**جامعة محمد خيضر – بسكرة**

**كلية الحقوق والعلوم السياسية**

**قسم الحقوق**

# عنوان المذكرة

# الشروط في عقد الزواج _الأحكام والآثار_

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: **قانون الأحوال الشخصية**

**إعداد الطالبة:**

_ طرشي سمية.

**إشراف الدكتور:**

_ كيحل عز الدين.

**الموسم الجامعي:2015/2014.**

" بسم الله الرحمان الرحيم "

﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾﴿٩١﴾

**صدق الله العظيم.**

سورة النحل الآية ﴿٩١﴾.

# شكر وتقدير :


❖ **لا يطيب الشكر إلا به ولا تطيب اللحظات إلا بذكره سبحانه وتعالى نحمده على توفيقه ونستعين به الذي منحني القوة والوقت لإنهاء رسالتي وإخراجها حيز الوجود.**

- **أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الدكتور *كيحل عز الدين* على قبول الإشراف على هذا العمل، ولما منحه لي من وقت وجهد وتوجيه وإرشاد وتشجيع.**
- **كذلك أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من عملوا على تكويننا وتأطيرنا طيلة مرحلة الدراسات العليا إدارة وتدريسا وإشرافا ، كما أتقدم بخالص الشكر للهيئة المناقشة لقبول مناقشة هذه الرسالة.**
- **كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل من صنع لي معروف ومدلي يد العون من قريب أو من بعيد.**

# إهداء:

- **إلى من كلله الله بالهيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل إسمه بكل افتخار . والدي العزيز.**
- **.. إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب...أمي الحنون.**
- **إلى من مهدوا الطريق أمامي للوصول إلى ذروة العلم. أساتذتي الأفاضل.**
- **والشكر موصول لكل من ساعدني في إنجاز هذه الرسالة، من قريب أو من بعيد بالكثير أو القليل، بالدعاء أو الابتسامة.**

# مقدمة

تتجلى أهمية الإرادة في أنها تَلزم وتُلزم بمجرد صدورها واقترانها بإرادة أخرى لإنشاء عقود و التزامات وجب على المتعاقدين أداؤها لقوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾.المائدة الآية(1). فالإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من العقود وأن ترتب عليها ما تشاء من الآثار، مع وجوب عدم مخالفة ذلك للشريعة والنظام العام، فالشريعة الإسلامية جاءت لتحقق مصالح الناس وجلب المنافع ودرء المفاسد.

والعقود هي من إحدى الأحكام الشرعية التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بضوابط ومعايير لابد من الالتزام بها حتى تتحقق المصلحة المتكاملة بين طرفي التعاقد، ولا تطغى مصلحة أحدهما على الأخر.

من بين أهم العقود التي راعتها الشريعة الإسلامية عقد الزواج، فقد اعتنى به الإسلام و أولاه الاهتمام البالغ ،لأن فيه حفظ للنسل وحفظ الحياة البشرية والأخلاق من كل النزوات، فالإنسان قد يميل لغريزته فيقع في المحظور، فشرع الزواج ليكون الحل الأنسب كي لا يتعدى الإنسان حدود الله.

إن صحة عقد الزواج تقتضي اشتماله على كل شروطه وأركانه ، فهو عقد يبين فيه كل طرف من المتعاقدين مطالبه ورغباته، فإذا كان التراضي قد تم بينهما صح العقد بتلاقي الإرادتين، فبمجرد انعقاد العقد يرتب أثاره وأحكامه الشرعية، الأمر الذي جعل الشريعة والقانون، تعطي لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة لضمان حقوقهما وقيام علاقة زوجية خالية من المشاكل، ومثل هذه الشروط: اشتراط الزوجة أن تكمل دراستها أو أن لا يسافر بها، أو أن يشترط الزوج على الزوجة ألا تعمل أو أن يتزوج عليها.

إن سماح الشريعة والقانون للزوجين بتضمين عقد زواجهما بشروط تحقق مصلحة أحدهما لا يعني مطلق الحرية في اختيار الشروط، فهذه الشروط تخضع لضوابط يجب أن لا يتخطاها الطرفان، فالمصلحة ما كانت في ميزان الشرع لا في ميزان الأهواء والشهوات، فيجب الإنتباه لصحة هذه الشروط ، فعن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما». رواه الترميذي، حديث 1352.

**الإشكالية:**

مع تغير الأعراف والتقاليد في المجتمعات، كان لابد من ظهور مشارطات كثيرة وجديدة حسب طبيعة كل مجتمع تماشيا مع عاداته وتقاليده التي تحكمه، فبمجرد اتفاق الإرادتين على هذه الشروط يقوم العقد صحيحا مرتبا لأثاره، مع وجوب الالتزام بالوفاء بهذه الشروط.

إلا أن ذلك لا يعني أن للزوجين مطلق الحرية في الاشتراط وذلك لوجود ضوابط وحدود لهذه الشروط، الأمر الذي يستدعي التساؤل عن حدود تدخل إرادة المتعاقدين في تقييد عقد الزواج بهذه الشروط وتأثيرها عليه ؟

**أهمية الموضوع:**

تكمن أهمية موضوع الشروط في عقد الزواج من بين أحد المواضيع أهمية لتماشيه مع تجدد الثقافات وكثرة الاحتياجات والضروريات والمصالح المختلفة، ومسايرة التطورات الحاصلة في الحياة، مما يؤدي إلى ظهور تعاقدات كثيرة ومشارطات مختلفة ضمانا للمصالح الفردية والمشتركة، فالشروط تعتبر حلا أمام الزوجين لتحقيق مصالح ومنافع ضرورية لا يمكن تحققها بمجرد إبرام هذا العقد، بل يجب النص عليها في العقد.

فكان لابد من إبراز أهمية هذه الشروط وإلزامية الوفاء بها وحكم الشرع فيها والقانون، لكي تتوضح الصورة لكل من هو مقبل على هذه الخطوة المهمة في الحياة، وذلك بتوضيح الشروط التي يمكن النص عليها والالتزام بها، والشروط التي هي مخالفة للشرع وقد نهى عنها.

**أسباب اختيار الموضوع:**

إن اختيار هذا الموضوع هو كونه من بين أهم النقاط التي يتم الاتفاق عليها قبل إبرام هذا العقد المقدس، فلا يتم إلا بعد التراضي بين الزوجين على هذه الشروط، خاصة من طرف المرأة التي أصبحت تحضا بحقوق وحريات أكثر، فكان تضمين العقد بشروط ضمنا لحقوقها.

رغم أن المشرع بتعديله الجديد قد نص أنه يجب تضمين هذه الشروط في عقد الزواج إلا أن هذا الموضوع يحض تحفظ في بعض مناطقنا، فالكثير لا يبرم العقد عند الموثق لتخفيف المصاريف مما يؤدي إلى نشوب نزاع عند عدم الوفاء بهذه الشروط.

**صعوبات الدراسة:**

لا يخفى على أحد الصعوبات التي يواجهها الباحث والتي واجهتنا في بحثنا والتي كانت من أبرزها ضيق الوقت و نقص المراجع المتخصصة، بالنسبة للمراجع العامة توافرت والحمد لله، إلا أن هذه المراجع تميزت بعدم توسعها في الموضوع ، وإيرادها نفس المعلومات وتكرارها، مما أدى إلى صعوبة إستيقاء المعلومات .

**منهج وخطة البحث:**

للإجابة عن التساؤل المطروح، قمنا باتباع المنهج التحليلي المقارن بين المذاهب الفقهية ومسايرة المشرع الجزائري لها من خلال تعديله لقانون الأسرة الجزائري الجديد.

وتم تقسيم البحث إلى فصلين، حيث تطرق **الفصل الأول:** إلى دراسة حقيقة الشرط في عقد الزواج، وذلك من خلال بيان مفهوم الشرط ومعنى اقترانه بعقد الزواج في المبحث الأول. وتناول المبحث الثاني: أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج من حيث صحتها وفسادها وتبيان لأصل مشروعيتها وتأرجحها بين الإباحة والحظر.

أما **الفصل الثاني:** فقد تناول الأحكام المتعلقة بهذه الشروط وبيان بعض النماذج منها، وذلك على مدار مبحثين، المبحث الأول: نتناول فيه حكم هذه الشروط المقترنة بعقد الزواج بالمنظور الفقهي والقانوني، أما المبحث الثاني: فخصص لتبيان بعض النماذج من هذه المشارطات سواء كانت عقودا اقترنت بشروط فاسدة فأصبحت عقود زواج فاسدة ، أو شروطا لها أهمية بالنسبة للزوجين.

وأخيرا نختم موضوع الدراسة بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج المتوصل إليها و الاقتراحات الخاصة بهذا الموضوع.

# الفصل الأول:

# حقيقة الشرط في عقد الزواج

العقود هي من بين المعاملات التي ترتب أحكاما وأثار شرعية، توجب على المتعاقدين الالتزام بها ومنها عقد الزواج.

تتمثل الحكمة في جعل آثار عقد الزواج من عمل الشارع في الحفاظ على قدسية ميثاق الزوجية، وصوناً لها من أن تتعرض لشروط تتنافى مع مقصد الشارع ومقتضى عقد الزواج[1].

وعقد الزواج من بين العقود التي ترتب أحكاماً على طرفي العقد، وهو يعد من بين أهم العقود التي حرص الشارع الكريم على تنظيمه وإحاطته بعدة أحكام لما يحمله من قدسية وأهمية بالغة في حياة العباد، فلا تتوقف أهمية العقد على المصلحة التي تحققها للأطراف المنشئة له بل إن أهميته تتجاوز ذلك إلى تحقيق المصلحة العامة التي يهدف الشارع إلي بلوغها من خلال إتاحة حرية التعاقد للأفراد عموما وذلك يكون تماشيا مع مقتضى العقد ، فمقتضى عقد الزواج يتمثل في الحقوق التي تثبت لكلا الزوجين على صاحبه بحكم العقد الذي يجمعهما، كحق الزوجة في النفقة. [2]

إذ أن للعقد أحكاماً شرعية أصلية وضعها المشرع لا يمكن مخالفتها كوجوب توافر العقد على الأركان والشروط التي يتكون منها كشروط الانعقاد وشروط الصحة والنفاذ واللزوم.

وكما أن للعقد أحكاماً أصلية وضعت من طرف المشرع نجد أحكاما تبعية خضعت للإرادة الحرة للمتعاقدين كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها أو يخرجها من بلدها، وهي الشروط المقترنة بالعقد، ولها أثار على صحة العقد وتمامه.

المدقق في الشريعة يرى أنها لم تترك هذه الشروط مفتوحة على أهواء المتعاقدين، فأجازت شروطا ومنعة أخرى، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري، وذكره لبعض الشروط الجائزة مع مراعاة عدم مخالفتها للقانون.

---

[1]_ أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2006، ص199.

[2]_ أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (طبقا لأحدث التعديلات)**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص115.

قبل التطرق إلى معرفة الآثار التي ترتبها هذه الشروط على صحة العقد كان لزاما علينا التطرق لمعرفة الشرط وما معنى اقترانه بالعقد، و ما هي أنواع هذه الشروط التي يمكن اشتراطها والنص عليها في عقد الزواج.

فمن خلال هذا الفصل سنتطرق إلى مبحثين:

المبحث الأول: نبين فيه حقيقة الشرط ومعنى اقترانه بالعقد.

أما المبحث الثاني: فنرى فيه أنواع الشروط الواردة على عقد الزواج ومدى مشروعيتها.

## المبحث الأول:

## مفهوم الشرط ومعنى اقترانه بالعقد.

لقيام عقد الزواج صحيحا خاليا من العيوب وجب توافر أركان وشروط منصوص عليها تواكب مقتضيات العقد، فالركن في اصطلاح علماء الأصول هو ما يتوقف الشيء على وجوده، وكان جزءا من حقيقته، وأما الشرط فهو ما توقف الشيء عليه دون أن يكون جزءا منه[1].

فالركن والشرط كلاهما لا وجود للعقد أو الشيء إلا بوجودهما، مع أن الركن داخل في ماهية الشيء أما الشرط فهو لا يدخل في ماهية الشيء، والشرط قد يكون شرعيا أوجبه الشارع لتكوين العقد وهو مما يقتضيه العقد، وقد يكون جعليا وهو الشرط الذي يضعه ويشترطه أطراف العقد وهو تابع للحكم الأصلي.

وهو ما نحاول دراسته في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: فنخصصه لتعريف الشرط.

أما المطلب الثاني : فنتناول فيه : معنى اقتران العقد بالشرط وبيان خصائصه.

### *المطلب الأول:*

### *تعريف الشرط.*

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

#### الفرع الأول: تعريف الشرط لغة.

الشرط هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والشرط بتحريك الراء : العلامة، والجمع أشراط نحو أشراط الساعة، والاشتراط : العلامة التي يجعلها الناس بينهم،[2] ومنه علامات الساعة لقوله تعالى :﴿ **فَهَلْ يَنْظُرُوْنَ إِلَا السَاعَةِ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بِغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَا طُهَا فَأَنِىْ لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ** ﴾[3].

---

[1]– إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، **الأحوال الشخصية فقه النكاح**، ط1، الأردن، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، 2010، ص 189.

[2]– ابن منظور(أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري)، **لسان العرب**، ج 29، مجلد 4 مصر، دار المعارف، د س، ص2235.

[3] –سورة **محمد**، الآية 18.

تعني على شرح ابن كثير: أمارات اقترابها فكيف للكافرين بالتذكير إذا جاءتهم القيامة حيث لا ينفعهم ذلك. [1]

لذا يقال: شرط يشرط، بكسر الراء وضمها، إذا شرط على صاحبه أمرا، ويقال شارطه، فإذا اشترطت المرأة على زوجها أمرا في عقد النكاح، فقد ألزمته أمرا.

وعند النحاة: ترتيب أمر على أخر بأداة، وأدوات الشرط: الألفاظ التي تستعمل في هذا الترتيب مثل: إن ومن ومهما.[2]

**الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحا.**

_الشرط عند الأصوليين: هو ما توقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له ولم يكن جزءا من حقيقته.[3]

_ يعني هذا التعريف أن المشروط لا يمكن أن يوجد دون الشرط، ولكن وجود الشرط يعني وجود المشروط، فقد يشترط الطرفان في العقد شرطا ولا يجد هذا طريقه للتنفيذ لتنازل المشروط له، أو لعدم استيفاءه موجبات الشرط ، أي أن الوجود هنا بمعنى النفاذ.

_ ويقول أبو البقاء الكفوي " الشرط ما يتوقف عليه الشيء فلا يكون داخلا فيه ولا مؤثرا".[4]

_ وعرفه الشوكاني بأنه:« وصف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط، و لا يلزم من وجوده وجود المشروط و لا عدمه».[5]

_ من خلال ملاحظتنا لتعريفات الشرط المتنوعة نرى أن الفقهاء لم يختلفوا في بيان حقيقة الشرط إنما سعوا إلى تقديم تعريف جامع مانع للشرط لذلك كانت هناك تعريفات كثيرة من الفقهاء تصب في نفس المعنى، كما أن الشرط أنواع ،شرط شرعي وهو الذي يكون مشروطا بحكم الشارع كالشروط المكونة للعقود مثل: المهر والولي في عقد الزواج وهي شروط متقدمة

---

[1]_ ابن كثير(عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي)، **تفسير القرآن العظيم**، م ج 4، ط1 بيروت، دار صادر، 1999، ص457.

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

[3]– محمد كمال الدين إمام، **الزواج في الفقه الإسلامي**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، ص84.

[4]– إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، **الأحوال الشخصية** ،مرجع سابق، ص189.

[5]_ علي محمد علي قاسم، **التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط**، مرجع سابق، ص10.

على تكوين العقد أما النوع الثاني فهو الشرط الجعلي، وهو الشرط الذي يأتي طارئا على العقد ويكون بإرادة المتعاقدين الحرة .

وقد قسم الفقهاء الشرط الجعلي إلى ثلاثة أنواع:

**أولا: الشرط المعلق:**

إن التعليق على شرط كما تفيد تعاريف الفقهاء، هو: ربط حصول أمر بحصول أمر أخر، فهو عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا ساري الحكم منذ صدوره، ويصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين نحو" إن" و" إذا" و" متى" و" كلما"، ومثاله أن يقول الرجل للمرأة تزوجتك إن نجحت في الامتحان هذا العام، فتقول قبلت ذلك.[1]

وقد فرق الفقهاء بين حالتين في حكم هذه الصيغة هما:

1)_ أن يكون الشيء المعلق عليه الزواج غير موجود وقت العقد، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد لأن الإيجاب يكون معلقا على شيء محتمل أو مستحيل الوجود في المستقبل.

2)_ أن يكون الشيء المعلق عليه الزواج موجودا حال العقد، ومثال ذلك أن يقول الرجل للمرأة تزوجتك على مهر كذا فتقول قبلت إن رضي أبي، ويكون أباها حاضرا مجلس العقد ويوافق على المهر.[2]

**ثانيا: الشرط المضاف:**

هو ما دلت صيغته على إنشائه من حيث صدورها، على ألا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل معين، ومثاله: أن يقول تزوجتك غدا أو الشهر القادم، وتقول قبلت.

وقد تكون الإضافة إلى زمن المستقبل ملحوظا، فيكون التصرف مضافا دون التصريح بالإضافة، كما في الوصية، فإن الوصية تقيد معنى الإضافة إلى ما بعد الموت.[3]

---

[1]_ مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج1، ط 2، دمشق، دار القلم، 2004، ص573.

[2] _ حسن حسن منصور، **المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية**، م ج 2، ط 2، لبنان، مطبعة سامي، 2001 ص60.

[3]_ بدران أبو العينين بدران، **تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود**، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر دس، ص493.

فإذا صيغت الإضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية اعتبرت تعليقا محضا لا إضافة، فهو يكون معلقا على مجيء الزمن المعين ومربوطا به ارتباط المشروط بشرطه. [1]

**ثالثا: الشرط المقيد:**

وهو أن يقيد حكم العقد وأثاره، فيكون المقصود تعديل آثار العقد الأصلية، بإيجاب التزامات بين المتعاقدين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا، وسمي الفقهاء ذلك بالعقد المقيد للشرط أو المقترن بالشرط.[2]

نلاحظ هنا أن العقد هو مبرم ومنجز وليس معلق مرتبط بتحقق الشرط، كأن يزوجه بشرط ألا يخرجها من بلدها.

وعليه فإنه ليست جميع العقود والتصرفات القولية في نظر جمهور الفقهاء قابلة لكل نوع من هذه الشروط العقدية الثلاث: التعليق والإضافة والتقييد، فمن العقود والتصرفات القولية ما يقبل هذه الشروط جميعا فتصح عليه جميعا، ومنها ما يقبل بعضها دون بعض.

إن المعاوضات المالية، والتبرعات، والنكاح، لا تقبل التعليق ولا الإضافة مطلقا، بل 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 لامرأة بحضور الشهود تزوجتك اعتبارا من أول الشهر القادم وتم القبول، فهي ليست زوجة إذا حل الشهر المضاف إليه.[3]

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. [4]

---

[1]_ مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مرجع سابق، ص577.

[2]_ بدران أبو العينين بدران، **تاريخ الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص490.

[3]_ مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، مرجع سابق، ص581.

[4]_ حسن حسن منصور، **المحيط في شرح الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص59.

**المطلب الثاني:**

**تعريف الشرط المقترن بالعقد وبيان خصائصه.**

العقود تصدر بإرادة الشخص، فقد تصدر مطلقة وقد تصدر مربوطة بشروط، ومنه يكون العقد معلقاً بشرط فلا يوجد العقد إلا بوجود ذلك الشرط أو يكون حكم وأثر العقد مقيدا أو مقترنا بذلك الشرط وعليه سنتعرف على معنى الشرط المقترن بالعقد ونوضح بعضا من خصائصه.

**الفرع الأول: تعريف الشرط المقترن بالعقد.**

الشروط المقترنة بالعقد هي شروط تقترن بالعقد وتتأثر به، وقد تؤثر فيه، وهي شروط لا يوجبها الشرع ولا يفرضها القانون، بل يمليها العاقدان **أو** أحدهما وفقا لما يراه أنه مصلحة.[1]

وهو إلزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد سواء كان الالتزام الزائد مما يقتضيه العقد نفسه أو مؤكدا له أم كان مخالفا له، وسواء كان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط أم كان الاشتراط لصالح الغير أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا.[2] كما أنه ما صدرت فيه الصيغة مطلقة عن التعليق على شرط أو الإضافة إلى المستقبل أو التقييد بوقت لكنها مقترنة بشرط.[3] ومثاله أن تقول المرأة للرجل: تزوجتك على ألا تخرج بي من المدينة: فيقول قبلت. فالصيغة اشترط فيها شرط زائد من أحد المتعاقدين ليس جزءا من الإيجاب، وحكم العقد إذا اقترن بشرط انه منعقد لتحققه ولكنه بصيغة منجزة.[4]

إن أهم معاني الشرط في اللغة الإلزام و الالتزام والعلامة، وهذه المعاني مناسبة لمعنى الشرط الشرعي كالطهارة للصلاة فهي علامة لازمة حيث لا توجد الصلاة بدونها، والشرط التقييدي زائد عن الالتزام الأصلي فهو علامة لازمة للعقد ومؤثرة فيه بتعديل أثاره.[5]

---

[1] _ محمد كمال الدين إمام، **الزواج في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص101.

[2] _ سامي أبو عرجة، "الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي"، **مجلة جامعة الأزهر**، سلسلة العلوم الإنسانية، العدد2-A ،غزة، 2008، ص 17.

[3] _ محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام( بين المذاهب السنية والجعفرية)** ، بيروت، دار النهضة العربية 1988، ص153، 154.

[4] _ عبد الفتاح تقية، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري( من خلال مبادئ وأحكام في الفقه الإسلامي)**، الجزائر، دار ثالة 2000، ص107.

[5] _ عبد الصمد بلحاجي، "حكم الشرط الجزائي الوارد على الأعمال وصورة تطبيقية في المصارف الإسلامية"، **مجلة الواحات للبحوث والدراسات**، المجلة، العدد 11، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص323.

_ من خلال تعريفنا للشرط المقترن بالعقد وجب علينا تبيان الفرق بين التعليق على شرط، والاقتران بشرط. فقد فرق الفقهاء بينهما فقالوا: أن الإيجاب المعلق على حصول الشرط قد ربط تحقق معناه بتحقيق الشرط فلا وجود له قبل وجود ذلك الشرط. كما أن فيه أدوات التعليق مثل: إن، وإذا.

_ أما الاقتران به فالإيجاب يحصل ويتحقق معناه بالتلفظ به، فإذا قالت المرأة للرجل زوجتك نفسي بشرط أن تسكنني وحدي أو بشرط أن تجعل لي المهر، فهو معنى زوجتك نفسي وأشترط عليه الوفاء بهذا الشرط، فالجزء الأول من كلامها وهو زوجتك نفسي هو الذي يتم به العقد.[1]

**الفرع الثاني: خصائص الشرط المقترن بالعقد.**

استنادا إلى ما سبق من تعريف للشرط وبيان معنى اقترانه بالعقد يمكن استنتاج عدة خصائص تميز الشرط المقترن بالعقد منها:

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

قال الزركشي :" الشرط ما جزم فيه بالأصل أي التصرف وشرط فيه أمر أخر". فلو قال شخص لآخر بعتك هذه السيارة بألف دينار إلى سنة على أن تعطيني رهنا أو كفيلا فقبل الآخر. فالرهن أو الكفيل إلتزام زائد عن عقد البيع لأنه ينعقد بدون هذا الشرط و لا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط. وبهذا يختلف الشرط المقترن بالعقد عن الشرط التعليقي لأنه يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر أخر بأداة من أدوات الشرط ، مثال ذلك: أن يقول شخص لآخر: إذا قدم ولدي من السفر فقد بعتك داري بمائة ألف دينار ، فهذا شرط تعليقي لا يكون زائدا عن أصل التصرف لا يكون مع هذا الشرط منعقدا في الحال.[2]

**ثانيا: أمر محتمل الوقوع.**

يجب أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشترط عليه تنفيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا إلتزام بمستحيل، لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلا.

والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط ، كتعليق الهبة على الطيران في الهواء دون طائرة أو

---

[1] _ أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** ، الإسكندرية،، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص79.

[2] _ احمد عثمان شبير، **الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي**، قطر، د د ن، د س، ص62.

على عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمناطها نص القانون يحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم.[1]

**ثالثا: واقع في حال العقد.**

الشرط المقترن بالعقد هو الذي يقع حال العقد ويضاف إلى صلبه وصيغته عند إنشائه، فلا يدخل في الشرط المقترن بالعقد ما كان قبله، ولو تضمن إلتزاما ويعد من قبيل الوعد، وكذلك الشرط اللاحق للعقد لا يدخل في الشرط المقترن بالعقد بعد إنشائه ولزومه. [2]

**رابعا: 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.[3]

فيجب ألا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهذا لأن صحة ومشروعية الشرط يعتبر محض تقرير لمقتضى العقد وهو في حقيقته لازم دون أن يكون في حاجة إلى شرط.[4]

---

[1]_ يوسف مسعودي ، **الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**، (رسالة ماجستير)، المركز الجامعي ، بشار، 2007، ص15.

[2]_ أحمد عثمان شبير، **الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص64.

[3] _ علي محمد علي قاسم، **التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط**، مرجع سابق، ص109.

[4]_ يوسف مسعودي ، **الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**_، مرجع سابق، ص15.

## المبحث الثاني:

## أنواع الشروط الواردة على عقد الزواج وأصل مشروعيتها:

سبق وأن بينا معنى الشرط ومعنى اقترانه بالعقد فالشروط التي يمليها العاقدان في عقد الزواج هي شروط لا تمنع من الانعقاد لأن صيغة العقد منجزة، ولكن هذه الشروط فيها ما يكون له تأثير في العقد من ناحية أخرى عند الفقهاء تبعا لصحة هذه الشروط وعدم صحتها فقد تمس بأصل العقد ومقتضاه ، كما أن حرية الاشتراط في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد.

بدليل أن من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود؛ فيجعلون للعاقد أن يشترط عند إنشاء العقد ما شاء من الشروط، وعلى العكس من ذلك، فإن الذين يقولون بأن الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع والآثار التي اعتبرها؛ لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضيات العقود.[1]

تفريقا لذلك فقد اختلف الفقهاء في تبيان الشروط الصحيحة منها والغير الصحيحة، وبين مضيق وموسع في حرية الاشتراط في عقد الزواج، فمنهم من يرى الأصل فيها الحظر، ومنهم من يرى أن الأصل فيها الإباحة.

وعليه قسمنا مبحثنا إلى مطلبين، خصص الأول لتقسيمات الفقهاء لهذه الشروط، أما المطلب الثاني فنتطرق فيه إلى بيان مدى مشروعية هذه الشروط هل الأصل فيها الإباحة أم الحظر.

### *المطلب الأول:*

### *أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج.*

إن أحكام الشريعة الإسلامية لم تترك أمر الشروط يسير حسب أهواء الناس ورغباتهم الشخصية، بل نظمتها لهم بما يزيل الحرج عنهم ويحقق مصالحهم، فعلى الرغم من أنها منحت لهم حرية التعاقد والتنويع في تصرفاتهم ومعاملاتهم التعاقدية، إلا أنها وضعت لهم ضوابط وحدودا لا يمكن تخطيها مما يؤدي بهم إلى الإضرار بمصالحهم الخاصة ومصالح العباد.

---

[1] _ صالح غانم السدلان، **الشروط في النكاح** ، ط2، الرياض، دار معاذ للنشر والتوزيع، 1998، ص23.

وعليه فقد كان للفقهاء دور في تحديد الشروط التي تتماشى ومقتضيات عقد الزواج، فكانت لهم أراء في تحديد الشروط التي يمكن اشتراطها ضمن العقد والشروط التي قد تخالف مقاصد العقد فكان لابد من النهي عنها. وهذا ما سنتناوله في مطلبنا بتبيان أنواع الشروط التي يراها الفقهاء صحيحة سواء كانت من مقتضيات العقد أم كانت تحقق منفعة لأطرافه، ثم نرى الشروط الغير الصحيحة والتي لها تأثير في العقد.

**الفرع الأول: الشروط الصحيحة.**

الشروط الصحيحة هي الشروط التي يقتضيها العقد أو تؤكد ما يقتضيها، وهي التي أورد الشرع بها نصا أو جرى العرف بها.[1]

فإذا ورد اشتراط المتعاقدين على مقتضى العقد لتأكيد ما يوجبه فهو اشتراط صحيح معتبر.[2] فهذه شروط تكون ثابتة في العقد سواء اشترطها أحدهما أو لم يشترطها.

ومثلها أن يفي لها الزوج بحقوقها كافة، مثل: النفقة ودفع معجل المهر قبل الدخول، وأن يحسن عشرتها وأن لا تسمح لأجنبي أن يدخل بيته في غيابه، ومثل هذه الشروط يكون كل من الزوجين ملزما بالوفاء بها.[3]

اتفق جمهور الفقهاء على صحة الشروط التي توافق مقتضى العقد ومقاصده. لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُهَا الذِيْنَ اَمَنُوْا أُوْفُوْا بِالعُقُوْدْ**﴾ [4]. ويعني بالعهود ما أحل الله و ما حرم وما حد في القرآن كله، ولا تغدروا ولا تنكثوا.[5]

---

[1]_ إسماعيل أبا بكر علي البامري،**أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)**، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008، ص107.

[2]_ محمد أحمد سراج، **نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص158.

[3]_ محمد حسن أبو يحيى، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، ، ط 1، عمان، دار يافا للنشر والتوزيع، 2011 ص147.

[4] **_ سورة المائدة**، الآية (1).

[5]_ ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، م ج 1، مرجع سابق، ص140.

وعن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم« إن أحق الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج».[1]

وفي ذلك يقول الخطابي فيما نقله عنه ابن حجر العسقلاني: « من الشروط يجب الوفاء بها اتفاقا، وهو ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان».[2]

**أولا:** الشروط الصحيحة عند الحنفية:

حددوها في أربعة أنواع:

***1)***_ أن يكون شرطا يقتضيه العقد ويكون موجبه حكما من أحكامه وأثرا من آثاره، كأن يشترط ألا تخرج من بيته إلا بإذنه.

***2)***_ أن يكون الشرط مؤكدا لمضمون العقد، كأن تشترط أن يكون والد الزوج ضامنا للمهر.

***3)***_أن يكون الشرط قد ورد الشرع بجوازه وأوجب مراعاته. مثل: لو تزوجها على أنَّ أمرها بيدها صح.

***4)***_ أن يكون من الشروط التي جرى بها العرف، كتعجيل المهر أو النفقة. [3]

**ثانيا:** الشروط الصحيحة عند المالكية:

الشروط الصحيحة عند المالكية قسمان:

1)_ شروط صحيحة غير مكروهة: وهي ما يكون حكما من أحكام عقد النكاح أو تكون أثرا له، فالرجل له أن يشترط على الزوجة أن تطيعه لأن هذا الشرط من أحكام عقد الزواج، وللزوجة أن تشترط أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها.

---

[1]_ الإمام مسلم، **صحيح مسلم مع شرح النووي**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1929، ص641.

[2]_ عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط 1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1997 ص180.

[3]_ أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق.ص97.

2)_ شروط صحيحة مكروهة: قصد بها الشروط التي لا تنافي المقصود من الزواج، ولكن فيها تضييق على الزوج كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها.[1]

**ثالثا**: الشروط الصحيحة عند الحنابلة:

الشروط عند الحنابلة نوعان:

**1)**_ شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه وتمكينه من الاستمتاع بها، فهذا لا حاجة إلى ذكره في العقد لأنه مما يقتضيه العقد ويدل عليه.

**2)** _ شرط نفع معين في العقد لا يلزم إلا إذا تم اشتراطه. كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من دارها، فهذه الشروط ونحوها يلزم الوفاء بها وللزوجة حق المطالبة بالفسخ إذا لم يف بها الزوج.[2]

**رابعا:** الشروط الصحيحة عند الشافعية:

الشروط الصحيحة عند الشافعية كالحنابلة، هي التي وافق الشرط فيها مقتضى عقد النكاح، كشرط النفقة والقسم بين الزوجات.

أو لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه لم يتعلق به غرض، كشرط ألا تأكل إلا كذا.[3]

بالنسبة للمشرع الجزائري و باستقرائنا للمادة 19 المعدلة بالأمر05_02 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه:« للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.»[4]

---

[1]_ أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2009، ص60، 61.

[2] _ صالح غانم السدلان، **الشروط في النكاح**، مرجع سابق .ص42.

[3] _ وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج9، ط4، دمشق، دار الفكر، د ت، ص49.

[4]_ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن **قانون الأسرة**، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وعليه فإننا نرى أن المادة من بين المواد التي خضعت للتعديل بحيث زاد فيها إمكانية إثبات الشروط في عقد رسمي غير عقد الزواج.

والمشرع قد أخذ بالمنظور الفقهي وأجاز للزوجين أن ينصا على كل الشروط التي تكون فيها منفعة لهما وتحقق مصالحهما أو مصلحة أحدهما مع احترام القانون وأحكامه بعدم النص على شروط تناقضه وتمس بالأصل الذي من أجله أبرم العقد، كما أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد عدل هذه المادة بإضافته لنوعين من الشروط وهما شرط عدم التعدد وشرط عمل المرأة وهذا للتوضيح وتبيان بعض من الشروط التي لا تمس بأحكام القانون ولأهمية هذين الشرطين بالتحديد، وما يمثلانه في حياتنا الاجتماعية الحالية.

**الفرع الثاني: الشروط الغير الصحيحة.**

ويقصد بها الشروط المخالفة لمقتضى العقد، ولم يرد فيها نص، ولم يجر بها العرف، كاشتراط عدم الإنفاق أو عدم التوارث.[1]

اتفق الفقهاء وأهل العلم على عدم صحة هذه الشروط التي تخالف ما أمر الله به أو نهى عنه، أو تخل بمقصود النكاح الأصلي، ومنها أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه أو يشترط عليها ألا مهر لها. ومثل ذلك أن تشترط عليه ما يخل بالمقصود الأصلي للنكاح، وهو المعاشرة الزوجية.[2]

ونهى الرسول (صلى الله عليه وسلم) عن بعض الشروط التي يكون فيها إثم وقطيعة رحم، مثل: أن تشترط المرأة طلاق ضرتها فهذا شرط باطل،[3] فقد ثبت أن عليه الصلاة والسلام قال:« لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ ما بصفحتها، فإنما لها ما قدر لها».[4]

---

[1] _ سرين شريقي، كمال بوفرورة، **قانون الأسرة الجزائري**، الجزائر، دار بلقيس،2013، ص46.

[2] _ عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، مرجع سابق، ص181.

[3] _الأمين الحاج محمد أحمد، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط 2، د ب، د د ن، 2008، ص36.

[4] _البخاري(أبو عبد الله بن إسماعيل)، **الجامع الصحيح المختصر( صحيح البخاري)**، ط 1، القاهرة، المطبعة السلفية 1979، ص250.

فدل الحديث على بطلان شرط تطليق الضرة لمخالفته النهي المصرح به في نص الحديث فضلا عن كونه شرط يلحق الضرر بالغير.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى :« من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة 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 في جميع العقود». [1]

فعلى الزوجين أن يعرفا الشروط الصحيحة ويميزاها من الشروط الفاسدة، كي لا يشترطا في عقد الزواج شروطا تخالف الشريعة.

فالشروط الفاسدة هي التي تحل حراماً وتحرم حلالاً، وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام: « كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، وإن كان مائة شرط»، وقوله أيضا« المسلمون عند شروطهم، ما وافق الحق من ذلك» وفي رواية فيما أحل.[2]

بالنسبة للمشرع الجزائري هذه الشروط لا خلاف في بطلانها، فبعضها يؤثر في صحة العقد كاشتراط عدم المعاشرة الزوجية، حيث تقضي المادة 32 قانون الأسرة ببطلان العقد في هذه الحالة بالنص على أنه:« يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد».[3]

وفي حال اشترطت الزوجة على زوجها تطليق ضرتها 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 تؤكده المادة 35 قانون الأسرة الجزائري الذي كان مضمونه أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحاً. [4]

---

[1] _ ابن تيمية(أحمد)، **مجموع فتاوى أحمد بن تيمية**، ت ح عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، م ج 32، المغرب، مكتبة المعارف، د س، ص28.

[2] _ الإمام مسلم، **صحيح مسلم**، مرجع سابق، ص 639.

[3] _قانون رقم 84_ 11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن **قانون الأسرة الجزائري**، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[4] _ سرين شريقي، كمال بوفرورة، **قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 46.

غير أن المشرع قد خلط في المادة 32 بين المانع من الزواج الذي يؤدي إلى بطلان العقد، وبين الشروط المقترنة بالعقد والتي تتناقض ومقتضيات العقد ، والتي لا تؤثر في العقد بل يجب إلغاؤها وهو ما جاء في نص المادة 35 التي تؤكد صحة العقد وبطلان الشرط .

أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حال كون الشرط ينافي أصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة.[1]

- في الأخير نستنتج أن الشروط المقترنة بالعقد فيها من الشروط الصحيحة وفيها من الشروط الغير الصحيحة.

_ والشروط الصحيحة قسمت إلى قسمين: شروط صحيحة تأكد مقتضى العقد،
وشروط صحيحة ليست بمقتضى العقد ولا منافية له.

_ وأما الشروط الغير الصحيحة، فهي الشروط الفاسدة التي هي منافية لمقتضى العقد وتؤثر في صحته.

***المطلب الثاني:***

***الشروط بين الحظر والإباحة.***

لقد اختلفت نظرة الفقهاء للشروط بين موسع ومضيق لها، فهناك من لم يعتبروا الشروط إلا التي نص عليها الشارع ، وهناك من وسع من دائرة الشروط واعتبروها صحيحة إلا ما منعه المشرع الحكيم ، وبذلك ذهب الفقهاء إلى اتجاهين في أن الأصل في الشروط الإباحة أو الحظر. وهو ما سنوضحه في مطلبنا مع بيان لأدلة كل اتجاه والقيام بالترجيح بينهما.

**<u>الفرع الأول: الأصل في الشروط الإباحة.</u>**

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول إن الأصل في الشروط الإباحة ما لم يكن مخالفا لنص شرعي أو لمقتضى العقد.

[1]_ الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة المعدل**، ، ط1، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008،ص129.

يأتي الحنابلة على رأس الذين يرون أن الشروط لا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا وقياسا، فالشرط غير الصحيح يعتبر استثناء عندهم، ومن الشروط المستثناة من الأصل: اشتراط ما دل الشرع على تحريمه، اشتراط ما يناقض مقتضى العقد، واشتراط عقد في عقد، وبهذا كان المذهب الحنبلي أكثر المذاهب توسيعا لدائرة الشروط الصحيحة.

فيقترب المذهب الحنبلي على هذا النحو كثيرا من الفقه الغربي، ففي الفقه الغربي كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحا إلا إذا كان شرطا مستحيلا أو شرطا يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب. فالفقه الغربي قد تحرر نهائيا من مبدأ وحدة الصفقة الذي كان يسود الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون.[1]

ويكاد يضاهيه في ذلك المذهب الحنبلي، فقد تطور تطورا كبيرا وبخاصة على يد ابن تيمية الذي يتفق مع تلميذه ابن القيم و الشاطبي المالكي مع الحنابلة في أن الأصل في الشروط الإباحة مع اقتصارهم في التحريم على أمرين:

_ اشتراط ما يناقض مقصود الشارع الحكيم،

_ اشتراط ما يناقض مقتضى العقد ومقصد الشارع منه كاشتراط عدم المعاشرة.[2] غير أن الحنابلة خالفوا المالكية في وجوب الوفاء بالشروط الصحيحة التي ليست بمقتضى العقد، أما المالكية فهي عندهم مستحبة الوفاء.

يقول ابن القيم في إعلام الموقعين:« إن الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم».[3]

---

[1] _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** ،ج 1، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998 ص175.

[2] _ احمد عثمان شبير، **الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص89.

[3] _ صالح غانم السدلان، **الشروط في النكاح**، مرجع سابق، ص23.

استند أصحاب هذا المذهب على حجج وأدلة سواء من الكتاب أو السنة.

**أولا: من الكتاب.**

قال تعالى:﴿ يَاْ أَيُهَاْ الَذِيْنَ أَمَنُوْا أُوْفُوْا بِالْعُقُوْد﴾.[1]

يعني ما أحل الله وما حرم وما فرض وما حد في القرآن كله، ولا تغدروا ولا تنكثوا.[2]
وقوله: ﴿و أُوْفُوْا بِالعَهْدِ إِنَ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾.[3]

أي الذي تعاهدون عليه الناس والعقود التي تعاملونهم بها، فإن العهد والعقد كل منهما يُسأل صاحبه عنه. [4]

تدل الآية دلالة واضحة وصريحة على وجوب الوفاء بالعهود والعقود التي يقطعها الإنسان على نفسه فقد عد الوفاء بالعهد من صفات عباده المؤمنين، والشروط الواردة على العقود بمثابة العهود التي يجب الوفاء بها مادامت لا تناقض التشريع الإسلامي، وطالما هي في نطاق ما أجازه الشرع فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.[5]

**ثانيا: من السنة.**

_ قوله (صلى الله عليه وسلم ): « المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما».[6]

---

[1] _ المائدة، الآية (1).

[2] _ ابن كثير، **تفسير القرآن الكريم**، مرجع سابق، م ج 2، ص140.

[3] _ سورة الإسراء، الآية( 34).

[4] _ ابن كثير، **تفسير القرآن الكريم**، مرجع سابق، م ج 3، ص269.

[5] _خديجة أحمد أبو العطا، **الشروط المشترطة في عقد الزواج**، (رسالة ماجستير)، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 1428هـ 2007م ، ص09.

[6] _ الترميذي( أبي عيسى)، **الجامع الصحيح سنن الترميذي**، ت ح محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، لبنان، دار الكتب العلمية د س، ص416.

ووجه الدلالة من الحديث، أن الأصل في الشروط الإباحة والصحة ما لم يرد ما يمنعها شرعا، وقد اخبر عليه الصلاة والسلام بوجوب وقوف المسلمين على شروطهم، وأنه يجب الوفاء بما شرطوه على أنفسهم فيما بينهم.[1]

_ وما أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما عن عقبة بن عامر أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال:« إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج». ووجه الدلالة أن أحق الشروط بالوفاء بها هي شروط النكاح، كما هو نص الحديث ومقتضاه. وذلك لأن أمره أحوط، وبابه أضيق.[2]

**الفرع الثاني: الأصل في الشروط الحظر.**

يرى هذا الاتجاه أن الأصل في الشروط الحظر إلا ما ورد من الشرع بإجازته، وفي مقدمة هذا الاتجاه الظاهرية إذ صححوا سبعة شروط وحكموا على ما عداها بالبطلان. [3]

يتفق الحنفية والمالكية والشافعية مع الظاهرية في أن الأصل في الشروط هو الحظر، غير أن الحنفية اتفقوا مع الشافعية في استثناء الشرط الملائم لمقتضى العقد، ويختلفون معهم في توجيه ذلك التصحيح. فإن كان الشافعية يستندون في توجيهه على القياس والمصلحة، فإن الحنفية يصححونه على أساس الاستحسان.

أما المالكية فلم يشترطوا في الشرط الصحيح أن يكون من مقتضيات العقد، وإنما قرروا أمرا مغايرا وهو تصحيح كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين شريطة أن لا يكون مناقضا للعقد.[4] يقول ابن تيمية في بيان هذا الاختلاف ذلك " أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوزه الشافعي، فقد يوافقونه في الأصل ويستثنون للمعارض أكثر مما استثنى، كما قد يوافق هو أبا حنيفة أكثر مما يستثنى للمعارض، وهؤلاء الفرق الثلاثة يخالفون أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم، لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة رضي

---

(1) _ سامي محمد أبو عرجة، "الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص20.

(2) _ علي محمد علي قاسم، **التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط**، مرجع سابق، ص39.

(3) _ عصمت عبد المجيد بكر، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000، ص 59.

(4) _ احمد عثمان شبير، **الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي** ، مرجع سابق، ص 72، 74.

الله عنهم، ولما قد يفهمونه من معاني النصوص الأصلية التي ينفردون بها عن أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط منهم".[1]

وقد استدل هذا الاتجاه كذلك بأدلة وحجج من القرآن والسنة.

**أولا: القرآن.**

**_قال تعالى:**﴿ وَمَنْ يَتَعَدَ حُدُوْدَ الله فَأُوْلَئِكَ هُمْ الظَّالِمُوْنَ﴾[2]. **وقوله أيضا:**﴿ وَمَنْ يَتَعَدَ حُدُوْدَ الله فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.[3]

ووجه الدلالة من الآيتين: أن الله يخبر أن من يتعدى حدود الله يعد ظالما، ومن ثم فإن من اشترط شروطا لم يرد فيها دليل على جوازها يكون تخطي لحدود الله ومخالفة لشرعه. فهذه الشروط لا يجب الوفاء بها.

**ثانيا: السنة.**

_ قوله (صلى الله عليه وسلم):"« من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»".[4]

فهو يدل على بطلان كل شرط ليس فيه دليل على جوازه، وأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها، يكونون قد احلوا أو حرموا غير ما شرع الله وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع.

_ وعن عائشة رضي الله عنها أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) قال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق».[5]

---

[1]_ أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات)**، مرجع سابق، ص118.

[2] _ سورة البقرة، الآية (229).

[3] _ سورة الطلاق، الآية(1).

[4]_ صحيح مسلم، **كتاب الأقضية**، حديث رقم 1718، مرجع سابق، ص722.

[5]_ البخاري، **باب مالا يجوز من الشروط**، ص177.

فيرى أهل الظاهر أن هذه الشروط التي تحصل عند كثير من عقود المبايعات و الأنكحة أو غيرها ليست لازمة ولا الوفاء بها واجب، وليس للعاقد حق المطالبة حتى يدل على صحتها، واعتبروا الأحاديث في الوفاء بالشروط مخصصة أو منسوخة.[1]

ومنه نلاحظ أن أهل الظاهر يعتبرون مقيدين لسلطان الإرادة وحريتها في الاشتراط و تحديد آثار العقود ، فلا يمكن إنشاء عقد أو إبرام مشارطات لم يرد نص على جوازها أو إباحتها، وبذلك لا يأخذون بالشروط التي فيها مصلحة فردية أو جماعية لكلا طرفي العقد حتى وإن كانت لا تخالف مضمون العقد وأهدافه.

كما أن أصحاب المذاهب الثلاثة ومع موافقتهم لأهل الظاهر بأن الشروط الأصل فيها الحظر إلا أنهم قد توسعوا في الشروط أكثر من الظاهرية، فهم يجيزون الشروط التي فيها منفعة للعاقدين والتي لا تخالف مقتضيات العقد كتقديم ضمانات للمهر مثلا أو النفقة.

**منشأ الخلاف:**

إن السبب في الخلاف الحاصل بين الفقهاء يرجع إلى تعارض العموم والخصوص كما يرى ابن رشد : فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها: أن النبي (صلى الله عليه وسلم) خطب الناس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط. وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط.[2]

كما أن خلافهم قام على جملة الأحاديث منها الصحيح، ومنها الضعيف ومنها المتفق على معناه ومنها المختلف فيه وسبب الخلاف راجح إما للاختلاف في تصحيح الأحاديث، أو الترجيح بينها، أو في تفسير معاني بعضها.[3]

---

[1] _ صالح غانم السدلان، **الشروط في النكاح**، مرجع سابق، ص23.

[2] _ ابن رشد الحفيد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج 2 ، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1995،ص48.

[3] _ نعمان بن مبارك جغيم، "حكم الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي"، **مجلة الحكمة**، عدد 16، د د ن، 1998، ص12.

_ ومنه فإن قوله(صلى الله عليه وسلم): كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل،[1] يقصد به عموم العقود، فبطلان الشرط يقصد به الشرط في أي عقد كان سواء عقد معاملة كبيع أو إيجار أو عقد زواج فلم تحدد طبيعة العقد.

أما بالنسبة للحديث الثاني فقد خصص الشروط في عقد الزواج بالوفاء أوجب الوفاء بها، وبذلك يكون قد قيد العام بالخاص.

**الترجيح:**

**_من** خلال الآراء والأدلة المطروحة من كلا الطرفين نرى أنه كلما أخذنا بالتوسع في الأدلة فإننا نقترب من الرأي القائل بحرية الاشتراط، فكانت آراء وأدلة الحنابلة مقنعة وذلك من خلال:

**1)_** تعارض العموم بالخصوص من خلال الأدلة، ومنه فالخاص يقيد العام .

**2)_** أن الشرط عند العقد من باب العهد، وسمة المسلم الوفاء بالعهود، وأن المتعاقد عند العقد يعلم بالشرط ويرضى به، فإن له الحق في الرجوع عنه بعد العقد والأولى به عدم الرضا به. فإذا فعل فكأنه أخذ عهدا على نفسه بالوفاء.

_ بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة التي تنص على الشروط المقترنة بالعقد نرى أن المشرع قد سار على خطى المذهب الحنبلي في إباحته للشروط الصحيحة والتي لا تخالف مقتضى العقد وأوجب الوفاء بها، كما أنه أجاز الشروط المعتبرة والتي تكون فيها منفعة للطرفين أو لأحدهما من خلال نصه في المادة 19 من قانون الأسرة على نوعين من هذه الشروط وهما، شرط عدم التعدد، وعمل المرأة.

[1]_ البخاري، **باب مالا يجوز من الشروط**، ص177.

# الفصل الثانـي:

## أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج ونماذج منها

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة هو عمل جائز مع مراعاة عدم مخالفة الشريعة والقانون وذلك تطبيقا للمبدأ المعروف بأن " العقد شريعة المتعاقدين" ولقوله (صلى الله عليه وسلم): «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا».[1] وذلك يعني أن الأفراد أحرار في أن ينشئوا ما يشاؤون من العقود و الاتفاقيات مع تقييد الحرية في ذلك فهي ليست مطلقة في هذا الباب بل يجب مراعاة ما هو مباح وما هو محرم من الشروط.

إن التشريع الإسلامي أعطى للإرادة أهمية بالغة في إنشاء الالتزامات التي تترتب عنها آثار في الحدود التي رسمها الشرع الحنيف، وبذلك فإن الإرادة تلزم وتلتزم بمجرد صدورها واقترانها بالإرادة المقابلة لها.

وعليه فإن اقتران صيغة العقد بهذه الشروط الزائدة تصبح جزءا منها مما تؤدي بها إلى التأثير في العقد، من خلال الحكم الذي يرتبه هذا الشرط على العقد من تقييده ولزوم الوفاء به، وثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد عند عدم الوفاء بالشرط، وفساد العقد لعدم صحته، وهذا التأثير يختلف باختلاف الشرط المقترن به.[2]

وعلى هذا يجب على المسلم الإيفاء بكل ما يحمله عقد الزواج من التزامات وواجبات، فالله أحل لنا النكاح ليجعله مخرجا لنا من المعصية والرذيلة. فهو عقد مقدس يقدم عليه الإنسان بنية التأبيد، فلا يمكن اشتراط شروط تمس بهذا الأصل، كأن يشترط التأقيت في الزواج أو غيره من المشارطات التي تخرج العقد عن معناه الحقيقي خاصة ما تشهده البلاد الإسلامية من بعض أمثال هذه العقود ، كعقد الزواج السياحي حيث يقوم بعض الداخلين إلى البلاد بقصد السياحة بنكاح بعض النساء بنية أن يطلقها بعد انتهاء سياحته.

ومن هذا الكثير من أنواع عقود الزواج المحرمة كنكاح الشغار والتحليل و المسيار وكذلك نكاح المتعة، والتي كان للفقه الإسلامي رأي فيها.

---

[1]_ الترميذي، **باب ما ذكر في الصلح بين الناس**، حديث رقم 1352، مرجع سابق، ص416.

[2]_ علي محمد علي قاسم، **التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط**، مرجع سابق، ص109.

وعليه فإن هذا الفصل يخصص لدراسة الأحكام المترتبة على عاتق طرفي العقد ومدى إلزامية الوفاء بهذه الشروط، وهذا من خلال المبحثين التاليين: **المبحث الأول:** يكرس لمعرفة حكم كل من الشروط الصحيحة والغير الصحيحة بنظرة الفقه والقانون.

أما **المبحث الثاني:** فلتبيان بعض المشارطات الو اردة على العقد.

## المبحث الأول:

## أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج.

إن اقتران صيغة عقد الزواج بهذه الشروط تحت إرادة ورضا الطرفين وذلك لتحقيق مصالحهم ومنافعهم يخلف أحكاما تقع على العقد وذلك بثبوت الالتزام على كل طرف، فكل واحد منهما يصبح ملزما ويقع على عاتقه تنفيذ التزامه بهذه الشروط. غير أنه على الزوجين معرفة الشروط الصحيحة من الشروط الفاسدة، فكل نوع منها له حكمه المعروف وتأثيره على العقد.

هذا ما سنوضحه من خلال المطلبين الآتيين، المطلب الأول: نوضح فيه الأحكام المتعلقة بالشروط الصحيحة، أما المطلب الثاني: فنوضح فيه أحكام الشروط الغير صحيحة.

### *المطلب الأول:*

### *حكم الشروط الصحيحة.*

من خلال مطلبنا هذا سنوضح فيه حكم الشروط الصحيحة سواء كانت مما يقتضيه العقد، أو مما لا يقتضيه العقد ولا تؤثر فيه، وذلك من خلال رأي الفقه والقانون.

#### الفرع الأول: موقف الفقهاء.

- اتفق الفقهاء على أن الشروط الصحيحة هي ما كان عقد الزواج يقتضيه ولا يضر بأصله، كما اتفقوا على وجوب الوفاء بها، كالإنفاق على الزوجة أو دفع المهر لها.[1]
- فمثل هذه الشروط يكون كل واحد من الزوجين ملزما بالوفاء بها وإن لم تشترط في العقد، لذا فإن حكم هذه الشروط الصحيحة وجوب الوفاء بها وأدائها على أتم وجه.

لقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُهَا الِذينَ أَمَنُوا أُوفُوْا بِالْعُقُوْدِ**﴾.[2] وقول رسول الله: « أحق الشروط ما استحللتم به الفروج».[3]

كما أن من الشروط ما يعود نفعه وفائدته للمرأة، وهي الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ولم ينص الشارع علها. مثل: أن تشترط عليه ألا يخرجها من دارها أو بلدها، أو يسافر بها، أو يتزوج عليها ونحو ذلك.

---

[1] _ محمود علي السرطاوي، **فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)**، ط1، الأردن، دار الفكر، 2008، ص87.

[2] _ المائدة، الآية (1).

[3] _ صحيح البخاري، **باب الشروط**، حديث رقم 5151، مرجع سابق، ص249.

_ فمن العلماء من رأى أن الزواج صحيح وأن هذه الشروط ملغاة ولا يلزم الزوج بالوفاء بها.

_ومنهم من ذهب إلى وجوب الوفاء بما اشترط للمرأة، فإن لم يف لها فسخ الزواج.[1]

أصحاب الرأي الأول وهم جمهور الحنيفة والشافعية والمالكية وكثير من أهل العلم، فيرون أن الشرط فاسد ولا يلزم الوفاء به، ولكن فساد الشرط لا يؤثر في العقد، بل يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا.[2]

يرى المالكية أن الشروط الغير المؤثرة في عقد النكاح كالتي تؤثر في جهالة المهر ولا تغير مقتضى العقد ، مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها ولا يتخذ أمة ولا يخرجها من بلدها ونحو ذلك من الشروط ، فهذه لا يبلغ من كراهية أهل العلم لها أن تكون حراما أو يفسخ بها النكاح.[3]

أما أصحاب الرأي الثاني وهم الحنابلة والظاهرية والشيعة الإمامية، فيرون أن هذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها، فإن امتنع الزوج عن الوفاء بها كان لها حق الفسخ. [4]

قال الظاهرية: " لو عقد عليها بشرط أن لا يضربها في نفسها ومالها، إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان. صح هذا الشرط وصح هذا العقد معه".

وزاد الشيعة الإمامية، الإتيان ليلا أو نهارا، لأنه شرط لا ينافي العقد لجواز الغرض بالاستمتاع في وقت دون أخر فهو شرط صحيح.[5]

وأساس الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنابلة، أن نطاق بطلان الشروط أو إلغائها عند أحمد أضيق من الشروط الملغاة عند جمهور الفقهاء، فهو قد جعل البطلان في حال النهي الصريح، ومناقضة العقد الذي ورد به النص.

أما الجمهور فقد جعلوا البطلان في دائرة متسعة، وهي ما لم يقع دليل على إقرار الشرط من الشارع بأن يكون موافقا لمقتضى العقد، ولو ثبت القياس، أو يكون مؤكدا له، أو ثبت دليل

---

[1]_ سيد سايق، **فقه السنة**، ج10، م ج 2، ط4، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1983، ص44.

[2]_ كوثر كامل علي، **شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية**، ط2، تونس، دار سلامة للطباعة والنشر والتوزيع 1985، ص 72.

[3]_ محمد علوشيش الورثلاني ، **الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الإسلامية فيها** ، ط 1، الجزائر، دار الأمة للطباعة والترجمة والنشر والتوزيع، 1997، ص 163.

[4]_ كوثر كامل علي، **شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص72.

[5]_ محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**، الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع 2010، ص 163.

شرعي على صحة الشرط، وما عدا ذلك يكون باطلا، فصحة الشرط عندهم هي التي تحتاج إلى دليل يثبت الإلزام، أما أحمد فكل شرط صحيح لازم، إلا إذا كان نص يثبت البطلان.[1]

استدل كلا المذهبين بأدلة لا تخرج عن الأدلة التي استدلوا بها على أن الأصل في الشروط المنع والإباحة.

استدل الحنابلة بقوله (صلى الله عليه وسلم):« أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج».[2] ووجه الدلالة من الحديث أنه أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولم يكن له نص خاص، أو دليل خاص، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.[3]

من أدلة الجمهور قوله صلى الله عليه وسلم:« كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط». وقوله: « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا».[4]

ومن ذلك يتبين لنا أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل لا يلزم الوفاء به، لأنه ليس في كتاب الله تعالى.

ورد الجمهور على دليل الحنابلة في حديثه صلى الله عليه وسلم، أنه في حديثه إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله به وهو الذي استحل به الفروج لا ما سواه.[5]

**الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.**

كانت للفقهاء المسلمون بحوث مستفيضة حول ما يجوز وما لا يجوز اشتراطه في العقود بصفة عامة وعقد الزواج بصفة خاصة فقد أخذت القوانين الوضعية بذلك بتحديد معايير في نصوصها وجب على الأفراد مراعاتها.

فالمشرع الجزائري يرى أن الشرط الصحيح قد أصبح جزءا من مقتضى العقد، إذ لا يتم التراضي بين العاقدين إلا على أساسه، فيلزم الوفاء به، وفي هذا المعنى جاء في القانون المدني الجزائري في المادة 204: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على

---

[1]_ محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط2، القاهرة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، د س، ص158.

[2]_ البخاري، حديث رقم 5151، مرجع سابق، ص 249.

[3]_ محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 158.

[4]_ الترميذي، **باب الأحكام**،ج 4، مرجع سابق، ص 635.

[5]_ ابن حزم(أبو محمد)، **المحلي بالآثار**، ت ح محمد منير الدمشقي، ج 9، ، مصر، إدارة الطباعة المنيرية، د س، ص518.

شرط مخالف للآداب 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 للأدب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام".[1]

أما في قانون الأسرة الجزائري وفي موضوع الاشتراط في عقد الزواج فقد نص المشرع على ذلك في نص المادة 19 من قانون الأسرة 1984 أنه « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ، ما لم تتناف مع هذا القانون».[2]

وهي كما نرى تتضمن أحكاما غير محدودة وعامة جدا، في منتهى التعميم والشمولية، وذلك نظرا إلى أن الجزء الأول منها ورد في صيغة تحمل قاعدة عامة تبيح للزوجين أن يرفقا بالعقد أو يضمناه أي شرط من الشروط التي تكون فيها مصلحة لأحدهما.

وإن الجزء الثاني جاء في صيغة استثناء يفيد العموم السابق ويجعل من الجزء الثاني شرطا يجب توفره لاستعمال أحكام الجزء الأول ومعنى ذلك هو أن قانون الأسرة قد سمح لكل واحد من الزوجين أن يشترط في العقد على الزوج الأخر ما يشاء من الشروط بما يضمن مصلحته الخاصة أو المشتركة، إلى جانب هذا السماح أو هذه الإباحة فإنه قد حصر هذه الشروط فقط في الشروط التي لا تخالف ولا تعارض أو تتنافى مع ما ورد في قانون الأسرة من قواعد وأحكام ملزمة.[3]

من خلال نص المادة السابقة، نلاحظ أنها لم تحدد أي نوع من الشروط التي يمكن أن يشترطها الزوج والزوجة، واكتفى بضابط واحد لهذه الشروط وهو عدم مخالفتها لأحكام الشرع والقانون، غير أن التعديل الأخير وبموجب الأمر رقم 02/05 أضاف بعض المعطيات الجديدة لم ينص عليها النص القديم ، وقد أشار هذا القانون إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال بالنظر إلى أهميتهما، ويهدف هذا التعديل إلى تمكين الزوجين من حل ما قد يطرأ من مشكلات بينهما بعد الزواج لاسيما فيما يتعلق بعمل الزوجة وتعدد الزوجات.[4]

---

[1]_ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن **القانون المدني** الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[2]_ قانون رقم 84_11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن **قانون الأسرة الجزائري**.

[3]_ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط3 ، الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر، 1996 ص 146.

[4]_ الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة المعدل**، مرجع سابق، ص 126.

وعليه فإنه في حالة الإتفاق مثلا على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم التعدد، وأخل الزوج بالتزاماته التعاقدية فإنه واستنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة 02/05، فإن للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلب تطليقها، حيث جاء في المادة 53 فقرة 09 : « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ...مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج».

والشروط المقصودة هي ما جاءت به المادة 19، بالإضافة إلى حقها في المطالبة بالتعويض، إذا أصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط، كما إذا تزوج عليها بعد أن اشترطت ذلك.

وكان على المشرع في التعديل الجديد أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ أولا تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقيات المبرمة بين المتعاقدين.[1]

_ أما على المستوى التطبيقي فنجد قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/02/20، جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لاهي متزوجة ولاهي مطلقة، باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه، وإستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[2]

إن إعطاء المشرع الجزائري مكنة الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق، تأكيدا لضرورة الإلتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين، وواجب الوفاء بها شريطة إثباتها، على أن إثبات هذه الشروط ليس عسيرا باعتبار أن وضعها إما أن يكون أثناء الزواج، ومعلوم أن من شروطه حضور شاهدين حسب المادة 09 مكرر من القانون نفسه، وإما بعقد رسمي لاحق، ولا يختلف إثنان حول ما لهذا العقد من حجية إثبات عند النزاع. [3]

---

[1] _ الرشيد بن شويخ، المرجع نسه، ص137.

[2] _المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/02/20،رقم75588،**المجلة القضائية**، عدد4، 1993،ص78.

[3] _أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري( طبقا لأحدث التعديلات)**، مرجع سابق، ص135.

إضافة إلى هذا فالشخص له حرية الاختيار في جهة إبرام عقد الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا أو الموثق، إلا أن الكثير من الناس يلجؤون إلى الموظف (ضابط الحالة المدنية) لتفادي المصاريف. [1] وهذا يعني أن الموظف يقتصر دوره فقط في تسجيل عقد الزواج ، أما الموثق فله أن يضمن العقد بالشروط المتفق عليها.

***المطلب الثاني:***

***حكم الشروط الغير الصحيحة.***

من خلال هذا المطلب سنحاول معرفة حكم الشرط الغير الصحيح المنافي لمقتضى العقد وتأثيره في صحة العقد في حال تمام العقد مع النص على هذا الشرط في متنه، وما كان رأي الفقهاء تجاه هذا الشرط مع بيان لموقف المشرع منه، وذلك من خلال الفرعين التاليين.

**الفرع الأول: موقف الفقهاء.**

إتفق أهل العلم على عدم صحة الشروط التي تخالف ما أمر الله به أو نهى عنه، أو تخل بمقصود النكاح الأصلي.

ومن هذه الشروط أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه، أو أن تخرج من غير إذنه، أو ألا يقسم لضرائرها.[2]

قال بن تيمية:« من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع، أو النكاح، أو الإجارة 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 في جميع العقود».[3]

ومن هذا النوع إن شرطت عليه أن يطلق ضرتها، لم يصح الشرط، لنهي الشرع عنه، لما روي عن أبي هريرة أن النبي صلّى الله عليه وسلم نهى أن تشترط المرأة طلاق أختها. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده، وإبطال حقه وحق امرأته، فلم يصح.

وعليه فإننا نرى أن كل شرط يحرم حلالا أو يحل حراما، هو شرط باطل كأن يشترط الرجل أن لا مهر لها. فهذا يعتبر إسقاط حق من الحقوق التي تجب بمجرد انعقاد العقد. غير أن الخلاف

---

[1] _ عيسى حداد، **عقد الزواج(دراسة مقارنة)**، عنابة، منشورات جامعة باجي مختار، 2006، ص201.

[2] _عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، مرجع سابق، ص181.

[3] _ابن تيمية( أحمد)، **مجموع فتاوى أحمد ابن تيمية**، مرجع سابق، ص28.

بين الفقهاء كان حول معرفة حكم العقد الذي يشترط في هذه الشروط الفاسدة، وكان ذلك على ثلاثة أقوال:

**أولا:** ذهب جمع من أهل العلم إلى بطلان العقود التي اشترطت فيها، وهذا هو إختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، فلا فرق بين ما نهى عنه الشرع ولم ينهى عنه، وإستدلوا بالأنكحة التي ورد الشرع بالنهي عنها كالشغار والتحليل.[1]

**ثانيا:** ذهب الحنفية إلى أن الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح إلا إذا اشترط التأقيت في العقد فهذا يتنافى مع التأبيد الذي يوصف به عقد الزواج، الذي يقوم على إستمرار الحياة الزوجية. [2]

وعلى هذا فإن الأنكحة المنهي عنها كالشغار والتحليل، تصح إذا أبطلت منها الشروط الفاسدة، إلا نكاح المتعة لأنه اشترط فيه التأقيت فلا تصح، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للإنشاء، وهي التي تجعل صيغة العقد دالة بصريحها على توقيته بزمن، وتنحصر في إقتران اللفظ بذكر مدة معينة. [3]

وحجة الحنفية أن عدم تعيين المهر وتقديره والاتفاق عليه عند العقد، لا يبطل العقد بإجماع أهل العلم، فاشتراط عدمه لا يبطل النكاح، ومثل ذلك غيره من الشروط، فإذا أبطلت هذه الشروط كان العقد صحيحا.

وقالوا إن الشرع جوز خيار الشرط لأجل المغابنة، والمغابنة في باب النكاح أكثر من باب البيع فيجوز بشرط الخيار فكذلك في النكاح.[4]

**ثالثا:** وذهب جمع من الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أن من شروط النكاح ما يبطل الشرط ويصح العقد، ومنها ما يبطل العقد من أصله.

1)_ضابط النوع المبطل أن يكون مخلا بمقصود النكاح، ومثل له باشتراطه في العقد طلاقها، أو عدم وطئها، ومنه أيضا شرط التأقيت والخيار وشبهه في عقد النكاح .

وأضاف المالكية أن من الشروط التي يبطل بها العقد أن تشترط المرأة على الرجل أن يكون أمرها بيدها، تطلق نفسها متى شاءت، إلا إذا علق أمر الطلاق بيدها على سبب، حينئذ لا

---

[1]_ عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، مرجع سابق، ص182.

[2]_ الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص46.

[3]_ محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص157.

[4]_ إسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية**، مرجع سابق، ص108.

يبطل العقد بل الشرط جائز ولازم، مثل أن يشترط لها أنه متى ضربها أو سافر عنها فأمرها بيدها.[1]

**2)_** أما ضابط النوع الثاني وهي الشروط الباطلة التي يصح العقد مع بطلانها فهي الشروط التي لا تخل بالمقصود الأصلي للنكاح، ومثل لها باشتراطها خروجها متى شاءت، أو أن تشترط طلاق ضرتها، أو يشترط عليها أن لا قسمة لها ولا نفقة.[2]

ومن هذا نلاحظ أن خلاف الفقهاء كان في حكم العقد الذي تم متضمنا هذه الشروط التي اتفق الفقهاء على فسادها و بطلانها، فكان هناك من الفقهاء من أوجب إبطال هذه الشروط وإبقاء العقد صحيحا ، مع استثنائهم شرط التأقيت وهو ما ذهب إليه الحنفية.

وأما الشيخ ابن تيمية فأبطل العقد دون النظر إلى كون هذه الشروط تؤثر في مقاصد العقد أو لا.

أما الرأي الثالث فقد فرق بين هذه الشروط، فرأى أصحابه أن هناك شروطا تبطل ويبطل معها العقد، وهناك شروطا تبطل مع بقاء العقد صحيحا، وهو ما أقره الشافعية والحنابلة والمالكية.[3]

_ وعليه نرى أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بوجوب الوفاء بالشروط، وذلك لأن العاقدين تراضيا على هذه الشروط إذا كان فيها مصلحة ما لم تكن مخالفة للشرع.

وانه في حال عدم الوفاء بها كان للمشروط حق الفسخ، ولأن صاحب العقد لم يرضى بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط، ولأن الرضا يعتبر ركنا أساسيا في العقد، وهو أساس نجاح واستمرار الحياة بينهم.

---

[1] _محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**، مرجع سابق، ص164.

[2] _ عمر سليمان الأشقر،_**أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، مرجع سابق، ص182.

[3] _ محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**، مرجع سابق، ص164.

**الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.**

إن كانت الشروط المشترطة في العقد تتنافى وطبيعة عقد الزواج، تكون باطلة ولا يعتد بها، كاشتراط ألا مهر لها، أو شرط عدم النفقة عليها.

فقانون الأسرة الجزائري يؤكد على أحقية الزوجة للصداق في نص المادة 16 منه، كما أوجبت المادة 14على الزوج الإنفاق على الزوجة .[1]

وبالتالي تلغى هذه الشروط ويصح العقد، وهذا ما سلف ذكره عند الفقهاء، غير أنهم وضحوا بعض الشروط التي تبطل العقد من أصله كشرط التأقيت أو شرط الخيار، الذي يَمنح للزوجين أو أحدهما حق العدول عن العقد بعد مدة معينة، فكل هذه الشروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح.

تعرض قانون الأسرة لهذه المسألة في جملة من النصوص منها المادة 32 منه بنصها:« يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد». والمادة 35 أيضا بنصها:« إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا».[2]

باستقرائنا لهذه النصوص نجد أن المشرع قد رتب البطلان على الزواج المشتمل على شرط يتنافى ومقتضبات العقد في المادة 32.

أما بالنسبة للمادة 35 فنجده قد نص على حكم مغاير يقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد وبقاء العقد صحيحا، وبالتالي ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 وإضافة هذه العبارة إلى المادة 35. بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي:« إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا».[3]

وعليه فإنه لا إشكال في بطلان الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج بنص المادة 35 فهي تعتبرها لاغية ولا يلزم الوفاء بها.

---

[1] _ يوسف مسعودي، **الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق،ص72.

[2] _ قانون رقم84_11مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن **قانون الأسرة**، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] _ الرشيد بن شويخ ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل(دراسة مقارنة)**، مرجع سابق،ص129.

## المبحث الثاني:

## نماذج لبعض المشارطات في عقد النكاح.

ارتأينا تخصيص هذا المبحث لدراسة بعض التطبيقات عن الشروط في عقد الزواج، فخصصنا المطلب الأول لبيان نماذج من عقود الزواج المقترنة بشروط وقد كانت من بين العقود التي ظهرت في الجاهلية، وكانت بكثرة منها زواج الشغار والتحليل وكذلك زواج المسيار الذي يعتبر من بين الأنكحة المعاصرة.

أما بالنسبة للمطلب الثاني فنتطرق فيه إلى نوعين من الشروط التي تشترطها الزوجة وذلك لأهميتها، فمنها ما هو مؤثر في العقد ومنها ما فيه مصلحة ، مع اختلاف حكم كل منهما.

***المطلب الأول:***

***الشروط في بعض الأنكحة الفاسدة.***

لقد نهى الشرع عن الشروط الفاسدة، وشريعة الإسلام قد ألغت بعض الأنكحة الفاسدة التي كانت سائدة قبل مجيئه.

وبالرغم من تحريم الشريعة الإسلامية لهذه الأنكحة الفاسدة، لا يزال بعض الناس في عصرنا الحالي يلجؤون إلى التزاوج عن طريق هذه الأنكحة المحرمة، وإن كان ذلك تحت مسميات جديدة.

من هنا قسمنا مطلبنا إلى ثلاثة فروع، الفرعان الأول والثاني نوضح فيهما نكاح الشغار والتحليل ، أما الفرع الثالث فخصصناه لنكاح المسيار الذي يعتبر من الأنكحة المعاصرة.

**الفرع الأول: نكاح الشغار.**

**أولا:** تعريف الشغار لغة واصطلاحا.

**1)_ لغة:** شَغَرَ الكلب ، كمَنع: رفع إحدى رجليه، بال أو لم يبل، أو فبال، والرجل والمرأة شغوراً: رفع رجلها للنكاح.

_ والشغارُ: بالكسر: أن تُزَوِجَ الرجل امرأة على أن يزوجك أخرى بغير صداق كل واحدة بضع للأخرى.[1]

[1]_ الفيروزي أبادي، **القاموس المحيط**، ط 5، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1996، ص535.

وخص بعضهم بعض القرائب فقال: لا يكون الشغار إلا أن تنكحه وليتك، على أن ينكحك وليته، وقد شاغره ، الفراء: الشغارُ شِغارُ المتناكحين.[1]

**2)_ اصطلاحا:** هو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته، وهو المعروف بالبدل، أو أن تتزوج امرأتان برجلين على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الأخرى.[2]

**ثانيا: حكم نكاح الشغار.**

اتفق الفقهاء على أن صفة الشغار أن ينكح الرجل وليته رجلا أخر على أن ينكح الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه.[3]

واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا؟

فقال مالك: لا يصحح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده. وقال الليث وأبو حنيفة ، وأصحابه: هو نكاح صحيح ذكر لكل واحدة صداقها، أو لإحداهما دون الأخرى، أو لم يذكر صداقا أصلا أو اشتراطا ، وبينا أنه لا صداق في ذلك، قالوا: ولكل واحدة في هذا مهر مثلها والطاهر من قولهم: أنهما إن سميا صداقا أنه ليس لهما إلا المسمى.[4]

ومنه فمدار الشغار عند الفقهاء هو أن يشترط كل من الرجلين على صاحبه أن يزوجه موليته ، وذهابهم إلى أن علة النهي عن نكاح الشغار هي جعل كل واحدة من العقدين شرطا للأخر.[5]

واستدل الجمهور من المالكية والشافعية على قولهم بالسنة الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل، مثل العقد على خمر أو على خنزير، وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسد إذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل.[6]

---

[1]_ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد 7، مرجع سابق، ص144.

[2]_ محمد بن فنخور العبدلي، **الأنكحة المستحدثة وحكم الشرع فيها**، د ب، المعهد العلمي للطباعة والنشر، د س، ص85.

[3]_ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مرجع سابق، ص46.

[4]_ ابن حزم، **المحلي بالآثار**، مرجع سابق، ص514.

[5]_ أحمد محمد الخليفي، **عقود الزواج الفاسدة في الإسلام** ، ط1، ليبيا، دار المدار الإسلامي، 2008، ص244.

[6]_ ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مرجع سابق، ص47.

**الترجيح:**

بالنظر في أدلة القولين ترجح الكفة إلى فساد الشغار وبطلانه مطلقا سواء ذكر في كل ذلك صداق لكل منهما، أو لإحداهما دون الأخرى، أو لم يذكر في شيء من ذلك صداقا، ولأن الجميع يصدق عليه شغار والنبي(صلى الله عليه وسلم) نهى عن الشغار. [1]

كما أن زواج الشغار فيه إهانة لكرامة المرأة، والتعامل معها على أساس سلعة وليس غير ذلك، وهذا ظلم والظلم لم يبحه الله للعباد.

**الفرع الثاني: النكاح المحلل.**

**أولا: تعريف التحليل لغة واصطلاحا.**

**1)_ لغة:**

حلل: اليمين تحليلا، والمحلل: الفرس الثالث في الرهان.

ومتزوج المطلقة ثلاثا لتحل للزوج الأول.

والمُحَلل، كالمُعظم: الشيء اليسير، وكل ماءٍ حَلَتهُ الإبلُ فكدَرتهُ.[2]

**2)_اصطلاحا:**

هو أن تطلق المرأة ثلاثا فتحرم على زوجها به، فيتزوجها آخر قصد أن يحلها لزوجها الأول.[3]

عن عائشة قالت جاءت امرأة رفاعة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: كنت عند رفاعة، فطلقني فبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمان بن الزبير، وإن ما معه مثل هُدبَةِ الثوب، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك».[4]

فإذا تزوجها الثاني زواج رغبة، ودخل بها دخولا حقيقيا حتى ذاق كل منهما عسيلة الأخر، ثم فارقها أو مات، حل للأول أن يتزوجها بعد انقضاء عدتها.

**ثانيا: حكم النكاح المحلل.**

هذا النوع من الزواج كبيرة من كبائر الإثم والفواحش، حرمه الله تعالى ولعن فاعله.

---

(1) _ أحمد محمد الخليفي، **عقود الزواج الفاسدة في الإسلام**، المرجع السابق، ص249.

(2)- الفيروزي أباد، **القاموس المحيط**، مرجع سابق، ص 1275.

(3)_ أبو بكر جابر الجزائري، **منهاج المسلم**، مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، د س، ص347.

(4)_ الإمام مسلم، **صحيح مسلم**، مرجع سابق، ص652.

عن عبد الله بن مسعود قال: « لعن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) المُحَلِلَ والمحلل له».[1]

وسئل ابن باز: عن من تزوج امرأة مطلقة ثلاثا من زوج، وقال إن صلحت لي، وإلا فرجت كُربَةَ أخي؟ فأجاب لا حتى تكون نيته حسنة.[2]

وقال ابن تيمية التحليل الذي يتواطئون فيه مع الزوج لفظا أو عرفا، على أن يطلق المرأة، أو ينوي الزوج ذلك محرم في أحاديث عديدة، وسماه الرسول التيس المستعار. وكذلك عمر وعثمان وعلي وابن عمر وغيرهم لهم بذلك أثار مشهورة، يصرحون فيها بأن من قصد التحليل بقلبه فهو محلل وإن لم يشترطه في العقد، وسموه سفاحا.[3]

قال تعالى:﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾.[4]

وقال سفيان الثوري : إذا تزوج الرجل المرأة ليحللها، ثم بدا له أن يمسكها فلا تحل له أن يمسكها، حتى يتزوجها بنكاح جديد.[5]

وعلى هذا فإن المرأة لا تحل للأول إلا بهذه الشروط:

_ أن يكون زواجها بالزوج الثاني صحيحا.

_ أن يكون زواج رغبة.

_ أن يدخل بها دخولا حقيقيا بعد العقد، ويذوق عسيلتها وتذوق عسيلته.[6]

- والمصححون لنكاح التحليل و الشغار ونحوهما وهم الحنفية، يقولون ما نهى عنه النبي لم نصححه، فإنا لا نصححه مع كونه شغارا، وتحليلا، ولكن نبطل شرط أصل العقد في المهر، ونبطل شرط التحليل، ويبقى العقد لازما ليس فيه شغار ولا تحليل.[7] وإن إطلاق النبي إسم التيس الذي يستعار للنزو، على المحلل فيه من التنفير والتقبيح من هذا الفعل وأمر هذا شأنه لا يكون إلا فاسدا.[8]

---

[1]_ الترميذي، **باب ما ذكر في الصلح بين المسلمين** ، مرجع سابق، ص428.

[2] _أبي محمد عبد الله بن مانع، **مسائل الإمام ابن باز**، ط1، الرياض، دار التدمرية، 2007، ص187.

[3] _ ابن تيمية، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، مرجع سابق، ص151.

[4]_ البقرة، الآية 230.

[5]_ الترميذي ، **باب ما ذكر في الصلح بين المسلمين** ، ص430.

[6]_ سيد سابق، **فقه السنة**، مرجع سابق، ص42.

[7] - ابن تيمية، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، مرجع سابق، ص162.

[8]_ أحمد محمد الخليفي، **عقود الزواج الفاسدة في الإسلام**، المرجع السابق، ص254.

إن الملاحظ من كل هذا أن نكاح التحليل نكاح باطل ولا يحقق مقاصد النكاح الشرعي الذي يكون عن رغبة، بقصد الاستدامة والألفة وإعقاب النسل وتربيته، كما أن المرأة لا ترضى لنفسها مثل هذا العمل.

**الفرع الثالث: زواج المسيار.**

كتطبيق معاصر لموضوع الشروط نذكر منها ما ظهر مؤخرا وسمي بزواج المسيار، فقد ظهر في الآونة الأخيرة هذا النوع من الزواج وأثار جدلا واسعا حول شرعيته، فظهر له مؤيدون ومعارضون، والمهم في الأمر أن هذا الزواج لم يأت من فراغ، ولكن من حاجة ملحة حينما تقاعس المجتمع عن إيجاد الحلول الشرعية المناسبة.[1]

***أولا: تعريف المسيار.***

***1)_ لغة:*** السَيرُ: الذهاب، سَارَ يَسِيْرُ سَيراً ، وَمَسِيرًا وتَسَايُراً ، ومسيرةً وسيرورةً، يقال: سَارَ القَومُ يَسِيْرُونَ سَيراً ومَسِيْراً ، إذا امتد بهم السير في جهة توجهوا لها، ويقال: بارك الله في مسيرك أي سيرك، والتسيارُ تفعالٌ من السَيرِ، وسايره أي جاراه فتسايرا، ومسيار صيغة مبالغة، يوصف بها الرجل كثير السير تقول: رجل مسيار وسيار.[2]

**2)_ إصطلاحا:**

ليس لهذا الزواج أصل في الفقه، فهو مأخوذ من الواقع، والفقهاء القدامى لم يتطرقوا إليه، ولذلك فإن كثيرا من العلماء الآن يجتهد في وضع وصف له.[3]

قال الشيخ القرضاوي: هو أن يرتبط الزوجان بعقد وشهود ومهر وغيرها من مقومات صحة الزواج الشرعي، لكن تتنازل الزوجة عن حق المبيت والنفقة، وتكتفي من زوجها بزيارات غير محددة الموعد، وعلى ذلك فالزوج لا يمكث عند الزوجة وهو كالذي يسير.[4]

ويتم هذا الزواج بعقد شرعي مستكمل للشروط والأركان، ولكن المرأة لا تطالب فيه بحقها في السكن والنفقة لاشتراط تنازلها عن هذا الحق في عقد الزواج.[5]

---

[1]_ علاء الدين حسين رحال، مروان إبراهيم القيسي، **نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، ، ط1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2009،ص81.

[2]_ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد 6، مرجع سابق، ص 453.

[3]_ عبد الملك بن يوسف بن محمد المطلق، **زواج المسيار( دراسة فقهية واجتماعية نقدية)**، الرياض، دار ابن لعبون للنشر والتوزيع، 1423هـ، ص76.

[4]_ يوسف القرضاوي، "زواج المسيار"، **مجلة المجتمع الكويتية**، العدد 1266، د د ن، 1997، ص31.

[5] _ علاء الدين حسين رحال، مروان إبراهيم القيسي، **نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص81.

ـ وسمي بالمسيار لأن المتزوج لا يلتزم بالحقوق الزوجية التي يلزمه بها الشرع، فالمسيار إذا هو المرور وعدم المكث الطويل. وتعد عنوسة المرأة أو طلاقها أو ترملها ورفض كثير من النساء لفكرة التعدد، أو حاجة بعض النساء إلى المكث في بيت أهلها لرعاية أبويها، من بين الأسباب التي أدت إلى ظهوره، كما أن رغبة الرجال في المتعة أو عدم استقرارهم بسبب العمل من بين الأسباب أيضا، كما أن للمجتمع دور، فغلاء المهور وارتفاع تكاليف الزواج تكون كفيلة لخلق هكذا أنواع من الزواج.[1]

***ثانيا: حكمه.***

من الملاحظ أنه كانت هناك حالات متشابهة لمثل هذا الزواج قديما، ولذلك نجد كتب الفقه القديمة تتحدث عن شرط إسقاط النفقة والقسم. وعليه فمن ناحية الفتوى الشرعية فبعض العلماء، رأوا أن هذا الزواج بما أنه مستكمل للأركان والشروط ،ويتم بإيجاب وقبول وولي وإشهاد كباقي عقود الزواج فالعقد صحيح، ولكن لما تحف به من ظروف يرى بعض العلماء كراهته، فمع أن هذا الشرط تتحقق به مصلحة لأحد الطرفين إلا أنه مخالف لمقتضى العقد، ومن هنا يكون الشرط باطلا والعقد صحيحا.[2]

وعن موقف العلماء المسلمين المعاصرين من هذا الزواج فهو محل نظر وخلاف ، فمنهم من عارضه لآثاره الإجتماعية الناشئة عنه، ومنهم من أقر بمشروعيته ولكن لم يشجع عليه.[3] في الأخير نقول أن زواج المسيار يختلف عن باقي أنواع الزواج ، كزواج المتعة والمحلل فهو زواج مستكمل للشروط والأركان ، غير أن وجود شرط التنازل عن النفقة والمبيت جعل منه محل خلاف بين العلماء المسلمين من حيث إباحته أو تحريمه.

***المطلب الثاني :***

***أمثلة عن بعض الشروط الهامة في عقد الزواج.***

تشترط الزوجة على خطيبها شروطا معينة لزواجها به، فإن كان ما تشترطه مما يدعم العقد ويقويه، وذلك كأن تشترط النفقة لها أو الوطء. فهذا شرط يعتبر من أصل العقد ولا خلاف فيه. أما إذا كان الشرط مما يخل بالعقد كأن لا تسمع له بأن يستمتع بها فهذا الشرط مخالف للغرض من الزواج بها فلا يجب الوفاء بها، كما أنها إذا اشترطت شرطا لا يحرم حلالا ولا

---

[1] _ ينظر: عبد الملك بن يوسف بن محمد المطلق، **زواج المسيار ( دراسة فقهية وإجتماعية نقدية)** ، مرجع سابق، ص81.

[2] _ علاء الدين حسين رحال، مروان إبراهيم القيسي، **نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص82.

[3] _ يوسف مسعودي، **الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص122.

يحل حراما، كاشتراط زيارة أهلها أو أن لا يخرجها من بلدها كان لها ذلك ووجب عليه الوفاء بذلك، وإلا فلها الحق في فسخ نكاحها إن شاءت. وعليه فإننا في مطلبنا سنوضح نوعين من هذه الشروط، الفرع الأول: لتبيان طبيعة شرط طلاق الضرة، والفرع الثاني: نوضح فيه شرط عدم التعدد.

**الفرع الأول: اشتراط المرأة طلاق ضرتها.**

إن اشتراط الزوجة طلاق ضرتها من الشروط التي تنافي مقتضيات العقد، وهي من الشروط التي نهى عنها الشارع الحكيم ويحرم الوفاء بها، فلا يصح أن تشترط المرأة طلاق أختها لأن في ذلك إضرارا بها واعتداء عليها، فلا يصح الوفاء به لأنه شرط محرم. والشرط الذي يلزم الوفاء به يشترط ألا يكون مخالفا لنص شرعي و ليس فيه تحليل لمحرم وفيه حفظ مصلحة للمشترط.[1]

ورد عن النبي أنه نهى أن تسأل المرأة طلاق ضرتها، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله:« لا تناجشوا، ولا يبع المرء على بيع أخيه، ولا يبع حاضر لباد، ولا يخطب المرء على خطبة أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق الأخرى لتكتفئ ما في إناءها».[2] وحديثه « لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى».[3]

فهذا النهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته، فلم يصح، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه.

وقد عرفت نساء العرب فيما قبل الإسلام مثل هذه الشروط فكان يحق للمرأة أن تطلق زوجها أو تطلق نفسها من زوجها، وكانت علامة ذلك أن تحول المرأة مدخل الخباء (الخيمة) إلى عكس الإتجاه الذي أقيمت عليه الخيمة أولا، فإن كان مدخل الخيمة جهة الشرق حولته إلى جهة الغرب، فكان الزوج يمتنع عن الدخول ويعلم أن زوجته قد طلقته أو طلقت نفسها منه.[4]

_ كل هذا النوع من المشارطات قد تم تحريمه بحلول الإسلام فقد بينت الشريعة المباح منها والمنهي عنها. وعلى هذا فإما أن ترضى المرأة بواقع الزوج، وإما أن لا تتزوجه على هذا الشرط المنهي عنه.

---

[1] _صالح غانم السدلان، **الشروط في النكاح**، مرجع سابق، ص150.

[2] _ الإمام مسلم، **صحيح مسلم**،مرجع سابق، ص 639.

[3] _ البخاري، **باب مالا يجوز من الشروط**،مرجع سابق، ص250.

[4] _ أحمد شامي، **التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام**، مصر، د د ن، 1982، ص26.

**الفرع الثاني: اشتراط عدم التعدد.**

يعتبر موضوع التعدد من المواضيع الحساسة التي يتنازع فيها الرجال مع النساء، باعتباره حقا من الحقوق التي أجازها الله للرجل، فكما يقال: تعدد الزوجات هو كالثلج على قلوب الرجال وكالنار على قلوب النساء.

وبما أنه كالنار على قلوب النساء، منح لها الحق في اشتراط عدم التعدد في عقد الزواج، وذلك لتفادي هذا الإشكال وحتى يكون كحل وقائي لما قد ينتج عن وجود زوجة ثانية، كعدم العدل بينهما.

وسبب رفض النساء للتعدد يمكن إسناده لأمرين:

_ الأول: تربوي: فمع تركيز التوجيه والتربية على ضرورة أن تستقل المرأة ببيتها وزوجها، بحيث لا ينافسها أحد، وأن تكون لها خصوصية لا تشاركها فيها أخرى، يصبح التعدد ممنوعا بسبب هذه التربية التي تتحول إلى موقف عام ونمط سائد.

_ الثاني: نفسي: بسبب الرغبة بالاستقلال والاستئثار، فهذا أكثر راحة وأهدأ بالا.[1]

سئل الشيخ ابن باز رحمه الله تعالى: على من شرطت ألا يتزوج عليها؟. فأجاب: لا بأس، فإن تزوج عليها فلها الخيار.

قيل: وهل يأثم بهذا؟ أجاب: لا، لأن الحق يتجدد له، فإن رضيت بالضرة، وإلا لها الخيار، والله أباح له النكاح.[2]

وهذا الشرط مكروه عند المالكية، وإن اشترط ندب الوفاء به، والحنابلة يرون لزوم الوفاء به، وللزوجة حق المطالبة بالفسخ إذا لم يف بها الزوج. [3]

شرط عدم التعدد صار معتبرا من الناحية القانونية فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فقبل بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به.

فإذا أراد أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر فما عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط.[4]

---

[1]_ نعيم قاسم، **حقوق الزوج والزوجة**، بيروت، دار الهادي للنشر، 2002، ص94.

[2]_ أبو محمد عبد الله بن مانع، **مسائل الإمام ابن باز**، مرجع سابق، ص183.

[3] _ صالح غانم السدلان، **الشروط في النكاح**، مرجع سابق، ص41، 42.

[4]_ أحمد شامي، **قانون الأشرة الجزائري( طبقا لأحدث التعديلات )**، مرجع سابق، ص131.

أما إذا تزوج عليها فالعقد الثاني يصح، وكان للزوجة الأولى حق الفسخ حسب المادة 53 من قانونا الأسرة الجزائري.

ويبدو أن التعديل الجديد لنص المادة 19 قد تأثر برأي الحنابلة الذين يجيزون هذا الشرط، فإذا اشترطت عليه ألا يتزوج عليها فوافق لزم الشرط.[1]

مع تحريم اشتراط طلاق الضرة وإباحة اشتراط عدم التعدد كان هناك تساؤلات حول الفارق بينها، فقيل: ما الفارق بين هذا وبين اشتراطها أن لا يتزوج عليها، حتى صححتم هذا، وأبطلتم شرط طلاق الضرة؟ فأجاب ابن القيم عن هذا فقال: الفرق بينهما أن في اشتراط طلاق الزوجة من الإضرار بها وكسر قلبها وخراب بيتها وشماتة أعدائها، ما ليس في اشتراطها عدم نكاحها ونكاح غيرها، وقد فرق النص بينهما، فقياس أحدهما على الآخر فاسد.[2]

**الفرع الثالث: اشتراط الزوجة العمل.**

يعتبر هذا الشرط من الشروط التي توافق مقتضى عقد الزواج ولا تنافيه، فهو يحقق مصلحة للزوجة.

ولقد أجازت الشريعة الإسلامية عمل المرأة إذا دعتها ضرورة لذلك، ومن أدلة أحقية المرأة في العمل قوله تعالى:﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾[3].

فإذا اشترطت الزوجة على زوجها عند عقد الزواج ألا يمنعها من الاستمرار في العمل، أو كانت تعمل وسكت، فقد اختلف الفقهاء إزاء صحة الوفاء بهذا الشرط على أقوال:

فالحنفية يرون أن هذا الشرط فاسد ملغى والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل، فإن إستمرت رغم منعها فهي ناشزة.

أما المالكية فيرون أن هذا الشرط صحيح، ولكنه مكروه، ولا يلزم الوفاء به ولكن يستحب، وبالتالي فللزوج أن يمنع زوجته من العمل، فإن رفضت رغم منعه لها فهي ناشزة.[4]

---

[1]_ الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص127.

[2]_ سيد سابق، **فقه السنة**، مرجع سابق، ص47.

[3]- سورة النحل، الآية (97).

[4]_ على محمد على قاسم، **نشوز الزوجة**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص74.

أما الشافعية فعندهم مثل هذا الشرط لا قيمة له، لان النفقة عندهم تجب بالتمكين التام، لا بالعقد، وأن هذا العمل يترتب عليه خروجها من البيت بغير إذن الزوج، وبالتالي فإنها تكون ناشزا.

ويرى الحنابلة أن هذا الشرط ملزم للزوج،ويجب الوفاء به ولا يحق له أن يمنعها من العمل، فإن أراد منعها فلم تمتنع فلا تكون ناشزة ، بناءً على هذا الشرط ، إذ ليس فيه إخلال بالطاعة الواجبة عليها. [1]

**الترجيح:**

إن الراجح من من هذه الأقوال هو أن هذا الشرط غير لازم الوفاء به، فالشريعة الإسلامية أعطت حق القوامة للرجل وعلى الزوجة طاعة زوجها، كما أن واجب النفقة يقع على الزوج لا الزوجة، كما أنه إذا كانت الشريعة قد أجازت لها العمل فيجب أن يكون العمل مشروعا وغير مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومنه إذا كان العمل غير مشروع كان الشرط باطلا مع صحة العقد.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد سلك مسلك الشريعة الإسلامية، حيث نص في المادة 19 من قانون الأسرة إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج خروجها إلى العمل، وأن الإخلال بهذا الشرط من طرف الزوج يجعل للمرأة الحق في طلب التطليق وفقا لنص المادة 53 الفقرة التاسعة، وقد ذهب إلى أبعد من ذلك عندما لم يجعل عمل المرأة سببا كافيا لسقوط حقها في الحضانة طبقا للفقرة الثانية من المادة 67 من قانون الأسرة.[2]

غير أنه هناك استثناء يجوز للزوج منع زوجته من العمل في حالتين:

**أولا:** تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج للعمل، كأن تظهر بمظهر المتبرجة او بصورة تدعو إلى الفتنة، أو الإكثار من الخروج من المنزل بلا سبب حقيقي.

**ثانيا:** منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة وهي مسالة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ويراعى في ذلك مدى تأثير عمل المرأة على أداء واجباتها الزوجية والأسرية.[3]

---

[1]_ محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، (رسالة دكتوراه)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص467، 468.

[2]_ محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص465.

[3]_ يوسف مسعودي، **الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص131.

وعلى هذا فإن هذا الشرط صحيح ما لم يكن عملا غير مشروع، أو كان هذا الحق يتعارض مع وظيفتها الأسرية، فالأصل هو قرار الزوجة في بيت الزوجية، وقيامها على شؤون بيتها.

_ في ختام هذا الفصل نستخلص أن حكم هذه الشروط هو بطلان كل شرط مناف لمقتضى العقد، إلا أن التأثير الأكبر عند انعقاد العقد متضمنا لهذه الشروط الباطلة، فيكون نكاحا باطلا فيفسخ، من ذلك نكاح الشغار الذي يتضمن شرط عدم وجود مهر للزوجة، كذلك نكاح التحليل وزواج المسيار المتضمن شرط تنازل الزوجة عن حقها في النفقة والمبيت، فكلها أنكحة باطلة .

# الخاتمة

من خلال هذه الدراسة لموضوع الشروط في عقد الزواج تبين لنا:

_ أن الاشتراط في عقد الزواج هو حق لكل زوج يمارسه بحرية وفي إطار الشروط التي لا تتنافى مع هذا العقد ومع الأهداف التي يحققها، والآثار التي يرتبها.

_ إن الفقهاء كان لهم خلاف في تقسيم هذه الشروط ومدى حرية الطرفين في إدراجها في العقد، فقسموها إلى شروط صحيحة إما تكون من مقتضيات العقد، أو تكون مما فيه مصلحة لأحد الطرفين، أو تكون غير صحيحة تؤثر في صحة العقد.

_ اختلفت نظرة الفقهاء للشروط بين موسع ومضيق لها، فهناك من لم يعتبر الشروط إلا التي نص عليها الشرع وهو مذهب الجمهور، وهناك من وسع من دائرة هذه الشروط واعتبرها صحيحة إلا ما منعه الشرع الحكيم وذلك كان مذهب الحنابلة، وبذلك ذهب الفقهاء إلى اتجاهين في أن الأصل في الشروط الحظر أو الإباحة، والرأي الراجح كان رأي الحنابلة نظرا لقوة الأدلة التي استندوا إليها.

_ إن إعطاء الحرية للزوجين في اشتراط الشروط لا يمنحهما كل الحرية لاشتراط ما يحلو لهما، فهم مقيدون بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وكذا أحكام القانون، فكان على الزوجين مراعاة الأحكام التي وضعها الفقه في اختيار الشروط التي تكون من مقتضيات العقد كاشتراط النفقة أو المهر، أو اشتراط الشروط التي فيها مصلحة لأحدهما مع عدم الضرر بالغير كاشتراط الزوجة على الزوج عدم التعدد، فهذه الشروط باتفاق الفقهاء والقانون تعد واجبة الوفاء، وعند عدم الوفاء يحق للزوجة طلب الفسخ، أما الشروط المنافية للشرع والتي نهى عنها، وقد تخرج عقد الزواج عن مقصده، كاشتراط عدم الاستمتاع أو اشتراط الزواج بنية التحليل أو شرط طلاق الضرة، فكلها شروط تؤثر في العقد وتبطله أحيانا.

_ أكد المشرع الجزائري على حرية الاشتراط في عقد الزواج من خلال نص المادة 19 قانون الأسرة، كما وضح مثالين من الشروط التي يمكن اشتراطها تندرج تحت الشروط التي فيها مصلحة للزوجة، وهما شرط عدم التعدد وشرط العمل.

منحها أيضا حق الفسخ في حالة الإخلال بهذه الشروط حسب الفقرة التاسعة من المادة 53.

غير أنه نلاحظ بعض الفراغات القانونية للمشرع التي يجب أن يتداركها حيث أنه لم يحدد المركز القانوني للزوج في حالة إخلال الزوجة بهذه الشروط فهل يكون طلبه الطلاق طلبا تعسفيا فيلزم بالتعويض، أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا فيسقط حقها في التعويض، أم أن المشرع رأى أن هذا بديهي باعتبار أن حق الطلاق بيده هو فلم يشر إلى أن الزوج له حق الفسخ عند إخلال الزوجة بهذه الشروط؟

كما نلاحظ أيضا أنه كان متناقضا فيما يخص المادتين 32 و 35 كانت متناقضة في الحكم حيث تقضي المادة 32 ببطلان العقد عند اشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أما المادة 35 فهي تبطل الشرط إذا كان ينافي مقتضى العقد مع بقاء العقد صحيحا، فنرى أنه كان على المشرع إعادة النضر في صياغة المادتين.

بعد بحثي في هذا الموضوع قابلتني تجربة للجمهورية الإيرانية حبذا لو أخذ المشرع الجزائري بها، والمتمثلة في أن الجمهورية الإيرانية تعتمد على دفتر شروط يطلع عليه الزوجان قبل إجراء العقد، ويتولى مجري العقد في المحكمة شرح الشروط وتوضيحها للزوجين فيوقعان كل شرط يتفقان عليه، ثم يتم العقد متضمنا لهذه الشروط التي تم الاتفاق عليها. ويتضمن عقد الزواج حوالي 15 شرطا.

- في الختام أمل أن أكون قد وفقت ولو بقدر في الإحاطة بجوانب الموضوع الذي كان إضافة بسيطة لجهود سبقت، فما كان من توفيق إلا بفضل الله تعالى.

# قائمة المصادر والمراجع

**_ القرآن الكريم.**

**أولا/ *قائمة المصادر*:**

**أ. تفاسير القرآن:**

1) ابن كثير،(عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي) **تفسير القرآن العظيم**، 5 م ج، ط 1، بيروت، دار صادر، 1999.

**ب. الحديث الشريف وعلومه:**

1) الإمام مسلم، **صحيح مسلم مع شرح النووي**، بيروت، دار إحياء التراث العربي 1929.

2) البخاري، (أبو عبد الله بن إسماعيل)، **الجامع المسند الصحيح المختصر**، المشهور بصحيح البخاري، ط 1، القاهرة، المطبعة السلفية، 1979.

3) الترميذي، (أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة)، **الجامع الصحيح سنن الترميذي**، ت ح محمد فؤاد عبد الباقي، ج 3، لبنان، دار الكتب العلمية، دون سنة.

**ج. قواميس ومعاجم:**

1) الفيروزي أبادي، **القاموس المحيط**، ط 5، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1996.

2) ابن منظور، (أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، **لسان العرب**، 7م ج، مصر دار المعارف، دون سنة.

**د. النصوص و القوانين:**

1) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005. الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

3) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

**ثانيا/ *قائمة المراجع*:**

**أ. الكتب:**

1) ابن تيمية، (أحمد)، **مجموع فتاوى ابن تيمية شيخ الإسلام**، ت ح عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، 32 م ج، المغرب، مكتبة المعارف، دون سنة.

2) ابن حزم،(أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد)، **المحلي بالآثار**، ت ح محمد منير الدمشقي، 11 جزء، مصر، إدارة الطباعة المنيرية، 1351هـ.

3) ابن رشد،(الحفيد)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، الجزء 2 ، بيروت، دار الفكر والطباعة والنشر والتوزيع، 1995.

4) أحمد الشامي، **التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام**، مصر، دون دار، 1982.

5) أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري(طبقا لأحدث التعديلات)**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.

6) أحمد عثمان شبير، **الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي**، قطر، د د ن ، دون سنة.

7) أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج_في الشريعة الإسلامية**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

8) أحمد محمد الخليفي، **عقود الزواج الفاسدة في الإسلام**، الطبعة1، ليبيا، دار المدار الإسلامي، 2001.

9) أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، مصر، دار الكتب القانونية، 2009.

10) إسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة(الزواج والطلاق) بين الحنفية_والشافعية** ط 1، الأردن، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009.

11) إسماعيل أمين نواهضة_أحمد المومني، **الأحوال الشخصية فقه النكاح**، ط 1، عمان دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2010.

12) الأمين الحاج محمد أحمد، أحكام **الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط 2، د ب، د د ن 2008.

13) بدران أبو العينين بدران، **تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود**، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، دون سنة.

14) حسن حسن منصور، **المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية**، م ج 2، ط 2 لبنان، مطبعة سامي، 2001.

15) الرشيد بن شويخ ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل( دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)**، ط 1، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008.

16) سرين شريقي، كمال بوفرورة، **قانون الأسرة الجزائري**، الجزائر، دار بلقيس، 2013.

17) سيد سايق، **فقه السنة**، ج 10، م ج 2، ط 4، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1983.

18) صلاح غانم السدلان، **الشروط في النكاح**، ط 2، الرياض، دار معاذ للنشر والتوزيع 1998.

19) عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**،ج 3، ط 2، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.

20) عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط 3، الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر، 1996.

21) عبد الملك بن يوسف بن محمد الطلق، **زواج المسيار(دراسة فقهية واجتماعية نقدية)** الرياض، دار إبن لعبون للنشر والتوزيع، 1423هـ.

22) عصمت عبد المجيد بكر، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000.

23) علاء الدين حسين رحال_مروان إبراهيم القيسي، **نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية** الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2010.

24) علاء الدين رحال، مروان إبراهيم القيسي، **نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، ط 1 الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2009.

25) علي محمد علي قاسم، **التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

26) علي محمد علي قاسم، **نشوز الزوجة( أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي)** الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

27) عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط 1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1997.

28) عيسى حداد، **عقد الزواج(دراسة مقارنة)**، عنابة، منشورات جامعة باجي مختار 2006.

29) الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط 1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.

30) كوثر كامل علي، **شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية**، تونس، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1983.

31) مانع، (أبي محمد عبد الله) ، **مسائل الإمام ابن باز**، ط 1، الرياض، دار التدمرية 2007.

32) محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط 2، القاهرة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر دون سنة.

33) محمد أحمد سراج، **نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998.

34) محمد بن فنخور العبدلي، **الأنكحة المستحدثة**، د ب، المعهد العلمي للطباعة والنشر دون سنة.

35) محمد تقية، **الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.

36) محمد حسن أبو يحيى، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، عمان، دار يافا للنشر والتوزيع، 2011.

37) محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**، الأردن، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2010.

38) محمد علوشيش، **الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الإسلامية فيها**، ط 1، الجزائر، دار الأمة للطباعة والترجمة والنشر والتوزيع، 1997.

39) محمد كمال الدين إمام، **الزواج في الفقه الإسلامي(دراسة تشريعية وفقهية)**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 1998.

40) محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ط 2، بيروت، دار النهضة العربية 1977.

41) محمود علي السرطاوي، **فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)**، ط 1، الأردن، دار الفكر، 2008.

42) مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج 1 ، ط 2، دمشق، دار القلم، 2004.

43) نعيم قاسم، **حقوق الزوج والزوجة** ، بيروت، دار الهادي، 2002.

44) وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج 9، ط 4، دمشق، دار الفكر، د سنة.

**ب. الرسائل العلمية:**

1) محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**،( رسالة دكتوراه)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009.

2) خديجة أبو العطا، **الشروط المشترطة في عقد الزواج**، (رسالة ماجستير)، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، 2007.

3) يوسف مسعودي، **الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**،( رسالة ماجستير)، المركز الجامعي، بشار، 2007.

**ج. المقالات:**

1) سامي محمد أبو عرجه، "الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي"، **مجلة جامعة الأزهر**، سلسلة العلوم الإنسانية، العدد2، غزة، 2008.

2) عبد الصمد بلحاجي، "حكم الشرط الجزائي الوارد على الأعمال وصورة تطبيقية في المصارف الإسلامية"، **مجلة الواحات للبحوث والدراسات**، العدد 11، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011.

3) نعمان بن مبارك جغيم، "حكم الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي"، **مجلة الحكمة**، عدد 16، د دار، 1998.

4) يوسف القرضاوي، "زواج المسيار"، **مجلة المجتمع الكويتية**، العدد 1266، د دار الكويت، 1997.

**د. المجلات القضائية:**

1) المجلة القضائية، العدد 4، 1993.

# فهرس الموضوعات

**الموضوع:** **الصفحة:**

**مقدمة**.....( أ_ج).
**الفصل الأول: حقيقة الشرط في عقد الزواج**.....(5)
المبحث الأول: مفهوم الشرط ومعنى اقترانه بالعقد..... (7)
المطلب الأول: تعريف الشرط..... (7)
الفرع الأول: تعريف الشرط لغة..... (7)
الفرع الثاني: تعرف الشرط اصطلاحا..... ...(8)
المطلب الثاني: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج وبيان خصائصه..... (11)
الفرع الأول: تعريف الشرط المقترن بالعقد.....(11)
الفرع الثاني: خصائص الشرط المقترن بالعقد.....(12)
المبحث الثاني: أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج وأصل مشروعيتها.....(14)
المطلب الأول: أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج.....(14)
الفرع الأول: الشروط الصحيحة.....(15)
الفرع الثاني: الشروط الغير الصحيحة.....(18)
المطلب الثاني: الشروط في عقد الزواج بين الإباحة والحظر.....(20)
الفرع الأول: الأصل في الشروط الإباحة.....(20)
الفرع الثاني: الأصل في الشروط الحظر.....(23)

**الفصل الثاني: أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج ونماذج منها**.....(28).

المبحث الأول: أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج.....(30)

المطلب الأول: حكم الشروط الصحيحة.....(30)

الفرع الأول: موقف الفقهاء.....(30)

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....(32)

المطلب الثاني:حكم الشروط الغير الصحيحة..... (35)

الفرع الأول: موقف الفقهاء..... (35)

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري..... (37)

المبحث الثاني: نماذج لبعض المشارطات في عقد الزواج..... (39)

المطلب الأول: الشروط في بعض الأنكحة الفاسدة..... (39)

الفرع الأول: نكاح الشغار.....(39)

الفرع الثاني : النكاح المحلل.....(41)

الفرع الثالث: نكاح المسيار..... (43)

المطلب الثاني: أمثلة عن بعض الشروط الهامة في عقد الزواج.....(44)

الفرع الأول: اشتراط تطليق الضرة..... (45)

الفرع الثاني : اشتراط عدم التعدد.....(46)

الفرع الثالث: اشتراط عمل المرأة. .....(47)

الخاتمة.....(51)

قائمة المصادر والمراجع:.....(54)

الفهرس:.....(60)

**ملخص:**

إن عقد الزواج من العقود ذات الشأن إذ يبين فيه كل واحد من الزوجين مطالبه ورغباته الأمر الذي جعل الشريعة والقانون تعطي لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة وذلك لضمان حقوقهما، إلا أن ذلك لا يعني مطلق الحرية في الاشتراط وذلك لوجود ضوابط وحدود لهذه الشروط، حددتها الشريعة ووضحت الصحيحة منها والفاسدة.

إن الاشتراط حق لكل زوج يمارسه بحرية إلا أن ذلك يكون في إطار الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ومع الأهداف التي يحققها والآثار التي يرتبها، وإن التشريع الأسري الجزائري قد أكد على حق الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق مع إعطاء مثالين حاول من خلالهما حماية حق المرأة في العمل وفي عدم التعدد عليها بدون رضاها كما أن لها طلب الفسخ عند عدم الوفاء لها بالشرط.

**résumé :**

L'acte de mariage est l'une des actes d'importance, le couple marié clémente son devoir ainsi que son droit l'un de l'autre, tel que la loi et la religion ouvient le droit d'établir leur acte selon les conditions nécessaires afin d'assurer ses droits.

Parcontre ce la ne veut due que la liberté de conditionnement, cependant il ya des conditions pour ceux-ci déterminées par la religion d'ISLAM avec l'éclaircissement des bonnes conditions que des males.

Le conditionne ment est fait avec toute une liberté par le marié dans le cadre des conditions d'objectivité.

Le code familial algérien ouvre le droit de conditionnement de l'acte mariage ou d'un acte officiel ultérieure avec une présentation des deux exemples qui sont :
1_protéger le droit de la femme pour la mise en œuvre.

2_ l'époux n'a pas le droit d'obtenir la deuxième femme sans l'autorisation de la première.

La femme ouvre le droit de divorcer si ces deux conditions ne sont pas établies.