



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع.....

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## الشروط التقييدية في عقد الزواج

التخصص: قانون خاص

الشعبة: حقوق

تحت إشراف الأستاذ

من إعداد الطالبة:

بن عوالي علي

طاهر فاطمة الزهرة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ: بوسحبة جيلالي رئيسا

الأستاذ: بن عوالي علي مشرفا مقررا

الأستاذ: زواتين خالد ممتحنا

السنة الجامعية 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/09/02

## إهداء

إلى أُمي التي شجعتني على مواصلة مساري الدراسي وكانت سندي منذ البداية  
إلى أبي الذي تعب ووقف إلى جانبي لإسعادي و دعواته كانت نورا في دربي  
إلى خطيبي الذي كان سندا لي و شجعني على التخرج بتفوق  
إلى أخي أمين حفظه الله ووفقه و أختي و ابنها أنس مالك الذي زين حياتنا  
ولكل أهلي الذين تمنوا لي النجاح في دراستي  
أهدي لهم هذا الجهد المتواضع.

## شكر و عرفان

يشرفني أن أقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الكريم الدكتور بن عوالي علي لقبوله أن يكون مشرفاً على رسالتي الذي لم يبخل علي بمسعداته وتوجيهاته القيمة من اختياري لعنوان البحث إلى نهايته جزاه الله خيراً وبارك الله فيه وأتوجه بالشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة ولكل من كان عوناً لي خلال دراستي و ساعدني على إتمام هذا البحث.

تعتبر الحياة الزوجية من سنن الله في خلقه و بالزواج تتكون الأسرة التي تعتبر اللبنة الأولى لبناء المجتمع لذلك يُعدُّ عقد الزواج من بين أهم العقود التي راعتها الشريعة الإسلامية، حيث اعتنى به الإسلام بالغ الاهتمام، لأن فيها حفظ للنسل و حفظ الحياة البشرية و الأخلاق من كل النزوات، إذ رفع الإسلام من قيمتها و قدسيتها حتى جعلها آية من آياته وفي هذا الصدد يقول الله تعالى ( وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ<sup>1</sup>)

ثم إن صحة الزواج تقتضي اشتماله على كل شروطه وأركانها وباعتباره مؤسسة قانونية تنشأ بموجب عقد تؤطره النصوص القانونية التي تجد سندها أساساً في كتاب الله وسنة رسوله فيه يبين كل من المتعاقدين مطالبهما و رغباتهما، فإذا اتفقوا فيتم العقد بتلاقي الإرادتين، الأمر الذي جعل التشريع الإسلامي، و كذا القانون يعطي لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة، و ذلك لضمان حقوقهما و لقيام علاقة زوجية خالية من المشاكل.

و قد أبيح الاشتراط في العقود عامة وفي عقد الزواج خاصة تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها إذ لا بد أن تكون وفق قيود و ضوابط ترجع للمنفعة العامة و النظام العام بما يقرره المشرع.

ومن ثم فإن هذه الدراسات تهدف إلى معرفة مدى انسجام مبدأ حرية الاشتراط مع متطلبات التطور الاجتماعي والاقتصادي و كذا الثقافي في حياة الزوجين و مدى مساهمته في حل المشاكل التي قد تعترض الزوجين خاصة مع تطورات العصر و مواكبته. و عليه فإن الإشكالية التي تطرح لدراسة هذا الموضوع :

فيم تتمثل حقيقة الشروط المقترنة بعقد الزواج فقها و قانوناً ؟

كما تكمن أهمية هذا الموضوع في ارتباطه بمبدأ هام في القانون، وهو مبدأ الرضائية في عقد الزواج خاصة وأن حاجة الناس متجددة تبعاً لتطور المجتمعات حيث يقتضي ذلك ظهور عقود ومعاملات و كذا مشارطات لم يتول الشارع تنظيمها باعتباره من أهم المواضيع الفقهية والقانونية المتجددة تماشياً مع ما يقتضيه الواقع الاجتماعي المعاصر وهذا الموضوع يوضح الأحكام العامة للشروط المقترنة بعقد الزواج مما يؤدي إلى التقليل من النزاعات التي قد تشوب العلاقات الأسرية بسبب جهل الكثير منهم لهذه الأحكام، فهذه الشروط من شأنها أن تؤسس العلاقة الزوجية على أساس التفاهم و المشاورة بهدف المحافظة على الزواج. و تعد

1 - سورة الروم، الآية 21.

بمثابة أمان الذي يحمي العلاقة الأسرية من النزاعات التي تهدد استقرار الحياة الزوجية مستقبلا و تؤدي إلى تفككها.

و كما هو معلوم الاشرط في عقد الزواج من المواضيع التي كانت محل دراسة عند فقهاء الشريعة و القانون، إلا أنه لم يأخذ حقه في الميدان التطبيقي على الرغم من أنه حق ممنوح لكلا الزوجين منذ القدم، وهذا من بين الأسباب التي شدة اهتمامي للبحث في هذا الموضوع فربما يكمن الدافع الذي يحول دون تضمين عقود الزواج بهذه الشروط هو مانع أدبي و نجده يحضى بتحفظ في بعض المناطق باعتبار الزواج رابطة مقدسة لا تقوم على الحسابات والمصالح أو ربما لعدم معرفة الزوجين بقيمة هذا الحق الممنوح لهما، و كثيرا ما لا يبرم العقد عند الموثق لتخفيف المصاريف مما يؤدي إلى نشوب نزاع عند عدم الوفاء بهذه الشروط.

وان تم تداول الشروط في عقد الزواج غالبا ما تكون مخالفة لمقتضيات العقد ومقاصده، وبما أن المشرع يقصد استمرار و استقرار عقد الزواج و الأسرة هذا يدعونا إلى التمييز بين الشروط الصحيحة و الغير صحيحة وهذه النقطة كذلك من بين الدوافع التي كانت سبب في اختياري الموضوع فبالرغم من الدراسات السابقة التي تعرض لها هذا الموضوع عند الفقه و الفقهاء إلا أنه لا يزال يحتاج إلى دراسة و توسيع في المعلومات لأنه مع تغير الأعراف في المجتمعات و اختلافها استجدت شروط كثيرة و جديدة للتأقلم مع الوقت الحالي و تطوراته و عن مصير عقد زواج في حالة اقترانه بشروط غير صحيحة و كذا تسليط الضوء على موقف كل من الفقهاء و القانون من الاشرط في عقد الزواج والآثار المترتبة على ذلك.

هناك عدة دراسات سابقة حول هذا الموضوع من بينها:

بحث بعنوان الاشرط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير لمسعودي يوسف الذي حاول أن يتتبع أنواع الشروط الجعلية.

كوثر كامل علي التي قامت ببحث بعنوان شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، حيث تناولت طبيعة الشروط و ركزت على التمييز بينهما

سي ناصر بوعلام من خلال دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة بعنوان الاشرط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة و القانون.

من الصعوبات التي واجهتني في مرحلتي البحثية نقص التنوع في المادة المعرفية للموضوع و إشرافه بمصادر أوفر والاكتفاء بالمراجع التي قمت بجمعها بداية السنة

مع الكتب و الرسائل المتوفرة الكترونيا. مع اعتماد المراجع التي تم إرسالها من طرف الأستاذ المؤطر، وذلك لتعذر الانتقال للمكتبات لفرض الحجر الصحي ومنع التنقل و غلق الكليات والجامعات بسبب الظروف الصحية الراهنة في ظل وباء كوفيد 19.

و كذلك قلة المراجع الخاصة باعتباره موضوع فرعي، بالنسبة للمراجع العامة توافرت لكن تميزت بعدم توسعها و تكرارها تقريبا لنفس المعلومات مما أدى الى استيفاء المعلومات الخاصة بالموضوع.

وللإجابة على التساؤل المطروح ودراسة هذا البحث من جميع الجوانب اقتضت طبيعة الموضوع بإتباعي للمنهج التحليلي الذي يظهر من خلال تحليل مضمون النصوص و استنباط الأحكام منها والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية فيما بينها ومسايرة المشرع الجزائري لها من خلال تعديله لقانون الأسرة.

وعلى هذا الأساس تم تقسيم البحث إلى خطة تفصيلية و بسيطة في آن واحد تحتوي على تعريفات، أنواع و خصائص و الفصل الثاني عبارة عن أحكام و آثار.

فهي عبارة عن مقدمة و فصلين حيث خصصت الفصل الأول إلى:

ماهية الشرط في عقد الزواج نتعرف في مباحثه على مفهوم الشرط و مدى اقترانه بالعقد في المبحث الأول أما المبحث الثاني نتناول فيه أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج و أصل مشروعيتها

بالنسبة للفصل الثاني خصصته للأحكام و الآثار المترتبة عن الشروط المقترنة بعقد الزواج و هو مقسم كذلك إلى مبحثين:

المبحث الأول نعالج فيه الأحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج و المبحث الثاني آثار هذه الاشتراطات العقدية قضائيا.

و في الأخير خاتمة ذكرت فيها أهم النتائج المتوصل إليها و الاقتراحات الخاصة بالموضوع.

أهمية العقد لا تتوقف على المصلحة التي تحققها للأطراف المنشئة له فحسب، بل تتجاوز ذلك إلى تحقيق المصلحة العامة التي يهدف المشرع إلى بلوغها من خلال إتاحة حرية التعاقد للأفكار عموماً وذلك يكون تماشياً مع مقتضى العقد المتمثلة في الحقوق التي تثبت لكلا الزوجين بحكم عقد الزواج الذي يجمع بينهما كحق الزوجية<sup>1</sup> في النفقة. ولعقد الزواج أحكام شرعية أصلية وضعها المشرع لا يمكن مخالفتها كوجوب توافر العقد على الأركان و الشروط التي يتكون منها كشروط الانعقاد و شروط الصحة و هناك أحكام تبعية خضعت للإرادة الحرة للمتعاقدين كاشتراط الزوجة أن لا يتزوج عليها زوجها أو أن لا يخرجها من بلدها وهي شروط تقييدية في العقد ولم يجعلها المشرع حسب أهواء المتعاقدين حيث أجاز شروطاً و منع أخرى و قبل التطرق إلى معرفة أنواع هذه الشروط سنتطرق إلى معرفة مفهوم الشرط و معنى اقترانه بالعقد في المبحث الأول ثم في المبحث الثاني إلى الشروط الواردة في عقد الزواج و أصل مشروعيتها

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري (طبقاً للأحدث التعديلات)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 115.

المبحث الأول : مفهوم الشرط ومعنى اقتترانه بالعقد.

العقد الصحيح يحتوي على أركان وشروط منصوص عليها توأكب مقتضيات العقد فالركن لا بد وأن يكون ذاتيا داخلا في ماهية الشيء ولا يقوم الشيء إلا به، فان عقد الزواج مبني على رضا الزوجين أي تبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العقد، إضافة إلى الأركان المعروفة في أي عقد وهي المحل و السبب أما الشرط فهو ما توقف الشيء عليه دون أن يكون جزءاً منه

والشرط قد يكون شرعيا أوجبه الشارع مثل: المهر والولي في عقد الزواج وهي شروط متقدمة على تكوين العقد وقد يكون تقيديا يضيفه أطراف العقد وهو تابع للحكم الأصلي.

وهذا ما سنحاول دراسته في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: نخصه لتعريف الشرط

المطلب الثاني: سندرس فيه معنى اقتتران العقد بالشرط وبيان خصائصه.

المطلب الأول: تعريف الشرط

من خلال هذا المطلب سنقوم بتعريف الشرط تعريفا لغويا و تعريفا اصطلاحيا.

الفرع الأول: تعريف الشرط لغة.

الشرط هو التزام الشيء والتزامه في البيع جمعه شروط

و الاشتراط :العلامة التي يجعلها الناس بينهم<sup>1</sup> و منه علامات الساعة و الشروط مفردها شرط ، ويجمع على شروط و اشراط لقوله تعالى (فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ)<sup>2</sup> وتعني أشراطها علاماتها و على شرح ابن كثير :أمارات اقترابها فكيف للكافرين بالتذكير إذا جاءتهم القيامة حيث لا ينفعهم ذلك<sup>3</sup>

وجاء في أصول السرخسي أن الشرط في اللغة هو علامة لازمة لإكرام المخاطب إياه فكان شرطا من هذا الوجه.

وإذا شرط احد على صاحبه أمرا يقال شارطه فإذا اشترطت المرأة على زوجها أمرا في عقد الزواج ، فقد ألزمته بذلك. وعند النحاة ترتيب أمر على آخر بأداة من أدوات الشرط و الألفاظ التي تستعمل في هذا الترتيب مثل : ان - من ومهما<sup>4</sup>.

الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحا

يعتبر الشرط اصطلاحا ما يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده و ينعدم بانعدامه كقول الزوج لزوجته : إن ذهبت إلى ذلك المكان فأنت طالق، فان وقوع الطلاق هنا توقف على ذهاب الزوجة إلى المكان الذي منعه عليها زوجها.

وقيل أن الشرط هو " ما يتوقف عليه الحكم وليس لعلة الحكم " أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط<sup>5</sup> ومثال ذلك الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود كشرط الأهلية فإنها إلزامية في كل عقد و عرفه العلامة الحمودي بأنه " التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة " وذلك عن طريق اقتران التصرف بالتزام أحد المتعاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد و غير موجود وقت التعاقد وذلك باستعمال

1 - ابن المنصور ( أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن المنصور الإفريقي )، لسان العرب، ج1، مجلد 4، دار المعارف، مصر، ص 2235.

2 - سورة محمد، الآية 18.

3 - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج4، ط1، دار صادر، بيروت، 1999، ص 457.

4 - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص1.

5 - نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب و الشرط، جلة المواقف المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1995، ص 352.

عبارة بشرط كذا أو على أن يكون كذا<sup>1</sup> ما توقف وجود غيره على وجوده وكان خارجاً عن ماهيته.

فهو مثل الركن، لا وجود للشيء بدونهما، إلا أنه خارج عن ماهية الشيء، بخلاف الركن، فهو داخل في ماهيته. و الشرط كما سبق الذكر نوعين شرط شرعي بحكم الشارع و شرط جعلي خاضع لإرادة المتعاقدين و الفقهاء قسموا الشروط الجعلية إلى ثلاث: شرط مقيد وهو أن يقيد حكم العقد وأثاره، فيكون المقصود تعديل آثار العقد الأصلية، بإيجاب التزامات بين المتعاقدين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً، وسمي الفقهاء ذلك بالعقد المقيد للشرط أو المقترن بالشرط<sup>2</sup>.

و إلى الشرط المضاف و هو ما دلت صيغته على إنشائه من حيث صدورها، على ألا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل معين، ومثاله: أن يقول تزوجتك غداً أو الشهر القادم، وتقول قبلت. وقد تكون الإضافة إلى زمن المستقبل ملحوظاً، فيكون التصرف مضافاً دون التصريح بالإضافة، كما في الوصية، فإن الوصية تقيد معنى الإضافة إلى ما بعد الموت<sup>3</sup>.

فإذا كانت إضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن و استعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية اعتبرت تعليقا محضاً لا إضافة فهو معلق على مجيء الزمن العين و مربوطاً به ارتباط المشروط بشرطه<sup>4</sup> وهناك أيضاً الشرط المعلق الذي يعتبر ربط حصول أمر بحصول أمر آخر فهو عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقاً ساري الحكم من صدوره و عادة ما يكون التعليق بأحد الأدوات الشرطية " إن - إذا - متى - كلما " .

و الفقهاء فرقوا بين حالتين في حكم هذه الصيغة هما:

- (1) أن يكون الشيء المعلق عليه الزواج غير موجود وقت العقد و في هذه الحالة لا ينعقد العقد لأن الإيجاب يكون معلقاً على شيء محتمل أو مستحيل الوجود في المستقبل .
- (2) أن يكون الشيء المعلق عليه الزواج موجوداً حال العقد، ومثال ذلك أن يقول الرجل للمرأة تزوجتك على مهر كذا فتقول قبلت إن رضي أبي، ويكون أباهما حاضراً مجلس العقد ويوافق على ذلك<sup>5</sup>.

وهذه الشروط هناك عقود و تصرفات قولية تقبلها و تصح عليها كلها وهناك ما يصح عليها البعض فقط كالتبرعات و المعاوضات المالية و النكاح لا تقبل التعليق و لا الإضافة مطلقاً بل

1 - علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 10.  
2 - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 490.  
3 - بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 493.  
4 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دار القلم، دمشق، 2004، ص 577.  
5 - حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، مجلة 2، ط 2، لبنان، مطبعة سامي، ص 60.

يجب أن تعقد منجزة ، فإذا علقت على شرط أو أضيفت إلى زمن مستقبل بطلت، حتى لو وجد الشرط المعلق عليه ، أو جاء الزمن المضاف إليه لا ينعقد العقد، فلو قيل للمرأة بحضور الشهود تزوجتك اعتبارا من أول الشهر القادم وتم القبول، فهي ليست زوجة إذا حل الشهر المضاف إليه<sup>1</sup>.

ولأن عقد الزواج من العقود التي تفيد التمليك في الحال ولا تجوز إضافته إلى المستقبل، حيث أن مقتضى عقد الزواج هو حل الاستمتاع بين الزوجين فور إتمام العقد مباشرة دون انتظار زمن مستقبل لترتيب أحكامه<sup>2</sup>.

المطلب الثاني : تعريف الشرط المقترن بالعقد وبيان خصائصه.

من خلال هذا المطلب سنعرف الشرط المقترن بالعقد مع بيان خصائصه التي يتميز بها.

الفرع الأول: تعريف الشرط المقترن بالعقد

سبق و تبين لنا أن هناك شروط شرعية تصدر عن المشرع و تكون جزءا من العقد ، يتوقف وجوده على وجودها و هناك شروط مصدرها إرادة المتعاقد و غايتها تحقيق مصلحة معتبرة.

و هي التي تسمى الشروط في العقود أو الشروط المقترنة بالعقد أو الشروط الاقترانية أو تسمى الشروط الجعلية في الفقه الإسلامي كأن تشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو تكون لها حرية الخروج من البيت، أو أن تعمل و تكون أجرة وظيفتها لها أو لوليها مثلا. أو أن لا يخرجها من بلدها و غير ذلك من الشروط.

قد يكون الشرط من الزوج كأن يشترط على زوجته أن ترعى أطفال له من زوجته السابقة أو أن تتوقف عن عملها و تلزم بيتها، ونحو ذلك من الشروط التي يسوغ اشتراطها مما يكون فيه مصلحة للزوجين أو أحدهما ولا يؤثر في تحقيق المصالح

المقصودة في عقد النكاح.

وهي عبارة عن بنود والتزام أو وصف لالتزام و لا يتوقف وجود العقد عليها وهي ترتبط بالمحل و السبب عادة لأنها تشكل تعديلا و تغييرا في الالتزامات التعاقدية و قد تكون الباعث أو الدافع إلى التعاقد فترتبط مع ركن السبب كمن تزوج امرأة بشرط أن تنفق عليه لأنها موظفة أو ذات مال و هو عاطل عن العمل. و بالتالي تعتبر هذه الشروط التزامات خارجية عن حقيقة العقد و ماهيته يستلزمها العقد عند إنشائه أو في آثاره.

1- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 490.

2- حسن حسن منصور، مرجع سابق، ص 59.

وتجب الإشارة إلى الفرق بين الشروط المقترنة بالعقد الشرعية و الشروط التقيدية المضافة له حيث أن الشروط المقترنة بالعقد الشرعية هي من وضع الشارع يتوقف عليها وجود العقد و صحته وهي لازمة وواجبة شرعا و قانونا عند إنشاء العقد و غير قابلة للإسقاط على عكس الشروط التقيدية التي يضعها الطرفين حيث لا تتوقف عليها صحة العقد و انما يترتب على انعدامها عدم لزوم العقد حيث منها الصحيح الملزم ومنها الباطل أو الفاسد الذي لا يصحح و لا يلزم و يصح إسقاطها من المشترط ، و شروط العقد توجد مشروطاتها لحظة انعقاد العقد وجوبا و يستحيل أن يتأخر وجودها عن وجوده فترتبها التقدم أو المقارنة للمشروط.

أما الشرط المقترن بالعقد مشروطه يوجد بعد انعقاد العقد يقول ابن القيم : " الفقهاء مجمعون على أن الشرائط الشرعية لا يجوز تأخيرها عن المشروط و لو تأخرت لم تكن شروطا"<sup>1</sup> ، كما أن شروط العقد في العقد نفسه و تأثير الشروط المقترنة به في الالتزامات الناشئة عنه.

الفرع الثاني: خصائص الشرط المقترن بالعقد.

من خلال تعريف الشرط ومعنى اقترانه بالعقد نستنتج عدة خصائص تتمثل في:

أولاً: الشرط المقترن بالعقد أمر زائد عن أصل التصرف أو العقد.

العقد يتم انعقاده بمجرد توافر أركان وشروط التي تطلبها المشرع دون الحاجة لوجود شرط المقترن بالعقد. لأن الشرط التقيدي المقترن يدخل على العقد بعد تمامه و توافر شروطه و أركانه ، فلو قال شخص لأخر بعثك هذه الدراجة بألف دينار إلى سنة على أن تعطيني رهنا أو كفيلا فقبل الأخر ، فالرهن أو الكفيل التزام زائد عن عقد البيع لأنه ينعقد بون هذا الشرط ولا يتوقف وجوده في ذاته على الشرط. ونفس الحكم ينطبق على بقية العقود.

ثانياً : الشرط أمر محتمل الوقوع.

أي يكون الشرط في وسع المشترط عليه تنفيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلاً و الاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط كتعليق الهبة على الطيران في الهواء بغير طائرة أو على عدم غروب الشمس في اليوم الموالي. أما الاستحالة القانونية فمناطها نص القانون حيث يعتبر الشرط مستحيلاً إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم<sup>2</sup>.

ثالثاً: واقع في العقد.

1 - ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين ، تحقيق بشير محمد عيون، الجزء 1، مكتبة دار البيان، دمشق، 2000، ص 273.  
2 - محمد شتا ابو سعد ، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة، 2000، ص 50.

الشرط المقترن بالعقد هو الذي يقع حال العقد و يضاف إلى صلبه وصيغته عند إنشائه. فلا يدخل ي الشرط المقترن بالعقد ما كان قبله. ولو تضمن التزاما و يعد من قبيل الوعد، و كذلك الشرط اللاحق للعقد لا يدخل في الشرط المقترن بالعقد بعد إنشائه و لزومه<sup>1</sup>

رابعا: شرط أمر مستقبل

أن يكون الشرط متعلقا بالتزام سيوجد ي المستقبل غير موجود في الماضي ولا في الحال. حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام بالشرط تجاه المشتري وإذا كان الشرط واقعا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل لو قال الزوج لزوجته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا و الأرض تحتنا ، فإنها تطلق في الحال<sup>2</sup>

خامسا: مشروعية الشرط .

يجب أن يكون الشرط موافقا لمقتضى العقد ومقاصده، بأن يكون موجبه حكما من أحكامه، أو مؤكدا لمقتضاه، أو ورد به الشرع، أو جاء به العرف، فهذا الشرط يلحق بأصل العقد، ولا أثر له عليه<sup>3</sup> ، فيجب ألا يكون الشرط مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، وهذا لأن صحة ومشروعية الشرط يعتبر محض تقرير لمقتضى العقد وهو في حقيقته لازم دون أن يكون في حاجة إلى شرط<sup>4</sup>. حيث لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج شروط وبنود غير أخلاقية، كاشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية، وذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية، في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية.

1 - أحمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها في الفقه الإسلامي، قطر، د دن، د س، ص 64.

2 - رشدي شحاته، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، مصر ، 2001، ص 47.

3 - علي محمد عمي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 121.

4 - يوسف مسعودي ، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 12.

المبحث الثاني: أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج و أصل مشروعيتها.

لابد من الإحاطة بحقيقة الشروط الجعلية المقترنة بعقد الزواج تقييدا لأثاره وأحكامه وتمييزها عن الشروط الأخرى التي تقترن بعقد الزواج التي يتوق عليها وجوده و زواله وتحديد الصحيح من الشروط و الوقوف على الشروط الفاسدة من حيث طبيعتها و معيار فسادها و أحكامها و هذا ما سنتناوله من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج.

المطلب الثاني: الشروط في عقد الزواج بين المشروعية و الحضر.

## المطلب الأول: أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج.

من خلال هذا المبحث سنتعرف على الشروط الصحيحة والغير الصحيحة حسب موقف الفقهاء و المشرع.

### الفرع الأول: الشروط الصحيحة

الأصل في الشرط في العقود الصحة حتى يقوم دليل على المنع؛ والدليل على ذلك عموم الأدلة الأمرة بالوفاء بالعقد؛ كقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>1</sup> ، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>2</sup>، فالشروط الصحيحة هي التي يقتضيها العقد أو أن تؤكد ما يقتضيها وهي التي أودع الشرع بها نصاً أو جرى العرف بها<sup>3</sup> ، فإن كان الشرط لتأكيد ما أتى به العقد فهو اشتراط صحيح معبر فهي شروط ثابتة سواء اشترطها أحدهما أم لا كأن تشترط الزوجة أن يعجل صداقها أو أن ينفق عليها أو أن يحسن معاشرتها. وفي ذلك يقول الخطابي فيما نقله عنه ابن حجر العسقلاني: "من الشروط يجب الوفاء بها اتفاقاً، وهو ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"<sup>4</sup>.

### أولاً: الشروط الصحيحة عند الحنفية

هي التي تكون حكماً من أحكام العقد، أو يؤكد مقتضاه كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها و يحسن معاشرتها و اشتراطه على أن تدخل في طاعته. أو مما جرى العرف به كتعجيل المهر، فهي شروط ثابتة بمقتضى العقد و مؤكدة لمضمونه سواء اشترطها أحدهما أو لم يشترطها

### ثانياً: الشروط الصحيحة عند المالكية

قاموا المالكية بتقسيم الشروط التقييدية إلى شروط صحيحة غير مكروهة و شروط صحيحة مكروهة:

#### - الشروط الصحيحة الغير مكروهة:

وهي الموافقة لحكم من أحكام عقد الزواج وهو الذي يعمل به ولم يشترط في عقد الزواج لأنه ظاهر الصحة وما اشتراطه إلا لتأكيد وجوده كعدمه سواء، كاشتراط الزوجة أن يكسوها زوجها أو يبيت عندها.

1 - سورة المائدة، الآية 1.

2 - سورة الإسراء، الآية 34.

3 - إسماعيل أبو بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص107.

4 - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص180.

## 2- الشروط الصحيحة المكروهة:

وهي التي لا تنافي المقصود من الزواج و لكن فيها تضيق على أحد الطرفين كان تشتراط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها<sup>1</sup>.

ثالثا: الشروط الصحيحة عند الشافعية

وهي التي وافق الشرط فيها مقتضى عقد النكاح، كأن يشترط الزوج أن يسافر بزوجه أو أن يطلقها إن شاء، وتشتراط عليه أن يوافقها صداقها أو ينفق عليها. أو لم يوافق مقتضى العقد ولكنه لم يتعلق به غرض، كشرط ألا تلبس إلا كذا<sup>2</sup>.

رابعا: الشروط الصحيحة عند الحنابلة

توسعوا الحنابلة في تحديد الشرط الصحيح بالمقارنة مع الباقي المذاهب:

- 1) شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه و تمكينه من الاستمتاع بها فلا حاجة لذكره في العقد.
- 2) شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يلزم إلا إذا تم اشتراطه ووجوب الوفاء به ، كأن تشتراط أن لا يخرجها من بلدها أو لا يسافر بها، فان لم يلتزم الزوج بهذه الشروط فلها حق المطالبة بفسخ عقد الزواج<sup>3</sup>.

أمّا المشرع الجزائري فقد أخذ بالمنظور الفقهي وأجاز للزوجين أن ينصا على كل الشروط التي تؤكد فيها منفعة لهما وتحقق مصالحهما أو مصلحة أحدهما مع احترام القانون و أحكامه بعدم النص على شروط تناقضه و تمس بالأصل الذي من أجله ابرم العقد ، كما لاحظنا أن المشرع الجزائري قد عدل هذه المادة بإضافة نوعين من شروط وهما شرط عدم التعدد وشرط عمل المرأة لتوضيح بعض الشروط التي لا تمس بأحكام القانون ولأهميتهم بالتحديد وما يمثلانه في حياتنا الاجتماعية الحالية.

## الفرع الثاني: الشروط الغير صحيحة

هي شروط الفاسدة المنافية لمقتضى العقد و تؤثر في صحته ولم يرد فيها نص ولم يجر بها العرف كأن تشتراط المرأة على زوجها أن لا تطيعه أو يشترط عليها ألا ينفق عليها وهو

1 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر ، 2009، ص 60.61.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، ج 9، ط 4 ، دار الفكر، دمشق، دت، ص 49.

3 - صالح غانم السدلان، الشروط في النكاح، ط2 ، دار معاذ للنشر و التوزيع، الرياض، 1998، ص 42.

مخالف لمقتضى العقد و الشريعة فإذا اسقط النفقة كان مخالفا للإسلام وقد اتفق العلماء و أهل العلم على عدم صحة هذه الشروط التي تخالف أمر الله به أو نهى عنه، أو تخلى بمقصود النكاح الأصلي.

ونهى الرسول - صلى الله عليه و سلم - كذلك عن بعض الشروط التي يكون فيها إثم و قطيعة رحم، كاشتراط الزوجة على الزوج طلاق ضررتها فلو أن امرأة اشترطت على زوجها عند عقد نكاحها أن يطلق زوجته التي في عصمته، فهذا شرط فاسد لا يجوز اشتراطه، ولو حصل فإنه لا يلزم الوفاء به بل يحرم لما فيه من مخالفة قول رسول - صلى الله عليه و سلم - : « ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ ما بصفحتها فإنما لها ما قدر لها »<sup>1</sup>.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى :

" من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الاجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده. بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر الله به ، أو تحليل ما حرمه أو تحريم ما حلله. فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين ي جميع العقود"<sup>2</sup>

فعلى الزوجين تمييز الشروط الصحيحة من الفاسدة، كي لا يشترط في عقد الزواج شروط مخالفة للشريعة الإسلامية حيث قال الرسول - صلى الله عليه و سلم : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، و إن كان مائة شرط»<sup>3</sup>

بالنسبة للمشرع الجزائري هناك ما يؤثر في صحة العقد كاشتراط عدم المعاشرة الزوجية أو شرط توقيت الزواج لمدة محددة. وهذا ما جاء في المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد "<sup>4</sup> وفي حال اشترطت الزوجة على زوجها تطليق ضررتها أو اشترط الزوج عدم الإنفاق على زوجته فإنه يبطل الشرط ويصح العقد لأن هذه الشروط لا تؤثر في العقد ولا تؤدي إلى إبطاله، وهذا ما تؤكد المادة 35 قانون الأسرة الجزائري الذي كان مضمونه أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا<sup>5</sup>.

**المطلب الثاني: الشروط في عقد الزواج بين المشروعية والحظر.**

1 - البخاري (أبو عبد الله بن اسماعيل)، الجامع الصحيح المختصر، ط1، المطبعة السلفية، القاهرة، 1979، ص250.  
2 - ابن تيمية أحمد، مجموع فتاوى أحمد بن تيمية، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، ج32، مكتبة المعارف، المغرب، ص28.  
3 - الامام مسلم، صحيح مسلم، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1929، ص639.  
4 - قانون رقم 84-11 مرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.  
5 - سيرين شريقي، كمال بو فرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، 2013، ص46.

من خلال هذا المطلب سنتعرف على الشروط من حيث تقسيمها بين المشروعية و الحظر في الكتاب و السنة مع بيان أو ذكر موقف المشرع الجزائري.

### الفرع الأول: الشروط المشروعة

يتمثل أصحاب هذا الرأي أساسا في مذهب الحنابلة و على رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن القيم و طائفة من فقهاء المالكية و حسب أنصار هذا الرأي أن الأصل في الشروط و العقود الصحة و الإباحة فهم يطلقون إرادة الإنسان و يعطونه حرية واسعة في هذا الباب و لا يحرم و يبطل من شروط عندهم إلا ما دل على تحريمه و إبطاله في الكتاب و السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر.

فالشرط الغير صحيح يعتبر استثناء عندهم. حيث توسعوا في الأخذ بمبدأ حرية التعاقد و إنشاء الشروط التي تحقق مصالح الناس و تفي بأغراضهم إلا إذا قام الدليل على المنع فعندئذ لا يلزم الوفاء بها. فهم يمنعون من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص أو ما ينقص حقوق و واجبات أحد الزوجين التي تعد من النظام الشرعي في الزواج. كاشتراط الزوج تأقيت النكاح أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية. و أجازوا اشتراط كل شروط التي من شأنها أن تحقق مصلحة أو منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما بشرط أن لا يتنافى مع مقاصد الشريعة.

واستند أصحاب هذا المذهب على حجج وبراهين من السنة و الكتاب:

أولا من القرآن الكريم :

قال الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)<sup>1</sup>

وتعني وجوب الوفاء بما أحل الله من عقود و عهود<sup>2</sup>، كم أن أمر الله تعالى الوفاء بالعقود دليل على جوازها، فالله لا يأمرنا بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه.

واستدلوا بجملة من الآيات الأخرى توجب الوفاء بالعهود و تحرم الغدر فيها ومن أمثلة هذه الآيات :

(وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)<sup>3</sup>

(وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ)<sup>1</sup>

1-سورة المائدة، الآية1.

2-محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص5.

3-سورة الإسراء، الآية34.

(وَمَنْ أَوْفَىٰ بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهُ اللَّهُ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا)<sup>2</sup>

ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أن الله سبحانه و تعالى أوجب الوفاء بالعهود و الوعود و حرم الغدر فيهما.

ثانيا : من السنة النبوية الشريفة.

استدلوا بمجموعة من الأحاديث الواردة من الرسول صلى الله عليه و سلم من بينها قوله : «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحلتم به من الفروج»<sup>3</sup> وقوله كذلك « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما »<sup>4</sup> ووجه الدلالة من الحديث الأول أن الشروط التقييدية ي عقد الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها. ولا فرق من أن تكون مرتبطة بالآثار المالية للزواج أو غيرها من الشروط التي تحقق مصالح الزوجين المشروعة، و بالنسبة للحديث الثاني فهو يدل على أن المشترط يقف و يلتزم بشرطه ما لم يكن فيه إبطال لحكم الله أو إسقاط لما أوجبه.

#### الفرع الثاني: الشروط المحظورة

يتمثل أصحاب هذا الرأي في مذهب الظاهرية و يتق معهم كل من الحنفية و المالكية و الشافعية يتمسكون أصحاب هذا الرأي بنظرية مقتضى العقد، التي تعتبر أن الأحكام و الالتزامات التي يكون العاقد مكلفا بها هي محددة من قبل الشارع دون الحاجة الى اشتراطها من قبل العاقد الآخر وذلك كالتزام الزوج بدفع المهر و النفقة. لهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه و صحته لأن الأصل في العقود و الشروط بالنسبة لهم هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من الكتاب أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس على الإباحة.

و تقوم نظرية مقتضى العقد على أساس أن إرادة الزوجين لا تُنشئ عقدا بقدر ما تحقق انضمامها الى النظام القانوني بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة و الاتجاه نحو إبرام عقد الزواج و ليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره. وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد و تحقيق استقرار النظام العام<sup>5</sup>.

1 -سورة المؤمنون، الآية 8.

2 -سورة الفتح، الآية 10.

3 - البخاري، صحيح البخاري، باب الشروط في النكاح، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت، 1981، ص138.

4 - الترمذي (أبي عيسى)، الجامع الصحيح سنن الترمذي، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، ص416.

5 محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998،

ص72 .

وتجدر الإشارة هنا الإشارة على أن الحنفية و المالكية و الشافعية اتفقوا مع الظاهرية على أن الأصل في الشروط هو الحصر، غير أن الحنفية اتفقوا مع الشافعية في استثناء الشرط الملائم لمقتضى العقد. أما المالكية فلم يشترطوا الشرط الصحيح أن يكون من مقتضيات العقد، وإنما قرروا أمرا مغايرا وهو تصحيح كل شرط به منفعة لأحد المتعاقدين شريطة أن لا يكون مناقضا للعقد<sup>1</sup> وقد استدلل هذا الاتجاه كذلك بمجموعة من الحجج و البراهين من القرآن والسنة:

أولا : من القرآن الكريم.

(وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ<sup>2</sup>)

وقال كذلك : (وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ<sup>3</sup>) و في أية أخرى (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ<sup>4</sup>) ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أن من يتعدى حدود الله يعد ظالما ومن ثم فإن من اشترط شروطا لم يرد فيها دليل على جوازها يكون تخطي لحدود الله و مخالفة لشرعه، فهذه الشروط لا يجب الوفاء بها. ثم أن الله سبحانه و تعالى أكمل الدين و أتمم الشريعة فجاءت شاملة لكل ما يحتاجه العباد في الدنيا و الآخرة ولهذا فإن إحداث أي عقد أو تصرف أو إضافة شروط إلى عقد الزواج يكون زيادة على الدين و خروجا عنه لا يصح ذلك.

و يقول ابن حزم الظاهري ".... إن الله تعالى إذا حرم بالنص شيئا فحرم إنسان شيئا غير ذلك، قياسا على ما حرم الله تعالى، أو احل بعض ما حرم الله قياسا، أو أوجب غير ما أوجب الله تعالى قياسا، أو أسقط بعض ما أوجب الله تعالى قياسا، فقد تعد حدود الله تعالى فهو ظالم بشهادة الله تعالى عليه بذلك<sup>5</sup>

ثانيا : من السنة النبوية الشريفة.

يقول النبي صلى الله عليه و سلم: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»<sup>6</sup> و الحديث يدل على أن من يعقد عقد أو شرط لم يرد به النص الشرعي يكون خارجا عن أمر الشرع فيقع باطلا. أي إذا تم التعاقد بعقد أو بشرط لم يرد في الشريعة

1 أحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 74.72.

2 سورة البقرة، الآية 229.

3 سورة الطلاق، الآية 1.

4 سورة المائدة، الآية 3.

5 -ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد الثاني، دار الحديث، مصر، 1984، ص500.

6 -صحيح مسلم، كتاب الأفضية، حديث رقم 1718، مرجع سابق، ص 722.

يكونوا إما اهلوا أو حرموا غير ما شرعه الله. و يقول ابن حزم بخصوص هذا الحديث " فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان و التزامه. إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بالتزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه"<sup>1</sup>

و عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق و شرط الله أوثق»

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

ومنه نلاحظ أن أهل الظاهرية مقيدون لسلطان الإرادة و حريتها في الاشتراط و تحديد آثار العقود فلا يمكن إنشاء عقد أو إبرام مشارطات لم يرد النص على جوازها أو إباحتها.

من خلال الآراء و الأدلة المطروحة من كلا الطرفين نرى أنه كلما أخذنا بالتوسع في الأدلة إننا نقتررب من الرأي القائل بحرية الاشتراط فكانت آراء و أدلة مقنعة لأن الشرط عند العقد من باب العهد و سمة المسلم الوفاء بالعهود و مما يزيد في وجاهة هذا الرأي فالأمر مقصور على دائرة الشروط الصحيحة.

ثم إن القول بحظر الاشتراط يجعل من الشريعة الإسلامية جامدة و عاجزة عن مواجهة ما يستجد في شؤون المعاملات و الزواج و مواجهة التغيرات و هذا يناقض ميزة أساسية تتمتع بها الشريعة الإسلامية؛ وهي صلاحيتها لكل زمان و مكان.

و بالتالي ما ذهب إليه الحنابلة من الأصل في العقود الإباحة هو المسلك السليم لتوافقه مع تحقيق مصالح الأفراد ما لم يتعارض ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية.

بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة التي تنص على الشروط المقترنة بالعقد نرى أنه قد سار على خطى المذهب الحنبلي في إباحته للشروط الصحيحة والتي لا تخالف مقتضى العقد و أوجب الوفاء بها.

كما أنه أجاز الشروط المعتمدة التي بها منفعة للطرفين أو لأحدهما من خلال نصه في المادة 19 من قانون الأسرة على نوعين من هذه الشروط ليس على سبيل الحصر و إنما لأهميتهما في الوقت الحالي و هما شرط عدم التعدد و عمل المرأة.

1 - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، ج4، دار الفكر، 1992، ص 199.

من محاسن التشريع أنه نظام واقعي يتوافق مع واقع الإنسان وضرورياته، وحاجياته ويعمل على حماية حقوق الأفراد دون تمييز الجنسين سواء كانوا ذكورا أو إناث خاصة في عقد الزواج الذي أعطاه الإسلام مكانة عظيمة من بين كل العقود.

من بين هذه الحقوق إقرار حق الزوجين في تضمين عقد زواجهما بشروط تحقق مصلحتهم معاً، أو أحد منهما و بموافقة الطرفين على ذلك، و عليه فان اقتران صيغة العقد بهذه الشروط تصبح جزءاً منه وتؤدي إلى التأثير فيه من خلال الحكم الذي يرتبه هذا الشرط على العقد من تقييده ولزوم الوفاء به، و ثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد عند عدم الوفاء به، وهذا التأثير يختلف باختلاف الشرط المقترن به<sup>1</sup> ومدى تأثيره على صحة العقد لأن هذه الحقوق أحكام وضوابط في الفقه الإسلامي والتشريع مما يترتب عنه آثار قضائية، و هذا ما سنتعرف عليه بالتفصيل خلال المبحثين الآتيين حيث تم تخصيص المبحث الأول إلى أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج والمبحث الثاني إلى آثار هذه الاشتراطات العقدية.

---

<sup>1</sup> - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 109.

### المبحث الأول أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج

العقد المقترن بالشروط يخلف بطبيعة الحال أحكام تقع على عاتق المتعاقدين، إذ يصبح كل طرف ملزم و يقع عليه عبء تنفيذ التزامه، غير أنه ينبغي على المتعاقدين و قبل وضع أي شرط. أن يميزا أولا بين الشرط الصحيح و الغير صحيح. لأن لكل نوع حكمه و تأثيره من حيث الصحة و البطلان<sup>1</sup>، وهذا ما سنتعرف عليه من خلال المطلب الأول و الثاني حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى حكم الشروط الصحيحة و المطلب الثاني مخصص لأحكام الشروط الغير صحيحة.

المطلب الأول: حكم الشروط الصحيحة

المطلب الثاني: حكم الشروط الغير صحيحة

---

1 - طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج، الأحكام و الأثار، مذكرة ماستر، جامعة بسكرة، 2015، 2014، ص 30.

## المطلب الأول: حكم الشروط الصحيحة

من خلال هذا المطلب سنوضح حكم الشروط الصحيحة من ناحية موقف الفقهاء في الفرع الأول ثم موقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: موقف الفقهاء

الشرط الصحيح عند الفقهاء هو الذي يكون جزءاً من مقتضى العقد ومؤكداً له، حيث لا يكون فيه منافاة لعقد الزواج، وهو ما كان يقتضيه عقد الزواج ولا يضر بأصله، كما اتفقوا على وجوب الوفاء به كالإففاق على الزوجة أو دفع المهر لها<sup>1</sup> فهذه الشروط كلها صحيحة لأن الهدف من اشتراطها هو تحقيق التلاحم والتوافق بين الزوجين، وهذا ما يلائم مقصود النكاح، وهو في الحقيقة مجرد صفة لمحل العقد ولا يضيف له أصلاً جديداً لأنه يدخل في العقد دون الحاجة إلى تسميته، كما أن من الشروط ما يعود نفعه و فائدته للمرأة، وهي الشروط التي لا تتنافى مع مقتضى العقد ولم ينص الشارع عليها. كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من دارها أو بلدها، أو يسافر بها ، أو لا يتزوج عليها فبعض العلماء من رأى أن الزواج صحيح و أن هذه الشروط ملغاة ولا يلزم الزوج الوفاء بها وهم جمهور الحنفية و الشافعية و المالكية يرون أن الشرط فاسد ولا يلزم الوفاء به ولكن فساد الشرط لا يثر (لا يؤثر) في العقد بل يفسد الشرط وحده و يبقى العقد صحيحاً<sup>2</sup>.

أما أصحاب الرأي الثاني وهم الحنابلة والظاهرية والشيعة يرون أنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها، قال الظاهرية "لو عقد عليها بشرط أن لا يضر بها في نفسها و مالها، إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، صح هذا الشرط و صح العقد معه"<sup>3</sup> و استدل كلا المذهبين بأدلة لا تخرج عن الأدلة التي استدلوا بها على أن الأصل في الشروط المنع والإباحة. ومن ثم يتبين لنا أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل لا يلزم الوفاء به، لهذا فقد أجمع الفقه الإسلامي على صحة الشروط التي يقتضيتها عقد الزواج والموافقة لمقصوده الشرعي فقط كاشتراط الرجل القوامة على زوجته أو اشتراطه عليها عدم الخروج من البيت إلا بإذنه، فهذه الشروط صحيحة والعقد معها صحيح أيضاً، و يجب على الملتزم بها أن يفي بها.

### الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

1 - محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية ( الزواج و الطلاق)، ط1، دار الفكر، 2008 الأردن، ص87.

2 - كوثر كمال علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ط2، دار سلامة للطباعة و النشر و التوزيع، تونس، 1985، ص72.

3 - كوثر كمال علي، نفس المرجع، ص72.

تعرض المشرع الجزائري إلى مسألة الشروط ي عقد الزواج حيث أجاز للطرفين أن يضمنا عقد زواجهما بجملة من الشروط التي تحقق مصلحتهما المشتركة، وهذه الشروط معتبرة من الناحية الشرعية و القانونية، ما لم تتناقض مع طبيعة العقد فهو يرى أن الشرط الصحيح الذي أصبح جزءا من مقتضى العقد، إذ لا يتم التراضي بين العاقدين إلا على أساسه، وبالتالي يلتزم كل طرف بالوفاء به وهذا ما جاء في القانون المدني الجزائري في المادة 204 " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام"<sup>1</sup>

أما في قانون الأسرة فقد ذكر ذلك في مادة وحيدة وردت بين الأحكام المتعلقة بالوكالة في عقد الزواج من خلال المادة 19 من قانون الأسرة 1984 أنه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها، ما لم تتنافى مع هذا القانون"<sup>2</sup> وهي عبارة عن أحكام غير محدودة و عامة جدا، حيث أن الجزء الأول منها ورد في صيغة تحمل قاعدة عامة تبيح للزوجين أن يرفقا بالعقد أي شرط من الشروط التي يكون فيها مصلحة لأحدهما، والجزء الثاني جاء في صيغة استثناء يقيد العموم السابق و يجعل من الجزء الثاني شرطا يجب توفره لاستعمال أحكام الجزء الأول، ومعنى ذلك أن قانون الأسرة سمح لكل طرف أن يشترط ما يشاء وفق مصلحته الخاصة أو المشتركة إلى جانب هذه الإباحة فقد حصرها في شروط لا تتنافى مع ما ورد في قانون الأسرة من قواعد و أحكام ملزمة<sup>3</sup> فهي لم تحدد أي نوع من الشروط التي يمكن أن يشترطها الزوج الزوجة، وإنما اكتفى بذكر ضابط واحد وهو عدم مخالفتها لأحكام الشرع والقانون، غير أن التعديل الأخير لموجب الأمر 02/05 أضاف بعض المعطيات الجديدة التي لم ينص عليها النص القديم. وقد أشار هذا القانون إلى نوعين على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر وذلك بالنظر لأهميتهما في الوقت الحالي ويهدف هذا التعديل إلى تمكين الزوجين من حل ما يطرأ من مشكلات بينهما لاسيما في ما يتعلق بعمل الزوجة و تعدد الزوجات<sup>4</sup>، وبالتالي أعطى المشرع الجزائري إمكانية الاشتراط للزوجين من خلال عقد رسمي تأكيدا لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين و واجب الوفاء بها شريطة إثباتها، حيث أن وضعها يكون إما أثناء الزواج وإما بعقد رسمي لاحق، ولا خلاف

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

2 - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3 - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر 1996، ص146.

4 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل ( دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط1، الجزائر، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، 2008، ص126.

حول ما لهذا العقد من حجية إثبات عند النزاع<sup>1</sup>. وتبقى الحرية للطرفين في اختيار جهة إبرام عقد الزواج سواء أمام موظف مؤهل قانونا أو الموثق، وغالبا ما يلجئون إلى الموظف " ضابط الحالة المدنية" لتفادي المصاريف<sup>2</sup>. و الموظف يقتصر دوره في عقد الزواج، أما الموثق فله أن يضمن العقد بالشروط المتفق عليها.

### المطلب الثاني: حكم الشروط الغير صحيحة

سنتعرف من خلال هذا المطلب حكم الشروط الغير صحيحة والمنافية لعقد الزواج، حيث هناك شروط غير صحيحة تؤدي إلى إبطال العقد والشرط معا ومنها ما يبطل الشرط فقط مع بقاء العقد صحيحا وهذا ما سندرسه بالتفصيل خلال الفرعين الآتيين حيث خصصنا الفرع الأول لموقف الفقهاء والفرع الثاني لموقف المشرع الجزائري.

#### الفرع الأول: موقف الفقهاء

عرف الفقهاء الشروط الغير الصحيحة بأنها الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه، ولم يرد الشرع بجوازها، ولم يجر العرف بها، فهذا النوع غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول<sup>3</sup>. فهو شرط غير ملائم للمشروط و منافي لمقتضاه، ومن هذه الشروط أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه أو أن تخرج من دون إذنه، أو أن لا يقسم لضرائها<sup>4</sup>. و بالمقابل لذلك تشترط عليه ألا تسلم نفسها إلى مدة محدودة، أو لا يطأها زوجها مطلقا، فان كل هذه الشروط تعود باطلة لمنافاتها لمقتضى العقد، ويصح النكاح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، كما أنها تسقط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده<sup>5</sup>.

أما ما يبطل النكاح من أصله كشرط تأقيت النكاح أو شرط الزوج على زوجته أن يطلقها في وقت معين، أو شرط الخيار الذي يمنح للزوجين أو أحدهما حق العدول عن العقد بعد مدة معينة فكل هذه الشروط باطلة في نفسها و يبطل بها النكاح، و لقد أجمع فقهاء المسلمين على بطلان الشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج، ولكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج.

1 - أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري ( طبقا لأحدث التعديلات)، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 135.

2 - عيسى حداد عقد الزواج (دراسة مقارنة)، عناية، جامعة باجي مختار، 2006، ص 201.

3 - الشاطبي إسحاق، المرافعات في أصول الأحكام، دار الفكر العربي، 1341، ص 197.

4 - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج ي ضوء الكتاب و السنة، ط1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 1997، ص 181.

5 - مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 73.

الحنفية ذهبوا إلى تغليب قوة العقد على فساد الشرط وبذلك يظل العقد صحيحاً، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم وإنما يبطل الشرط فقط<sup>1</sup> وهذه الشروط لا يجوز الوفاء بها وحتهم أن عدم تعيين المهر وتقديره والاتفاق عليه عند العقد، لا يبطل العقد بإجماع أهل العلم اشتراط عدمه لا يبطل النكاح ومثل ذلك غيره من الشروط فإذا أبطلت هذه الشروط كان العقد صحيحاً.

وذهب جمع من الشافعية والحنابلة و المالكية إلى أن هناك من الشروط ما يبطل فيها الشرط ويصح العقد، ومنها ما يبطل العقد من أصله، فضايط النوع الذي يبطل العقد يكون مخلاً بمقصوده تماماً مثل اشتراط الزوج لها في العقد طلاقها، أو عدم وطئها كذلك شرط التأقيت و الخيار وشبهه في عقد النكاح، و المالكية أضافوا أن شروط التي تشترط فيها المرأة على الرجل أن يكون أمرها بيدها، أو تطلق نفسها متى شاءت مثلاً من الشروط التي يبطل بها العقد، إلا إذا علق أمر الطلاق بيدها على سبب حينئذ لا يبطل العقد بل الشرط جائز ولازم، مثل أن يشترط لها أنه متى ضربها أو سافر عنها فأمرها بيدها<sup>2</sup>.

أما ضابط النوع الثاني يتمثل في الشروط الباطلة التي يصح العقد مع بطلانها فهي لا تخل بمقصوده الأصلي، كأن تشترط عليه خروجه متى شاءت أو يشترط عليها أن لا قسمة لها ولا نفقة<sup>3</sup>، أما الرأي الثالث فقد ميز بين هذه الشروط حيث رأى أصحابه أن هناك شروط تبطل و يبطل معها العقد، وهناك شروط تبطل مع بقاء العقد صحيحاً وهو ما أقره الشافعية و الحنابلة و المالكية<sup>4</sup>

#### الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج تعتبر باطلة ولا يعتد بها كاشتراط عدم النفقة، أو اشتراط أن لا مهر لها لأن هذين الشرطين منحا للزوجة بموجب نصوص قانونية وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري المشرع أكد على أحقية الزوجة للصداق في نص المادة 16 منه، كما أوجبت المادة 14 على الرجل أن يقدم للمرأة التي يريد الزواج بها الصداق، وهو حق خالص لها وبالتالي إذا تضمن عقد الزواج هذه الشروط فإنها تلغى ويصح العقد لأنها خالفت نصوص قانونية أمرة، وهذا ما ذكره الفقهاء من خلال توضيحهم لبعض الشروط التي تبطل العقد من أصله كشرط التأقيت أو شرط الخيار، الذي يمنح للزوجين أو أحدهما حق العدول عن العقد كل هذه الشروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح إلا أن المشرع الجزائري تناول

1 - السرخسي محمد بن أحمد بن أبي أسهل، المبسوط، ج30، ط3، دار المعرفة، بيروت، 1987، ص 95.

2 - محمد خضر قادر، دور الإدارة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص37.

3 - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، مرجع سابق، ص 182.

4 - محمد خضر قادر، دور الإدارة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، مرجع سابق، ص 182.

هذه المسألة في شكل يشوبه بعض الغموض والإبهام فبالرجوع إلى المادة 32 نجد أنها رتب البطلان على الزواج المشتمل على الشرط المنافي لمقتضيات العقد حيث تنص على أنه " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد" و المادة 35 أيضا تنص على أنه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"<sup>1</sup>، هذه النصوص ترتب حكما مخالفا لنفس الموضوع حيث المشرع في المادة 32 رتب البطلان على الزواج المشتمل على شرط يتنافى و مقتضيات العقد أما في نص المادة 35 فقد نص على حكم مغاير يقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، و بقاء العقد صحيحا وبالتالي يرى بعض الشراح أنه ينبغي تصحيح النص بحذف كلمة مقتضيات في المادة 32 وإضافتها إلى المادة، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضياته كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"<sup>2</sup> فبالرغم من أن المشرع الجزائري قد قصد تطبيق المادة 32 في حالة وجود شروط تتنافى مع العقد ويؤدي إلى إبطاله من أصله وبالتالي يبطل كل من الشروط و العقد، أما إذا لم تصل درجة منافاة الشرط للعقد إلى حد إبطاله من أصله، فيبطل الشرط و يصح العقد وهذا هو الغرض الذي يجب أن يعنى بتنظيمه نص المادة 35، وبهذا يزول التناقض و الغموض بين نص هاتين المادتين<sup>3</sup> لأنه قد يربك القاضي في تطبيقه أو يفتح له المجال الواسع للسلطة التقديرية، في مجال الأحوال الشخصية التي تعتبر مسائلها من النظام العام<sup>4</sup>

1 - قانون رقم 84-11 مرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ( دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 129.

3 - مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 72.

4 - سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح و أثره بين الشريعة و القانون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون، جامعة وهران، 2011-2012، ص 139.

المبحث الثاني: أثار الاشتراطات العقدية

غالبا ما تدرج الاشتراطات في عقد الزواج ثم لا توفى العهود، مما يؤدي إلى خلق عدة مشاكل و كثرة الشقاق بين الزوجين الأمر الذي يلزم اللجوء إلى القضاء باعتباره الجهة المسؤولة عن اقتضاء الحقوق المهضومة، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطلبين الآتيين حيث خصصنا

المطلب الأول إلى سلطة القاضي إزاء الشروط المقترنة بعقد الزواج.

أمّا المطلب الثاني مخصص لجزاء مخالفة الشروط المقترنة بالعقد.

المطلب الأول: سلطة القاضي تجاه الشروط المقترنة بعقد الزواج

نظراً لاتساع مجال الحرية الفردية، و رغبة كل إنسان في تأسيس حياته وفقاً لظروفه، وكثرة المشاركات في العقود وفق المبادئ القانونية المدعمة لها، ولهذه الاشتراطات عدة مزايا إلا أنه كثيراً ما تضيق على طرف لحساب الطرف الثاني. مما يوجب ضرورة إعادة النظر فيها إمّا بتعديلها، أو إنهائها، وهذا ما سنعالجه من خلال هذا المطلب، حيث سنتناول في الفرع الأول الأصل في تعديل وإنهاء الشرط في عقد الزواج وفي الفرع الثاني سنرى دور القاضي عند تعذر الوفاء بالشرط المقترن بالعقد لأسباب قاهرة.

الفرع الأول: الأصل في تعديل أو إنهاء الشرط

إذا تمَّ التعاقد بتوافر إرادتين متطابقتين وفقاً لقواعد القانون فإن العقد يعتبر ملزماً للمتعاقدين ويصير بمثابة قانون ثاني بالنسبة للطرفين، فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه<sup>1</sup>، إلا بموجب اتفاق الطرفين ومن ثمَّ فإنه يتمتع على القاضي أن يستقل بإرادته المنفردة بتعديل العقد أو إنهائه، فلا مناص لتدخله كأصل عام، ولذا فأي تدخل للقاضي يعتبره البعض قيدياً على حرية المتعاقدين، لأنه إذا أسقط شرطاً فإنه يكون بذلك قد ألغى جزءاً من العقد، وحسب القاعدة العامة في العقود وفقاً للمادة 106 من القانون المدني تنص على ما يلي " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقرها القانون" وانطلاقاً من هذا نقول إنه متى تبين للزوجين بعد اتفاقهما على شروط معينة في عقد الزواج التي تم اشتراطها سابقاً، أنها أصبحت لا تحقق مصلحة لأحدهما أو كليهما أو غير ممكن تنفيذها، جاز لهما في هذه الحالة الاتفاق على تعديل الشروط المدرجة فيه. أو إنهائها باعتبار أن الأصل في تعديل هذه الشروط الاتفاقية أو إنهائها يرجع بالدرجة الأولى إلى الزوجين في حدود ما اتفقا وتراضيا عليه. إذ لا يحق للقاضي أن يقوم تلقائياً بإعفاء أحد الزوجين من شرط اتفقا عليه. لكن ما يثبتته الواقع كثيراً ما يتعنت أحد الطرفين و يتمسك بشرطه مما يؤدي للتضييق على الآخر حتى مع توفر الظروف السابق ذكرها والتي تقتضي ضرورة التنازل بعض الشيء و التعديل دون أن يشكل تضييقاً بحق الطرف الثاني فحينها لا يبقى للزوجين سوى اللجوء إلى القاضي لتعديل الشرط وان كان للقضاء دور محدود انطلاقاً مما تفرضه القوة الملزمة للعقد لأن ترك الحرية للطرفين في ترتيب ما يريدون من آثار على العقود قد يودي إلى الإخلال بالمساواة بين حقوق الطرفين و عليه فإن كان الأصل أن القاضي لا يتدخل في تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج دون طلب من الزوجين، إلا أن القانون منحه حالات يتدخل فيها و ذلك لتعديل العقد من خلال تعديل الشرط أو إنهائه خروجاً عن إرادتهما معاً، و إن كان الأصل يبقى على لزوم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج بالدرجة الأولى.

1 - محمد صبر السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص47.

الفرع الثاني: دور القاضي عند تعذر الوفاء بالشروط المقترن بعقد الزواج لأسباب قاهرة

لقد سبق وأن أشرنا بأنه لا ينبغي التوسع في الاشتراطات إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار و دوام الزوجية القائمة على أساس المودة والعشرة بالمعروف لأنه لو فتحنا باب الاشتراط على مصراعيه لأصبح المشتراط متعسفا في استعمال حقه ومن باب قدسية هذا العقد الذي يمثل أساس بناء كل علاقة زوجية متينة فلا ينبغي أن يتعسف أحد الزوجين في المطالبة بالشروط المتفق عليها أثناء عقد الزواج. ولا بد أن يتنازل كل واحد من الزوجين عن بعض الشروط التي اشترطها.

لكن في حالة ما إذا تعقدت الأمور ولم يستطيع أحد الزوجين تنفيذ الشرط المتفق عليه، فليس له هنا إلا اللجوء إلى القضاء والسلطة التقديرية للقاضي هي التي تقدر هذا الظرف الطارئ. خاصة أن العقد له قوة ملزمة ولا يجوز لأي من أطرافه، أو القاضي أن يقوم بنقضه أو تعديله، غير أنه إذا طرأ ظرف استثنائي، لم يكن متوقعا حدوثه عند العقد وأصبح الالتزام بالعقد ملحقا للضرر بأحد المتعاقدين، فانه من الممكن تعديل هذا العقد وما فيه من التزامات، أو تخفيفه لإزالة الضرر الناشئ عن الظروف الطارئة، خاصة أنه من المقرر أن السلطة المخولة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة، وجدت أصلا بهدف تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي العقد وبالتالي فهي سلطة لم تمنح للقاضي لغرض التحكم والسيطرة القائمين على التعسف<sup>1</sup>.

وبالرجوع لقانون الأسرة نجد أن المشرع لم يحدد في نصوص قانون الأسرة سلطة القاضي بصورة دقيقة باستثناء إعطائه للزوجة التي تم الإخلال بما اشترطته كجزاء على هذا الإخلال حق طلب التطلق إذ أنّ أحكامه لم تتناول إطلاقاً دور القاضي في الشروط المقترنة بعقد الزواج وما يمكن أن يصاحبها من ظروف غير متوقعة تؤدي إلى عرقلة تنفيذ الشروط وإنما نص عليها في أحكام القانون المدني من خلال المادة 107 الفقرة الثالثة والتي نصت على "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" وهذا بخلاف القانون المغربي، الذي يعتبر القانون الوحيد الذي نص على نظرية الظروف الطارئة في مدونة الأسرة المغربية في حال تعذر الوفاء بالشروط لأسباب قاهرة<sup>2</sup>. وخول الملزم بالشروط حق طلب الإعفاء من الشرط المقترن بعقد الزواج أو تعديله، بناءً على طلب يتقدم به هذا الأخير إلى المحكمة عندما يصبح تنفيذه

1 - عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996، ص54.

2 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص138.

مرهقا، وراجعاً إلى أسباب طارئة منعت من التنفيذ أو فرضت عدم الالتزام بالشرط مادام الطرف الطارئ الذي حال دون تنفيذه قائماً.

المطلب الثاني: جزاء لمخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج.

يترتب على عقد الزواج كما رأينا سابقا عدة حقوق والتزامات لكلا الطرفين، ومن بين الحقوق التي منحها لهما القانون حقهما في الاشتراط، شريطة أن لا تتنافى هذه الشروط مع مقتضيات العقد والقانون وبالتالي فان وضعت هذه الشروط تصبح ملزمة يجب الوفاء بها. وفي حالة مخالفتها تترتب جزاءات على الطرف المخالف لها. وهذا ما سنراه من خلال تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع نعالج أولا امتناع الزوجة عن الدخول لحين استيفاء شرطها، ثم نتطرق إلى التطبيق لعدم الوفاء بالشروط في الفرع الثاني أما بالنسبة للفرع الثالث سنعالج فيه مسألة التعويض.

الفرع الأول: امتناع الزوجة عن الدخول لحين استيفاء شرطها.

في حالة عدم وفاء الزوج بشرط زوجته التي قبل بها سابقا، يحق لها الامتناع عن الدخول إلى غاية تنفيذ الزوج لشرطها، بالرجوع الى قرارات المحكمة العليا نجدتها تدرج مصطلحات في هذا الصدد حيث هناك بعض القرارات تسميه بمراسيم الدخول، و في قرارات أخرى بمراسيم الزواج ، وإن اعترض الزوج ورفع دعوى مطالبتها بإتمام إجراءات الدخول فانه يمكن لها أن تدفع بعدم التنفيذ أي امتناعها عن الدخول وهذا مبني على أسس شرعية و قانونية مرده عدم الوفاء بالشروط المتفق عليه بينهما بدلا من إنهاء العلاقة الزوجية وهو وسيلة يستعملها المدين للضغط على الدائن من أجل استيفاء حقه. وذلك بوقف تنفيذ الالتزامات المستمدة من العقد الملزم للجانبين و على ذلك فان الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلى انقضاء الالتزامات التعاقدية<sup>1</sup>. ولكي يرتب الدفع بعدم التنفيذ أثره المتمثل في نفاذ العقد دون فسخه مع بقاء العقد قائما وواجب النفاذ. يجب أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين، وأن يكون التزام المحبوس التزاما يتأخر تنفيذه عن الالتزام المقابل حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ التزامه دون أن يتحلل منه. وإنما يستعمله كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر.<sup>2</sup>

وكمثال على هذه الحالة اشتراط الزوجة على الزوج السكن المنفرد وموافقته عليه ثم يتبين عند الزواج عدم التزامه به، أو ممانعته عن إسكانها مستقلة عن أهله، أو وافق على تركها تكمل مسيرتها المهنية ثم منعها من ذلك بعد الزواج، ففي كلتا الحالتين يعد الشرطان صحيحان و ملزمان للزوج يتوجب عليه الوفاء بهما. وإلا كان امتناعها من الدخول مؤسسا

1 - شوقي أحمد، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص101.

2 - مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بشار، 2007-2008، ص245.

على وجه قانوني صحيح مستمد من الشريعة والقانون كما سبق وتم القول، وغالبا ما يظهر في حالة ما اشترطت الزوجة على زوجها تعجيل صداقها ولكن الزوج لم يحترم هذا الاتفاق، فيحق للزوجة من اجل المحافظة على مهرها أن تحبس نفسها حتى تستوفي المهر المؤجل، و هذا يعني أنه بإمكان الزوجة أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله<sup>1</sup>. ونفس الشيء بالنسبة للزوجة التي اشترطت مهرها المعجل كله و عدم التزام الزوج بالشروط ، هذا الحق أخذ به مذهب الحنفية والمالكية والشافعية، باستثناء الظاهرية الذين لا يرون خلاف ذلك حيث ذهبوا الى القول على أنه يلزم الزوج بتسليم المهر لزوجته أولا و لا تلتزم زوجته بتسليم نفسها ان لم يعطيها شيئا.

و استندوا الى أن حق الحبس يعتبر حقا كلياً، فيمكن للزوجة حبس نفسها، لاستيفاء حتى ماتبقى لها من المهر، باعتباره حقا من حقوق الحابسين<sup>2</sup> و في القياس على البيع للبائع الق في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، كذلك للمرأة أن تحبس نفسها حتى تستوفي مهرها المعجل<sup>3</sup>

#### الفرع الثاني: الفسخ

في حالة ما إذا اشترطت الزوجة على الزوج شرطا لمصلحتها، والزوج أحل بهذا الشرط، فمن حق الزوجة طلب فسخ العقد لإخلال الزوج بالتزامه العقدي<sup>4</sup>. حيث يعرف الفسخ في نظرية الالتزام بأنه حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال العاقد الآخر بالتزامه<sup>5</sup> وهو يفترض قيام عقد صحيح بأركانه و شروطه، غير أن أحد الزوجين لم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>6</sup>، ولها عليه سائر الحقوق الزوجية من نفقة في زمن العدة ومؤجل الصداق إن وجد، وبالمثل كذلك فان كان الزوج هو الذي اشترط على الزوجة شرطا لمصلحته، وأخلت به الزوجة فيكون للزوج حق فسخ العقد ويعفى من دفع مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها<sup>7</sup>. وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري المشرع أعطى للزوجة حق رفع دعوى القضائية بناء على إرادتها المنفردة واستنادا لحالات محددة قانونا على سبيل الحصر في المادة 53. التي لا تستطيع بوجودها الاستمرار في الحياة الزوجية والتي من بينها مخالفة

1- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الغربي، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

2- وليد خالد الربيع، الالتزام في مسائل الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007، ص111.

3- المرجع نفسه، ص 112.

4- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996، ص172.

5- احمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 241.

6- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، 1988، ص 233.

7- محمود السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 1996، ص 126.

الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. اذ تنص على مايلي " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

- 1) عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة باعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 80، 79، 78 من هذا القانون.
- 2) العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج
- 3) الهجرة من المضجع فوق أربعة أشهر
- 4) الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.
- 5) الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6) مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
- 7) ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8) الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9) مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10) كل ضرر معتبر شرعاً.

وللقاضي كامل السلطة التقديرية في القبول أو الرفض، استوجب تسميته بالتطبيق لأنه يتم بحكم القاضي<sup>1</sup> وبالتالي التطلاق لعدم الوفاء بالشرط هو عبارة عن إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القضاء بناء على طلب الزوجة للإخلال بالشروط المدرجة في عقد الزواج ونشير هنا أن حق اللجوء إلى القضاء للإخلال بالشرط المدرج في عقد الزواج هو حق معترف به لكلا الزوجين، إذ كان للزوج أن يبني طلبه على أساس المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، ويعتبر طلبه في هذه الحالة غير تعسفي، بل يسمح له حتى المطالبة بالتعويض<sup>2</sup>، وبالرجوع لقانون الأسرة نجد أن المشرع لم يبين لذا كان التطلاق لعدم الوفاء الشرط صراحة طلاق أو فسخ، وإنما اكتفى بذكر حالات طلب التطلاق، و المحددة على سبل الحصر.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن مذهب أبي حنيفة ليس للقاضي أن يحكم بطلاق الزوجة، فهذا حق الزوج وحده أما مذهب مالك فللقاضي أن يحكم بطلاق بناءً على طلب الزوجة<sup>3</sup>. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلك المالكية في هذا الشأن، فعند رجوعنا لنص المادة 48 من قانون الأسرة نجدها تنص على انه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم

1 - عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص 49.

2 - الجيلالي تشوار، خواطر حول بعض الجوانب التعاقدية في العلاقات الزوجية، المجلة القضائية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 2007، ص 4.

3 - كمال صالح، دعاوى الطلاق و الفسخ و الخلع، عالم الكتب، الطبعة 1، القاهرة، ص 29.

بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من نفس القانون.

ومنه يمكن القول إن التطليق لعدم الوفاء بشرط يعد طلاقاً بإرادة الزوجة.

ومن مسقطات حق التطليق عند الإخلال بالشروط الرضا بالإخلال به سواء قولاً أو فعلاً فلا مجال للمطالبة به، فتكون في هذه الحالة قد أسقطت حقها برضاها. أو زوال سبب الشرط أي السبب الذي من أجله كان الشرط لا محل له أو استحالة تنفيذه.

كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من منزلها فتعذر سكن المنزل بخراب وسقط حقها لأن الشرط عارض و قد زال.

#### الفرع الثالث: التعويض

رتب المشرع الجزائري التعويض في العديد من الحالات، لكن الواقع يثبت أن الطرف المتضرر في المسائل المتعلقة بالزواج و الطلاق تصادفه العديد من المشاكل التي تحول دون استيفاء حقه في التعويض الكامل. وترجع هذه المشاكل إما إلى طبيعة الضرر الذي لحقه أو عجز عن إثبات هذا الضرر، لا سيما وأنها من المسائل الشخصية بين الزوجين، وبما أن وعاء الشروط هو العقد، فإن الشروط في عقد الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض.

إلا ما استثنى منها بأحكام خاصة وبالتالي يكون للطرف المتضرر نتيجة مخالفة شرطه في عقد الزواج، أن يلجأ للقضاء و المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به من جراء ذلك، و يؤسس دعواه على أساس أحكام المسؤولية العقدية، فالمشرع الجزائري لم يتعرض صراحة لمسألة التعويض في حالة التطليق إلا بصدور الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الذي تنص المادة 53 مكر منه على أنه " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " ويقدر القاضي التعويض بناءً على الضرر الذي لحق بالمضرور وقت صدور الحكم القضائي.

ويشترط في الضرر حتى يكون قابلاً للتعويض

1. المساس بحق أو مصلحة مشروعة للمتضرر، فالمصالح الغير مشروعة لا تعويض فيها.
2. الضرر يكون محققاً و حالاً و ليس مجرد احتمال.
3. أن يكون شخصياً.

كما يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض الإجمالي عن الأضرار التي أصابت الطرف المضرور ولكن بشرط أن يحدد عناصر الضرر ومدى أحقية التعويض عنها.

بالنسبة للضرر المعنوي فيعود للقاضي تقدير مدى هذا الضرر وإن كان يصعب تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود لأن الشرف والمكانة الاجتماعية لا يقدران بالمال وإنما يأتي التعويض عنهما كوسيلة إرضاء وتطبيب لخاطر الشخص المضرور<sup>1</sup>. وقد يكون مقترنا بأضرار مادية كالمساس بجسده أو ماله، أو بتقويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها مالية ويبقى لقضاة الموضوع السلطة التقديرية الواسعة في تحديد قيمة التعويض، دون أن يخضعوا في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا<sup>2</sup>.

---

1 - مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2، 2004، ص64.  
2 - عامر حسين و عامر عبد الرحيم، المسؤولية المدنية و العقدية، دار الفكر للطباعة و النشر، 1997، ص 341.

تمتد رابطة الزواج من بداية العمر إلى نهايته، فتتجلى فيها العلاقة الزوجية في أسمى معانيها وبمقتضى مصالح الحياة المشتركة بين الزوجين، وهذا ما جعل للزواج خصوصية تشريعية في الإسلام، وعند المشرع الجزائري حيث تتجاوز آثاره إلى عائلتيهما بروابط النسب والمصاهرة بل تتجاوز كذلك إلى المجتمع والأمة، باعتبار الأسرة تمثل المكون الأساسي للمجتمع.

ولهذا اعتنت الشريعة الإسلامية بتفاصيل أحكام عقد الزواج سواء في نصوص الكتاب أو السنة أو على مستوى الفقه الاجتهادي وهذا ما انعكس كذلك على التشريع الجزائري حيث يعتبر الزواج من أولى العقود التي تتأسس على مبدأ الرضا فلا يقدم عليه الزوجين إلى بعد إثبات رضاهما لأنه سيجعل الطرف الثاني في العقد شريكا في حياته.

وباعتبار آثار الزواج المباشرة تتعلق بالزوجين فلهما أن يتفقا على رعاية مصالحهما من خلال شروط يحفظان بها مصالحهما التي يخشيان عليها بعد الزواج، ومن هنا جاءت عناية المشرع الجزائري بالشروط في عقد الزواج وأعطى لكل من الزوجين هذا الحق حيث مكّنهما من اشتراط ما فيه مصلحة لهما، فمن خلال دراستي لهذا الموضوع توصلت إلى النتائج التالية:

- ✓ المشرع الجزائري سار مع الفقه الإسلامي في اعتبار الزواج عقد رضائيا أساسه إرادة الزوجين وغايته بناء أسرة على أساس المودة والرحمة ولا بد من الحفاظ على استمرارها في أمن و استقرار.
- ✓ الشروط التقييدية في عقد الزواج من الحقوق التي كلفتها الشريعة الإسلامية للزوجين، وكذا التشريعات الوضعية الأخرى بهدف رعاية مصالحها أو مصلحة أحدهما.
- ✓ من حق الزوجين الاشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصلحة للمشتراط دون مناقضة نصوص التشريع المنظم للزواج أو المقصود الشرعي من الزواج.
- ✓ الشروط الجعلية في عقد الزواج تنقسم إلى قسمين فتكون إما شروط صحيحة سواء من مقتضيات عقد الزواج أو مما فيه من مصلحة للطرفين، أو تكون غير صحيحة تؤثر في صحة العقد.
- ✓ الفقهاء اختلفوا حول مبدأ جواز الاشتراط في عقد الزواج بين مضيق وموسع ولكل فريق حجج وبراهين يدعم بها وجهة نظره، فجمهور الفقهاء اعتبروا أن الشروط الصحيحة هي التي نص الشرع عنها، أما الحنابلة فقد وسّعوا من دائرة الشروط الصحيحة واعتبروا كل الشروط صحيحة إلا التي نهى الشرع عنها و هو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري والمعمول به في واقعنا المعاصر حيث أعطى للزوجين الحرية في إنشاء الشروط الاتفاقية الغير مخالفة للقانون أو مقتضى العقد.

- ✓ إعطاء الحرية للزوجين في اشتراط الشروط لا يعني ذلك أن يشترطا ما يحلوا لهما أو ما فيه منفعة وحماية لمصالحهما فقط، بل تعتبر هذه الحرية مقيدة من قبل النظام العام حيث لا يجوز الاتفاق على مخالفته أو مناقضته إلا ما يسمح به التشريع نفسه.
  - ✓ الشروط في عقد الزواج أحق بالوفاء من غيرها نظرا لتعلقها بأعظم وأقدس عقد ممكن أن يبرمه الشخص في حياته.
  - ✓ تأكيد المشرع الجزائري على حرية الاشتراط في عقد الزواج من خلال المادة 19 من قانون الأسرة التي ذكر فيها مثالين جديرين بالذكر والتخصيص ألا وهما عمل المرأة وتعدد الزوجات، وذكرهما على سبيل المثال لا الحصر.
  - ✓ في حالة عدم الوفاء بهذه الشروط، منحت أغلبية التشريعات الأسرية حق فسخ العقد للزوجة في حالة عدم وفاء الزوج بهذا الشرط وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة حيث نص على حق الزوجة بطلب التطلاق في حالة ما لم يوف الزوج بأحد الشروط المتفق عليها.
- وفي ختام دراسة هذا الموضوع يمكن اقتراح بعض التوصيات المتمثلة في:
- لابد من تنظيم مسألة الشروط التقييدية في عقد الزواج بصورة أكثر تفصيلا ووضوحا من حيث تحديد صحة الشروط وتأثيرها على العقد.
  - تدارك التناقض الواقع بين المادتين 32 و 35 من قانون الأسرة الجزائري، لأنه يرتب حكيمين متناقضين لنفس الحالة.
  - على الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج أن يكون على دراية بقدر كافي من المعرفة بالشروط المقترنة بالعقد ليميز بين الشروط الصحيحة والغير صحيحة.
  - تسليط الضوء على جزاء الزوجة في حالة إخلالها بشرط من شروط التقييدية التي وضعها الزوج و توضيح الآثار المترتبة على ذلك لأنه ركز على الجزاءات التي تكون في حالة إخلال الزوج بالشروط.
  - وضع عقد أو وثيقة تحتوي على مجموعة من الشروط التقييدية ليطلع عليها الزوجان ويختاران ما هو أنسب لهما عند إبرامهما لعقد الزواج وهذا لتفادي الإحراج الذي قد يمنع الزوجين من تضمين عقد زواجهما بشروط.
- و في الأخير أرجوا أن يحوز هذا البحث القبول والاستحسان لدى القارئ باعتباره موضوع مسابر للعصر الحالي ومن أهم مواضيع قانون الأسرة حيث يعتبر نقطة بدأ للزوجين، وأتمنى أن أكون قد ساهمت في الإحاطة بالموضوع و لو بالقدر اليسير.



قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب الحديث النبوي

1. البخاري (أبو عبد الله بن اسماعيل)، الجامع الصحيح المختصر، ط1، المطبعة السلفية، القاهرة، 1979.

2. الترميذي (أبي عيسى)، الجامع الصحيح سنن الترميذي، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان.

ثالثاً: التفاسير

ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج4، ط1، بيروت، دار صادر، 1999.

رابعاً: النصوص التشريعية

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

(2) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتمم قانون الأسرة الجزائري.

(3) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

خامساً: القواميس

1. ابن المنظور (أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن المنظور الإفريقي)، لسان العرب، ج1، مجلد 4، مصر، دار المعارف، مصر.

سادساً: الكتب

■ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط1، الجزائر، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.

■ السرخسي محمد بن أحمد بن أبي أسهل، المبسوط، ج30، ط3، دار المعرفة، بيروت، 1987.

■ السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الغربي، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

- الشاطبي إسحاق، المرافعات في أصول الأحكام، دار الفكر العربي، 1341.
- شوقي أحمد، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- صالح غانم السدلان، الشروط في النكاح، ط2 ، دار معاذ للنشر و التوزيع، الرياض، 1998.
- عامر حسين و عامر عبد الرحيم، المسؤولية المدنية و العقدية، دار الفكر للطباعة و النشر، 1997.
- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 146.
- عبد الفتاح تقيية، قضايا شؤون الأسرة، منشورات ثالثة، 2011، الجزائر.
- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ط1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 1997.
- كمال صالح، دعاوى الطلاق و الفسخ و الخلع، عالم الكتب، الطبعة 1، القاهرة.
- كوثر كمال علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ط2، دار سلامة للطباعة و النشر و التوزيع، تونس، 1985.
- محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- محمد خضر قادر، دور الإدارة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
- محمد شتا ابو سعد ، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ، 2000.
- محمد صبر السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.
- محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 1996.
- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية ( الزواج و الطلاق)، ط1، الأردن، دار الفكر، 2008.

- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دار القلم، دمشق، 2004.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2، 2004.
- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، ج 9، ط 4، دار الفكر، دمشق، دت.
- كوثر كمال علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ط2، دار سلامة للطباعة و النشر و التوزيع، تونس، 1985.
- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008 .
- رشدي شحاته، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، مصر ، 2001.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، 1988.
- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.
- البخاري (أبو عبد الله بن اسماعيل)، الجامع الصحيح المختصر، ط1، المطبعة السلفية، القاهرة، 1979.
- البخاري، صحيح البخاري، باب الشروط في النكاح، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت، 1981.
- إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- أحمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها في الفقه الإسلامي، قطر، د دن، دس.
- احمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري ( طبقا لأحدث التعديلات)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، 2010.
- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد الثاني، دار الحديث، مصر، 1984.
- ابن تيمية أحمد، مجموع فتاوى أحمد بن تيمية، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، ج32 ، مكتبة المعارف، المغرب.
- ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين ، تحقيق بشير محمد عيون، طبعة1، مكتبة دار البيان، دمشق، 2000.

سابعاً: الرسائل العلمية

- سي ناصر بوعلام، الاشرط في عقد النكاح و أثره بين الشريعة و القانون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون، جامعة وهران، 2011-2012.
- طرشي سمية، الشرط في عقد الزواج، الأحكام و الآثار، مذكرة ماستر، جامعة بسكرة، 2015، 2014.
- عبد الحميد بن شني، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.
- عيسى حداد عقد الزواج (دراسة مقارنة)، عنابة، جامعة باجي مختار، 2006.
- مسعودي يوسف، الاشرط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بشار.

ثامناً: المقالات

- الجيلالي تشوار، خاطر حول بعض الجوانب التعاقدية في العلاقات الزوجية، المجلة القضائية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 2007، عدد 2.
- نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب و الشرط، مجلة المواقف المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1995، العدد 04.
  - حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، مجلة 2، ط 2، لبنان، مطبعة سامي.
  - الجيلالي تشوار، خاطر حول بعض الجوانب التعاقدية في العلاقات الزوجية، المجلة القضائية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 2007، عدد 2.

الإهداء

الشكر

1.....	مقدمة
5.....	الفصل الأول: ماهية الشرط في عقد الزواج
6.....	المبحث الأول: مفهوم الشرط و معنى اقترانه بالعقد
7.....	المطلب الأول : تعريف الشرط
7.....	الفرع الأول: لغة
8.....	الفرع الثاني: اصطلاحا
10.....	المطلب الثاني: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج و بيان خصائصه
10.....	الفرع الأول: تعريف الشرط المقترن بالعقد
12.....	الفرع الثاني: خصائص الشرط المقترن بالعقد
14.....	المبحث الثاني: أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج و أصل مشروعيتها
15.....	المطلب الأول: تصنيفات الشروط المقترنة في عقد الزواج
15.....	الفرع الأول: الشروط الصحيحة
17.....	الفرع الثاني: شروط الغير صحيحة
19.....	المطلب الثاني: الشروط في عقد الزواج بين المشروعية و الحضر
19.....	الفرع الأول: الشروط المشروعة
21.....	الفرع الثاني: الشروط المحظورة
25.....	الفصل الثاني: أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج و آثارها قضائيا
26.....	المبحث الأول: أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج
27.....	المطلب الأول: حكم الشروط الصحيحة
27.....	الفرع الأول: موقف الفقهاء
28.....	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
30.....	المطلب الثاني : حكم الشروط الغير صحيحة
31.....	الفرع الأول: موقف الفقهاء
32.....	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
34.....	المبحث الثاني: آثار الاشتراطات العقدية
35.....	المطلب الأول: سلطة القاضي تجاه الشرط المقترن بعقد الزواج
35.....	الفرع الأول: الأصل في تعديل و إنهاء الشرط

الفرع الثاني: دور القاضي عند تعذر الوفاء بالشرط المقترن بالعقد لأسباب قاهرة.....	36 .....
المطلب الثاني: جزاء مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج.....	38.....
الفرع الأول: امتناع الزوجة عن الدخول لحين استيفاء شرطها .....	38.....
الفرع الثاني: التطليق لعدم الوفاء بالشرط.....	40.....
الفرع الثالث: التعويض عن الإخلال بالوفاء بالشرط.....	42.....
.....	44.....
قائمة المراجع.....	47.....
الفهرس.....	53.....

توصلت دراسة هذا الموضوع لمفهوم الشروط التي يبرمها الزوجين في عقد الزواج للحفاظ على أمان و استقرار حياتهم الزوجية مستقبلا من خلال الفصل الأول حيث يكون ذلك بتطبيق حرية الاشرط لكن وفق ضوابط قانونية حددها المشرع الجزائري تهدف رعاية المصلحة العامة و الخاصة. وفي حالة عدم الوفاء بالشروط التقييدية المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج تطبق جزاءات قانونية وهذا ما تم دراسته في الفصل الثاني و في الأخير خرجت بخاتمة تضمنت أهم النتائج و التوصيات.

الكلمات المفتاحية:

الشروط التقييدية، الشروط المشروعة، الفقه، المشرع الجزائري، القاضي.

The study of this subject reached the concept of the conditions that the spouses enter into in the marriage contract to preserve the safety and stability of their married life in the future, through the first chapter, as this is by applying the freedom of conditionalities, but according to legal controls set by the Algerian legislator aiming to take care of the public and private interest. In the event that the restrictive conditions agreed upon during the conclusion of the marriage contract are not fulfilled, legal penalties are applied and this is what was studied in the second chapter and finally came out with a conclusion that included the most important findings and recommendations.

key words:

Restrictive conditions, legitimate conditions, jurisprudence, Algerian legislator, judge.