليط الضوء على طبيعة الشروط المقترحة بعقد الزواج باعتبارها سببا في انحلال الرابطة الزوجية و ذلك في حالة عدم الوفاء بهذه الشروط من قبل الطرف الآخر و معرفة مدى توسع المشرع الجزائري في بيان هذه الشروط و لظهور عقود كثيرة من الزواج في هذا العصر التي تبنى على شروط تخالف مقتضيات عقد الزواج و مقاصده.

## أهداف الموضوع

تهدف هذه الدراسة إلى بيان سعة قانون الأسرة و كيفية معالجته لهذه الإشكالات و بيان سعة الفقه الإسلامي في التطرق للموضوع و ذلك ببيان أهم الشروط التي يشترطها الزوجين و التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري و إن إبراز آثارها على العقد في حالة عدم الوفاء بها، كما تهدف هذه الدراسة إلى بيان حكم هذه الشروط في القانون و الشريعة و كذا الوقوف على أهم الشروط الشائع اشتراطها بين الزوجين و مدى تعامل الشارع مع هذه الحالات في عقد الزواج.

## إشكالية البحث

- ما هو مفهوم الشرط المقترن في عقد الزواج فقها وقانونا؟
- كيف نظم كل من قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية أحكامه؟.
- كيف عالج المشرع الجزائري مسألة الاشتراط ومقارنة ذلك مع الفقه الإسلامي؟

## الدراسات السابقة

تحصلنا في هذا الموضوع على الدراسات التالية:

✓ كتاب مطبوع تحت عنوان "الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية" الدكتور رشدي شحاتة أبو زيد و قد جاء في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: التعريف بالشرط وبيان خصائصه و أقسامه.

الفصل الثاني: مبدأ اقتران العقود بالشروط في الفقه الإسلامي

الفصل الثالث: الشروط المقترنة بعقد الزواج.

✓ كتاب مطبوع تحت عنوان "الشروط الاتفاقية في عقد الزواج" للدكتورة نشوة العلواني، حيث بينت فيه حكم هذا العقد و مدى توسع الشرع في الاشتراط فيه و حكم الفقهاء في ذلك، و تحدثت عن أثر الشروط الاتفاقية على عقد الزواج.

✓ الاستفادة من الكتب الفقهية.

✓ أما الرسائل الجامعية في موضوع الاشتراط في عقد الزواج اعتمدنا على الرسالة التي أعدت لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تحت عنوان "المشارطات العقدية في عقد الزواج" للطالب سعيد خنوش السنة الدراسية 2008، تحت إشراف الدكتورة نصيرة ذهنية.

### منهج و منهجية البحث

اعتمدنا في دراسة موضوع الاشتراط في عقد الزواج المنهج المقارن والمنهج التحليلي، المنهج المقارن يقوم بمقارنة مسألة المشارطات من خلال الفرق والتمييز بينهما.

أما المنهج التحليلي يقوم بدراسة الإشكالات المطروحة بشأن تلك المسألة و هذا من خلال التفسير والاستنباط.

وقد وضع هذا البحث منهجية تقوم على الخصائص التالية:

- الوقوف على موضوع الدراسات دون إدراج نقاط لا تخدم الموضوع.
- ترقيم الآيات القرآنية وبيان سورها في المصحف الشريف.
- ذكر أقوال الفقهاء في مسألة الاشتراط مع وضع الأدلة.
- ذكر ترجمة لبعض الأعلام الواردة في البحث.
- توثيق المعلومات من المراجع.

## الخطة العامة للبحث

لقد اتبعنا في دراسة هذا الموضوع التقسيم الثنائي للفصول أي على مقدمة و فصلين و خاتمة أدرجنا لكل فصل تمهيد خاص به للدخول في الفصل الآخر و كذلك فيما يخص الولوج في المباحث و ارتباطها بما قبلها و بعدها.

مقدمة تطرقنا فيها إلى عدة نقاط و هي:

أهمية الموضوع، أسباب الموضوع ثم تطرقنا إلى وضع إشكالية البحث ثم المنهج المتبع له خلال دراستنا للاشتراط في عقد الزواج و أنهينا المقدمة بذكر الدراسات السابقة للموضوع

**الفصل الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج**

**المبحث الأول: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج**

**المبحث الثاني: القيود الواردة على حرية الاشتراط فقها و قانونا**

**الفصل الثاني: أحكام الاشتراط في عقد الزواج**

**المبحث الأول: أثر الاشتراط في عقد الزواج**

**المبحث الثاني: تطبيقات لبعض صور الاشتراط و جزاء عدم الوفاء بها**



الفصل الأول:

مفهوم الشرط

المقترن بعقد

الزواج

## الفصل الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج

إن الاشتراط في عقد الزواج يكون بوضع الشروط الضرورية أمام الزوجين لتحقيق منافع و مصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، الأمر الذي جعل الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري تعطي لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة و ذلك لضمان حقوقهما، و قيام علاقة زوجية خالية من المشاكل، إلا أن ذلك لا يعني أن للزوجين مطلق الحرية في الاشتراط و ذلك لوجود حدود لهذه الشروط.

سنحاول في هذا الفصل أن نعرف مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج، و ذلك بتقسيمه إلى مبحثين حيث نخصص المبحث الأول بالتعريف بالشرط، أما المبحث الثاني فنخصصه لدراسة القيود الواردة على حرية الاشتراط فقها و قانونا.

## المبحث الأول: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج

يكتسي عقد الزواج أهمية بالغة تختلف عن سائر العقود فقد وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ، و يقوم عقد الزواج على المسامحة لا المشاحنة إلا أن هذا لا يمنع أن يقترن عقد الزواج بشروط يتفق الزوجان عليها، و الشروط المقترنة بعقد الزواج لها خصوصية تختلف عن بقية الشروط الأخرى.

و لمعرفة كل ما يتعلق بهذه الشروط لابد من دراسة تعريفها و هو ما سندرسه في المطلب الأول و معرفة أقسامها و خصائصها في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: تعريف الشرط لغة و اصطلاحاً و قانوناً

نظراً لأهمية الشروط المقترنة بعقد الزواج ارتأينا دراسة تعريفها و تعريف الشرط كمصطلح لا يتضح معناه إلا من خلال دراسة تعريفه من الناحية اللغوية و هذا في الفرع الأول و دراسة تعريفه من الناحية الاصطلاحية في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: تعريف الشرط لغة<sup>1</sup>

الشرط بسكون الراء إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و الجمع شروط، و شرائط، و قد شرط له و عليه و كذا شُرُطٌ و شُرُطٌ شَرْطاً و اشترط عليه و الشريطة كالشرط، و قد شارطه و شرط له في صيغته شُرُطٌ و شُرُطٌ و شَرَطَ للأجير شَرْطاً شَرْطاً.

و الشرط بالتحريك أي بتحريك الراء العلامة و الجمع أشرط، و منه أشرط الساعة أي علاماتها، و قد جاء في التنزيل العزيز، قال الله تعالى: {فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها فأنى لهم إذا جاءتهم ذكراهم} [محمد الآية 18]، أي علاماتها.

<sup>1</sup> - لسان العرب، ابن منظور، طبعة مراجعة و مصححة بمعرفة نخبة من السادة الأساتذة المختصين، دار الحديث، القاهرة، 1432هـ، (79/05)، مختار الصحاح، الرازي، تحقيق: محمود خاطر، طبعة جديدة، بدون رقم الطبعة، 1415هـ، مكتبة لبنان، ناشرون، بيروت، ص 354.

و الاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، و أشرط فلان نفسه لكذا و كذا أعلمها له و أعدها و منه سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها و أشرط الشيء أوائله، قال بعضهم: و منه أشرط الساعة و ذكرها النبي صلى الله عليه و سلم و الاشتقاقان متقاربان لأن علامة الشيء أوله و مشاريط الأشياء أوائلها كأشرطها، أنشد ابن الأعرابي:

تشابه أعناق الأمور و تلتوي      مشاريط ما الأوراد عنه صوادر

و أشرط كل شيء ابتداء أوله.

### الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحاً

هو ما يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده و ينعدم بانعدام الشرط كقول الرجل لامرأته: إن خرجت من الدار فأنت طالق، فإن وقوع الطلاق هنا يتوقف على خروج المرأة و قيل أن الشرط: " هو ما يتوقف عليه الحكم و ليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده وجود المشروط"، و مثال ذلك الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود، كشرط الأهلية فإنها إلزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده.<sup>1</sup>

كما عرفه الدكتور رشدي شحاتة أبو زيد بأنه: "التزام العاقد في عقده أمراً زائداً على أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكداً له، أو كان منافياً له، أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط".<sup>2</sup>

و في اصطلاح الأصوليين: هو الذي يلزم من وجوده وجود و لا عدم، و بالمثال يتضح المقال: دخول وقت الصلاة من شروط الصلاة، فإن صلى الإنسان قبل دخول وقت الصلاة فصلاته باطلة فهذا معنى قولهم: " يلزم من عدمه عدم". أي يلزم من عدم تحقق الشرط عدم صحة الصلاة ( فلا يلزم) و معنى قولهم: " لا يلزم من وجوده وجود أو عدم" أي:

<sup>1</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد السابع، ص242.

<sup>2</sup> - رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر،

إذا دخل وقت الصلاة فلا يلزم من ذلك أداء الصلاة أو عدمها، فقد يتحقق هذا الشرط و لا يتحقق العمل، إما بعد أدائه أصلا أو بإبطاله بترك ركن من أركانه.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: تعريف الشرط قانونا

إن قانون الأسرة الجزائري قد تعرض إلى مسألة اشتراط الشروط في عقد الزواج و هذا في المادة 19<sup>2</sup> من نفس القانون.

و نظرا لما جاء به تعريف الشرط في قانون الأسرة الجزائري، فإنه لم يتعرض إلى تعريف الشرط إطلاقا و لم يعرف بأي عبارة كانت، و استعمل المشرع الجزائري عبارة " أن يشترطاً" للدلالة على ما ينص عليه في التعاقد.

إن ما يهمننا في التعريف للشرط هو التعريف الذي يخص الشرط المقترن بعقد الزواج أي الشرط الذي يكون داخل ماهية العقد و يعرف كما يلي: " هو ما يشترطه أحد أطراف العقد مما يريد به تحقيق منفعة لنفسه أو تقليص حدود منافع غيره، و يرضى به الطرف الثاني عن طلب نفسه منه محتارا غيره مكره.<sup>3</sup>

و يقصد بالشروط المقترنة بعقد الزواج الشروط التي صدرت فيه الصيغة مطلقة عن التعليق على الشرط أو الإضافة إلى المستقبل أو التنفيذ بوقت لكنها مقترنة بشرط، و قد اتفق الفقهاء على أن الشروط المقترنة بشرط تنوع فرعين شروط صحيحة و أخرى غير صحيحة و اختلفوا في الشروط الصحيحة.<sup>4</sup>

و يفهم من هذا التعريف الشرط المقترن بعقد الزواج أنه لا بد أن يرضى به الطرف الثاني و أن يكون الرضا خاليا من عيوب الإرادة، كالإكراه و الغلط، و إلا كانت الشروط

<sup>1</sup> - السرخسي محمد بن أحمد، أصول السرخسي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1993، ص303.  
<sup>2</sup> - تنص المادة 19 من قانون الأسرة على : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية...."  
<sup>3</sup> - عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر للتوزيع و النشر، حسين داي، الجزائر، الطبعة الأولى، ص92.  
<sup>4</sup> - كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، ص43.

غير معتبرة شرعا و قانونا، و ذلك سيرا على القاعدة الفقهية التي تقرر أن: " كل عيب في الرضا يجعل للعاقد الحق في الفسخ".

و إن تلك الشروط التي أقرتها المادة 19<sup>1</sup> من قانون الأسرة الجزائري، هي تلك التي ذكرها أهل الفقه، و هذا دليل على أن القانون يستمد حتى الأمثلة من الشريعة الإسلامية ما عدا عمل المرأة.

### المطلب الثاني: أقسام و خصائص الشرط المقترن بعقد الزواج

الشرط المقترن بعقد الزواج يختلف عن أركانه و شروط صحته و له طبيعة خاصة تميزه عن بقية الشروط المقترنة بالعقود الأخرى، لهذا فله أقسام خاصة به و خصائص مميزة لهن و هو ما سنعالجه في الفرع الأول و خصائصه في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: أقسام الشرط

و يشمل هذا الفرع قسمين من الشروط و هما:

#### أولا: أقسام الشرط من حيث المصدر

و يشمل هذا القسم الشرط الشرعي و الشرط الجعلي و الشرط العرفي.

#### 1- الشرط الشرعي: و هو ما كان توقف المشروط على وجود الشرط بحكم الشارع

و يشمل هذا النوع جميع الأمور التي اشترطها الشارع في العبادات و العقود و التصرفات كالوضوء الذي جعله شرطا لصحة الصلاة و حولان الحول الذي اشترطه في الزكاة و نحوها.<sup>2</sup>

و الشرط الشرعي هو الذي يكون اشترطه بحكم الشارع أو القانون كالشروط التي اشترطها الشارع عن العقود و التصرفات و كذلك التي اشترطها في مختلف العبادات كشرط الوضوء بالنسبة للصلاة فالوضوء أمر خارج عن الصلاة أوجاه

<sup>1</sup> - المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ص 304.

الله تعالى قبل الدخول إلى الصلاة فيهيء نفسه للقاء ربه و لا يقتضي وجود الصلاة و لكن الصلاة يتوقف وجودها على الوضوء فإن لم يوجد لم توجد صلاة. فالشرط الشرعي يرتبط وجوده بأمر آخر حيث يصبح تحقق هذا الأمر لازماً من أجل تحقيق ذلك، الأمر الذي ربط به كشرط الحول للزكاة (متوقف على شرط) فخرج الزكاة متوقف على شرط فإن لم يتحقق شرط الحول فلا وجود للزكاة.<sup>1</sup> و من بين الشروط التي اشترطها المشرع الجزائري، شرط الأهلية في الزواج حيث تنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..."<sup>2</sup>

**2- الشرط الجعلي:** و هو الذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف و إرادته،<sup>3</sup> و مصطلح الشرط الجعلي هو تركيب لفظي من كلمتي الشرط و الجعل، فإذا كان الشرط يعني: "ما يتوقف عليه وجود الشيء و لم يكن جزء من حقيقته". و إذا كان الجعل لغة بمعنى الصنع و الوضع، و إيجاد الشيء من الشيء فإن الشرط الجعلي من وضع المتعاقدين على خلاف الشرط الشرعي.<sup>4</sup>

**3- الشرط العرفي:** هو ما يتقيد به التعرف على ما اعتاده الناس و ما ألقوه و ما فعلوه تكرر مرة بعد مرة حتى تمكن أثره من نفوسهم و صارت تتلقاه عقولهم، كان يبيع شخص لآخر سلعة بثمن معين دون أن يشترط عليه تعجيل الثمن و يكون المتعارف عليه التأجيل لشهر أو سنة و يكون ذلك التأجيل المتعارف عليه شرطاً في البيع كالشرط الجعلي.

وقد اختلفت آراء الفقهاء في مدى تقييد العقود و التصرفات بالشرط العرفي، فذهب الحنفية إلى اعتبار العرف الصحيح و تقييد العقد بها استناداً إلى بعض القواعد

<sup>1</sup> - نورة دري، الشروط الجعلية في عقود الزواج، دار ابن حزم، بيروت، 2009، ص 24.

<sup>2</sup> - قانون الأسرة رقم 08-11 المؤرخ في 09 يناير 1984، المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005.

<sup>3</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ص 304.

<sup>4</sup> - عمران عائشة، الشروط الجعلية في عقد الزواج، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد الرابع، ص 103.

العامة كقاعدة " الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"، أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح.<sup>1</sup>

## ثانياً: أقسام الشرط من حيث الوظيفة

و يشمل الشرط من حيث الوظيفة: شرط التقييد، شرط التعليق و شرط الإضافة.

### 1- شرط التقييد:

الشرط التقييدي هو: "التزام المتعاقد في عقده أمراً زائداً عن أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه، أم كان مؤكداً له، أم كان منافياً له، و سواء فيه منفعة لمن اشترط الشرط لصالحه، أو كانت المنفعة لغيره، أو لم تكن هناك منفعة لأحد." ، و يعرف أيضاً بأنه: "التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعاً." <sup>2</sup> كما عرف أيضاً بأنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغته مخصوصة".<sup>3</sup>

و بمعنى آخر فإن الشرط التقييدي هو أن يلتزم الطرفين أو إحدهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف و يرد ذلك في العقد بعبارات مخصوصة دالة على الاشتراط كشرط كذا أو على أن يكون كذا و غيرها من ألفاظ و عبارات التي تقيد معنى الاشتراط و انطلاقاً من هذه التعاريف فإن الشرط المقيد يختص بما يلي:

أ- كونه أمراً مستقبلاً مقروناً بالعقد

ب- كونه أمراً زائداً على أصل التصرف فهو ليس عنصراً أساسياً في تكوين العقد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - نشوة العلواني، الزواج و الشروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، طبعة 01، لبنان، 2003، ص 89.

<sup>2</sup> - عمران عائشة، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup> - بركاتة مسعود، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 30.

<sup>4</sup> - نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 48.



إضافة على ذلك فإن شرط التقييد من الشروط الواجبة الوفاء و أن إخلال الوفاء بها يعطي لصاحب الشرط حق فسخ العقد كأن تشترط الزوجة عدم الزواج عليها فإن إخلال بهذا الشرط يعطي للزوجة حق الخيار في فسخ العقد.

و قد سئل الإمام مالك رحمه الله عن رجل تزوج امرأة و شرط لها أن لا يخرجها من المدينة إلا برضاها فإن خرج بها بغير رضاها فأمرها بيدها، فخرج من المدينة على ليلة و أذنت له، ثم قالت له بعد أن خرجت معه و أقام بها في ذلك الموضع أرد في ذلك إلى المدينة أثري لها ذلك قال: نعم أرى لها ذلك.<sup>1</sup>

و خير دليل على مشروعية الشرط التقييدي و جوازه قوله صلى الله عليه و سلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما".<sup>2</sup>

## 2- شرط التعليق

الشرط التعليقي هو ذلك الشرط الذي يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر كلاهما غير موجود في الحال، أو هو ما علق فيه مضمون جملة على مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات التعليق، كأن حضر ابني من سفر فقد زوجتك له، و التعليق عكس التتجيز حيث يكون العقد مطلقا مرتبا لآثاره فور صدوره، و الشرط التعليقي هو بمعنى السبب عند الأصوليين الذين يقولون في تعريفه: "ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم".

و تعليق الزواج لا يصح، يستثنى من ذلك صورتان هما: أن يعلق على شرط ما مضى كائن أي محقق و مستمر إلى وقت التعليق، و تأتي الصورة الثانية في حال التعليق على شرط تحقق وجوده في مجلس العقد، حيث يكون التعليق في الصورتين تعليقا صوريا لا حقيقيا، و قد ذهب المالكية و الحنابلة إلى عدم صحة التعليق هنا و بينوا أن الإيجاب المعلق على شرط لا وجود له قبل وجود الشرط، إلا أن المالكية قد

<sup>1</sup> - بركاتة مسعود، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup> - سنن الترميذي، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، الجزء 03، ص 635.

حكما بصحة التعليق، في الحالة التي يعلق فيها الأب المريض مرض الموت زواج ابنته من شخص على موته من هذا المرض، فإن مات تم العقد بعد قبول الخاطب.<sup>1</sup>  
و لا يكون الشرط معلقا إلا بتحقق شرطان:

أ- أن يكون الشرط مستحيل الوقوع أو غير مشروع كأن يقول الشخص لآخر إن قتلت فلان لأعطيتك محلي.

ب- أن يكون الشرط المعلق عليه غير موجود وقت التعاقد.<sup>2</sup>

### 3- شرط الإضافة

شرط الإضافة هو الشرط الذي يقصد به عدم ابتداء العقد في الحال و تأجيله إلى زمن المستقبل و يتحقق ذلك بإضافة صيغة الإيجاب على المستقبل كأن يقول الرجل لامرأة ألا تزوجتك بعد ثلاثة أيام أو أول الشهر القادم فتقول المرأة قبلت.

و بخصوص حكم العقد المضاف فإنه ينعقد في الحال بمجرد صدور الإيجاب عليه و لا يرتب آثاره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه العقد.<sup>3</sup>

كما يشترط الشافعية كون النكاح مطلقا و حينئذ لا يصح توقيته لمدة معلومة أو مجهولة، فقول الشافعي: "كل نكاح على وقت معلوم أو مجهول فالنكاح منسوخ لا ميراث بين التعجيل و لا يرتب أي حكم من أحكام الزواج".<sup>4</sup>

و انطلاقا مما سبق ذكره يمكن أن نستنتج أهم الفوارق بين كل من شرط التقييد و شرط التعليق و شرط الإضافة.

إن فسخ شرط التقييد يحتاج إلى استصدار حكم من القضاء بناء على طلب صاحب الشرط على عكس الفسخ في شرط التعليق الذي يتم بمجرد تحقق الشرط أو تخلفه بحسب اتفاق حول جعل الشرط فاسخا أو واقفا من غير استصدار أو حكم.

<sup>1</sup> - عمران عائشة، المرجع السابق، ص 105.

<sup>2</sup> - نورة دري، المرجع السابق، ص 25.

<sup>3</sup> - بركاتة مسعود، المرجع السابق، ص 35.

<sup>4</sup> - الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المذهب الشافعي في الفقه الإسلامي، مؤسسة علم أصول الفقه.

كما أن شرط الإضافة يشبه شرط التعليق كون العقد المضاف لا يترتب أثره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه.

### الفرع الثاني: خصائص الشرط

سنتناول في هذا الفرع جملة من الخصائص أهمها:

#### أولاً: أمر زائد على أصل العقد

القاعدة تقضي بكون العقود مفضية إلى نتائجها، فهي تقضي إلى آثارها بذواتها يجعل الشارع لها، حيث تكون أسبابا لمسبباتها،<sup>1</sup> و هو ما يعني أن آثار العقد تترتب بصفة تلقائية دون أن تحتاج إلى اشتراط، و من باب أولى ينفصل انفصال العقد عن الشرط، إذ لا يمثل ركنا، فهو مستبعد من دائرة العناصر الجوهرية المكونة للعقد ذاته، و من هنا تبرز الزيادة، فالأصل أن العقد ينعقد بدون الشرط، و يترتب آثاره أيضا، و لكن الشرط إذا ورد كل مقصده تعديل تلك الآثار، فيؤدي إلى نشوء التزام زائد عن الالتزام الأصلي كما قد يؤدي إلى زوال هذا الأخير بحسب الحالات.<sup>2</sup>

كما أن الشرط المقترن بالعقد أمر زائد عن أصل التصرف أو العقد، كما قال الزركشي: "الشرط ما جزم فيه الأصل - أي أصل التصرف - و شرط فيه أمرا آخر".<sup>3</sup>

#### ثانياً: أمر مستقبل

الشرط إنما يتعلق بالأمر المستقبلية، أما الماضية، فلا مدخل له فيها، كما لو قال شخص لآخر: بعثك هذه الدار بمائة ألف دينار إلى أجل كذا: على ان تعطيني رهنا، فقد اقترن عقد البيع بشرط يلزم أحد العاقدين بأمر يحدث في المستقبل، و هو تقديم الرهن بعد تمام العقد، فالشرط هذا التزام أمر لم يوجد في الماضي أو في الحال، و لذلك لا يدخل

<sup>1</sup> - رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 61.

<sup>2</sup> - عمران عائشة، المرجع السابق، ص 103.

<sup>3</sup> - عثمان محمد شبير، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها فيه في الفقه الإسلامي، جامعة قطر، ص 62.

اشتراط صفة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد: كاشتراط كون الناقة حاملا ضمن الشروط المقترنة بالعقد حقيقة، و إنما تعد شرطا مجازا.<sup>1</sup>

### ثالثا: شرط مقارن للعقد أو لاحق به

كذلك من الخصائص التي تميز الشرط المقترن بعقد الزواج على أساس زمني بحت، كونه مقارنا لعقد الزواج و يطلق عليه الشرط المقترن بالعقد و هو الذي يقع على حال العقد و يضاف إلى صلبه و صيغته عند إنشائه.

### رابعا: أمر محتمل الوقوع

أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشتراط عليه تنفيذه و هذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل، لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلا، و الاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، و تتحقق الاستحالة المادية حتى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط، كتعليق الهبة على الطيران في الهواء بغير طائرة أو على عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمناطقها نص القانون حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم.<sup>2</sup>

### خامسا: واقع في حال العقد

الشرط المقترن بالعقد هو الذي يقع على حال العقد، و يضاف إلى صلبه و صيغته عند إنشائه فلا يدخل في الشرط المقترن بالعقد ما كان قبله و لو تضمنت التزاما، و يعد من قبيل الوعد، و كذلك الشرط الأحق للعقد لا يدخل في الشرط المقترن، بالعقد بعد إنشائه و لزمه فهو لغو.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عثمان محمد شبير، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 243.

<sup>3</sup> - عثمان محمد شبير، المرجع السابق، ص 64.

## المبحث الثاني: القيود الواردة على حرية الاشرط فقها و قانونا

من خلال دراستنا المعمقة لموضوع الاشرط راودتنا حرية الاشرط في عقد الزواج فهي تابعة لحرية التعاقد، بدليل أن من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود، و تبعا لذلك اختلف الفقهاء ما بين مضيق و موسع فيما يتعلق بحرية التعاقد، و بالتالي حرية الاشرط.

خصنا هذا المبحث لمعرفة القيود الواردة على حرية الاشرط بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية و هذا في المطلب الأول و في المطلب الثاني القيود الواردة على حرية الاشرط بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

### المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الاشرط فقها

الشرط المقترن بعقد الزواج يعد حقا شرعيا و قانونيا يعطى للزوجين، فالزوجين لهم الحق في وضع شروط مقترنة بعقد الزواج إلا أن هذا الحق ليس مطلقا بل له قيود تتعلق به و هو ما ندرسه في هذا المبحث.

و لمعرفة كل ما يتعلق بهذه القيود لا بد من دراسة حرية الاشرط في عقد الزواج التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ذهب جانب من الفقهاء، إلى أن الأصل في الاشرط الإباحة، و ذهب جانب آخر إلى أن الأصل في الاشرط الحظر و هذا ما سننترق إليه في موضوع بحثنا من خلال الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: الأصل في الاشرط الإباحة

يمثل أصحاب هذا الرأي مذهب الحنابلة و على رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن القيم<sup>1</sup> و طائفة من فقهاء المالكية<sup>2</sup> و هو الرأي ذاته القائل بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي، لأن حرية الاشرط تابعة لحرية التعاقد و العقود مركبة على الشروط.

<sup>1</sup> - رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص94.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص254.

و حسب أنصار هذا الرأي، فإن لأفراد أن يبتدعوا صورة جديدة من العقود و الشروط على أن يكون ذلك في دائرة معينة هي دائرة الحلال و المباح و لا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام، لأن الإرادة فيس نظرهم كافية وحدها لتحقيق الالتزامات.

إن الله عز وجل أمر بالوفاء بالعقود و العهود على وجه العموم و يستثنى منها إلا ما كان محرماً بنصوص الكتاب و السنة، بل إن الله عز وجل أمر المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين، و هذا كله دليل على إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حر في تصرفاته، و قد استدلوا على ذلك في الآية الكريمة التي أوجبت الوفاء بالعقود، و هي قوله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود }. [سورة المائدة الآية 01]

و وجه الدلالة أنها توجب الوفاء بما أحل الله من العقود، و جاء الخطاب في هذه الآية بالإيمان و التكريم و التعظيم على وجوب الوفاء بكل عقد و عهد سواء كان بين الإنسان و ربه أو بين الناس فيما بينهم.

### أولاً: مضمون هذا الرأي

إن الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد الزواج و غيره من العقود فيما يتعلق بحرية إنشاء شروط متى تم ذلك ضمن الحدود الشرعية، فأجاز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي من شأنها أن تحقق مصلحة أو منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما شرط أن لا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج، و بهذا يكون الحنابلة قد توسعوا في الاخذ بمبدأ حرية التعاقد و إنشاء الشروط التي تحقق مصالح الناس و تفي بأغراضهم، إلا إذا قام الدليل على المنع فعندئذ لا يلزم الوفاء بها.<sup>1</sup>

### ثانياً: أدلة هذا الرأي

بعد أن تعرفنا على مضمون رأي المبيحين للشروط في عقد الزواج، سنبين فيما يلي الحجج و الأدلة التي استندوا عليها في إثبات رأيهم و دعم مذهبهم سواء من الكتاب، أو من السنة النبوية، أو من الأثر، أو من المعقول.

<sup>1</sup> - كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 28.

## 1- من الكتاب

لقد استند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه من أن الأصل في الإشتراط الإباحة إلى الآية الكريمة التي أوجبت الوفاء بالعقود قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود} [الآية 01 سورة المائدة]. و هذه الآية هنا تدل على أن توجب الوفاء بما أحله الله من عقود و عهود.

كما أن الله تعالى أمرنا الوفاء بالعقود دليل على جوازها، فالله لا يأمرنا بالوفاء لما لا يجوز الإقدام عليه، و لو كان الأصل في العقود و الشروط الحظر و المنع إلا ما أجازته الشارع كما قال الظاهرية لما وجب أن يؤمر بالوفاء بها مطلقا و بصفة عامة لا تخصيص فيها و لا قيود عليها.

فلا فرق في الوفاء بالشروط أن يكون مضافا، أو عقدا معلقا طالما أن مضمون لا يتنافى مع مقاصد و أحكام الشريعة الإسلامية.<sup>1</sup>

و استدلل المجيزون للاشتراط بجملته من آيات أخرى توجب الوفاء بالعهود و تحرم الغدر فيها، و من أمثلة هذه الآيات قوله تعالى:

{و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا} [سورة الإسراء الآية 34]

{و الذين هم لأماناتهم و عهدهم راعون} [سورة المعارج الآية 32]

ووجه الدلالة من الآيات الكريمة أن الله سبحانه و تعالى أوجب الوفاء بالعهد و الوعد و حرم الغدر فيها.<sup>2</sup>

و قد ناقش أصحاب الرأي القائل أن الأصل في الإشتراط الحظر أي المانعون له هذه الأدلة و ردوا عليها بأن ورود هذه الآيات القرآنية ليس لها على عمومها، أي لا يمكن تطبيقها على جميع أنواع العقود و الشروط، التي نص الشارع على إباحتها، و ما عدا ذلك من الشروط و العقود التي تعتبر باطلة و لا يجب الوفاء بها.

<sup>1</sup> - رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup> - كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص 49.

## 2- من السنة النبوية

استدل المبيحون للاشتراط بجملة أحاديث واردة عن الرسول صلى الله عليه و سلم و نذكر منها ما يلي:

أ- قوله صلى الله عليه و سلم: " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بها ما استحللتم من الفروج....."<sup>1</sup>

ب- قوله صلى الله عليه و سلم: " أربع منكنّ فيه كان منافقا خالصا، و من كان فيه خصلة منهنّ كانت فيه خصلة النفاق حتى يدعها، إذا أؤتمن خان، و إذا عاهد غدر، و إذا خاصم فجر." <sup>2</sup>

ووجه الدلالة في الحديث الأول: هي أن الشروط في عقد الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها، فقد تكون هذه الشروط مرتبطة بالآثار المالية للزواج كالمهر و النفقة، أو غيرها من الشروط التي تحقق مصالح الزوجين المشتركة و المشروعة.

أما دلالة الحديث الثاني فهي قاطعة بوجود الوفاء بالعهد و النهي عن الخيانة و الغدر، و على هذا فلو كان الأصل في العقود و الشروط الحظر كما يقول الظاهرية لما صح أن يؤمر بالوفاء بالعهود و العقود مطلقا، و أن يذم من غدرها و نقضها مطلقا.<sup>3</sup>

كما اعترض المانعون للشروط على حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم: " المسلمون عند شروطهم ...." و قالوا بأنه حديث ضعيف، و بأنه جاء زيادة في بعض رواياته، ففي رواية ورد الحديث بعبارة: " ..... إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"، و في رواية أخرى ورد بعبارة: " .... ما وافقت الحق " ، و اعتبروا أن الرواية الأولى تفيد بطلان كل شرط يتضمن تحريم ما أباحه الله تعالى لعباده، أو إبرازه ما حرمه عليهم.

<sup>1</sup> - صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 138.

<sup>2</sup> - النووي، رياض الصالحين، باب الوفاء بالعهد و إنجاز الوعد، دار الإمام مالك، الطبعة 02، الجزائر، 2004، ص 212.

<sup>3</sup> - كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص 33.



ثم إن الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم منها ما يحرم الحلال كمن يشترط على نفسه في عقد الزواج ألا يتزوج على زوجته، فإنه يحرم على نفسه تعدد الزوجات الذي أباحه الله تعالى في قوله: {فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع..} [سورة النساء الآية 03].

و نفسه الأمر ينطبق مع الزوجة التي تشترط على زوجها أن لا ينقلها من بلدها، فإنها تناقض قوله تعالى: {فامشوا في مناكبها و كلوا من رزقه} [سورة الملك الآية 15].

و أما الأخذ بالرواية الثانية للحديث السابق: " ما وافقت الحق .." فيبطل به كل شرط لم يرد في نصوص القرآن و السنة.<sup>1</sup>

### 3- من الأثر

استدل الحنابلة على جواز الشروط بما ورد في قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رجلا تزوج بامرأة و شرط لها السكنى في دارهم ثم أراد نقلها، فتقاضيا إلى عمر، فقال لها شرطهما، فقال الرجل إذن يطلقنا فأجابه عمر بقوله: "مقاطع الحقوق عند الشروط".<sup>2</sup>

كما خالف فيه أيضا بعض التابعين كسعيد بن المسيب الذي سئل عن المرأة التي تشترط على زوجها ألا يخرجها من بلدها فقال يخرج بها إن شاء.<sup>3</sup>

### 4- من المعقول

يرى المبيحون للشروط بأن العقود تعتبر من الأفعال العادية، و الأصل فيها عدم التحريم.

<sup>1</sup> - نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 102، 103.

<sup>2</sup> - البخاري، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> - الإمام مالك، موطأ الإمام مالك، دار الكتاب، الجزائر، بدون سنة، ص 286.

و لقد بين لنا القرآن الكريم ما هو محرم علينا حيث قال تعالى: {و قد فصل لكم ما حرم عليكم} [سورة الأنبياء الآية 107]. فهنا لا يوجد في القرآن الكريم تحريم إنشاء الشرط في عقد الزواج.

إن العقود و الشروط هي من الأفعال التي تسمى في اصطلاح الفقهاء بالعبادات و ليست من العبادات، و العادات ينظر فيها إلى معانيها لا إلى النصوص، لأنها ليست عبادة يتعبد بها، فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة الإسلامية استصحاباً للمبدأ الأصولي القاضي بأن الأصل في الأفعال و الأقوال و الأشياء هو الإباحة، أما العقود و الشروط فالغرض منها رعاية مصالح الناس و تحقيق أغراضهم كما أن الشارع أجاز نقل الحقوق و إسقاطها بالرضا، فكل عقد أو شرط يتحقق فيه الرضا فهو واجب الوفاء و لو لم يرد له نص يبيح ذلك.<sup>1</sup>

إن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل و الآجل و ابتعاد المفساد عنهم، ثم إن تحقيق المصالح هو مقصود الشارع و في هذا يقول الله عز و جل: {و ما أرسلناك إلا رحمة للعالمين} [سورة الأنبياء الآية 107] و الرحمة هنا تشمل رعاية مصالح العباد و ابتعاد المفساد عنهم.

و لقد أكد النبي صلى الله عليه و سلم هذا المعنى حيث قال: "إن الدين يسر و لن يشاد الدين أحد إلا غلبه" و قال أيضاً: "لا ضرر و لا ضرار" و النتيجة في هذا كله هي وجوب القول بإباحة الشروط في العقود عامة و في الزواج خاصة، و لا يبطل منها الشروط إلا ما خالف منها أحكام و مقاصد الشريعة الإسلامية.<sup>2</sup>

### ثالثاً: تقييم هذا الرأي

يتبين لنا من خلال الأقوال و الأدلة السابقة التي استندوا إليها فقهاء الشريعة الإسلامية، أصحاب الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة و مدى تمسكهم به، لأنه

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 226.

<sup>2</sup> - رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 113، 114.

يؤدي إلى رفع الضيق عن الناس بإباحة الاشتراط سواء كان في عقد الزواج أو باقي أنواع العقود و المعاملات.

إن ما ذهب إليه الحنابلة من أن الأصل في العقود الإباحة لا الحظر مسلك سليم لتوافقه مع تحقيق مصالح الأفراد ما لم يتعارض ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية، فتطور الحياة قد اقتضى ضروبا و أنواعا من التعامل لم تكن معروفة من قبل و لم يرد بشأنها نص في الشرع، فيكون من الحكمة إباحتها و الوفاء بها ما لم تحرم حلالا أو تحلل حراما.<sup>1</sup>

و على هذا فإن الأخذ برأي الحنابلة في حرية الاشتراط في عقد الزواج يكون هو الرأي الأرجح، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقتضى عقد الزواج.

و هكذا نجد أن حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج تتعدم عند مذهب الظاهرية فالأصل عندهم هو الحظر و المنع التام، لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب و السنة، ثم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء المذهب الحنفي و الشافعي و المالكي، و هذا إلا قرارهم الأخذ ببعض الأدلة الشرعية كالمصالح المرسلة و الاستحسان و العرف.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الأصل في الاشتراط الحظر

يمثل هذا الرأي مذهب الظاهرية المتمثلون في أتباع درارين عل ابن حزم الأندلسي، إضافة إلى رأي كل من الحنفية و المالكية و الشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص و يقضون عندها، إرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود و الشروط إلا ما نص الشارع على إباحتها، أما ما ورد ذلك فهي لا تملك إنشاؤه، و إن فعلته كان باطلا، فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في اشتراط الحظر، يتمسك أصحابها جميعا بهذا المبدأ إجمالا، و إن اختلفوا في التفصيلات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص 36.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 282.

<sup>3</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 244.

و استدلوا على ذلك في الآية الكريمة التي أوجبت الحظر لقوله تعالى: {و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون}. [سورة البقرة الآية 227]

و من ثمة فإن كل شرط لم يرد بشأنه دليل معين يكون تعدد بحدود الشريعة الإسلامية لا يجب الوفاء به، و تقوم نظرية مقتضى العقد على أساس أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقد بين ما تحقق انضمامها إلى نظام قانوني، بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة و الإتجاه نحو إبرام عقد الزواج و ليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، و في هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد و تحقيق النظام العام.

لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط، و لم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف معه و ضيقا تبعا لاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، و تبعا لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد و ملائمته لحكمه و انتفاء ذلك.<sup>1</sup>

في الحقيقة إن الفقه الإسلامي ليس قاصرا على مذهب الظاهرية و بقية أنصار هذا الرأي بل يشمل أيضا ما يعتبر من شمولية الفقه الإسلامي و صلاحيته لكل زمان و مكان لما يحمل من أفكار و آراء و حلول ناجحة.

و هذا ما سيتضح من خلال آراء الفقهاء و أدلة الفقهاء من خلال تمسكهم بأن الأصل في الاشتراط الحظر.

### أولا: مضمون هذا الرأي

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأصل في العقود و الشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، و لهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه و صحته.<sup>2</sup>

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

<sup>1</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 245.

<sup>2</sup> - كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص 18.

و سنعرض فيما يلي الحجج و الأدلة الشرعية التي استند إليها أصحاب هذا الرأي.

## ثانياً: أدلة هذا الرأي

استدل اتباع ابن حزم الظاهري بجملة أدلة من الكتاب و السنة و المعقول نشير إليها

فيما يلي:

### 1- من الكتاب

إن الشريعة الإسلامية جاءت شاملة لكل شيء، و قد تكلفت ببيان ما يحقق مصالح الأمة جمعاء، و منها العقود على أساس العدل.

لقد استند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه من أن الأصل في الاشتراط الحظر في الآية الكريمة، و يكون ذلك من باب التعدي لحدود الله و الزيادة في دينه لأن الله تعالى يقول: { و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون } [سورة البقرة الآية 229] و في آية أخرى: { و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه } [سورة الطلاق الآية 01].

ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أن الله سبحانه و تعالى بين لنا الحدود التي لا يصح للعبادة تجاوزها، و من ثمة فإن كل شخص لم يرد به دليل معين يكون تعدياً لحدود الشريعة الإسلامية و لا يجب الوفاء به.<sup>1</sup>

و يقول الظاهرية أيضاً: "إنه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته و قام الدليل على وجوب الوفاء به، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ وقتها من أقوال العاقدين و إرادتهما، و لكن ما يرتبه الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان، لا يلتفت إليهما و لا يحكم لها بأثر، و لا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 95.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 236.

و استدل الظاهرية أيضا بقوله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } [ سورة المائدة الآية 01 ] و بقوله تعالى أيضا: { و أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم } [ سورة ال الآية 91 ] .

و ردّ أصحاب الرأي الثاني المجيزون للاشتراط على ما ذهب إليه الظاهرية في رفضهم الأخذ بالقياس، بأنه يمكن استنباط أحكام و وقائع جديدة بواسطة قياسها على الوقائع التي ورد النص بشأنها، و تبعا لذلك إذا دعت الحاجة إلى إنشاء عقود و مشارطات جديدة لم يرد بها أمر أو نهي و أمكن قياسها على عقد من العقود المشروعة فإن هذا لا يعد زيادة في الدين و لا يناقض<sup>1</sup>.  
و لا يقتصر الأمر على القياس بل يمكن الاستناد إلى بقية مصادر التشريع الأخرى، كالأستحسان و المصالح المرسلة دون التقييد بحرفية نصوص الكتاب و السنة.

## 2- من السنة النبوية

روي عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: "...أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان في شرط ليس في كتاب الله عز و جل فهو باطل إن كان مائة شرط، كتاب الله أحق و شرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق فلانا و الولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق." <sup>2</sup>

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن كل شرط لم يرد دليل معين على صحته في كتاب الله فهو باطل لا أثر له، لأنه خارج عن حكم الله شرعه فلا يجوز اشتراطه و لا يحل الوفاء به.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص106.

<sup>2</sup> - ابن ماجه في (العتق)، باب المكاتب من حديث عائشة رضي الله عنها، و أخرجه البخاري في (البيوع) و مسلم في (العتق)، حديث رقم 2521.

<sup>3</sup> - نشوة العلواني، المرجع السابق، ص96.

### 3- من المعقول

يرى أحد فقهاء الشريعة الإسلامية أن كل شرط لم يرد من الشارع لم يدل على إباحته و الإذن به لا يخلوا من أحد الأمور التالية:

- إباحة ما لم يجب في العقد و بالتالي إجازة ما لم يجزه الله تعالى.
- التزام عمل يرتب عليه إباحة ما حرم الله.
- المنع من عمل يرتب عليه تحريم ما أحله الله.

و تفاديا لهذه الآثار السلبية يجب رفض الأخذ بالشروط عامة و الاقتصار على ما ورد النص من القرآن أو السنة بإباحته.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للمعقول الثاني و هو التزام عمل يرتب عليه إباحة ما حرمه الله و هذا ما قاله ابن حزم فرد عليه المجيزون للشروط و على رأسهم ابن القيم بقوله: "... من أن الله أباح للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يحل له بعد أن كان حراما عليه، أو يحرمه عليه بعد أن كان حلال له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجبا، أو يسقطه بعد وجوبه، و ليس في ذلك أن كان حلال له، و ليس في ذلك من أحكامه سبحانه، فهو الذي أحل و حرم، و أوجب و أسقط، و إنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا"<sup>2</sup>

و استدل ابن القيم على ذلك ببعض الأمثلة، فكما أن نكاح المرأة يحل للمكلف ما كان حراما عليه قبل أن يتزوج، و طلاقها يحرمها عليه بل و يسقط كما كان واجبا عليه من حقوقها فكذلك التزامه بالعقد و الشرط، و هذا يعني أن العاقد يملك تغيير آثار العقد بالشرط الذي هو تابع له.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 124، 125.

<sup>2</sup>- نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 98.

<sup>3</sup>- رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 140.

و من هنا يبرز زوجه الخلاف بين الرأيين، إذ أن المانعين للاشتراط يحصرهم الشرط فيما ورد عن الشارع ما يدل على إباحتها، بينما يرى المجيزون للاشتراط أن الأصل في الشرط الإباحة و الجواز بشرط أن يكون استعمال الشرط موافقا للشرع.

### ثالثا: تقييم هذا الرأي

يتبين لنا مما سبق ذكره أن فقهاء الظاهرية هم المانعين للشرط في عقد الزواج خصوصا فهم يتمسكون بإجازة الشرط التي ورد الشارع دليل عليها، و يرفضون عقود أو تصرفات جديدة، ذلك أنهم يعتبرون ذلك خروجا عن الدين و زيادة عليه، و كذلك هم لم يتوسعوا في الأخذ بالأدلة التي تبين جواز العقود و الشرط كالأستحسان و المصالح المرسلة و العرف، بل اكتفوا بالنصوص الواردة في الكتاب و السنة و الإجماع.

و الجدير بالذكر أن الحنابلة بالرغم من أنهم يعتبرون من أنصار الرأي الثاني القائل بحرية الاشتراط فإن لهم موقفا من نظرية مقتضى العقد، و لأن اشتراطها يؤدي إلى تعطيل الغاية المشروعة من العقد، و لهذا قالوا ببطلان عقد الزواج إذا ورد به شرط ينفي الاستمتاع بين الزوجين.<sup>1</sup>

### الرأي الراجح

إن الأخذ برأي الحنابلة في حرية الاشتراط في عقد الزواج يكون هو الرأي الأرجح، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقتضى عقد الزواج، و هكذا نجد أن حرية الإرادة في اشتراط الشرط في عقد الزواج تتعدم عند مذهب الظاهرية، فالأصل عندهم هم المنع التام، لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب و السنة، ثم تخف من درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل فقهاء المذهب الحنفي و الشافعي و المالكي، و هذا الإقرار هو الأخذ ببعض الأدلة الشرعية كالمصالح المرسلة و الاستحسان و العرف.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - نشوة العلواني، المرجع السابق، ص68،67.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص282.



إلا أن دائرة الإباحة تتسع عند جمهور الحنابلة و على رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن القيم حيث أجاز الحنابلة للزوجين اشتراط الشروط و التي تحقق منفعة مقصودة و لا تتعارض مع مقتضى عقد الزواج و النصوص الشرعية، و راعى الحنابلة في إباحة هذه الشروط ما للزواج من جانب كبير من القدسية، و كذلك الدور الذي تقوم به هذه الشروط في الحفاظ على استقرار الأسرة، لذلك كانت رعاية الشرط التي ترد في عقد الزواج و فيها منفعة للزوجين أو أحدهما أوجب و ألزم من العقود الأخرى.<sup>1</sup>

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة لأنه يمتاز بالمرونة و الملائمة مع واقع الناس و متطلباتهم و روابطهم العقدية، كما أنه يسمح للزوجين باشتراط شروط تهدف إلى ضمان مستقبلهم و حماية مصالحهم المشتركة و تقوية المودة و الرحمة بينهما.

### المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الاشتراط قانونا

إن قانون الأسرة الجزائري اكتفى في المادة 19 بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على اشتراط الزوجين هو: عدم مخالفة أحكام هذا القانون.

من خلال دراستنا للكتب و المجلات و الرسائل الجامعية، سنبين القيود الواردة على حرية الاشتراط بالنسبة للقانون الجزائري و هذا من خلال الروع الآتية:

### الفرع الأول: عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة

لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج بشروط و بنود تمس بالآداب العامة، يقع باطلا اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية، و ذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية، في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 247.

<sup>2</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، المرجع نفسه، ص 247.

يعتبر النظام العام و الآداب العامة من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، و هذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام، فلا يجوز للزوجين تعديلها باتفاقات فيما بينهم، و على هذا الأساس يقع باطلا كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتها لابنها، أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته و العكس صحيح.

و الإشكال المطروح يكمن في صعوبة تحديد ثابت للنظام العام؟.

لقد اختلف الشراح في تحديد النظام العام اختلافا كبيرا و متباينا، و على العموم يكمن القول بأن النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، بحيث توضع له قواعد و نظم، و هذا التأمين سير المصالح العامة في الدولة، و ضمان الثقة و حسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم، بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها في اتفاقاتهم أو الاتفاق على عكسها.<sup>1</sup>

لما كانت فكرة المصلحة العامة تختلف من دولة إلى أخرى و من زمن إلى آخر و في نفس الدولة، فإن فكرة النظام العام تعتبر تبعا لذلك فكرة متطورة أو نسبية و الفصل فيها مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، فالقاضي يكاد يكون مشرعا في هذا النطاق، فلا يعول على آرائه بل يعول على مصالح الجماعة، لأن معيار النظام العام هو المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى.<sup>2</sup>

أما المقصود بمراعاة الآداب العامة هو : احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع و عصر معين، بحيث يفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلفية التي تعتبر لازمة و لذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر بل و نجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصر لآخر.

<sup>1</sup> - سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح و أثره بين الشريعة و القانون، مذكرة الماجستير في الشريعة و القانون، تخصص شريعة و قانون، جامعة العلوم الإسلامية و الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2011، ص98.

<sup>2</sup> - سي ناصر بوعلام، المرجع نفسه، ص99.

غير أن هذه الميزة التي يتمتع بها النظام العام تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني لمجتمع ما و التغييرات الاقتصادية و الاجتماعية و الأخلاقية، بشرط ألا يكون هذا على حساب قيم و مبادئ المجتمع.<sup>1</sup>

و عالية و بشكل عام إذا كان العقد شريعة المتعاقدين يلزم بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد، ما دام العقد نشأ صحيحاً فإنه لا يكون ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون، و في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام، و لا مع الآداب، و عليه فإنه يحظر على الزوجين أن يضمنوا عقودهم بأي شرط يتناقض أو يمس النظام العام و لو كان هذا الأخير ينطوي على مصلحة خاصة تعود على الزوجين.<sup>2</sup>

و من أمثلة الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تعد مخالفة للنظام العام و هي:

- اشتراط الزوج على الزوجة زواجه بشرط ألا ترثه فهذا الشرط مخالف للنظام العام، و كذا لأحكام قانون الأسرة.
- اشتراط الزوج على الزوجة ألا تتزوج بعد موته خاصة إذا لم يكن يرمي به إلى هدف نبيل، كحيرته على من يربي أبناءه بعد موته.
- اشتراط الزوجة غير المسلمة على أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها، و إلا كان لها حق الطلاق.
- اشتراط الزوج الزواج بامرأة لمدة محددة، فهذا يناقض النظام العام، فالزواج الحقيقي ليس محدد المدة.

أما الشروط المخالفة للآداب العامة فنجد منها:

- اشتراط الزوج على زوجته الاستمرار في عمل غير مشروع كالجنبي من الرقص و الغناء و الملاهي الليلية، أو أي شرط ينافي الأخلاق.

<sup>1</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 253.

<sup>2</sup> - لعربي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، الجزائر، 2013، ص44.

## الفرع الثاني: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

الأصل العام أباح المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية، و أورد استثناء يقيد العموم السابقة، و هذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام و قواعد في قانون الأسرة.

فالمقصود بمخالفة أحكام قانون الأسرة الخروج عن كل ما أوجبه قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، كأن يكون الشرط يعارض مقاصد الشريعة الإسلامية التي من المفروض مراعاتها، و هذه لا نستطيع أن ندرك حقيقتها، إلا بعد مراجعة فحوى قانون الأسرة، و التمعن بمواده من أوله إلى آخره لتقصي جميع القواعد الأساسية و جمعها بقدر الإمكان، أو جمع أهمها على الأقل و ترتيبها.<sup>1</sup>

حتى نتضح لنا الأمور نوضح الشروط المخالفة لأحكام قانون الأسرة و بالتالي يستثنى لنا تحديدها و نجد منها:

- اشتراط الزوج على الزوجة حرمانها من الصداق، فهذا الشرط مخالف لأحكام المادة 09 مكرر من قانون الأسرة.<sup>2</sup>
- اشتراط الرجل على المرأة زواجها بشرط عدم زيارة أبويها فهذا شرط مخالف لأحكام الفقرة 07 من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>3</sup>
- اشتراط الزوج على الزوجة القاصر الزواج دون الولي خروجاً عن أحكام المادة 11 الفقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هوم، الطبعة 03، سنة 1996، ص169.

<sup>2</sup> - تنص المادة 09 مكرر على: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدين، انعدام الموانع الشرعية."

<sup>3</sup> - تنص الفقرة 07 من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري على: " زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه و إستضافتهم بالمعروف."

<sup>4</sup> - تنص الفقرة الثانية من المادة 11 على أنه: " يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأوليين و القاضي ولي من لا ولي له."

إن صيغة التعبير التي أوردها المشرع الجزائري بخصوص شرط عدم تعدد الزوجات في نص المادة 19 تعتبر غير سليمة، لأنها تتجه بذهن القارئ نحو تحريم مبدأ التعدد لأصلا و التعبير السليم يكون باستبدال عبارة: "... و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات..." بعبارة: "... و لاسيما شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها" ، و الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدد الزوجات إلا بشرط العدل، فجعله بيد القاضي و موافقته و مطالبة الرجل بإبداء المبرر الشرعي و إقناع القاضي بذلك هي شروط ما أنزل الله بها من سلطان كما أن إعطاء ولاية غير مشروعة للقاضي على الرجل من شأنه أن يعمق و يوسع مساحات الزواج العرفي و العلاقات الغير مشروعة.<sup>1</sup>

و انطلاقا من هذا فلا حرج في وضع قيود على تعدد الزوجات و إحاطته بإجراءات اجتهادية من وضع المشرع إذا كان الغرض منها هو حماية التعدد و تنظيمه و تحقيق العدل فيه، و حماية المرأة من تعسف الزوج و ضمان حقوق الزوجة.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: جدية المصلحة

المقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشرطاط في عقد الزواج، أن يكون الهدف من الاشرطاط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما، شرط أن لا يتنافى ذلك مع مقاصد عقد الزواج، فإن كل شرط موافق لغايات و مقاصد العقد و محققا لمصلحة مقصودة يجب الوفاء به، أما إذا كان الشرط منافيا للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط.<sup>3</sup>

كما أن جدية المصلحة تعد ثالث قيد وارد على حرية الاشرطاط، و نستشفه من المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري الذي منحه المشرع الجزائري للزوجين الذي أعطاهم حرية أن يشترطوا الشروط التي يريانها ضرورية بمعنى الشروط التي فيها مصلحة ضرورية و جدية.

<sup>1</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 255.

<sup>2</sup> - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، ص 51.

<sup>3</sup> - حداد فاطمة و حجاب ياسين، المرجع السابق، ص 256.

إذ أن الأصل في العقود أن يباشرها المتعاقدان لتحقيق مصلحة لهما إما نوعية، و هي ما يترتب عادة عن العقود من نوع واحد كملك المبيع في عقد البيع، و ملك المنفعة في عقد الإيجار، و إما شخصية، ما تتطلبها المصلحة الشخصية للعائد كما في عقد الزواج.

غير أن المصلحة يجب أن تكون ضرورية و جدية في آن واحد بمعنى أن يكون تعليق العقد على شرط ضروري لا يمكن الاستغناء عنه لما فيه من منفعة قد تزيد في انسجام الأسرة، أو لأنه يدفع عن الزوج أو الزوجة ضرر متوقع قد يلحقه في العاجل أو الآجل أو أن الحاجة إليه تفرض اشتراطه دون أن يضع هذا الشرط صحة الزواج، أو يقيد الزوج في ما أعطاه الله تعالى من حقوق كأن تشترط عليه الزوجة أن لا ينتقل بأي عمل سياسي، أو تشترط عدم سفره إذا كان هو كثير السفر مراعاة لطبيعة عمله، أو تقييد حقوق الغير كأن تشترط الزوجة طلاق ضررتها، أو عدم إنفاقه على أولاده أو شرط يتعلق بالتزامات الزوج المادية و الادبية مع أقاربه، فهذا بلا شك يعد شرطاً يهدد حق الغير من جهة، و يحد من حرية الزوج من جهة أخرى.<sup>1</sup>

و على ذلك متى توفرت في الشرط المقترن بعقد الزواج هذه الميزات، يمكن القول أن المصلحة المرجوة من وراء الاشتراط ضرورية و جدية، و من ذلك على سبيل المثال: اشتراط الزوجة مواصلة دراستها أو عملها إن كانت تعمل قبل الزواج، أو اشتراط الزوج عدم ترك بلد عمله.<sup>2</sup>

و تقدير جدية المصلحة و أهميتها مرجعه إلى الموازنة بينهم و بين الأضرار التي تنتج عنها أو عن عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة حداً من الأهمية يزيد في قيمته على الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق و استعمالها كانت المصلحة جدية.

و تفسير ذلك أن الحقوق لا تعد غايات في حد ذاتها و إنما هي وسائل لتحقيق غايات و مصالح مشروعة يحميها القانون فإن لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء

<sup>1</sup> - لعريبي إيمان، المرجع السابق، ص46.

<sup>2</sup> - لعريبي إيمان، المرجع نفسه، ص47.

استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبررها و ينجم عن التصرف أضرار اعتبر ذلك تعسفا.

الفصل الثاني:

أحكام الإِشْتِرَاطِ

في عقد الزواج



## الفصل الثاني: أحكام الإشتراط في عقد الزواج

إن عقد الزواج عقد كغيره من العقود يرتب حقوقا وواجبات بين الزوجين إذ يبين فيه كل طرف مطالبه وذلك من خلال تضمين عقد زواجهما بشروط سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق وتكون هذه الشروط ضرورية تجلب مصلحة خاصة أو مشتركة للزوجين كإشتراط الزوجة العمل حتى تحافظ بدورها على المصالح الشخصية لها وبذلك يكون باب الإشتراط مفتوح إلا أن ذلك لا يعني الحرية المطلقة في الإشتراط وذلك لوجود قيود وضوابط شرعية وقانونية تتمثل في عدم مخالفة هذه الشروط النظام العام والآداب العامة في المجتمع كإشتراط الزوجة عدم التوارث وإشتراط الزوج عدم إلحاق الولد باسم أبيه إضافة إلى عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ولقد خصصنا في دراسة هذا الفصل والذي بعنوان أحكام الإشتراط في عقد الزواج في مبحثين، المبحث الأول تطرقنا إلى أثر الإشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري من خلال عرض حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج سواء كانت موافقة لمقتضى العقد أو منافية لها وكذا الشروط التي لا توافق مقصود الزواج ولكنها لا تنافيه باعتبارها تضم مصلحة خاصة أو مشتركة كطرفي عقد الزواج وفي المبحث الثاني على جميع تطبيقات لبعض صور الإشتراط وجزاء عدم الإخلال بهذه الشروط

### المبحث الأول: أثر الاشتراط في عقد الزواج

إن عقد الزواج ذو مكانة سامية والعقد فيه هو من صنع الشارع، وهذا حفاظا على قدسية العقد، فلا يترك الناس أنهم يخضعون الرابطة الزوجية كل لأهوائه فيخرج بذلك الزواج من معناه وما يحيطه به الشارع من تقديس لكن هذا لا يمنع من اقتران عقد الزواج بشروط وهذا ما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية وعالجه المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد 15 و 32 من قانون الأسرة الجزائري، ولقد نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج وقررت الآثار المترتبة عليه والتي الأصل فيها أن تكون بحكم الشارع وجعله واستثناء من ذلك يجوز للزوجين اشتراط شروط في العقد بشرط أن لا تنافي طبيعة عقد الزواج ومقاصده الشرعية ولا تخالف أحكام قانون الأسرة الجزائري لأن هذه الشروط تكون جزء من صيغة العقد، وقد ترتب هذه الشروط تأثير في العقد وذلك بحسب نوع الشروط المدرجة في العقد سواء كان الشرط موافق لمقتضى عقد الزواج، أو منافي للعقد، أو لا يقتضيه العقد ولا ينافيه لكن به مصلحة مشروعة لطرفيه.

وعليه سنعالج ذلك الأثر من خلال المطلبين ففي المطلب الأول نبين فيه أثر الشرط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وذلك ببيان الشروط التي توافق مقتضى العقد والشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج وكذا الشروط التي لا يقتضيه العقد ولا ينافيها وبها مصلحة ومنفعة وفي المطلب الثاني ندرس فيه أثر الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري من خلال إبراز الاختلاف والتشابه في حكم هذه الشروط المدرجة في العقد من منظور الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

### المطلب الأول: أثر الشرط المقترن بعقد الزواج

نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج بجملة من المبادئ والأحكام الشرعية التي من شأنها تعزيز مكانة الزواج، وقررت الآثار المترتبة عليه والتي يكون الأصل فيها أن تكون بحكم الشارع، واستثناء من ذلك يجوز لأحد الزوجين إدراج شرط في العقد إما مرتبط بحق الزوجة على زوجها أو

العكس، او تتعلق بحقوق مشتركة بينهما<sup>1</sup> والشروط المقترنة بعقد الزواج في الشريعة الإسلامية أنواع منها الشروط التي توافق مقتضى عقد الزواج ومنها الشروط المنافية للعقد وكذا الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وفيها مصلحة للزوجين<sup>2</sup> فمن هذه الشروط ما يجب الوفاء به اتفاقا وهو ما أمر الله تعالى به من إمساك بالمعروف، أو تسريح بإحسان ومنها ما لا يوفي به اتفاقا لما ورد النهي عنه.

وعليه سنتعرض لشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج كفرع أول والشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج كفرع ثاني والشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وبه مصلحة كفرع ثالث، والشروط المدرجة في العقد تختلف باختلاف حكم هذه الشروط من حيث الصحة والبطالان وعليه نتطرق إلى بيان هذه الشروط من خلال التطرق إلى آراء الفقهاء حول صحة وبطالان هذه المدرجة في عقد الزواج من خلال الأدلة الشرعية الثابتة في الكتاب والسنة.<sup>3</sup>

### الفرع الأول: الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج.

ينصرف معنى هذه الشروط إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى ولو لم تذكر في العقد باعتبارها تعتبر حكما من أحكام الزواج وأثرا من آثاره، فهي واجبة من غير حاجة إلى اشتراطها كاشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق عليها على اعتبار أن النفقة واجبة على الرجال اتجاه النساء لقوله تعالى في باب الإنفاق {الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم...} [سورة النساء الآية 34]

وتشترط عليه أن يدفع بها مهرا نتيجة عقد زواجها وأن يعدل بينها وبين ضرائرها، أو أن تكون العصمة بيدها، أو أن يشترط عليها ألا تخرج من المنزل إلا بإذنه، أو لا تتصرف بماله إلا برضاه، أو مما جرى به العرف الصحيح في البلد الذي يعمل به الزوجان كاشتراط تعطيل بعض المهر<sup>4</sup> أو اشتراط الرجل على المرأة أن تكون بكرًا أو جميلة أو متعلمة أو سليمة من الأمراض

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط4، 2005، الجزء1، ص158.

<sup>2</sup>- نسرین شریفی، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2013، ص35.

<sup>3</sup>- سمير عبدو، الاشرط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، جامعة باتنة، العدد14، ص461.

<sup>4</sup>- إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه النكاح، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010، ص190.

ونحو ذلك من الصفات التي تُرغب في المرأة ويصبح العقد ناقدا بطبيعته ومما يلزم الوفاء به، وحكم هذه الشروط أنها شروط صحيحة على اختلاف المذاهب الفقهية تلتحق بأصل العقد ويجب الوفاء بها ديانة على التزامها، وعدم الوفاء يمثل هذه الشروط يُمكن الطرف الآخر من حق الفسخ لأن صاحب الشرط لم يرض بالعقد مشروطا بالوفاء فإذا لم يتحقق الشرط فإن الرضا هو أمر لا بد منه في حالتي الابتداء والبقاء إذ لا خيار في بقاء عقد فُقد فيه ركن الرضا، فهذا الشرط لا يثبت شيئا زائداً على العقد، ومن ثم فإن اشتراطه وعدم اشتراطه سواء لأنه لا يضر العقد ذكره ولا ينقصه إهماله لثبوت وجوبه ومقتضاه في الحالتين ومثال ذلك أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يضرها الزوج في نفسها أو في مالها، أو أن تشترط عليه أن يمسكها بمعروف أو يفارقها بإحسان فهذه الشروط كلها آثار يقتضيها عقد الزواج ومن ثم فهذه الشروط لا جديد فيها، لأنها مقررة أصلاً بموجب العقد نفسه فهي تُوجب حكماً من أحكامه وغايته أن العاقد أكدها وأبرزها في صورة الاشتراط.<sup>1</sup>

ولذلك فجمهور الفقهاء يقولون بصحة هذا الشرط كونه يعتبر حكماً من أحكام عقد الزواج والوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط، أو يشترط الزوج على زوجته حق الطاعة أو الخروج من البيت إلا للضرورة وبإذنه فهي شروط تؤكد أمور مطلوبة بحكم الشارع وبحكم العقد<sup>2</sup> أو خلوها من الموانع الشرعية فلا تكون زوجة للغير ونحو ذلك مما تتوقف عليه صحة العقد لكونه صحيح نافذ بطبيعته ومما يلزم الوفاء به، وبالتالي فالشروط لا تزيده إلا تأكيداً، والشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج تضم الشروط التي يقتضيها عقد الزواج والشروط المؤكدة لمقتضاه إضافة إلى الشروط التي جرى بها العرف، إضافة إلى الشروط التي ورد النص الشرعي عليها، وعليه وجب علينا التفصيل في هذه الشروط:

<sup>1</sup> - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 136.

<sup>2</sup> - أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 96.

## أولاً: الشروط التي يقتضيها عقد الزواج

يرجع هذا المعنى إلى كافة الشروط التي يقتضيها عقد الزواج<sup>1</sup> حتى ولو لم تدرج في العقد كونها تعد حكماً أصلياً في العقد وأثر من آثاره فهي واهية من غير حاجة إلى إدراجها باعتبارها أصلاً ثابتاً بموجب عقد الزواج ذاته وهي المتضمنة في العقد والمفهومة منه سواء ذكرت أم لم تذكر كحسن المعاشرة والنفقة والقوامة الزوجية ودفع الصداق وغيرها، فهذه الشروط سماها المالكية بالجائز، وقالوا بأن وجودها في العقد وعدمه سواء ووجوب الوفاء بها ثابت بالشرع بمقتضى عقد الزوجية<sup>2</sup> ويرى الماوردي بأن الشرط الجائز ما وافق حكم الشرع في مطلق العقد، مثل أن يشترط عليه أن يسكنها مسكناً منفرداً عن أهله وهذا ما ذهب إليه عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، فصحوا كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولم يستثنوا إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه فحكم هذه الشروط أنها واجبة الوفاء باعتبارها شروطاً فيها منفعة.

والوفاء بهذه الشروط تشهد لها الكثير من النصوص الواردة بالقرآن الكريم ومنها ما ورد في عدة سور منها:

**1- القرآن الكريم:** قوله تعالى: { .. وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً } [سورة الإسراء الآية 34] وقوله تعالى أيضاً في سورة المائدة { يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود } [سورة المائدة الآية 01] فالآيتين الكريمتين تدلان على وجوب الوفاء بالعقود التي يقطعها الإنسان على نفسه، والشروط الواردة على العقود بمثابة العهود التي يجب الوفاء بها ما دامت لا تتناقض التشريع الإسلامي.

**2- السنة:** عن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون

<sup>1</sup> - مقتضى العقد: هو الأحكام المقررة مسبقاً من الشارع لكل عقد والتي تم النص عليها صراحة وعليه يعتبر العاقد مكلف بها دون حاجة إلى اشتراطها من قبل الطرف الآخر.

<sup>2</sup> - عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر، الجزائر، ص121.

عقد شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً<sup>1</sup> فالحديث فيه دلالة على أن المسلم الذي يبرم عهداً أو شرطاً يلزم بالوفاء به والشروط الواردة على العقد من هذا القبيل فيجب الوفاء بها.

ويرى الإمام أبو زهرة في هذا الصدد بأنه إذا تركنا باب الشروط مفتوحاً والوفاء بها لازماً في كل الأحوال لا اضطربت الحياة الزوجية وذهب عنها ما يحاط به من قدسية، فيعقد الزواج لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها<sup>2</sup> ومن أمثلة الشروط التي يقتضيها عقد الزواج اشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق عليها ودفع المهر أو عدم تأجيله إضافة إلى المعاملة الحسنة وعليه فحكم هذه الشروط أنها شروط صحيحة يجوز اشتراطها باتفاق الفقهاء الحنابلة والمالكية والشافعية والحنفية والظاهرية لأنها لا تضر النكاح بشيء، وعليه يتعين الوفاء بها ويثبت فيها للزوجين خيار الفسخ عند الإخلال بها إذ قال رسول الله عليه الصلاة والسلام "إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج"<sup>3</sup> وقال ابن حجر في شرحه "أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط بابه أضيّق"<sup>4</sup> لأن ما تم اشتراطه يثبت في الأصل بمطلق العقد بحيث يصبح جزء لا يتجزأ من مقتضاها وبالتالي فالشروط لا تزيده إلا تأكيداً وتذكيراً لا غير.

### ثانياً: الشروط المؤكدة لمقتضى العقد والملائمة له

ويقصد بها كافة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج في أصله، فهي ليست واجبة بالعقد وبالتالي من شأن إدراجها في عقد الزواج ضمان ما فيه مصلحة للزوجين، وقد اعتبرت هذه الشروط مقبولة خاصة وأنه في الكثير من الأحيان أن المرأة تخشى الاقتران من الرجل عند عدم وجود ضمان فيكون في هذا الشرط مصلحة للزوجين معاً، فالشريعة الإسلامية بدورها سهلت بذلك الجمع بين الزوجين ومن أمثلة هذه الشروط المقترنة بالعقد أن تشتط الزوجة كفيلاً يضمن حقها في المهر أو أن يكون والد الزوج ضامناً للنفقة وهذه الشروط صحيحة وجائزة باتفاق الفقهاء لأن إدراجها في عقد الزواج من شأنه أن يزيد من ضمان الوفاء بالآثار المترتبة على عقد الزواج.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - سنن الترمذي، المرجع السابق، ص 635.

<sup>2</sup> - الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 158.

<sup>3</sup> - صحيح البخاري بشرح ابن حجر العسقلاني، كتاب الشروط، باب الشروط عند عقدة النكاح، السعودية، ج 5، ص 396.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 250.

<sup>5</sup> - العريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 8.

وهذا الشرط لا يفسد العقد ولو كان لا يقتضيه لأنه يقرر حكمه من حيث المعنى ويؤكد فيه فيلتحق بالشرط الذي من مقتضيات العقد لملائمته للعقد وموافقته له ودليل صحة هذه الشروط قوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"<sup>1</sup>، ومن المعقول أن الرغبات تختلف باختلاف فلولم لم يصبح اشرط ذلك لكانت الحكمة التي لأجلها شرعت العقود، وحكم هذه الشروط على العموم هو لزوم الوفاء به بحيث إذا ما فات كان لشارط الخيار بين فسخ العقد وبين إمضائه إذا كان العقد قابلا للفسخ بتراضي الطرفين كالبيع والإجارة ونحوهما<sup>2</sup>

ومن الشروط الملائمة لمقتضى عقد الزواج أن تشترط الزوجة على زوجها أن يقسم لها مع نسائه بالسوية، فالحنابلة أباحوا الشروط المقترنة بالزواج بحيث لم يبطلوا منها إلا ما ورد دليل يثبت بطلانها باعتبار أن عقد الزواج يعتبر من العقود المقدسة التي تتبني على أساسه الأسرة والمجتمعات مما يتطلب توفير كل الشروط من أجل إنجاحه و استمراريته لأن المشروط عرفا كالمشروط لفظا، كما أن الشرط في عمومه قائم على فكرة المصلحة ومحاولة دفع الضرر قدر الإمكان خاصة في حالة عدم الوفاء بالشرط ويكون ذلك بالفسخ كما ذهب إليه الحنابلة أو بالتطبيق كما ينص عليه قانون الأسرة الجزائري، وبالتعويض عن الضرر اللاحق متى ثبت إلا أن الأخذ بمذهب الإمام أحمد على إطلاقه بإعطاء مطلق الحرية للمرأة في فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده فيه حرج كبير.

وعليه فإذا كان الشرط لا يخل بمقاصد العقد ومقتضياته وكان فيه مصلحة لأحد الطرفين، وثم برضا الطرفين فلا مانع من أن يلتزم المشروط عليه بالوفاء لأن ذلك من العهد الذي يوجب الوفاء ، وفي مخالفته خروج عن القيم الأخلاقية للشريعة الإسلامية أما إذا كان الوفاء بهذا الشرط يؤدي إلى مفسدة أعظم من المصلحة المرجوة منه ففي هذه الحالة رد المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

<sup>1</sup>- سنن الترمذي، المرجع السابق ، ص158.

<sup>2</sup>- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص137.

## ثالثاً: شروط جري بها العرف

يعتبر المذهب الحنفي الوحيد في المذاهب المضيقه لحرية الاشتراط في عقد الزواج الذي يعتبر العرف مصدر للشرط الصحيح بخلاف باقي المذاهب الفقهية الأخرى التي ترى أن العرف لا يؤثر على حكم شرعي وعلى هذا الأساس ارتأيت ذكره على وجه التخصيص لا العموم إذ ليست الشروط التي يجري بها العرف محل اتفاق واستقرار على صحتها بين المذاهب الفقهية على خلاف المذهب الحنفي التي يعتبرها من أقسام الشروط الصحيحة وعليه متى خالف العرف أصل من أصول الشريعة كان باطلاً<sup>1</sup> فإذا جري العرف بتعجيل نصف المهر للزوجة كان لها ذلك ومثاله أيضاً أن يقوم الزوج بنفقات العرس أو بشراء جزء من الأثاث إذا قضي العرف بذلك<sup>2</sup> وهذا مرده إلى أن تعارض الناس على اشتراط الشروط في العقود بوجه عام هو صحيح كتعارفهم على صور مخصوصة على الشروط في بعض العقود، والمتتبع لكلام العلماء وآرائهم يجد اختلافهم في مدى صحة اشتراط ما يتعارف عليه الناس ويجدون عليه في معاملاتهم على قولين يمكن توضيحها على النحو التالي:

**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى القول بصحة اشتراط ما يتعارفه الناس ويجرون عليه في معاملاتهم وإن كان هذا الشرط لا يقتضيه العقد وقال بهذا القول الحنفية والمالكية والحنابلة.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى القول بعدم صحة اشتراط ما يتعارفه الناس ويجرون عليه في معاملاتهم وهذا قول الشافعية وهو رواية عن الحنفية<sup>3</sup>.

أدلة القول الأول القائل بصحة اشتراط ما يتعارفه الناس استدلوا بالمعقول فالشروط التي اعتاد عليها الناس في أعرافهم مع أنها ليست من مقتضى العقد فلو قلنا بعدم صحة اشتراطها يفضي إلى وقوع النزاع بين المتعاقدين وقد قال أحد العلماء:

والعرف في الشرع له اعتبار \*\*\* لذا عليه الحكم يدار

<sup>1</sup> - نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عضري جديد، دار ابن لبنان، ط1، 2003، ص102.

<sup>2</sup> - كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص121.

<sup>3</sup> - خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد الزواج، مذكرة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير، الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص28.



أدلة القول الثاني القائل بعدم صحة اشرط ما يتعارفه الناس: استدلوا على ذلك من السنة.

**1- السنة:** عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط، فالحديث فيه دلالة على عدم جواز اقتران عقد البيع بشرط بدليل نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن مثل ذلك الفعل والنهي بمقتضى التحريم.

### رابعاً: الشروط التي ورد به النص الشرعي

إن التشريع الإسلامي تشريع سمح جاء يراعي مصلحة المسلمين ويرفع الحرج والمشقة عن الأمة، وتعد هذه الشروط ليست من مقتضى عقد الزواج وليست مؤكدة له لكن ورد النص عليها في نصوص شرعية بمعنى أنها ذكرتها في الكتاب والسنة والإجماع أو ورد بها أثر من الشارع ومن أمثلة هذه الشروط أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو ألا يتزوج عليها، أو الاستمرار في العمل الذي تبيحه الشريعة الإسلامية ونحو ذلك وقد اختلف الفقهاء في هذا النوع من الشروط فذهب الحنابلة إلى القول بصحة مثل هذه الشروط ووجوب الوفاء بها<sup>1</sup> فإن لم يلتزم المشروط عليه بها فإن للطرف الآخر حق فسخ النكاح، وقد ذكر ابن قدامة هذا القول عن مر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص وعمر بن عبد العزيز واستدل هؤلاء بالآتي:

**1.** بما رواه عقبة بن عامر الجهني عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"<sup>2</sup> فقد دل الحديث على أن الوفاء بشروط النكاح أولى ومقدم على شروط البيع.

**2.** قوله عليه الصلاة والسلام "من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع"، على اعتبار أن العقد باب واحد فلو كان الشرط لا يصح فإن المبتاع لا يجوز له اشرط المهر.

<sup>1</sup>- إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص190.

<sup>2</sup>- أخرجه البخاري، المرجع السابق، ص397.

والدليل على صحة هذا الشرط من السنة قوله عليه الصلاة والسلام ما كان من شرط ليست في كتاب الله فهو باطل، ومن أمثلة هذا الشرط اشتراط الخيار للعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما فهذا الشرط يمثل له البيع بشرط الخيار وكذلك كل عقد لازم يقبل الفسخ بتراضي الطرفين بمعنى أنه إذا اشترط البائع أو المشتري الخيار لنفسه مدة معلومة فإنه يكون شرط صحيح يثبت له حق الفسخ خلال هذه المدة ولا يحق للبائع في مطالبته قبل حلوله<sup>1</sup>، فالقول الراجح بعد عرض الأقوال والأدلة يمكن للترجيح القول بجواز اشتراط الخيار للمتعاقدين وذلك لعدة أسباب:

إن الذي يجري العقد قد يكون في حاجة إلى الرجوع إلى ذوي الخبرة لاستشارتهم فيه وفيما هو في مصلحته، فعدم الخيار يفوت عليه هذه الفرصة.

### الفرع الثاني: الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج

الشرط الذي ينافي مقتضى العقد هو ما ينافي ما شرع العقد لأجله كاشتراط عدم انتقال العوضين في المعاوضات<sup>2</sup> وهذا الشرط لا يترتب عليه فائدة مقصودة ومثل ذلك أن يتزوجها بشرط ألا يقسم لها في المبيت مع زوجة أخرى أو أن يؤثر عليها كأن يجعل لضررتها ليلتين ولها ليلة واحدة أو يتزوجها بشرط ألا ميراث بينهما، أو ألا ترثه أو أن تكون نفقتها عليها أو على أبيها أو أحد أوليائها أو تشتترط هي عليه أن يكون أمرها بيدها، أو يؤثرها على ضررتها أو ألا تأتيه إلا ليلا أو نهارا أو وقتا معينا، وغيرها من الشروط فهذه الشروط منافية لمقتضى العقد لأن من مقتضيات عقد النكاح مثلا لزوم النفقة على الزوجة والعدل بين الزوجات، والقوامة في البيت للزوج، فاشتراط ضدها منافي لحقيقة عقد النكاح ومقصودة<sup>3</sup> وهذا الشرط يعتبر من الشروط الفاسدة، ولا أثر لاشتراطه في العقد الذي يوجد فيه سواء كان من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة ونحوها، أم كان من عقود المعاوضات غير المالية وعقود التبرعات كالنكاح والهبة وما أشبههما وهذا الشرط فاسد لانقضاء الرضا بالعقد عند فوات الشرط، وذلك لأن الشرط لما خلا عن الفائدة التي يعود على المشروط له الاتفاق حاصل بين الفقهاء في عدم مشروعية وصحة هذه الشروط لكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج ونعرض آراء الفقهاء حول حكم هذه الشروط:

<sup>1</sup> - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص137.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص159.

<sup>3</sup> - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص125.

**الحنفية:** ذهب الحنفية إلى القول بتغليب قوة العقد على فساد الشرط وبذلك يبطل العقد صحيحا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم وإنما يبطل الشرط فقط.

**المالكية:** إن مثل هذه الشروط إذا شرطت يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعدة بمهر المثل ويلغى الشرط بحيث الشرط كالعدم<sup>1</sup> ويفرق المالكية بين حالتي قبل الدخول وبعده ميزة تفرد بها المذهب المالكي عن باقي المذاهب الفقهية الأخرى وهذا عملا بقاعدة "مراعاة الخلاف" لأنه ما دام يفسخ وجوبا قبل الدخول فالأصل في النكاح أنه فاسد، لكن أثبتوه بعد الدخول وقالوا بصحته وهذا مراعاة لخلاف ما قال بصحته من أصحاب المذاهب الأخرى كالحنفية والحنابلة.

**الشافعية:** يسمى هذا القسم من الشروط ما يخل بمقصود النكاح الأصلي وهذا كشرط أن يتزوجها على أنها طالق رأس الشهر، فالنكاح باطل لأن هذا الشرط رفع مقصود العقد رفع مقصود العقد وعليه نبين في هذا الفرع حكم الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

### أولا: حكم الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج

يقصد بها كل الشروط المخالفة لمقتضى عقد الزواج ولم يرد فيها نص ولم يجري بها عرف كاشتراط عدم الإنفاق على الزوجة أو عدم التوارث وقد أجمع فقهاء المذاهب على بطلان الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج ولكن لا يبطل العقد عند كل من فقهاء الشافعية والحنابلة والحنفية باستثناء المالكية الذين يقرون بأن الزواج المقترن منافي له يفسخ قبل الدخول ولا أثر للشرط فيه ويثبت بصداق المثل ويسقط الشرط<sup>2</sup> فهذه الشروط بعضها يؤثر على صحة العقد كاشتراط الزوجة على زوجها عدم المعاشرة الزوجية وبذلك تكون قد خالفت المقصود الأصلي من الزواج وهو النسل والمحافظة على الروابط الأسرية، وفي حال اشترطت على زوجها تطليق ضررتها الزوجة السابقة، أو اشترط الزوج على الزوجة عدم الإنفاق عليها فإنه يبطل الشرط ويصح العقد لأن هذه الشروط

<sup>1</sup> - سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، شريعة وقانون، جامعة وهران، السانيا، 2011-2012م.

<sup>2</sup> - نسرين شريفي، المرجع السابق، ص35.

لا تؤثر في العقد، ولا تؤدي إلى إبطاله<sup>1</sup> وهذا ما يؤكدته وأي الفقهاء فلا يحق للزوج إنكار حق فرضه الله تعالى خالصا للزوجة وهو حق مذكور في كتاب الله يقول الله تعالى {الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم..} [سورة النساء الآية 34] ومن السنة النبوية الشريعة قوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع، ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف، ومن الأدلة الدالة على بطلان كل شرط يخالف مقتضى العقد كثيرة ومنها قوله عليه الصلاة والسلام " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل".<sup>2</sup>

فإذا أبطل الشرط الذي اشترطه أحد المتعاقدين سواء الزوجة أو الزوج لتحقيق منفعة مقصودة له وجب أن يبطل العقد أيضا لفوات الرضا به حينئذ من الشارط لأنه لم يرضي بالعقد إلا بتحقيق ما شرط فيه فإذا ألغي الشرط وبطل فوات رضاه بالعقد والرضا شرط في صحة العقود جميعها فانعدامه يوجب بطلانها وعدم انعقادها<sup>3</sup> وعند الحنابلة في رواية أن الشروط التي تنافي مقتضى العقد ولا تلغي المقصود منه تعتبر شروط فاسدة لكنها لا تفسد العقد، وفي رواية أخرى تفسد العقد وإن كان الشرط الذي يخالف مقتضى العقد لا يتضمن منفعة تقصد في عرف الناس وعاداتهم فإنه أثر له في العقد أصلا، فيلغي الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا كاشترط المرأة في عقد النكاح أن يطعمها زوجها طعاما معيناً أو يلبسها نوعاً معيناً من الثياب وسنتناول فيما يلي حكم كل مذهب على حدي في الشرط المنافي بمقتضى عقد الزواج:

**1- رأي المالكية:** يرى المالكية أن مثل هذا النوع من الشروط إذ اقترن بالعقد فإن الشرط يعد فاسداً ومن أمثلة ذلك ما يسمى بنكاح الشغار<sup>4</sup> فهذه الشروط لا يلزم الوفاء بها لأنها شروط مخالفة لمقتضى العقد بل مناقضة له وحكم الشرط المنافي للعقد عند المالكية فإنه يفسخ لمنافاته مقصود الزواج، وقد سئل مالك عن رجل ينكح المرأة ويصدقها صداقاً ويشترط فيه إن لم يأت به إلى أجل فأمرها بيدها فقال "إن هذا النكاح

<sup>1</sup>- إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص190.

<sup>2</sup>- ابن ماجة (في العتق)، حديث رقم 2521، المرجع السابق.

<sup>3</sup>- نكاح الشغار: الشغار لغة: هو الرفع والخلو، شجر الكلب يشجر شغراً رفع إحدى رجليه، تم استعمال في معنى مخصوص، وهو

رفع الصداق والشغار الطرد، شجر واخلاقاً من بلده إذا قردوة، والشغار بالكسر، نكاح كان في الجاهلية هو أن تزوج الرجل امرأة على أن يزوجك أخرى بغير صداق.

<sup>4</sup>- نوارة دري، المرجع السابق، ص73.

ليس بحسب وأراه مفسوخاً" فقليل له أينفسخ الشرط ويثبت النكاح؟ فقال لا ولكن يفسخ النكاح.<sup>1</sup>

2- رأي الشافعية: الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ولم يرد الشرع بجوازه قد يكون فيه منفعة مقصودة للشارط في عرف الناس وعاداتهم فإن كان الشرط المخالف لمقتضى العقد فيه منفعة مقصودة للشارط في عرف الناس أو يخل بشرط من الشروط المعتبرة في صحته شرعاً، فإن هذا الشرط يبطل العقد الذي يقترن به ويجعله كأن لم يكن سواء كان من عقود المعاوضات أو من عقود التبرعات.

ويقسم الشافعية الشروط المنافية لمقتضى العقد شروط مخالفة لمقتضى عقد الزواج وشروط تخالف المقصود الأصلي للزواج، فالنوع الأول من الشروط حكمه البطلان لكن هذا البطلان لا يؤثر على العقد، أما بالنسبة للنوع الثاني فهي شروط مبطللة لعقد النكاح من أصله كاشتراط الزوجة عدم الوطء أو أن لا ينسب إليه الأولاد أو عدم التوارث فيما بينهما باعتبار الزوجية سبب من أسباب الإرث<sup>2</sup> واشتراط الخيار في الزواج الذي يعد شرطاً مبطلاً للزواج.

3- رأي الحنفية: يرى المذهب الحنفي أن حكم هذه الشروط أنها باطلة فيلغي الشرط ويبقى العقد صحيحاً، كأن يتزوج رجل امرأة على أنها طالق رأس الشهر، أو يشترط عليها ألا ترثه، أو ألا ينفق عليها أو ألا مهر لها أو تشتترط عليه الخروج من البيت من شاءت ذلك وبدون إذن مسبق منه وهذا غير جائز ومثل أن تشتترط عليه كذلك عدم الوطء فمثل هذه الشروط غير جائزة لإخلالها بمقاصد الزواج الشرعية فإن هذه الشروط عندهم لا تجوز بحال ولكنهم اختلفوا في إبطال هذه الشروط للعقود فمنهم من أبطلها ومنهم من لم يبطلها<sup>3</sup>

و تنوع العقود وعند الحنفية بالنسبة لأثر الشرط غير الصحيح فيها إلى نوعين فالنوع الأول يشمل العقود التي تتأثر بالشرط غير صحيح وهي المعاوضات المالية كالبيع

<sup>1</sup> - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص164.

<sup>2</sup> - العريبي إيمان، المرجع السابق، ص14.

<sup>3</sup> - إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص190.

والإجارة والقسمة والمزارعة والمساقاة<sup>1</sup> أما النوع الثاني فيشمل العقود التي لا تتأثر بالشرط غير الصحيح وهي المعاوضات غير المالية كالنكاح وعقود التبرعات كالهبة والقرض، فإن اشتراط الشروط غير الصحيحة فيها لا يؤثر فيها بل تلغي الشروط غير الصحيحة ويبقى العقد قائماً وصحيحاً بمعنى أن الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح من أصله.

**4- رأي الحنابلة:** استدلت فقهاء المذهب الحنبلي على نساء الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج لما جاء النهي عنه في عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ويرى الحنابلة أن الشروط التي تنافي مقتضى العقد ولا تلغي المقصود ومنه مثل اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع العين التي اشتراها أو يهبها أو لا ينتفع بها تعتبر شروط فاسدة لكنها لا تفسد العقد<sup>2</sup> وفي رواية أخرى تفسد العقد وإن كان الشرط الذي يخالف مقتضى العقد لا يتضمن منفعة تقصد في عرف الناس وعاداتهم فإنه لا أثر له في العقد أصلاً فيلغي الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً.

وذهب الحنابلة أيضاً إلى أن الشروط غير الصحيحة لا تؤثر على العقد فلا يفسد بها العقد عندهم ما دام الشرط واحد، فإن كان شرطين فسد بهما العقد لحديث النهي عن الشرطين في البيع، واستدل الحنابلة على ذلك بحديث أبي هريرة إذ أن رسول الله عليه الصلاة والسلام أبطل شرط الولاء للبائعين ولم يبطل العقد.<sup>3</sup>

**5- رأي الظاهرية:** الشروط الباطلة أو الفاسدة هي كل شرط لم يرد النص بجوازه ولم يصح الإجماع على اعتباره مثل اشتراط البائع الانتفاع بالعين المبيعة، وفي الوقف اشتراط الواقف تأتيت لوقت لمدة معينة أو يبيعه إن احتاج إلى بيعه، وحكم هذا النوع من الشروط أنه حرم اشتراطه وبطلان العقد المقترن بأي شرط منها سواء كان عقد معاوضة أو عقد تبرع، وقد علل ابن حزم ذلك البطلان بما خلاصته أن العقد إذا اشترط فيه شرط كانت صحته مرتبطة بذلك الشرط وكان موقوفاً على تمامه وهو العقد

<sup>1</sup> - الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 46.

<sup>2</sup> - رشدي شحاتة أو زيد، المرجع نفسه، ص 166.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص 167.

لأن المبني على باطل فه باطل لأنها تتنافى مقتضى العقد لكن يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا لا يفسد بفساد الشرط<sup>1</sup>.

أما حكم الشرط الذي يتنافى مع مقاصد عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري فتكون تلك الشروط باطلة ولا يعتد بها كاشتراط إسقاط المهر أو شرط عدم النفقة، وبالتالي تلغي هذه الشروط ويصح العقد وهذا ما سلف ذكره عند الفقهاء، غير أنهم وضحو بعض الشروط التي تبطل العقد من أصله كشرط التأثيت أو شرط الخيار، الذي يمنح الزوجين أو أحدهما حق العدول عن العقد بعد مدة معينة فكل هذه الشروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح، وقد تعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة في جملة النصوص منها المادة 32 التي تبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج إلا أن نص المادة 35 منه تبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا مرتبا لكافة آثاره الشرعية والقانونية.

### الفرع الثالث: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه

تتنافى مع مقصود النكاح ولا تخالف ما قرره الشرع كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من دارها أو بلدها، أو لا يسافر بها، أو ألا يتزوج عليها، أو تستمر في عملها الذي تبيحه الشريعة الإسلامية لكن فيها منفعة لأحد الزوجين كاشتراط الزوجة إسكانها في مسكن منفرد عن أهله<sup>2</sup> أو مستقل عن الضرة، فإذا اشترط أحد الزوجين شروط ليست من مقتضيات العقد ولكن لا تخالفه تم لم يلتزم بها فما هو مصير ذلك الشرط؟.

اختلف الفقهاء حول هذه المسألة فمنهم من يرى أنه لا يفرق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط المتفق عليه أثناء العقد واعتبروا الشرط باطل والعقد صحيح ولا يؤثر هذا البطلان على صحة العقد لأن القاعدة عند الأحناف تقضي أن كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يكون مؤكدا لمضمونه ولم يرد الشرع بجوازه أو جرى بع العرف فهو لاغيا، والشافعية كذلك أبطلوا هذه الشروط وصحوا العقد لأنها تعتبر شروط تخالف مقصود العقد.

<sup>1</sup> - نواره دري، المرجع السابق، ص114.

<sup>2</sup> - نسرين شريف، المرجع السابق، ص114.

وذهب الحنابلة إلى القول بصحة مثل هذه الشروط ووجوب الوفاء بها فإن لم يلتزم بها جاز للطرف الآخر طلب الفسخ<sup>1</sup> وقد استدلت الحنابلة رأيهم يقول النبي عليه الصلاة والسلام بقوله: " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا ما استحللتم من الفروج"<sup>2</sup>

فوجه الدلالة من الحديث أن أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح، ويرى المذهب المالكي أن الشروط التي لا يقتضيها العقد اعتبروها مكروهة والوفاء بها غير لازم بل مستحب وقول المالكية بكراهة اشتراط مثل هذه الشروط لما فيه من التجحير عن الزوج ومثل هذه الشروط قد تكون أسباباً للخصومات بين الزوجين وعدم استقرار الحياة الزوجية لكن لا تؤثر على صحة العقد، وقد استدلت المالكية بقول الرسول عليه الصلاة والسلام " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط"<sup>3</sup> فالوفاء بهذه الشروط مستحب وليس واجب فهذه الشروط مكروهة ابتداءً لكن إذا ذكرت في العقد يستحب الوفاء بها ولا تكون لازمة إلا إذا اقترنت بطلاق وقد اختار ابن القيم في زاد المفاد رأي الحنابلة فقال إذا اشترطت السلامة، أو اشترطت الجمال فبانت شوهاً، أو شرطها شابة حديثة السن فبانت عجوزاً شمطاءً، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو بكر فبانت ثيب فله الفسخ في ذلك كله.

وعليه وجب علينا التفصيل في الاختلاف التي توصل إليه الفقهاء حول صحة هذه الشروط فالمذهب الظاهري يرى أنصاره أن الشروط التي تم اشتراطها من قبل الزوجين والتي بها منفعة تعود على أحد الزوجين تعد بمثابة شروط باطلة لما روى عن حديث عائشة رضي الله عنها قال "فما بال أقوام يشترطون شروط ليست في كتاب الله، ما كان شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق"<sup>4</sup> وكذا استدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"<sup>5</sup> يقول ابن حزم في هذا النص بطل كل عقد عقده الإنسان و التزمه إلا ما صح أن يكون عقداً أو بإباحة التزامه بعينه وقد استدلت الظاهرية في إبطال اشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن لا ينقلها من بلدها، ويرى

<sup>1</sup> - بدران أو العينين، المرجع السابق، ص 52.

<sup>2</sup> - صحيح البخاري، المرجع السابق، ص 249.

<sup>3</sup> - الترمذي، مرجع السابق، ص 635.

<sup>4</sup> - مصدر نفسه، ص 177.

<sup>5</sup> - لعريبي إيمان، المرجع السابق، ص 38.



الحنفية والشافعية أن هذه الشروط فاسدة ليست من مقتضيات العقد ولا من مستلزماته كما أنها لا تنافي مقتضى عقد الزواج ولم يرد بشأنها أمر أو نهي من الشارع كما لم يجربها عرف بين الناس لكنها تعود بالنفع أو تحقق مصلحة معتبرة للمشتراط بمعنى متضمنة لمنفعة زائدة على أصل العقد باعتبار عقد الزواج أسمى العقود في هذه الشروط فاسدة لا يلزم الوفاء بها وهناك قاعدة فقهية يذكرها الفقهاء وفي "الشرط أملك" فهذه الشروط مكروهة ابتداءً أما فيما يتعلق بتأثير الشروط الفاسدة على عقد الزواج سواء عند الأحناف أو الشافعية فبالنظر إلى الخصوصية التي ينفرد بها عقد الزواج باعتباره أسمى العقود فإن هذه الشروط فاسدة لا يلزم الوفاء بها ذلك لأن النكاح لا تبطله الشروط الفاسدة وهذا بالأدلة التالية:

أ. قول الرسول عليه الصلاة والسلام "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حراماً أو حرم حلالاً" وعليه نستنتج أن الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها تقسم إلى عدة آراء هناك من يعتبرها شروط باطلة لا يلزم الوفاء بها، ورأي يرى بأنها شروط مكروهة، أما الرأي الثالث فيرى بأنها شروط صحيحة يُلزم الوفاء بها، فالظاهرية والشافعية والحنفية يرون بأنها شروط باطلة والحنابلة والإباضية يعتبرونها شروط صحيحة والمالكية يعتبرونها شروط مكروهة.

### المطلب الثاني: أثر الشرط المقترن بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إذا كانت القاعدة العامة هي أن تحقيق الزواج على شرط مما يحمله باطلاً مطلقاً م32 ق.أ.ج المعدلة بالأمر 02/05<sup>1</sup> فإنه لا مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكام العقد ومقاصده الشرعية م19 ق.أ.ج المعدلة بالأمر 02/05، فهذا جائز طبقاً لاتفاق الطرفين بشرط أن لا تتعارض هذه الشروط مع نظام الزواج ومقاصده الشرعية<sup>2</sup>، وعليه يجب علينا التطرق إلى الشروط التي لا تنافي ومقتضيات عقد الزواج من خلال المطلب الأول، والشروط التي تتنافى ومقتضيات عقد الزواج مفرع ثاني، وبهذا ساير قانون الأسرة الجزائري الجديد ما قال به فقهاء المالكية والحنابلة من أنه يحوز للزوجين حرية الاشتراط في عقد

<sup>1</sup> - المادة 19 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص253.

النكاح بها يحقق مصالحهم التعاقدية ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام الشرع ومقتضيات عقد النكاح ومقاصده الفقهي.

### الفرع الأول: الشروط التي لا تتنافى ومقتضيات عقد الزواج

وهي شروط تكون جزء من العقد ومؤكده لمقتضى عقد الزواج ومن بين هذه الشروط التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري في مادة 19 وهي:

#### أولاً: اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها

حيث تنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على حرية الاشرط للزوجين ولاسيما شرط عدم التعدد وعمل المرأة فهو شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وذهب ميارة الفاسي من مذهب المالكية أنه مكررة وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها فإن خالف الرجل الشرط وتزوج كان للمرأة طلب التظليق المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري أو فسخ الزواج وعليه فالمشرع سوى بين الرجل والمرأة في وضع الشروط إذ جاءت صياغة المادة عامة وشاملة، فهذا الحق لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية والقانون وبالتالي لما حق طلب التظليق عند الإخلال بهذا الشرط، أو فسخ عقد الزواج وقد ذكرت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> حق التعدد متى تحقق شرط العدل في الإنفاق وهذا يتعارض مع نص المادة 19 منه التي تبيح اشتراط الزوجة على زوجها عدم التعمد عليها، وهذا الشرط مكروه عند المالكية وإن اشترط نذب الوفاء به والحنابلة ترون لزوم الوفاء به وللزوجة حق المطالبة بالفسخ إذا لم يف بها الزوج وشرط عدم التعدد صار مقرراً من الناحية القانونية فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فقبل بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به.

ويبدو أن التعديل الجديد لنص المادة 19 قد تأثر برأي الحنابلة الذين يجيزون هذا الشرط مع تحريم اشتراط طلاق الضرة وإباحة اشتراط عدم التعدد.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص 110.

## ثانيا: اشتراط الزوجة العمل.

يجوز للزوجة أن تشتترط على زوجها أن تعمل بوظيفة معينة بعد الزواج، أو أن تستمر في العمل الذي كانت تعمل به قبل الزواج فقوامة الرجل فرضت على المرأة استجابة لدواعي فرضت فيها هذه القوامة يقول عز وجل في كتابه العظيم {الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم...} [سورة النساء الآية 34] ويتبين لنا أن حق المرأة ثابت ومقرر بموجب القانون والاتفاقيات الدولية حيث أكدت المادة 10 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة على حق المرأة في العمل، لقد أجاز المشرع الجزائري كأصل عام هذا من خلال نصوص المادتين 19 و 67 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> جدت نصت المادة 67 من هذا القانون على "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

كما يعد شرط عمل المرأة من الشروط التي استحدثها المشرع بموجب تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 وأما نص المادة 19 من نفس القانون تحدث فيها المشرع الجزائري عن عمل المرأة لاسيما أن هذا الشرط لا يتنافى مع أحكام القانون وعليه متى قبل الزوج بشرط الزوجة كان من الواجب أن يفي به باعتبار فيه منفعة، ويمثل عمل المرأة في حالات كثيرة صوتا لها المهانة وطلب الناس، وقد استدلت العلماء على أحقية المرأة في العمل بآيات من القرآن الكريم منها قوله تعالى: {ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن وسئلوا الله من فضله إن الله كان لكل شيء عليما} [سورة النساء الآية 32] وقوله تعالى: {من عمل صالحا من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنجزيه حياة طيبة ولنجزيهن وأجرهن بأحسن ما كانوا يعملون} [سورة النحل الآية 97]

وقد سلك الدستور الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية في التأكيد على أحقية المرأة في العمل إذ نصت المادة 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه " لكل المواطنين الحق في العمل"<sup>2</sup> إضافة لاستحداث نص المادة 36 التي تقر بما يعرف بالتناصف بين الجنسين في تولي

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996، ص 146.

<sup>2</sup> - القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

المناصب التي جاء فيها العمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل وتشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات<sup>1</sup> فمن المعروف أن المناصفة تبين الرجل والمرأة تعتبر مرحلة أكثر تقدماً في إطار أحكام اتفاقية القضاء على مختلف أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ويعني ذلك تحقيق المساواة التامة بين الجنسين.

غير أن الزوجة قد ترغب في التأكيد على ضمان زوجها لحقها في العمل وعدم منحها من ممارسة عملها فتلجأ إلى تضمين هذا الشرط في عقد الزواج، وقد أولي المشرع الجزائري هذا الشرط أهمية خاصة من خلال النص عليه في المادة 19 ومتى قبل الزوج بهذا الشرط فيجب الوفاء به ولا يجوز منهما من ذلك إلا في حالة تحسن الزوجة في استعمال حقها في الخروج للعمل كأن تظهر بمظهر المتبرجة أو بصورة تدعو إلى الفتنة ويكون للقاضي في هذه الحالة دور كبير في الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة عن رجوع الزوج عن موافقته لزوجته بالعمل.

وخلاصة القول أنه يجوز للزوجة اشتراط ممارسة العمل مادام هذا الشرط لا يخالف المقصود الأصلي لعقد الزواج وما دام هذا الحق ثابت بنصوص القانون أن العقد شريعة المتعاقدين طبقاً للمادة 106 من القانون الجزائري.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الشروط التي تنافى ومقتضيات عقد الزواج

تعتبر هذه الشروط منافية للعقد ومبطلّة للنكاح من أصله كشرط نفي المقر المقرر لحق الزوجة بنص القرآن الكريم بقوله تعالى: {وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً} [سورة النساء الآية 04] والمقصود بالنحلة هو المهر أو الصداق أو تشترط الزوجة على زوجها عدم الوطء أو تشترط عدم العدل بينها وبين ضرتها في المبيت أو كاشتراط الزوج أن تتفق الزوجة عليه فإن مثل هذه الشروط تننافى مع ما يقتضيه عقد الزواج في

<sup>1</sup> - حداد فاطمة حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الإشراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، ص248.

<sup>2</sup> - المادة 106 من القانون المدني، الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2005، وبالقانون رقم 5 لعام 2007.

مقصوده الأصلي،<sup>1</sup> وتخالف هذه الشروط أحكام الشرع فإن وقع هذا الشرط في عقد الزواج كان الشرط باطلا والعقد صحيح ويجوز لها أن تطلب التطلق عند مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج طبقا لنص المادة 53 / 9 ق.أ.ج المعدلة بالأمر 02/05.

ولكن ما يلاحظ على نص المادتين 32 و 35 وجود تناقض بين النصين فقد حكم المشرع الجزائري على العقد المشتمل على الشرط المنافي لمقتضى العقد بالبطلان دون تفريق بين حالة الدخول، حيث حكم على العقد المقترن بشرط ينافيه بالصحة وأبطل الشرط<sup>2</sup> حيث يرى الدكتور بلحاج العربي في عرضه لأسباب فسخ عقد الزواج والتي منها اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج، غير أن المشرع صححه بالدخول، فإذا اشترط الزوج على زوجته إسقاط حق النفقة عليها فهذا غير جائز شرعا وقانونا فحكم النفقة الزوجية واجبة بعقد الزواج الصحيح باتفاق الفقهاء واستدلوا على وجوبها بالكتاب والسنة والإجماع.

**الأدلة من الكتاب:** في القرآن الكريم منها قوله تعالى: {لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها} [سورة الطلاق الآية 07]

**الأدلة من السنة:** والأدلة على وجوب النفقة الزوجية كثيرة فيما روي الأحاديث عن النبي عليه الصلاة والسلام منها ما روى عن معاوية القشيري قال: "أتيت رسول الله عليه السلام فقلت: ما تقول في نساءنا؟ قال: **أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون، ولا تضربوهن، ولا تقبحوهن**"، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يدفع لها زيادة معلومة في مهرها أو أن يكون من نقد معين، أو أن يقدم لها الزوج أو وليه منفعة بجانب المهر، فالمهر الذي يدفعه الزوج لزوجته ليس شراء للزوجة ولا عوضا عن التلذذ بها لأن الزوجة حرة كالزوج وقد ورد "عن عمر رضي الله عنه أراد أن يمنع الناس من المغالاة في المهر ويخدمها بما دفعه النبي عليه الصلاة صداقا لزوجاته وما أخذ أربعمئة درهم جعلت الزيادة في بيت المال<sup>3</sup> فاعترضت عليه امرأة وقالت له ليس ذلك إليك يا عمر، فقال: ولم؟ قالت أن الله يقول: {وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإنما مبينا} [سورة النساء الآية 20]"

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 201.

<sup>2</sup> - سميرة عبدو، المرجع السابق، ص 466.

<sup>3</sup> - عبد القادر خزر الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 119.

فشرط نفي المهر محل خلاف فقهي هناك من يبطل النكاح استنادا إلى المذهب المالكي والثاني يصح ويجب عليه مهر المثل مقول الحنفية والشافعية ونفس الحكم ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني في نص المادة 19 حيث اعتبر أنه قيد عقد الزواج بشرط ينافي مقاصده أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا كاشتراط أحد الزوجين على الآخر ألا يعاشره معاشرة الأزواج كان الشرط باطلا والعقد صحيح.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص58.

### المبحث الثاني: تطبيقات لبعض صور الاشتراط وجزاء عدم الوفاء بها

تناول في هذا المبحث تطبيقات لبعض صور المشاركات في عقد الزواج التي يضعها الزوجين في عقد الزواج، باعتبار أن المشاركات بين الزوجين من أهم العوامل التي تؤدي إلى اجتناب الخلافات التي من شأنها أن تمس بالعلاقة الزوجية مستقبلا مما لا شك فيه أي أهمية هذه المشاركات تبرز في جانبين الجانب المادي والجانب المعنوي وهو محور بحثنا في هذا المبحث الذي يقتصر على المشاركات المادية والغير مادية حيث تطرقت إليها في المطلب الأول تحت عنوان تطبيقات لبعض صور الاشتراط من خلال الفرع الأول والذي جسدنا فيه الشروط المالية والفرع الثاني الشروط المعنوية، وفي المطلب الثاني عالجنا جزاء عدم الوفاء بها بالتطرق إليها في ثلاثة فروع الفرع الأول الفسخ والفرع الثاني التطلق والفرع الثالث التعويض.

### المطلب الأول: تطبيقات لبعض صور الاشتراط

ارتأينا تخصيص هذا المطلب لدراسة بعض التطبيقات عن الشروط في عقد الزواج فخصصنا الفرع الأول لبيان الشروط المالية في عقد الزواج سواء من الزوجة أو الزوج أو تكون مشتركة بينهما والتي من بينها اشتراط الزوجين في عقد الزواج حول الأموال المشتركة بينهما والتي يكتسبانهما قبل الزواج أو بعده عن طريق الهبة أو الإرث أو التي تكون ناتجة عن رواتبهم الشهرية أو دخلهم الشهري،<sup>1</sup> إضافة إلى شرط السكن المنفرد حيث يحق للزوجة اشتراط أن يكون لها سكن خاصا بها بعيدا عن أهلها أو مستقل عن الضرة الثانية وهذا منصوص عليه صراحة ضمن اجتهادات المحكمة العليا في قراراتها الصادرة بشأن السكن المنفرد.<sup>2</sup>

وقد عالجنا في الفرع الثاني الشروط المعنوية كاشتراط صفة معينة في أحد الزوجين كاشتراط البكارة والكفاءة في الزواج كأن يكون الزوج متعلما أو صاحب حرفة ما إضافة إلى شرط عدم التعدد فقد خول القانون الجزائري للزوجة الحق في إدراج شرط عدم التعدد عليها في عقد الزواج وذلك تطبيقا لنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري الذي تبيح هذا الشرط، فهذا الشرط

<sup>1</sup> - دليلة فركوس و جمال عياشي، المرجع السابق، ص 189.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 552.

يتعارض مع ما أحله الله تعالى للرجل من حق التعدد ويتعارض كذلك مع نص المادة 8 قانون الأسرة التي تبيح التعدد في حدود الشريعة الإسلامية.

### الفرع الأول: الشروط المالية

نتطرق في هذا الفرع إلى الشروط المالية التي يجوز للزوجين إدراجها في عقد الزواج سواء من طرف الزوجة أو الزوج وتكون هذه الشروط بمثابة بنود وتدرج في عقد الزواج سواء كانت فيها منفعة خاصة أو مشتركة للزوجين معا، ومن بين هذه الشروط المادية التي يمكن إدراجها في عقد الزواج شرط أن تكون المكتسبات المالية للزوجين مشتركة بينهما وذلك من خلال ما يسمى باتخاذ الذم المالية، إضافة إلى شرط السكن المنفرد البعيد عن أهله وأقاربه أو المستقل عن الزوجة الثانية.

### أولا: اشتراط الزوجين الاشتراك المالي

صرح المقتن الجزائري بمبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين من خلال نص المادة 2/37 من قانون الأسرة الجزائري مقتبسا الحكم الشرعي المتفق عليها فقها وفي الفقرة الثانية أتاح للزوجين أن يتفقا على طبيعة الذمة المالية التي تحكم نظام زواجهما بين الاستقلالية والاشتراف، إلا انه لم يبين حكم عدم تحديدهما لنظام الأموال المشتركة لاسيما إن كان للزوجة مساهمة فعلية في تنمية أموال الأسرة<sup>1</sup> وعليه وجب علينا معرفة مفهوم اشتراط الزوجين للذمة المالية المشتركة.

#### 1- مفهوم اشتراط الزوجين للذمة المالية المشتركة:

يقصد بالملكية المشتركة بين الزوجين هي جميع الأموال المكتسبة بعد الزواج والتي يكتسبها الزوجين من عملهما مجتمعين أو منفردين وكذا إيراداتهم الشخصية من الرواتب والكسب أثناء قيام الحياة الزوجية مشتركة بينهما م 2/37 ق أ ج أما الأموال الأخرى التي يمتلكها كل من الزوجين فتبقى أموال خاصة بكل منهما ويكون مستقلة عن أموال الزوج الآخر 1/37 ق أ ج<sup>2</sup> وهذا وقد أقر الفقه المعاصر أن الاشتراك في نظام مالي خاص يرتبط بعدة

<sup>1</sup>- دليلة فركوس جمال عياشي، المرجع السابق، ص 190.

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 553.



عناصر تجعله ذا تكيف مميز لأن الحياة الزوجية قائمة على تقاسم المهام فلا تتحمل الزوجة شقاء كسب الرزق المالي وتوابعه لاعتباره من صميم قوامه الزوج بقوله تعالى {الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم} [ سورة النساء الآية 34]

ومن خلال استقراء نص المادة 2/37 ق أ ج أنه يجوز للزوجين أن يتفق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما وعليه تعتبر المادة 37 ق أ ج المعدلة خطوة هامة وفريدة من نوعها لتنظيم علاقة كل من الزوجين بأمواله وبأموال الزوج الآخر وعلاقتها مقابل الأموال المشتركة المكتسبة مدة الزواج وهو ما يسمى بالنظام المالي للزوجين على غرار القوانين الغربية لتنظيم العلاقات المالية تبينها فالمستقر عليه أن الشريعة الإسلامية تقوم على مبدأ الانفصال الكامل للذمم المالية للزوجين فهي تساوي بين الرجل والمرأة فالزواج ليس له أي أثر على استقلال الذمم المالية مما ينتج عنه عدم منح أي سلطة للزوج على أموال الزوجة فهو يعتبر أجنبيا في أموالها<sup>1</sup>

وإقرار حق المرأة في التصرف في أموالها اتفق عليه جمهور الفقهاء باستثناء المالكية وعليه فإن توسع المشرع الجزائري بعد تعديلات عام 2005 لمجال التعبير عن الإرادة داخل الأسرة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود وتكريسا لمبادئ الحرية والمساواة والشراكة بين الزوجين وإقرار الاشرط في عقد الزواج في المادة 19 والمادة و27/2 الجديدة من قانون الأسرة باللجوء إلى عقد التوثيق لتحديد الحقوق والالتزامات والضمانات لم يترك المقنن الجزائري اشرط الذمة المالية المشتركة بين الزوجين بمجرد إرادتهما بل قيده ببعض القيود.

## 2- قيود اشرط الزوجين للذمة المالية المشتركة:

أتاح المقنن الجزائري للزوجين تحديد النظام المالي لهما ضمن الفقرة 2 من المادة 37 ق أ ج ولكنه لم يفسخ لهما المجال واسعا اما اشرط اتخاذ الذمة من غير شروط وهذه الشروط هي:

<sup>1</sup> - لعريبي إيمان، المرجع السابق، ص90.

1- أن يتم اختيار اتخاذ الذمة المالية بين الزوجين باتفاقها ذلك لأن الأصل في الذمة المالية هو الاستقلال المؤكد عليه والمصرح به في الفقرة الأولى من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>1</sup>

2- أن يصرح بالاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق فإدراج الشرط كبند ضمن العقد المفرغ فيه التصرف شرط قانوني ضروري للاستثناء عليه في إثبات خيار الاتحاد في الذمة المالية بين الزوجين.

فلا يمكن أخذ الزوجين القيام ببعض التصرفات الخاصة بالأموال المشتركة إلا بعد موافقة الطرف الآخر، وفي حالة القيام بها أو إذا تعدى الزوج حدود سلطاته بخصوصها جاز للطرف الآخر أن يطلب إبطال هذه التصرفات خلال سنتين ابتداء من اليوم الذي علم فيه بقيام قرينة بهذه التصرفات ويلتزم كل من الزوجين في القانون الفرنسي في المساهمة في تكاليف الحياة الزوجية<sup>2</sup> ويكون كل واحد منهما متضمن مع قرينه بخصوص تكاليف الحياة الزوجية وتربية الأولاد أثناء فترة الزواج طبق المواد 214 و 220 ق المدني الفرنسي.

كما في التشريع الجزائري فإن الواقع الذي يعيشه المجتمع الجزائري اليوم أن هناك وجود واقعا للملكية المشتركة بين الزوجين أغفل قانون الأسرة الجيد تنظيمه بنظام قانوني دقيق وواضح، إلا أن التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة والتي توسعت في فتح باب الاشتراط في عقد الزواج في كل النواحي بما فيه الناحية المالية وذلك بنص المادة 37 ق أ ج غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأحوال الشركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما بينت الحكم النهائي في المسألة فإذا تم الاتفاق على شرط من الشروط مثل عدم تعدد الزوجات أو السماح للزوجة العمل وعليه نجد أن كل الدول العربية نجدها تنتهج مبدأ انفصال الذمم المالية باعتباره المبدأ المستقر شأنه في الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> - دليلة فركوس جمال عياشي، المرجع السابق، ص 192.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 441.

## ثانيا: اشرط الزوجة السكن المنفرد

يجوز للزوجة سواء ضم عقد الزواج أو ضمن عقد لاحق منفصل عن عقد الزواج أن تشتترط على زوجها السكن المنفرد بعيدا عن ضررتها أو بعيدا عن أهل الزوج لأسباب مشروعة<sup>1</sup> ويعد شرط السكن من أهم الحقوق التي أقرها الله تعالى في كتابه للزوجة ولأنه أثر من أثار عقد الزواج التي يلزم تأمينها للزوجة قوله تعالى: {أسكنوهن من حيث سكنكم من جنكم ولا تضاروهن لتصدقوا عليهن وإن كن أولت حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن واثمرا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى} [سورة الطلاق الآية 06] وقصد بشرط السكن المنفرد إلزام المرأة بموجب شرط يتم إخراجها في عقد الزواج وذلك بإعداد محل معين ومخصص لإقامتها بصفة مستقلة دون أن يشاركها فيه أهله أو ضررتها فشرط السكن المنفرد يصنف من مقتضيات عقد الزواج فهو شرط لا ينافي العقد و لا يخالف الشرع الإسلامي.

ويشترط في المسكن حتى يصلح إلزام الزوجة بالإقامة فيه وطاعة زوجها مواصفات مشروعة تتمثل في أن يكون السكن خاصا بالزوجة لا يشاركها فيه أحد من أبناء الزوج ما عدا أولاده الصغار وغير المميز، لأن المعاشرة لا تتعطل بوجوده أولا يشاركها أحد من أهله وأقاربه إلا برضاها، إذا رضيت الزوجة ابتداء السكن مع الأقارب زوجها فإن لها أن تطلب الاستقلال بمسكنها بعد ذلك<sup>2</sup> وهذا معناه أنه يحق لزوجة مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها إذ اشكت مرارا من الضرر الذي لحق بها منهم بسبب جوارهم وسوء المعاشرة<sup>3</sup>.

كما يجب أن يكون المسكن بحالة تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها وعند النزاع يسند الأمر اتأكد من شرعية المسكن إلى القاضي وذهب الجعفرية إلى أنه يجوز أن يسكن الزوج أحدا مع زوجته ولو كان ولده الصغير لقوله تعالى: {ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن} [سورة الطلاق الآية 06].

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 73

<sup>2</sup> عثمان اتكروي، المرجع السابق، ص 137

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 613

فمن الناحية الفقهية الأصل يجب على الزوجة أن تقيم مع الزوج في المسكن الذي أعده لها كما عليها أن تكون مع زوجها أينما يكون أو تنتقل معه إلى محل الإقامة ولاية أن يكون المسكن شرعياً تتوفر فيه أسباب الراحة والاستقرار يستثني من الأصل أن تشترط الزوجة في عقد الزواج أنها تقيم عند أهل أو في مكان معين أما الزوجة أن ترفض أن تسكن مع أهل زوجها في مكان واحد أو مع الضرة فبالرجوع إلى آراء الفقهاء المذاهب نجدهم يشكون في مسألة معارضة اشتراك زوجتين في مسكن واحد ذلك لأن اسم الضرة مشتق من المضرة المنهي عنها فيرى المذهب الحنفي بضرورة الإقرار بموجب توفير السكن المنفرد أو المستقل عن الزوجة الثانية.

ويرى الدكتور بدران أبو العينين بدران أن هذا الرأي معقول لأنه قرب الزوجة من ضررتها مظنة الاستياء بلا وجود الضرة مما يؤذيها<sup>1</sup> وترى الشافعية بأن الشرط السقف المنفرد البعيد عن الضرة من حق الزوجة باعتباره من مقتضيات عقد الزواج مع مراعاة حال الزواج الكمالية ويرى الحنابلة اشتراط الزوجة السكن يقدر من الشروط الصحيحة الواجب الوفاء بها فيرى هذا المذهب بأن لا يجوز للزوج أن يجمع بين الزوجة وضررتها في مسكن واحد لأنه يشكل ضرارا على الزوجة، أو يجوز للزوجة أو تشترط على زوجها السكن المستقل عن أهله<sup>2</sup>.

وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في السنوات الأخيرة من أنه لزوجة الحق في المسكن لمستقل عن أهل الزوج وذلك لعقول الإمام خليل و بها الامتناع أن تسكن مع أقاربه<sup>3</sup> وأن الطاعة الواجبة على الزوجة لزوجها لا تتنافى مع حقها في السكن المستقل عن أهله وهذا إلا إذا اشتراط عليها ذلك أثناء العقد، فيجب حينئذ أن سكن في دار أهله أن لا تتضرر بإساءة أهله إليها بالقول أو الفعل فإن ثبت تضررها كان لها الحق في الانتقال من عندهم ويرى الشافعية أن لها الاستقلال عن أهله باعتبار أنها لا تأمن وجودهم على متاعهم، كما يمنعها وجودهم من معايشة زوجها وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن السكن يعتبر من أهم مشتملات النفقة الزوجية حيث تقضي المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup> على حق الزوجة في المسكن وضعها في المرتبة الثالثة بعد الأكل واللبس ذلك أن إعداد المسكن للحياة الزوجية هو حق من حقوق

<sup>1</sup> - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 249.

<sup>2</sup> - لعريبي إيمان، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup> - لمحكمة العليا، ع أ ش، 19/05/1998، ملف رقم 189339، إ ق، غ،، اش، ص 216.

<sup>4</sup> - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة

زوجها ويشترط فيه أن يكون مستقلا عن الأهل وان يكون كامل المرافق والأدوات اللازمة لشؤون المنزل ومن المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجية في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي يكون فهي فائدة بشرط أن لا تحل حراما أو تحرم حلالا ويشترط أن لا تناقض روح العتب<sup>1</sup> وفي مقدمة الشروط شرط السكن المنفرد ويراعي فيه حال الزوج وإعساره فإذا كان الزوج معسرا فلا تجب عليه النفقة ولا السكن لقوله تعالى: { لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها } [سورة الطلاق الآية 07] ومادام الزوج ليس في وسعه لم يؤت مالا فإنه لا يكلف بالإتفاق وفي كل الأحوال فإن الزوجية في حال إعسار الزوج مخيرة إما أن ترضى بالبقاء معه، أما أن تطلب التطليق م 1/53 و5 المقدمة بالأمر 02/05 غير أن المحكمة العليا في قرارها الصادر في 04 نوفمبر 1985 قررت أنه يستوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة مع زوجها بمنزل أهلها بسبب أزمة السكن السائدة في الجزائر العاصمة وهذا معناه أنه يحقق للزوجة المطالبة بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهلها ولو لكم تحتفظ بهذا الحق حين ابرم حق الزواج.

### الفرع الثاني: الشروط المعنوية

وسنتطرق إليها من خلال ذكر أمثلة هذه المشاركات التي يمكن أن تتدرج في عقد الزواج، يشترط أن تكون مقتضيات عقد الزواج ولا تخالف المقصود الشرعي للزواج، وفي حالة عدم تحقق الشروط التي تم النص عليها من طرف الزوجين كاشتراط صيغة معنية في أحد الزوجين وشرط عدم التعدد طبق لنصوص القانون ووفقا لما تنصحه عليه أحكام الشريعة الإسلامية إضافة على شرط عدم التعدد من خلال بيان هذه الشروط فيما يلي:

#### أولا: اشتراط الصفة المعينة في أحد الزوجين

يجوز لزوجين أن يشترط في عقد الزواج صفة معينة في الزواج الآخر باشتراط الجمال والسلامة والدليل على صحة هذا الاشتراط<sup>2</sup>، ما جاء في حديث حبان بن منذر رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال " إخابا يعت فقل لا خلاية ولي اخيار ثلاثة أيام" فهذا الحديث يدل على مشروعية الخيار، وقد اختلف الفقهاء في مدى مشروعية ثبوت الخيار فهناك من يرى أنه إذا

<sup>1</sup> - نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 100.

<sup>2</sup> - رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، 144.

اشترطت الزوجة على ربوها المجال أو النسب وتبين خلاف ذلك فالعقد صحيح والشرط باطل وليس لها خيار الفسخ وهذا ما ذهب إلى الحنفية والشافعية والظاهرية وهناك من يرى أنه يثبت لها حق الفسخ إذا ثبت العكس وهذا مقرر عن المذهب المالكي ويرى الشافعية بأن هذا الشرط باطل متى تبين أن الزوج كان على صحة فخرج على حقها.

أما بالنسبة لشرط العذرية أو البكارة فإنه لا يؤثر في صحة العقد<sup>1</sup> إذ يؤخذ بعين الاعتبار إلا إذا كان الزوج قد اشترط ولد في عقد الزواج ولا يحكم بفسخ الزواج إلا إذا كان هذا الزواج فاسد في البناء بالزوجة ينهي كل الدفع بطرح العذرية، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا أنه يعد مطلباً للقانون وحرمان للزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي كذلك أعتقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة وفقاً لأحكام المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، ومن ثم فإن البناء والدخول بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية، مما يترتب عنه نقص القرار المطعون فيه<sup>2</sup>، ومن المعلوم في افقه الإسلامي أن البكر هي التي لم يسبق منها الزواج بغض النظر عن كونها عذراء أم وقد ذكر ابن القيم في زاد المعاد أنه قال: إذا اشترطت السلامة أو اشترطت الجمال، فباتت شرطها، أو شرطها شابة حديثة السن فباتت عجوزاً شمطاءً أو شرطها بيضاء فباتت سوداء، أو بكر فباتت ثبت فله الفسخ في ذلك كله" أو تشترط الزوجة على زوجها أن يكون كفاء والكفاءة في الزواج تعني المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعد الإخلال بمقاعد مفسد للحياة الزوجية، وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة فذهب الحنفية على أن الكفاءة ليست شرط أصلاً فيصبح الزواج، وقد ذهب الحنفية إلى أن الكفاءة تشترط في ستة أمور وهي أنسب و الإسلام، والحرية والمال، والديانة والحرفة بينهما ذهب مالك واحمد إلى أن الكفاءة تشترط في الدين<sup>3</sup> فإذا تزوجت بغير كفاء وخذعت في يكون لها الإختيار بين حق الفسخ والبقاء معه.

### ثانياً: شرط عدم التعدد

يجوز للزوجة أن تشترط في عقد الزواج طبقاً لنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري شرط عدم التعدد باعتباره شرطاً ضرورياً بالنسبة للزوجة وعملاً بأحكام الفقه الإسلامي نص

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 257.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ ا ش ، 2009/02/11، ملف رقم 480264، م، ع، 2009، العدد 1، ص 283.

<sup>3</sup> - عثمان التكروري، المرجع السابق ، ص 87

المشروع الجزائري على أن التعدد حالة استثنائية تسمح به عند الضرورة وفي حدود الشريعة الإسلامية وقد استحدث المشرع الجزائري شرط عدم التعدد باعتباره شرطا صحيحا ن فقد اختلف الفقه الإسلامي حول صحة هذا الشرط فمنهم من يقول يقدم جواز اشتراط هذا الشرط بدليل أن القرآن الكريم يجيز التعدد لقوله تعالى: {فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتهم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تقولوا} [سورة النساء الآية 03] ويقصد المعنى أن هذا الحديث ضرورة توفر شروط العدل والقدرة الإنفاق، فهذا الشرط لا يقتضيه عقد زواج ولم رد الشارع بجوازه وما يجري به عرف وغنما فيه مصلحة لترويجه وهو دفع المضرة عنه<sup>1</sup>

ويرى المالكية أن هذا الشرط من الشروط المذكورة فالزواج الخيار في أن يوفي به أو أن لا يوفي وقد أسدل أصحاب هذا المذهب يقول الرسول صلى الله عليه وسلم " كل شرط في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط"<sup>2</sup> واعتبر الحنفية والإباضية هذا الشرط صحيح بدليل قوله عليه الصلاة والسلام " إن أق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج" فاعتبروا هذه الشروط لأمة، ولاتنا في العقد ولا نخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري يتعارض مع نص المادة 8 منه التي جاء فيها " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتورت شروط العدل" حيث يرى الدكتور عبد العزيز سعد أن الزوجة إذا اشترطت عن زوجها عدم التعدد كان الشرط باطلا لأنه مخالف لأحكام قانون الأسرة و يتنافى مع مقتضبات المادة 8 من قانون الأسرة التي تتيح لزوج التعدد إلا أنه في الحقيقة يمكن القول أنه لا يوجد أن تعارض بين اشترط عدم التعدد الوارد في المادة 19 والتعدد المسموح به في المادة 08 ما دام أن هذا الحق اشترط أن لا يتزوج عليها حق مقرر بموجب أحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي فإن المشرع أعتمد على ثابت وجائز و أضفى عليه صيغة قانونية<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - العربي غيمان، المرجع السابق، ص 128

<sup>2</sup> - البخاري: باب ما لا يجوز من الشروط ص 177

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 172.



## المطلب الثاني: جزاء عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعهد الزواج

يترتب على عدم التزام الزوجين بالشروط الموضوعية في طرف الزوج والزوجة في عقد الزواج جزائية سواء كانت مادية كالتعويض أو غير مادية في الدفع التنفيذ والفسخ والتطليق جزاء مخالفة الشروط المتفق عليها في نصوص القانون وعليه فإننا سوف نقوم بالتطرق إلى كل جزء على حداً من خلال فروع حدث تتطرق في الفرع الأول إلى الفسخ وفي الفرع الثاني إلى تطبيق والفرع الثالث إلى التعويض.

## الفرع الأول: الفسخ

يعرف الفسخ في نظرية الالتزام بأنه: حق المتعاقب في إنهاء عقد ملزم لجانبين لإخلال العقد الآخر بالتزامه ، فالفسخ يفترض قام عقد صحيح تتوافر فيه الأركان والشروط وكان أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>1</sup> فالفسخ لا يكون إلا في العقود الصحيحة المستوفية كل أركانها وشروطها ولكن أحد طرفيه لم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية في افسخ جزاء مترتب من خلال أحد الزوجين بالتزاماته التعاقدية.

فالفسخ يعد جزاء مرتكب من إخلال أحد الزوجين بالتزاماته المتصلة بالشروط يقوم عليه الفسخ فذهب جانب من الفقهاء إلى أن الفسخ قائم على وجود شرط فاسخ ضمني يفهم من اتجاه نية المتعاقدين إلى فسخ العقد المبرم لزوجين في حالة عدم الوفاء بالشرط، وذهب اتجاه فقهي آخر إلى اعتبار أن الفسخ مبني على أساس نظرية السبب التي توجب على المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه المقابل، والملاحظ أن نص المادة 19 من قانون الأسرة 11/84 المعدلة بموجب الأمر 02/05 لم يتطرق المشرع على الحق الطرف المتضرر المطالبة بالفسخ إلا أن الجدير بالذكر بأن الفقرة 9 من المادة 53 تطرقت إلى حق الطرف المتضرر من جراء الإخلال بالشروط المقترنة بالعقد بالمطالبة بالتطليق بالإضافة إلى حق التعويض<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - حداد فاطمة حجاب ياسين، المجلة السابقة ، ص295

<sup>2</sup> - بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1، 2008 ص 137.



وقد انتقد هذا الاتجاه بأن الإجراء المترتب من تخلق السبب هو بطلان وليس الفسخ فضلا عن وجوب توافر سبب عن إبرام العقد باعتباره أحد أركان العقد الأساسية، والراجع من عقدين الاتجاهين هو أن الفسخ قائم على أساس الترابط ينبغي تنفيذ العقد واحترام بنوده بغرض تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية، ولكن الرأي الراجح في هذه المسألة إلى موثق الدكتور محمد أبو زهرة المتمثل في اعتراضه على ما ذهب إليه مؤتمر تنظيم الأسرة من أن للمرأة حق فسخ عقد الزواج من غير الالتجاء إلى القضاء، وهذا تخلق الشرط أو عدم تخلقه يحتاج إلى نظرة ومعرفة لسبب التخلف وأن يكون ذلك إلا من اختصاص القضاء<sup>1</sup>.

هذا فضلا عن أن كل أسباب الفسخ التي يقرها الشارع يحتاج إلى صدور حكم قضائي ولهذا فلا يكون الزواج المشترط في حالة تخلف الشرط إلا تقديم الطلب الفسخ، فالطالب أيضا يتقيد الحق في طلب الفسخ إلى ما قبل الدخول وتحيد مجاله في كل اشتراط يخص حالة الزواج المالية والاجتماعية لأنه قبل الدخول تكون هناك فرصة لحري، واستثناء من ذلك توجد حالات خاصة يسقط فيها حق الزوجة في افسخ وتتمثل هذه الحالات فيما يلي: الرضا بإخلال الزوج بالشرط متى رضيت الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته عليه يسقط حقها في فسخ النكاح إضافة لزوال سبب الشرط، وقد برر الفقهاء سقوط حق الزوجة في الفسخ في هذه الحالة بأن الشرط أمر عارض، وبإستحالة تنفيذه يزول حق الزوجة في الفسخ وكذا استحالة الشرط فإذا إشتطت الزوجة عن زوجها أن يسكنها بمنزل والديها ثم تعذرت سكني المنزل لسبب طارئ كحدوث زلزال أدى إلى إنهيار فإن الوفاء بالشرط يكون متعذرا.

### الفرع الثاني: التطلق

يعرف التطلق على أنه إنهاء الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة متى تضررت من الحياة الزوجية، ويتم التطلق القضائي بحكم قضائي رغم معارضة الزوج وهذا طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1988 ، ص 261.

فأساس هذه الصورة والتي لم يرد بشأنها نص صريح صحح هو التيسير على الناس تجنباً للحرص وتماشياً وروح الإسلام<sup>1</sup>.

فالمشرع الجزائري أشار إلى العيوب التي تخول حق تطليق الزوجة والتي سماها الفقهاء بحق الخيار في الرد ، فالفقه الإسلامي وبالطلان عند الأحناف أي أنه لا يجوز لقاضي أن يحكم بطلاق الزوجة هذا حق الزوجة وحده وبيترتب على التطليق آثار نتيجة عدم الوفاء بالشرط تنحصر في وجوب العدة في الشريعة الإسلامية من النظام العام و الهدف منها هو استبراء الرحم وعدة الزوجة التي تطلب التطليق لعدم الوفاء بالشرط ليبدأ من تاريخ تصريح القاضي بالتطليق إضافة إلى أثر النفقة التي تعود النفقة في حقيقتها الشرعية إلى أخذ بسببين اثنين هما القرابة الزوجية وتشمل هذه النفقة نفقة العدة و نفقة الإهمال، ويسقط حق التطليق عند الإخلال بالشرط فالأصل أن تطلب التطليق متى دعت الضرورة إلا أنه يسقط الحق في حالات معينة كفرض الزوجة أن الزوج قد أخل بالشرط المشروط في عق الزواج، ورغم ذلك قبلت وأعلنت رضاها كاشترطت الزوجة تعجيل المهر لم يمتنع الزوج عن توفير ذلك الشرط وتمكنه الزوجة منه، إضافة إلى استحالة تنفيذ شرط القوة القاهرة أو بسبب زوال سبب الشرط، فالمشرع الجزائري أجاز لزوجين أن يشترط في عقد الزواج ل ما يريانه ضروري ما لم يتنافى مع أحكام قانون الأسرة قد أضاف المشرع الجزائري الإخلال بالشرط كسبب قانوني موجب للتعريف بين الزوجين بطلب من الزوجة إذا أخل الزوج بالشرط المتفق عليها وهو ما دعونا بالرجوع إلى نص المادة 15 من نفس القانون.

فدليل مشروعية التطليق في الشريعة الإسلامية التي يجيزها الكتاب والسنة كأدلة أصلية المشروعية التطليق لقوله تعالى: {الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان} [سورة البقرة الآية 299]، فوجه الدلالة من هذه الآية أن الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تقرأ على المعاشرة بالمعروف وأن تقوم بتبادل الحقوق الشرعية بينهما، إلا إذا انتهى أهم هذه الحقوق وهو الإمساك بالمعروف يعيد التسريح لرفع الضرر عن زوجة ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام وما روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عليهم أن زوجة ثابت بن قيس أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت له: "يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره

<sup>1</sup> - بلقاسم شتون، الطلاق في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، قسنطينة، 2010، ص 245.

الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردني عليه حديقته؟ فقالت نعم ، قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم، أقبل الحديقة وطلقها تطليقة<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: التعويض

إن الغرض من التعويض هو حماية المضرور من الضرر الذي أصابه إذ تندرج قاعدة التعويض عن الضرر تحت ثبوت العوض بالإتلاف وقد صرح الفقهاء أيضا بإتلاف البعض موجب للضمان أي التعويض فمن فوت على امرأة منفعة بنكاح فاسد أو وطء شبهة فيجب عليه مهر مثلها<sup>2</sup> تطبيقا له، فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرطها في عقد الزواج فقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط الذي وافق عليه والذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها أن تلجأ إلى القضاء وتطالب التعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء ذلك، وتأسس دعوتها على أساس أحكام المسؤولية العقدية ويقدر القاضي التعويض بناء على الضرر الذي يلحق بالمضرور وقت صدور الحكم القضائي كما يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض الإجمالي عن الأضرار التي أصابت المرأة ولكن يجب أن يتحدد عناصر الضرر وصدى حقيقة التعويض عنها<sup>3</sup> وعليه وجب أن تطرق إلى مفهوم التعويض في اللغة و الاصطلاح الفقهي:

### أولاً: مفهوم التعويض

**لغة:** التعويض من أعوض، وهو أبادل والمقابل وجمعهما أعواض ويقال تعاوض القوم أي حسن حالهم بعد نشوء، واستعاضة إن سأله أعوض وتعوض أحد العوض والتعويض ما يقتضيه من بعض حقه والباقي ما عداه ويقال تعويضاتها أي أخذتها منه بعوض بطرق الشراء أو الهبة والتعويض يكون البديل بالصيانة وبالخدمة وبالمال<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - صحيح البخاري ، كتاب الطلاق (12) باب الخلع ( 5273 ) ، ص 199.

<sup>2</sup> - نشوة العلوي، المرجع السابق، ص 124.

<sup>3</sup> - حدد فاطمة ، حجاب ياسين، المجلة السابقة، ص 263.

<sup>4</sup> - ابن منظور ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، ص 2235.

**اصطلاحاً:** فلم يكن التعويض في الفقه الإسلامي شائعاً ولم يكن مستخدماً من قبل الفقهاء بل كانوا يستخدمون مصطلح الضمان للدلالة المال المطلوب أداءه مثل العين المملوكة ون تعريفات الضمان القريبة إلى معنى التعويض<sup>1</sup>

- الضمان هو زد مثل اسلك او قيمته"
- الضمان هو غرامة التألف
- الضمان هو إعطاء مثل الشيء غداً كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات

### ثانياً: تعريف التعويض قانوناً

بالرجوع إلى نص القانون المدني التي تطرقت لمعنى التعويض المنصوص عليه في المادتين 124 ق.م.ج. المادة 132 ق م ج حيث يعرف بأنه التزاماً ناشئاً في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بادعاءات مالية أو غيبية وهو ما يطلق عليه إصلاح المان عند فقهاء الشريعة الإسلامية ومشروعية التعويض مستمدة من القواعد الفقهية ومن بينها " قاعدة لا ضرر والأضرار" "الضرر يزال" حيث نجد قرار يتطلق بالتعويض إذا جاء هذا القرار في 23/10/1997 حيث نص فيه على ما يلي: " من المقرر قانوناً أن يحق للزوجة أن تطلب تطليق للضرر مقترب شرعاً من المقرر انه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض لطرف المتضرر ولما كان ثابت أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغاً فيه ومنغمساً من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لحيز الضرر من طرف الزوج"<sup>2</sup> وردعته إشقاء المجني عليه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى جبرا الضرر الحاصل وترضيته المضرور فالنصوص الدالة من جواز التعويض المالي منها:

### 1- القرآن الكريم:

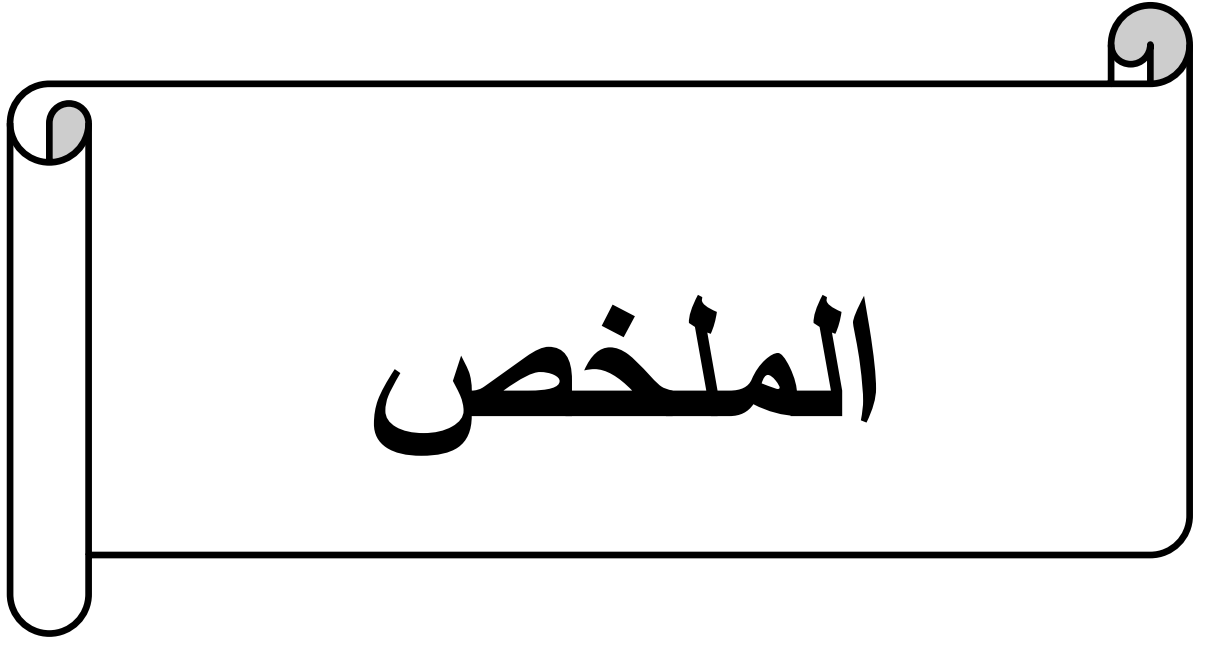
قوله تعالى: { فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم } [سورة البقرة الآية 149]

<sup>1</sup> - نسيمه عبد الفتاح موشي، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر والتوزيع عمان، ط 1، 210، ص 95.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، ع أش، 1989/03/27/ ملف رقم 130، المجلة القضائية 1991، العدد الأول .

وقوله تعالى: {وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم ولئن صبرتم لهو خير للصابرين} [سورة النحل الآية 126]

فالأحكام التي خصصها القرآن الكريم على الأمم السابقة تعتبر شرعا مادامت لم تنتسخ أو يرد دليل على إبطالها فلا شك فيه أن الزوج إذ أخل بالشرط المدرج في عقد الزواج وطلبت التطليق أقر بها القانون من طرف القاضي تعويض عن الضرر اللاحق بها إضافة إلى إقراره بتطليقها منه وعليه يلزم الزوج بتعويض الضرر سواء كان الضرر قبل الزواج أو ضرر يمس بكرامة الزوجة كما إذا تزوج عليها بعد اشتراطها عدم الزواج عليها، وقد جاء في قرار آخر لمحكمة العليا بتاريخ 1999/06/115 متى يدين ممن قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طوال الخصام مع الزوج لأنه لم يمثل بتوفير السكن المنفرد مما يجعل الزوجة متضررة ولها الحق في طلب التعويض.



## ملخص البحث

سنتطرق بالدراسة و التحليل في موضوع الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من فصلين عالجا في الفصل الأول اهجه الشرط المقترن بعد الزواج سواء في المنظور الفقهي أو القانوني ليتم التعرض بعد ذلك إلى تقييمات الشرط في عقد الزواج ، وكذلك إبراز القيد الواردة على حرة الاشتراط بين احظر والإباحة وعدم مخالفة أحكام قانون الأسرة مستمدة دلالاتها من القرآن الكريم والسنة النبوية وأراء مختلف المذاهب الفقهية وقد أخذ المشرع الجزائري برأي المذهب الحنبلي من حيث حرية إنشاء الشروط في عقد الزواج ملم تتنافى هذه الشروط المدرجة مع الشرع والقانون وقد تساوى الشروع بين الزوج والزوجة في فصل هذه الشروط وجعل حق الوفاء قائم على من التزم بها، وقد تطرقنا في الفصل الثاني إلى تطبيقات ليفض صورا المشروط سواء كانت مادية أو غير مادية وجراء عدم الوفاء بهذه الشروط يخل باختلاف نوع الشرط المدرج في عقد الزواج قد يكون جزء ذلك الفسخ أو التعويض أو التطبيق وعليه الخلاصة عامة فالاشتراط في عقد الزواج أمر جائز شرعا وقانونا بشرط عدم مخالفة الضوابط الشرعية والقانونية التي تحكم أصل العقد .

الخاتمة



## الخاتمة

إن الاشتراط في عقد الزواج أمر جائز شرعا تطبيقا للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين مادام يحقق مصلحة خاصة أو مشتركة لطرفي العقد ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر تطبيقا للقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار وقد أكد النبي عليه الصلاة والسلام على معنى حرية الاشتراط بقوله المؤمنون عند شروطهم فلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً كما أن الوفاء بهذه الشروط التي تعدن مقتضيات انتظام العام والآداب العامة، فالفقه الإسلامي اعترف بحرية الإرادة في إنشاء العقود وتحديد مقتضيات العقد وأثرها ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يناقض نصوص الشريعة الإسلامية وأصولها الثابتة وخير دليل على ذلك تلك العبارة الخالدة لشيخ الإسلام ابن تيمية قله والأصح في رضا المتعاقدين ويعتبر المذهب الحنبلي الأوسع المذاهب الفقهية تصحيحاً للشرط في عقد الزواج وأقربها إلى تحقيق مقاصد الزواج.

وما يمكن استخلاصه من هذا البحث أن إنشاء الشرط في عقد الزواج يكون بإرادة المتعاقدين أما ترتيب هذه العقود فإنه من عمل الشارع سواء في نظر الشريعة الإسلامية أو القانون وذلك دفعا لبعض وعلى مدى الاختلاف الفقهي حول حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج فقد اتجه المشرع الجزائري مذهب الحنابلة وأعطى الحرية في إنشاء الشروط الاتفاقية في عقد الزواج ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة الجزائري والجدير بالذكر أن الشروط الموافقة بمقتضى عقد الزواج واجبة الوفاء لتلحقها برابط كل على قدر المساواة وهذا ما تجلى في نص المادة 19 التي نصت على أحكام عامة وشاملة إذ نجد أن المشرع قد أباح للزوجين كقاعدة عامة أن يشترط كل الشروط الضرورية ثم أرد على هذه القاعدة نصا يقي العموم عدم المخالفة ما ورد ضمن قواعد قانون الأسرة الجزائري

والملاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى بإعطاء مثالنا على المشاركات وهما شرط عمل المرأة وشرط عدم التعدد في حين لم يبين معايير صحتها كما فعل نضيره الأردني في مادته 37 ق الأحوال الشخصية إذ اعتبر المصلحة غير المحظورة شرعا في إلزام مساس الاشتراط بحق الزوج الآخر بمثابة معايير قيام أحقية الزوج المشترط في إلزام الطرف الثاني باشتراطه والملاحظ أيضا أن المشرع لم يتوسع في بأن أحكام الاشتراطات الزوجية خاصة ما تعلق منها بوضوح الشرط يلزم به أحد الزوجين الطرف الثاني أن يكون مضمون البند في

## الخاتمة

العقد ألبس في فهم مدلوله بحيث تكون عباراته واضحة ومعبرة عن معانيها ومن خلال دراستنا لموضوع الاشتراط في عقد الزواج فقها وقانونا استطاعت الخروج بنتائج توصلت إليها من خلال البحث وأتبعها ببعض التوصيات والاقتراحات.

### أولاً: نتائج البحث

- ✓ شرعية الاشتراط في عقد الزواج ما دام هذه الشروط أحكام قانون الأسرة
- ✓ انتهاج المثقف الجزائري برأي المذهب الخدلي في حرية إدراج شروط في عقد للزواج
- ✓ فتح مشروعاً باب الاشتراط أمام الزوجين سواء في العقد الأصلي أو العقد اللاحق.

### ثانياً: الاقتراحات

- ✓ توثيق الشروط الاتفاقية في وثيقة رسمية دون حاجة إلى شهادة الشهود في حالة التنازع وهذه المسألة في غاية الأهمية
- ✓ ضرورة وضع نصوص قانونية واضحة تبين الشروط الموافقة بمقتضى عقد الزواج والنظام العام ذلك لأنها تعد بمثابة عائق يواجه الموظف العادي في التميز بين الشرط المخالف لتعاون والموافق له.
- ✓ ضرورة الاكتفاء بمواد في نص المادة 25 من قانون الأسرة فقط وحدة عبارة أو شرط يكفينا في مقتضيات العقد من المادة 32 لتبقى مدة المادة تنص على موانع الزواج المبطله وتتفرد المادة 35 ببطلان الشرط المنافي بمقتضى العقد مع بقاء العقد صحيح.
- ✓ ضرورة وضع نص خاص في حالة عم تنفيذ الإلتزام بسبب الظروف الطارئة.
- ✓ ظروف تكوين ورسكلة ضباط الحالة المدنية حول المسائل الشرعية والقانونية التعلق بالزواج والشروط التي يمكن أن تتدرج في عقد الزواج .
- ✓ توفير نموذج لعقد زواج مفصل والذي يحوي الشروط التي يمكن الاتفاق بشأنها بين الزوجين على غرار ما قام به المشرع المغربي الذي أصدر النموذج.

القرآن الكريم

أولاً: الكتب

1. الإمام مالك، موطأ الإمام مالك، دار الكتب، الجزائر.
2. ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1374.
3. البخاري، صحيح البخاري، دار السلام، السعودية، الطبعة الثانية، 1999.
4. النسائي، سنن النسائي، مكتبة المعارف للنشر، الرياض، الطبعة الأولى، 1998.
5. الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر، الرياض، السعودية، دون سنة.
6. السرخسي محمد بن أحمد، أصول السرخسي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1993.
7. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
8. إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه النكاح، دار المسيرة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
9. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الستة و مذهب الجعفرية و القانون، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، دون سنة.
10. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث إجتهدات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2010.
11. بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، 2010.
12. جمال عياشي و دليلة فركوس، محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، دار الحلزونية.

## قائمة المراجع

13. رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط01، سنة 1421هـ.
14. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البحث للطباعة و النشر، قسنطينة، الجزائر، ط01، سنة 1986.
15. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر للتوزيع و النشر، حسين داي، الجزائر، ط 2010.
16. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.
17. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، القدس 2009.
18. كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد، دراسة تحليلية مقارنة، ط01، 2019.
19. محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
20. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة شرعية و فقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
21. محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها فيه في الفقه الإسلامي، قطر، 2005.
22. مسلم، صحيح مسلم، دار السلام، السعودية، الطبعة الأولى، 1998.
23. نواره دري، الشروط الجعلية في عقود الزواج، دار ابن حزم، بيروت، 2009.
24. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، عين مليلة، الجزائر، 2003.
25. نسرين شريقي، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2008.

### ثانيا: الرسائل الجامعية

26. بركاة مسعود، الإشتراط في عقد الزواج الجزائري، رسالة ماجستير، 2015.
27. حداد فاطمة، الإشتراط في عقد الزواج، رسالة ماجستير، الجزائر، 2015.
28. خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، فلسطين، 2011.
29. سي ناصر بوعلام، الإشتراط في عقد الزواج و أثره بين الشريعة و القانون، رسالة ماجستير، الجزائر، 2014.
30. عمران عائشة، العقود الجعلية في عقود الزواج، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2013.
31. كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، 2014.
32. لعربي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، الجزائر، 2015.
33. محمد خميس، حق المسكن الشرعي للزوجة، رسالة دكتوراه، فلسطين، 2012.
34. مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 2013.

### ثالثا: النصوص التشريعية

35. الأمر رقم 75 - 58، المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007.
36. القانون 11/84، المؤرخ في 09/رمضان/1404، الموافق ل 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق ل 27 فيفري 2005.

## قائمة المراجع

---

### رابعاً: الإجتهاادات القضائية

37. مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/05/19، ملف رقم 189339، غ ش أ.
38. مجلة المحكمة العليا، غ أ ش، 2009/02/11، ملف رقم 480264، م م ع، 2009، العدد 01.
39. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 051998/19، قرار صادر 1986/02/23.
40. المجلة القضائية، 2000، العدد 02.

الفهارس





## فهرس المواضيع

50	الفرع الثالث: الشرط الذي لا يقتضيه عقد و لا ينافيه
52	المطلب الثاني: أثر الشرط المقترن لعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
53	الفرع الأول: الشروط التي لا تتنافى و مقتضيات عقد الزواج
55	الفرع الثاني: الشروط التي تتنافى و مقتضيات عقد الزواج
58	<b>المبحث الثاني: تطبيقات لبعض صور الإشتراط و جزاء عدم الوفاء بها</b>
58	المطلب الأول: تطبيقات لبعض صور الإشتراط
59	الفرع الأول: الشروط المالية
64	الفرع الثاني: الشروط المعنوية
67	المطلب الثاني: جزاء عدم الوفاء بها
67	الفرع الأول: الفسخ
68	الفرع الثاني: التطليق
70	الفرع الثالث: التعويض
74	ملخص البحث
76	خاتمة
79	قائمة المراجع
83	فهرس المواضيع