جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة

الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

مشروع مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالب :

براكتة مسعود

.....

إشراف الأستاذة:

ميمون منى

.....

الموسم الجامعي: 2015/2014

مقدمة:

لقد شرع الله سبحانه و تعالى الزواج كمنهج رباني متكامل من لأجل تكوين اسرة تقوم على المحبة و المودة بين الزوجين وتحقيق الترابط و التكافل الزوجي مصداقا لقولة تعالي " ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة ، إن في ذلك للآيات لقوم يتفكرون "

كما نظم الشارع الحكيم العلاقة الزوجية تنظيما محكما يقوم على أنبل المبادئ و القيم الأخلاقية لضمان سعادة واستقرار الأسرة و إستمرارتها ، و أضفى عليها قدسية خاصة تفرض على الزوجين الالتزام بما شرعه وسنه من أحكام حدد بموجبها حقوق وواجبات كل منهما وقد وصف الله عقد الزواج بالميثاق الغليظ بقوله تعالى :

" وكيف تأخذونه و قد أضفى بعضكم إلى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا "

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه القانوني لم يغفل عن هذا الجانب و لقد حاولت العديد من التعرفات وصف هذا العقد و أحكامه ، و لقد حذى المشرع الجزائري على منوال بقية التشريعات في وضع أسس و أحكام و ضوابط لعقد الزواج متخذا من الشريعة الإسلامية سندا لآرائه و اجتهاداته القانونية و لقد تجسدت في قانون الأسرة الجزائري

و بالرغم أن الشارع هو الذي حدد آثار الزواج و رتبها ، فإنه يبقى من حق الزوجين تضمين العقد شروط يرانها ضرورية لضمان حقوقهما كاشتراط الزوجة عدم الزواج عليها أو الاتفاق على نصيب كل من الزوجين من الأموال المكتسبة بينهما معا بعد الزواج و التي تصبح هذه الشروط الأزمة كأثر لعقد الزواج

و قبل البحث في تحليل فكرة الشرط و دراسة الشروط التي يجوز للزوجين اشتراطها ، يجب التعرض إلى مسألة بالغة الأهمية تتمثل في تحديد العلاقة بين مبدأ شرعية آثار العقود و مبدأ الرضائية ، و إلى أي مدى يمكن الجمع بينهما ؟

إن المقصود بآثار العقود ما يترتب عليها من حقوق وواجبات للمتعاقدين وهي تختلف من عقد لآخر بحسب طبيعة العقد و الغرض الذي وجد من أجله .

وتسمي الأحكام الأصلية بحكم العقد ، أما الآثار الفرعية فتسمي أيضا بحقوق العقد ، أي المطالبات و الالتزامات التي تنشأ من العقد لتثبيت حكمه وتأكيده بخلاف الالتزامات الأصلية التي تكون من مقتضيات العقد ، و التي تثبت بمجرد انعقاده و تكوينه لأنها آثاره المباشرة .

إن الآثار الأصلية للعقود ليست خاضعة لإرادة المتعاقدين ، بل ينظمها القانون و الشرع ، إذ ينحصر دور العاقدين في القيام بالسبب و هو التعاقد ، على حين يستقل الشارع بترتيب الأحكام الأساسية للعقد ، إنما بإمكانهما تغيير أو تعديل بقية الأحكام الثانوية للعقد بشرط ألا تتعارض مع مقتضي العقد

إن رضائية العقود تكمن في حرية الاختيار للعاقد في الإقدام أو الإحجام على إبرام العقود ؟ وفي أن له الحرية في التعبير بكل ما يدل على رضاه .

إن الرابطة بين العقد و آثاره باعتبار أن أحدهما مسبب و الآخر سبب ليست رابطة آلية طبيعة عقلية ، و إنما هي رابطة جعلها الشارع بينهما ، لتجنب استغلال الناس بعضهم لبعض ، و حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع ، ولا ينالهم منها غبن ولا يلحقهم بها ضرر، و حتى لا يتخذوها وسيلة إلى اقتراف ما نهي الله عنه .

بدليل أن الشارع أجاز للمتعاقدين اشتراط شروط تنقص أو تزيد من آثار العقد و هذا في حالة ما إذا لم تحقق الآثار الأصلية للعقد مصلحة العاقدين و اغراضهم .

وعلى هذا الأساس فإن الإرادة ليس لها سلطان لها في القانون العام ، ولها دور ضئيل في مجال الأحوال الشخصية بالمقارنة مع المعاملات المالية ، حيث يتسع دور الإرادة ، وهذا ما سأحاول التطرق إليه من خلال استعراض الآراء لحظر أو إباحة حرية الزوجين في تضمين عقد الزواج شروط

ولقد انتهجت المنهج التحليلي نظرا لطبيعة الموضوع المدروس والذي يتطرق لمواد قانونية .

وسنتطرق بالدراسة و التحليل في هذا الفصل إلى تعريف الشرط و بيان خصائصه ثم التمييز بين الشرط و الألفاظ المشابهة له ، ليتم التعرض بعد ذلك إلى أهم معايير تقسيم الشرط ، و أخيرا عرض مختلف الآراء المؤيدة و المقيدة لحرية الزوجين في اشتراط الشروط في عقد الزواج.

المبحث الأول : تعريف الاشتراط و خصائصه.

المبحث الثاني : أقسام الاشتراط.

المبحث الثالث: الاشتراط في عقد الزواج بين الحظر و الإباحة.

ومن ثم فإن هذا الفصل يشتمل على ثلاث مباحث تنطوي تحتها عدة مطالب وفروع كما يلي :

أهمية الموضوع:

لعل أهمية هذا الموضوع تنحصر اساسا في كونه مرتبط بمبدأ اساسي في القانون و هو مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود و لا سيما أن حاجات الناس متغيرة و متجددة تماشيا مع تطور المجتمعات مما يقضي ظهور عقود و مشارطات جديدة لم ينظمها الشارع ، ولم يرتب عليها آثار ولا يكون امام الزوجين من سبيل لتحقيق المصالح الضرورية إلا باللجوء إلى مبدأ حرية الإرادة في إنشاء العقود و الشروط فعلى سبيل المثال قد تسهم الزوجة من مالها الخاص أو مردودها العملي في بناء مسكن الزوجية و يعطيها ذلك حق الاشتراك في ملكية المسكن و عليه يلجا الزوجان إلى تحديد المسائل الهامة بينهما في عقد الزواج بغية تفادي المشكلات التي قد تهدد كيان الأسرة في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية .

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان حكم هذه الشروط في القانون و خاصة قانون الأسرة الجزائري و الذي تعد فيه الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس نظرا لسعة الفقه الإسلامي و غزارة إنتاجه الفكري و إثبات مرونته و قابليته لمواكبة التغيرات الاجتماعية و الاقتصادية و خاصة ما تعلق بالأحوال الشخصية ، وكذا الوقوف على أهم الشروط الشائع اشتراطها بين الزوجين ومدى تعامل المشرع الجزائري مع هذه الحالات التي أصبحت تتم في عقود الزواج

الإشكالية:

لعل أول ما يتبادر إلى الذهن و نحن بصدد دراسة موضوع عقد الزواج إشكالية :

هل أن عقد الزواج وما يتسم به من قيم نبيلة يجيز للزوجين إملاء شروطهما وفقا لرغباتهم دون مراعاة مصلحة المجتمع و إرادة الشارع في ترتيب آثار العقود ؟

والتي تعد إشكالية رئيسة تتفرع عنها عدة تساؤلات:

ما مدى تأثير الشرط على العقد ؟

ما مدى مشروعية الشرط الوارد في عقد الزواج ؟

ما مدى سلطة القاضي وضابط الحالة المدنية في رفض أو تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج ؟

إلى غير ذلك من التساؤلات التي سنحاول التطرق إليها و رفع بعض الغموض عنها من خلال الاستعانة بالدراسات و البحوث السابقة التي تطرقت لهذه الأنواع من الشروط.

حيث تم تقسيم البحث لفصلين اساسين (2) يندرج تحتهما مطالب و فروع .

المبحث الأول : تعريف الاشتراط و خصائصه

إن صدور التصرفات القولية ، ومنها العقود من حيث الإطلاق و التقييد له حالتان عامتان :

إما أن تصدر من المتكلم منجزة و مطلقة ، خالية عن كل قيد و شرط و عندئذ يرتب العقد آثاره و أحكامه فور إنشائه كما لو قال أحد المتعاقدين للآخر بعتك سيارتي هذه بمبلغ محدد بينهما ، أو قال أجرتك منزلي هذا على مبلغ متفق عليه بينهما . فإن العقد ينعقد في كلتا الحالتين متى قبله المتعاقد الآخر فيمتلك المشترى الشيء المبيع و يملك المستأجر منفعة استغلال البيت و يكون العقد عندها منجزا مطلقا .

و إما أن تصدر صيغة العقد مربوطة بأمر يقصد به إما :

- تعليق وجود العقد بوجود شيء آخر فلا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشيء .
- أو يقصد به تقييد حكمه و آثاره ، وهذا ما يدخل في مجال بحثنا .
- أو تأخير مفعوله إلى زمن معين .[1]

و من ثم فإننا نستبعد من نطاق البحث كل من الشرط الواقف و الشرط الفاسخ و كذا فكرة الأجل ، لأنها تعتبر من أوصاف الالتزام ، ليتم التركيز على الشرط المقترن

1- رشدي شحاتة ، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي ، و قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 2001 ، ص 23.

بالعقد أي الذي يدخل في ماهية العقد و يقصد به المتعاقدان تقييد العقد ، وسنتناول تعريف الشرط ، ثم نقف بعد ذلك على ذلك على دراسة خصائصه .

المطلب الأول : تعريف الاشتراط

يعرف الشرط بصيغته إن دخل في الكلام حرف من حروف الشرط مثل : إن، ما ، مهما ، حيثما [1] ، ويعرف أيضا بدلالته عندما يكون الكلام الأول سببا للثاني [2].

و سنتعرض إلى كل من التعريف اللغوي و الاصطلاحي للشرط من خلال الفرعين المواليين:

الفرع الأول : التعريف اللغوي للاشتراط

يعرف الشرط في اللغة بأنه : " ألزم الشيء و التزامه في البيع و نحوه "[3] ، و الشرط جمعه شروط و هو القيد أو الحكم .[4] و الشرطة هي الشيء المشروط ، و الشرط هو العلامة [5] ، و منه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في عقود و التزاماته اتجاه نفسه أو غيره فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان .

1- في مثل قوله تعالي :" و إن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ". سورة الطلاق ، الآية 6

2- نشوة علوان ، عقد الزواج و الشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد ، دار ابن حزم ، 2003 ، ص 49.

3- بطرس بستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان ناشرون ، 1979 ، ص 460.

4- روحي البعلبكي ، المورد الثلاثي ، دار العلم للملايين ،2004 ، ص 1007.

5- محمد عبد الله قاسم ، المعتمد ، دار صادر ، بيروت ، 2000 ، ص 305.

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للاشتراط

الشرط اصطلاحا : هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ، بأن يوجد عند وجوده و ينعدم بانعدام الشرط ، كقول الرجل لامرأته : إن خرجت من الدار فأنت طالق ، فإن وقوع الطلاق هنا يتوقف على خروج المرأة ، وقيل أن الشرط : هو " ما يتوقف عليه الحكم و ليس بعلة الحكم ، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط "[1] ، و مثال ذاك الشروط التي تطلبها المشرع لإبرام العقود ، كشرط الأهلية ، فإنها إلزامية في كل عقد حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده .[2]

وعرفه العلامة الحموي بأنه:" التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصصة ، عن طرق اقتران التصرف بالتزام أحد العاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد و غيره موجود وقت التعاقد و باستعمال عبارة بشرط كذا أو على أن يكون كذا" .[3]

إن ما يهمنا من هذه التعارف المتعددة هو التعرف الذي يخص الشرط المقترن بالعقد أي الشرط الذي يكون داخل ماهية العقد .

1- نور الدين عباسي ، إتقان الضبط في الفرق بين السبب و الشرط ، مجلة الموافقات ، المعهد الوطني العالي لأصول الدين ، الجزائر 1995 ، العدد ، 04 ، ص 352.

2- كوثر كامل علي ، شروط عقد الزواج في الشريعة والإسلامية دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزع ، تونس ،1983 ،ص 36

3- علي محمد قاسم ، التفرق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط ، ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2005 ، ص 10.

4- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 32.

و يمكن تعريف الشرط المقترن بالعقد أو شرط التقييد أو العبء لا شرط التعليق بأنه :" التزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد ، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له ، أو كان منافيا له ، أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط .[1]

وحسب الشيخ منصور البهوتي: " إن المعتبر من الشروط هو ما يرد في صلب العقد كأن يقول فلان زوجتك بنيتي بشرط ألا تخرجها من بلدها و يقبل الزوج بذلك".[2]

أما تعريف الشرط اصطلاح فقه القانون الأجنبي فهو رط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله ، فإما أن يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا.[3]

وهذا التعريف يتفق مع مضمون الشرط التعليقي في اصطلاح الفقه الإسلامي ، و بخصوص الانتقادات الموجهة إلى هذا التعريف فإنها تتمحور حول الخلط الذي وقع فيه فقهاء نظرية الالتزام في الفقه الأجنبي[4] ، إذ نجدهم لم يميزوا بين التعليق على الشرط و التقييد بالشرط ، ومن جهة أخرى فإن الشرط ينقسم إلى نوعين: موقف و فاسخ ليس في حقيقته تقسيما للشرط إنما هو تقسيم للأمر المشروط [5] في كلتا

1- علي محمد قاسم ، المرجع السابق، ص 11.

2- نفس المرجع ، ص 12.

3- نفس المرجع ، ص 13.

4- مصطفي الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، مطابع ألف باء ، الطبعة التاسعة ، سوريا ، 1967 ، ص 521.

الحالتين نوع واحد من قبيل التعليق ، و إن اختلفت النتائج فيعزى ذلك إلى اختلاف نوع الأمر المشروط .

وفي اعتقادنا أن سبب هذا اللبس و الغموض الذي يشوب تعريف الشرط مرده اختلاف زوايا النظر إليه ، وهذا ما سيتضح أكثر عنه دراستنا لأقسام الشرط في هذا الفصل،و نخلص من هذه التعاريف المختلفة إلى نتيجة مفادها :

أن لفظ الشرط يطلق للدلالة على معاني مختلفة ، وقد يستعمل الشرط للدلالة على أركان العقد و شروط صحته فيسمي بالشرط الشرعي أو القانوني ، وما يهمنا في هذا البحث هو لفظ الشرط الذي يطلق للدلالة على حكم من الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان في عقدهما .

المطلب الثاني : خصائص الاشتراط

استنادا إلى تعريف الشرط يمكن استخلاص المقومات الأساسية التي يقوم عليها الشرط وهي بمثابة الخصائص المميزة له وتتمثل فيما يلي :

الفرع الأول : أنه أمر زائد على أصل العقد

ويقصد بذلك أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه و شروطه التي تطلبها المشرع دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد لأن هذا الأخير يدخل على العقد بعد تمامه و توافر أركانه و شروطه فلو اشترطت المرأة في عقد الزواج كفيلا لضمان المهر و قبل ذلك ينعقد بدون هذا الشرط ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط ونفس الحكم ينطبق على بقية أنواع العقود[1]

[1]– رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 45.

الفرع الثاني : أنه أمر مستقبلي

لا بد أن يكون الشرط متعلقا بالتزام سيوجد في المستقبل و غيره موجود في الماضي ولا في الحال ، حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام بالشرط تجاه المشترط و إذا كان الشرط واقعا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل ، فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق إذا خرجت من بيت الزوجية [1] ففعل الخروج مرتبط الزوجة

الفرع الثالث : أنه أمر محتمل الوقوع

يجب أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشترط عليه تنفيذه و هذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا إلتزام بمستحيل لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلا ، و الاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية و تتحقق 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 النص القانوني حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم .[2]

1- محمد شتا أبو سعد ،أحكام العقود المعلقة على شرط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ، 2000، ص 501.

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

الفرع الرابع : مشروعية الاشتراط

يجب ألا يكون الشرط مخالفا لنظام العام و الآداب العامة ، وهذا لأن صحة و مشروعية الشرط يعتبر محض تقرير لمقتضي العقد وهو في حقيقته لازم دون أن يكون في حاجة إلى شرط ،و الحقيقة أن فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها ، و إنما بالغاية المقصودة منها ، و ذلك لأن العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في حد ذاته لكن الغرض المقصود قد يكون غير مشروع كشرط عدم الزواج فالأصل فيه أنه مشروع إذ الأمر متروك لإرادة الشخص و حريته ولكنه يصبح غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج

ومن الأمثلة التي تضرب لبيان عدم مشروعية الشرط بسبب الغاية غير المشروعة شرط الترمل ، الذي يفرض فيه الموصي على زوجته عدم إعادة الزواج بعد وفاته فيعتبر هذا الشرط غير مشروع إذا كانت الغاية منه حرمان الزوجة من حقها الطبيعي ، وعلى العكس من ذلك نجد القضاء في أحيانا أخرى قد حكم بمشروعية هذا الشرط إذا كان مقصد الزوج منه هو جعل الزوجة تتفرغ لتربية أولادها بعد وفاته و ضمان معيشتها . 1

1- سليمان بوذياب ، مبادئ القانون المدني ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ، 2003 ، ص186 ومن القضايا التي عرضت على القضاء في هذا الصدد أن رجل أوصي لزوجّته بحق استثمار بعض الأموال شريطة أن تبقي بدون زواج بعد وفاته ، فطلب أحد الورثة إبطال الوصية لمخالفتها للنظام العام بينما اعتبرت المحكمة الشرط لا شيء يخل بالنظام العام في هذه الدوافع الشريفة للزواج

المبحث الثاني :أقسام الاشتراط

المطلب الأول: أقسام الإشتراط من حيث المصدر

ينقسم الشرط إلى عدة أقسام تختلف باختلاف زوايا النظر إليها فإذا نظرنا إلى الشرط باعتبار مصدر اشتراطه فإنه ينقسم إلى شرط شرعي و شرط جعلي و باعتبار وظيفة الشرط فإنه ينقسم إلى : شرط تعليق و شرط إضافة ثم شرط التقييد وسنتناول كل هذه التقسيمات :

الفرع الأول : الإشتراط الشرعي

الشرط الشرعي أو القانوني في اصطلاح القانون الوضعي هو الذي يكون اشتراطه بحكم من الشارع أو القانون ، كالشروط التي اشتراطها الشارع في مختلف أنواع العقود و التصرفات من بيع وهبة ... و كذا الشروط التي اشترطها في مختلف أنواع العبادات كشرط الطهارة في الصلاة و شرط الحول لإخراج للزكاة و شرط الإحصان في حد الرجم، و يعرفه الدكتور زكي الدين شعبان بأنه : "ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بحكم الشارع ووضعه ، لما في ذلك الشرط من الملائمة للفعل و التكميل له، حيث لا يصح الحكم بدونه كشرط الوضوء في صحة الصلاة ، و كالشهود في النكاح و حولان الحول بالنسبة للزكاة ، وغيرها من الأمور التي اشترطها لإقامة الحدود كقطع يد السارق ورجم الزاني". [1]

1- زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968 ،ص31، 32

و من أمثلة الشروط التي اشتراطها القانون : شرط الأهلية لإبرام العقود ، حيث تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أن :" كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون."[1]

الفرع الثاني : الاشتراط الجعلي

الشرط الجعلي أو الإرادي هو الذي يرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد ، و لكن الشارع قيده بحدود شرعية معينة ، فليس للعاقد اشتراط أي شرط يريده ، بل يجب ألا يخالف حكم العقد أو التصرف ، و إلا عد شرطا لاغيا .

وقال الشيخ محمد علوشيش الورتلاني :" الشرط الجعلي هو ما يشترطه المتعاقدان أو أحدهما ، و يكون القصد منه تحقيق المصلحة الخاصة ، كما لو اشترطت المرأة تقديم معجل المهر كله أو اشترط المشتري نقل المبيع أو استلامه في مكان معين "[2]

ويعرف الدكتور صالح غانم السدلان الشرط الجعلي :" هو الذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف و إرادته ".[3]

و تنقسم الشروط الجعلية من حيث مشروعيتها إلى ثلاثة أنواع :

- شرط لا ينافي الشرع بل هو مكمل للعقد كما لو اشترط المقرض على المقترض رهنا أو كفيلا لضمان سداد القرض .

---

1 القانون المدني الجزائري ، المؤرخ في:13 ماي 2007، منشورات بيرتي، الجزائر،2008

2- محمد علوشيش الورتلاني ، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي و أثر الاختلافات الأصولية فيها ، شركة دار الأمة ، 1997 ، ص 28

د صالح غانم السدلان،الإشتراط في النكاح، دار معاذ للنشر و التوزع،الطبعة الثانية، الرياض 1988 ، ص24

-شرط غير ملائم و ينافي مقتضاه ، كأن يشترط الزوج في عقد الزواج عدم الإنفاق على زوجته.

-شرط لا ينافي العقد و يحقق مصلحة لأحد العاقدين أو كليهما ، وغير أن العقد لا يقتضيه ، أي لا يعرف مدى ملاءمته للعقد ، كأن يبيع شخص منزلا على أن يسكنه البائع لفترة معلومة ، واختلف الفقهاء في هذا النوع من الشروط.

و يكمن الفرق الأساسي بين الشرط الشرعي و الجعلي من زاوية الأثر المترتب عنهما أنه في حالة انتفاء الشرط ينتفي المشروط ، وهذا بالنسبة للشرط الشرعي أو القانوني ، فمثلا تخلف شرط وفاة المورث ينتفي معه استحقاق الإرث ، بخلاف الشرط الجعلي فإن المشروط يمكن أن يوجد من دون شرط ، فلو قال الزوج لزوجته إن خرجت من الدار فأنت طالق ، فلو تحقق الشرط فيبقي من الممكن أن يقع الطلاق بسبب آخر .

الفرع الثالث : الاشتراط العرفي

الشرط العرفي هو ما يتقيد به التصرف بناءا على ما اعتاده جمهور الناس وما ألفوه من قول أو فعل ، تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره في نفوسهم و صارت تتلقاه عقولهم بالقبول ، ومن أمثلة ذلك العرف الذي تعرفه بعض البلدان الإسلامية بتقسيم المهر إلى معجل و مؤجل بنسبة يختلف مقدارها من بلد إلى آخر ، أو أن يبيع شخص لآخر سلعة بثمن معين دون أن يشترط حلول الثمن ولا تعجيله ، ويكون المتعارف عليه التأجيل إلى شهر أو التقسيط على أشهر معلومة فإن الثمن يقسط على تلك الشهور المتعارفة ، و يكون ذلك شرطا في البيع كالشرط الجعلي .[1]

1- لمطاعي نور الدين ، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، السنة 96/ 97 الجامعية، ص 48.

و يشترط في العرف حتى يكون معتبرا في نظر الشرع توافر بعض الشروط نذكر من بينهما ما يلي :

- أن يكون العرف مطردا أو غالبا.
- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها .
- ألا يعارض العرف نصا شرعيا ولا نصا قانونيا ، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية ، ولا حكما ثابتا يكون العمل بالعرف تعطيل له.

و قد اختلفت آراء الفقهاء في مدى تقييد العقود و التصرفات بالشرط العرفي فذهب الحنفية إلى اعتبار العرف الصحيح و تقييد العقد به استنادا إلى بعض القواعد العامة كقاعدة " العادة محكمة" ، و قاعدة " الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي " ، وذهب المالكية أيضا كمذهب الحنفية في اعتبار العرف ، أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصرح.[1]

و إذا كان الشرط العرفي يجد مكانا له و يرتب آثره في الشريعة الإسلامية على الأقل عند فقهاء الحنفية و المالكية ، فإن القانون الوضعي على العكس من ذلك حيث تفرض التشريعات الوضعية قاعدة إجرائية تنظيمية تقضي بوجوب أن يكون الشرط مكتوبا في صلب العقد أو في عقد رسمي لاحق ، فمن يحرص على شرط معين فيجب عليه أن يحرص على كتابته في العقد ، إذا كان راغبا فعلا في ألا يفوته مضمون شرطه . ولا يخفي على أحد أهمية هذه القاعدة الإجرائية في ضمان استقرار المعاملات و العقود ، وتلافي المنازعات ، و إلى هذا ذهب المشرع الجزائري في

1- نشوة العلواني ، المرجع السابق ، ص 89.

نص المادة 19 من قانون الأسرة بغرض ضمان المشارطات التي تتم بين الزوجين و بالتالي ضمان استقرار الحياة الزوجية .1

و الجدير بالذكر أن الشرط الجعلي يدخل ضمن الشرط المحصن ، وهو " ما يمتنع به وجود العلة فإذا وجد الشرط وجدت العلة ، فيصير الوجود مضافا إلى الشرط دون الوجوب ، وذلك في كل تعليق بحرف من حروف الشرط نحو إن دخلت الدار فأنت طالق ".

المطلب الثاني : أقسام الاشتراط من حيث وظيفته

ينقسم الشرط من حيث وظيفته و علاقته بالشيء المشروط إلى ثلاثة أقسام ، فقد يكون مقترنا بالعقد و مقيدا له و يسمي عندئذ بشرط التقييد ، أو يكون العقد معلقا عليه وهو ما اصطلح على تسميته بشرط التعليق ، وقد يكون مضافا إليه و يسمي بشرط الإضافة ، وسنتولى دراسة هذه الأنواع من الشروط فيما يلي :

الفرع الأول : اشتراط التعليق

إن التعليق على الشرط هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ، أو هو ترتيب العقد على أمر سيوجد في المستقبل وعكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا مرتبا لآثاره فور صدوره ، كأن يقول الإنسان إن سافر ابني فقد وكلتك في بيع داري ، أو قال إن سافر مدينك فأنا كفيل بمالك عليه فهذا تعليق للكفالة ، فانعقاد الكفالة مربوط بتحقق سفر المدين ، ولا يكون العقد معلقا إلا إذا تحقق شرطان أساسيان :

1- قانون الأسرة الجزائري رقم:84-02 المعدل والمتمم بالأمر رقم:05- 02 المؤرخ في:27 فيفري2005

يجب أن يكون الشرط المعلق عليه غير موجود وقت التعاقد فإن كان موجودا فإن التعليق عندئذ يكون صوريا و العقد منجزا .

- ألا يكون الشيء المعلق عليه مستحيلا و إلا كان العقد باطلا .

و يكون التعليق بين الجملتين يربط بينهما بإحدى أدوات الشرط مثل : إن و إذا و متى و كلما.[1]

وخلاصة القول أن الشرط المعلق هو : كل شرط يعلق فيه العاقد تصرفه على حصول أمر من الأمور ، بحيث لا يوجد إلا إذا تحقق الشرط ، وهذا ما يتنافي و مقتضي عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة غير المتراخية التنفيذ ، ولهذا يكون حكم الزواج المعلق على شرط هو البطلان .[2]

و بالتالي فإن هذا النوع يخرج عن نطاق بحثنا ، وهذا لاختلافه عن الشرط المقترن بعقد الزواج مناط البحث و الدراسة ، و يكمن هذا الاختلاف في وجهتين أساسيتين :

- ❖ الوجهة الأولي : من حيث الشكل ، فالعقد المقترن بالشرط يكون خاليا من أداة الشرط كأن و إذا ، بخلاف العقد المعلق على شرط فإنه يكون بإحدى أدوات الشرط.
- ❖ الوجهة الثانية : فمن حيث المعنى نجد أن العقد المعلق على شرط يتوقف وجوده على وجود الشرط المعلق عليه ، فالعقد لا يكون منجزا في الحال بل

1- عدنان خالد التركماني ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، دار الشروق ، الطبعة الأولي ، 1991، ص 244.

2- وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، الجزء الأول ،دار الفكر ، الجزائر ،1986 ، ص 101.

عند وجود الشيء المعلق عليه ، أما في حالة العقد المقترن بالشرط فيكون العقد منجزا واقعا في الحال ، ولكن شمله شرط كقول المرأة للرجل تزوجتك بشرط أن تعجل لي المهر كله ، أو بشرط ألا تتزوج علي .

الفرع الثاني : اشتراط الإضافة

وهو الشرط الذي يقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل .[1] و يتحقق ذلك بإضافة صيغة الإيجاب إلى المستقبل ، وقد تكون هذه الصيغة مطلقة عن الاقتران بشرط ، ومثال ذلك : قول أحد المتعاقدين للآخر أجرتك منزلي هذا لمدة سنتين تبدأ من الشهر القادم أو من أول العام ، ويقبل بذلك المتعاقد الآخر ، وعلى العكس من ذلك قد تكون صيغة العقد المضاف مقترنة بالشرط ، كأن يقول أحد المتعاقدين للآخر : أجرتك منزلي هذا لمدة سنة تبدأ من الشهر القادم بشرط أن تدفع لي الأجرة على قسطين ، ستة أشهر لكل قسط و يقبل بذلك المتعاقد الآخر .

و بخصوص حكم العقد المضاف فإنه ينعقد في الحال ، أي أنه عقد قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة ، ولكن لا يترتب العقد حكمه و آثاره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه في العقد .[2] و كان المتعاقدان قاما بتوقيف سريان آثار العقد إلى زمن أو أجل محدد ، بحيث لولا هذه الإضافة لرتب العقد أحكامه من وقت التعاقد ، و لهذا نجد القوانين الوضعية تعبر عن هذا الشرط باصطلاح الأجل . [3]

---

[1]– نفس المرجع ، ص 102.

2– عدنان خالد الترمانني ، المرجع السابق ، ص 246.

* 3– لقد تناول المشرع الجزائري الأجل بموجب نصوص المواد : 209–210 –211 من القانون المدني .

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

الفرع الثالث : اشتراط التقييد

الشرط التقييدي : " هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه ."[2]

و عرفه الحموي بأنه " إلتزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة ." و المقصود من ذلك إقتران التصرف بالتزام أحد الطرفين أو كلاهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف ، وغير موجود وقت التعاقد ، ويكون ذلك بورود عبارات في العقد مثل بشرط كذا ، أو على أن يكون كذا ، وغيرها من الألفاظ الدالة على الاشتراط .[3]

و انطلاقا من هذه التعارف يختص الشرط المقيد بما يلي :

-كونه أمرا زائدا على أصل التصرف فهو ليس عنصرا أساسيا في تكوين العقد .

- كونه أمرا مستقبليا مقرونا بالعقد . 4

1- لمطاعي نور الدين ، المرجع السابق ، ص 51.
2- محمد علوشيش الورتلاني ، المرجع السابق ، ص 45.
3- كوثر كامل علي ، المرجع السابق ، ص 38.
4- نشوة العلواني ، المرجع السابق ، ص 48.

و مما سبق يمكن إبراز الفوارق بين شرط التعليق و شرط الإضافة و شرط التقييد ، فالشرط المعلق هو ما كان بصيغة ترتب وجوده على وجود أمر في المستقبل ، فلا تترتب آثار العقد إلا إذا وجد الأمر المعلق عليه ، و يسمي هذا الشرط في القانون الوضعي بالشرط الواقف ، و إذا تخلف الأمر المعلق عليه زال الالتزام الناتج عن العقد و يسمي هذا بالشرط الفاسخ.

أما الشرط المقيد فهو موجود بين الطرفين ، حيث يتولي المتعاقدان تعديل آثار العقد بموجب حكم زائد عن الالتزام الأصلي .[1]

و يختلف الشرط المقيد عن شرط التعليق في حالة عدم الوفاء بالشرط في كون أن الفسخ في شرط التعليق يتم بمجرد تحقق الشرط أو تخلفه بحسب الاتفاق حول جعل الشرط فاسخا أو واقفا ، دونما حاجة لاستصدار حكم من القضاء .

و بالنسبة لشرط الإضافة فهو ذلك الشرط الذي يجعل آثار العقد تتراخي إلى زمن معين في المستقبل على الرغم من قيام العقد ووجوده ، و الإضافة تشبه التعليق من جهة كون المضاف لا يرتب أثره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه .2

و فيما يخص قابلية عقد الزواج لهذه الأنواع من الشروط فالأصل في عقد الزواج التنجيز و عدم التراخي ، وقد يكون مقترنا بشرط أو مجردا عنه ، ولما كان عقد الزواج من العقود التي تفيد التمليك في الحال فإنه لا يقبل بشرط الإضافة لأنه يفيد

[1]– مصطفي ا لزرقاء ، المرجع السابق ، ص 508 ، 509.

[2]– عدنان خالد التركماني ، المرجع السابق ، ص 246 ، 247.

أثره في الحال ، أي فور النطق بالصيغة ، وأخيرا فإن عقد الزواج من العقود التي لا تقبل التعليق مطلقا ، حيث اتفق الفقهاء على بطلان عقد الزواج المعلق على شرط.[1]

وخلاصة القول ان المشرع الجزائري حذا حذو باقي التشريعات الوضعية إذا كانت هذه الشروط تجد مكانا لها و ترتب آثارها في الشريعة الإسلامية على الأقل عند فقهاء الحنفية و المالكية ، التشريعات الوضعية فرضت قاعدة إجرائية تنظيمية تقضي بوجوب أن يكون الشرط مكتوبا في صلب العقد أو في عقد رسمي لاحق و توثيق العقود، فمن يحرص على شرط معين فيجب عليه أن يحرص على كتابته في العقد ، وتكمن أهمية هذه القاعدة الإجرائية في ضمان استقرار المعاملات و العقود ، وتلافي المنازعات ، و إلى هذا ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 19 من قانون الأسرة بغرض ضمان المشارطات التي تتم بين الزوجين و بالتالي ضمان استقرار الحياة الزوجية و صبها في قالب رسمي.[2]

[1]– عدنان خالد الترمماني ، المرجع السابق ، ص 247 ، 248

2–قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق

المبحث الثالث : الاشتراط في عقد الزواج بين الحظر و الإباحة

إن الخلاف حول حرية الاشتراط عند التعاقد هو الجزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها ،[1]

ولا شك أن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد ، فإذا كانت العقود هي الأخرى متوقفة على ما نص عليه الشارع ، وعلى العكس من ذلك فإذا كانت العقود مطلقة من قيد الشارع و متحررة من مبدأ شرعية الآثار ، بحيث يستطيع العاقد إبرام ما يشاء من العقود ، فإن هذا يؤدي إلى القول بحرية الاشتراط .[2] و لذلك فإن علاقة الشروط بالعقود هي علاقة تبعية ، وهذا لأن العقد هو الوعاء الذي تصب فيه الشروط.

إن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام و هي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ، ومن ثمة لا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم ، ولا يجوز للزوجين الاتفاق على تعديل الحالة المدنية لأحدهما ، أو التنازل عن أبوتهما لابنهما ، وليس لأي شخص أن يتنازل عن أهليته،[3] لأن كل هذه الحقوق الشخصية تعتبر من النظام العام ، كما أنه ليس للزوجين الاتفاق على تعديل ما

1- محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية،دار الفكر العربي ،1996، ص 236.

2- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 92.

3-القانون المدني الجزائري، و في هذا الإطار نجد نص المادة 45 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه :" ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها ".

للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة و القوامة و الأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلا ، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها .

وتتمثل الحكمة في جعل آثار عقد الزواج من عمل الشارع في الحفاظ على قدسية ميثاق الزوجية ، وصونا لها من أن تتعرض لشروط تتنافي مع مقصد الشارع و مقتضي عقد الزواج.[1] إذ يقتصر عمل المتعاقدين على إبداء رضاهما المتبادل لإبرام عقد الزواج دون أن يكون لهما حق الاعتراض على هذه الآثار أو رفض بعضهما ، واستثناءا من هذا الأصل العام فقد أباح الشارع للزوجين الاتفاق على شروط قد تؤكد مقتضي عقد الزواج أو تحقق منفعة مقصودة لأحد الزوجين ، ومن هنا يثور التساؤل حول مدى حرية الزوجين في تحديد الشروط المقترنة بعقد الزواج التي من شأنها أن تؤثر في آثار عقد الزواج ، إما بالنقص منها ، و إما بإضافة التزامات جديدة على أحد الزوجين لا يستلزمها عقد الزواج ؟

إن 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 .

1- أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 199.

وعلى العكس من ذلك ، فإن الذين يقولون بأن الأصل في العقود المنع و يتمسكون بمقتضيات العقود التي اقرها الشارع و الآثار التي اعتبرها ، لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضيات العقود.[1]

و تفريعا لذلك فقد اختلف الفقهاء المسلمون ما بين مضيق و موسع فيما يتعلق بحرية التعاقد ، و بالتالي حرية الاشتراط ، حيث ذهب جانب الفقهاء إلى أن الأصل في الاشتراط الحظر، وذهب رأي أخر أن الأصل الإباحة ، وسنتولي دراسة الأسس و الحجج التي استند إليها كل من الرأيين فيما يلي :

المطلب الأول : حظر الاشتراط في عقد الزواج

يتمثل أصحاب هذا الرأي في مذهب الظاهرية أساسا المتمثلون في أتباع داوود بن على و ابن حزم الأندلسي ، و يتمثل أيضا في رأي كل من الحنفية و المالكية و الشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص و يقفون عندها ، و هؤلاء جميعا يقيدون إرادة الإنسان ويضيقون عليها المجال في باب العقود و الشروط ، فإرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود و الشروط إلا ما نص الشارع على إباحته ، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاءه ، و إن فعلته كان باطلا ، فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط الحظر و يتمسك أصحابها جميعا بهذا المبدأ إجمالا ، و إن اختلفوا في التفصيلات.[2]

1- محي الدين إسماعيل ، نظرية العقد ، دار النهضة العربية الثالثة ، 1994، ص 103.

2- عدنان خالد الترماني ، المرجع السابق ، ص 228.

و يتمسك أصحاب هذا الرأي بنظرية مقتضي العقد ، التي تعتبر أن الأحكام و الالتزامات التي يكون العاقد مكلف بها هي محددة من قبل العاقد الآخر ، و ذلك كالتزام الزوجة بتسليم نفسها ، و التزام الزوج بدفع المهر و النفقة .[1]

وسنتطرق إلى دراسة مضمون وأدلة هذا الرأي بصفة مفصلة في الفرعين المواليين :

الفرع الأول : أدلة الرأي المؤيد لحظر الاشتراط في عقد الزواج

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأصل في العقود و الشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الاجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة ، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه و صحته.[2] فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضي العقد و تلاؤم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة في إثبات الأحكام الشرعية، و تقوم نظرية مقتضي العقد على أساس أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقدا بقدر ما تحقق انضمامهما إلى نظام قانوني ، بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة و الاتجاه نحو إبرام عقد الزواج و ليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره وفي تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد و تحقيق استقرار النظام العام،[3] لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط ، ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة

1- عدنان خالد التركماني ، المرجع السابق ، ص 393.

2- نفس المرجع ، ص 394.

3 كوثر كامل علي ، المرجع السابق ، ص 18.

وضيقا تبعا لاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية ، و تبعا لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضي العقد و ملاءمته لحكمته و انتقاء في ذلك

وسنعرض في ما يلي الحجج و الأدلة الشرعية التي استند إليها أصحاب هذا الرأي :

أولا: من الكتاب

إن الشريعة الإسلامية جاءت شاملة لكل شيء ، و قد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة ، ومنها العقود على أساس من العدل ،وعلى هذا فليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود ، وإلا أدى ذلك لهدم نظام الشريعة ، ويكون ذلك من باب التعدي لحدود الله و زيادة في دينه .

لأن الله تعالي يقول :" ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون "[1]، وفي آية أخرى :" ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه "[2]، و استدلوا أيضا بقوله تعالي :" اليوم أكملت لكم دينكم ".[3]

ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أن الله سبحان و تعالى بين لنا الحدود التي لا يصح لعباده أن يتجاوزها، ومن ثمة فإن كل شرط لم يرد به دليل معين يكون تعديا لحدود الشريعة لا يجب الوفاء به.

1- سورة البقرة ، الآية: 229

2- سورة الطلاق ، الآية 1.

3. – سورة المائدة ، الآية 3.

كما أن الله سبحانه و تعالى أكمل الدين و أتم الشريعة فجاءت شاملة لكل ما يحتاجه العباد في الدنيا و الآخرة ، و لهذا فإن إحداث أي عقد أو تصرف أو إضافة شروط إلى عقد الزواج يكون زيادة على الدين و خروجا عنه فلا يصح ذلك.

و يقول ابن حزم الظاهري :"... إن الله تعالى حرم بالنص شيئا فحرم إنسان شيئا غير ذلك ، قياسا على ما حرم الله تعالى ، أو أحل 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 ".

و يقول الظاهرية أيضا :" أنه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته و قام الدليل على وجوب الوفاء به ،لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين و إرادتهما ، و لكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم ، و يحكم بأنه أثر لتصرفاتهم ، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان ، لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر ، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه." [1]

1- ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، المجلد الثاني ،دار الحديث ، مصر ،1984، ص 500.

و استدل الظاهرية أيضا بقوله تعالى :" يأيها الذين امنوا أوفوا بالعقود"[1] و بقوله تعالى : " وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ."[2]

ووجه الدلالة من هاتين الآتين أن الله سبحانه و تعالى أمر بالوفاء بالعقود ، ولكن هذا ليس على عمومه ، ولا يأخذ على ظاهره ، فالقرآن قد أمرنا باجتناب نواهي الله تعالى و معاصيه ، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها ، كما أنه لا يعلم ما هو عهد الله إلا بنص وارد فيه ، ومن ثمة فإن الالتزام بالعقود عامة قد يؤدي إلى إحلال محرم أو تحريم ما أحل الله.

و لقد رد أصحاب الرأي الأول كما يلي :

إنه بالنسبة للآيتين الكرمتين اللتين استدل بهما المانعين للاشتراط ليس فيهما ما يدل على ما ذهبتم إليه ، إذ هما واردتان في شأن من يخالف ما شرعه الله تعالى ، فيترك ما أمره بفعله و يرتكب ما نهاه عنه ، ثم إن الآية الأولي جاءت مسبوقة بذكر أحكام حددها الله سبحانه و تعالى لعباده و بينهما لهم من اليمين بالله تعالى و الإيلاء و الطلاق بمال و بغير مال ،

.1 - سورة المائدة، الآية 1

2 - سورة النحل، الآية 91

ثم أعقب الله تعالى بقوله : " تلك حدود الله فلا تعتدوها " ، أي قوانينه و أحكامه فلا تعتدوها بفعل ما يخالفها .

و جاءت الآية الثانية مسبوقة بأحكام شرعها لعباده و ألزمهم من تطليق النساء في عدتهن و إحصاء العدة ، ومن نهي المطلقين أن يخرج مطلقاتهم من بيوتهن ، وبعد تبيان هذه الأحكام جاء قوله تعالى :" ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه".[1] ومن ثمة فإن استدلال الظاهرية بهذه الآيات استدلال ليس في محله ، لأنها لا تدل على النهي عن الاشتراط في العقود ، و إنما دلت على بيان حكم المعتدى احدود الله و شرعته ردعا للناس وزجرا لهم عن مخالفة شرع الله ودينه".[2]

ورد أصحاب الرأي الثاني المجيزون للاشتراط على ما ذهب إليه الظاهرية في رفضهم الأخذ بالقياس ، بأنه يمكن استنباط أحكام ووقائع جديدة بواسطة قياسها على الوقائع التي ورد النص بشأنها ، وتبعا لذلك إذا دعت الحاجة إلى إنشاء عقود من العقود المشروعة ، فإن هذا لا يعد زيادة في ولا يناقض قوله تعالى :" اليوم أكملت لكم دينكم."[3]، ولا يقتصر الأمر على القياس بل يمكن الاستناد إلى بقية مصادر

.

1- سورة الطلاق الآية1

2- زكي الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص 73.

3- سورة المائدة ، الآية 3.

التشريع الإسلامي الأخرى ، كالاستحسان و المصالح المرسلة دون التقيد بحرفية نصوص الكتاب و السنة.[1]

وفي رأينا أن ما ذهب إليه الظاهرية يناقض ميزة أساسية تتصف بها الشريعة الإسلامية وهي صلاحيته لكل زمان و مكان ، ثم إنه لا يمكن حصر جميع أنواع العقود و الشروط ، لأن البشرية في تطور دائم و مستمر ، وكل يجب فعله هو مراعاة مدى توافق هذه العقود و الشروط مع أحكام الشريعة الإسلامية و عندها وجب إجازتها و الوفاء بها ما لم تحرم حلالا أو تحل حراما .

كما أن استدلال ابن حزم بقوله أن الآيات الموجبة للوفاء بالعقود و الشروط ليست على عمومها ولا على ظاهرها ، وأن القول بخلاف ذلك يؤدي حسبه إلى التعاقد على المعاصي استدلال غير صحيح ، لأن المفسرين متفقين على أن ورود الآيات الخاصة بوجوب الوفاء بالعقود و الشروط جاءت على عمومها و ظاهرها بإباحة كافة أنواع العقود ما لم يثبت حظر ذلك بنص خاص ، ثم إنه من البداهة أن الاتفاق على المعاصي يقع باطلا ولا يجب الوفاء به.

ثانيا: من السنة

يقول النبي صلي الله عليه وسلم :" من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " ووجه الدلالة من هذا الحديث أن من يعقد عقدا أو شرطا لم يرد به النص الشرعي يكون خارجا عن أمر الشرع فيقع باطلا ، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد او شرط لم يرد في

1- كوثر كامل علي ، المرجع السابق ، ص 31.

الشريعة يكونون قد أحلوا او حرموا غير ما شرعه الله و ليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع .

و يقول ابن حزم بخصوص هذا الحديث " فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان و التزمه ، إلا أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه ".[1]

روي عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلي الله عليه وسلم قال : "أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل و إن كان مائة شرط ، كتاب الله أحق و شرط الله أوثق ، ما بال رجال منكم يقول أحدهم : أعتنق فلان و الولاء لي ، إنما الولاء لمن أعتنق ".[2]

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

و قد رد على أدلة المانعين للاشتراط بأن أكثر الأحكام الشرعية مستقاة من أدلة أخرى غير الكتاب و السنة ما دامت لا تتنافي مع روح الشريعة الإسلامية و القواعد العامة ، وعلى هذا يكون المدلول الصحيح للحديث الأول هو بطلان كل عقد أو تصرف تضمن أمرا من الأمور المنهي عنها شرعا .

1- وهبه الزحيلي ، المرجع السابق، ص 199.

2- ابن حزم، المرجع السابق، ص 501.

أما الاستدلال بالحديث الثاني فهو كذلك في غير موضعه ، لأنهم حملوا الشرط الذي نفاه نص الحديث و حكم ببطلانه على الشرط الذي لم يرد به دليل في القرآن الكريم و هذا غير صحيح ، لأنه ليس المراد بكتاب الله القرآن قطعا فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة ، فدل هذا على أن المراد من كتاب الله حكمه كقوله تعالى :" كتاب الله عليكم"[1]، وقول النبي صلي الله عليه وسلم :

" كتاب الله القصاص " . ومن ثم فإن كتاب الله يطلق على كلامه و حكمه.[2]

إن المقصود الصحيح من الحديث هو بطلان الشرط المخالف لحكم الله و شرعه ، كما لو اشترطت الزوجة على زوجها طلاق ضرتها لورود النهي عن ذلك .[3] أو كشرط الولاء لغير المعتق فهو باطل و الذي سبب ورود هذا الحديث، وليس هذا تخصيصا له بسبب وروده، لأن لفظ الحديث في بدايته جاء عاما "...ما كان من شرط ليس في كتاب الله ..."

ثالثا: من العقود

إن العقود و التصرفات الشرعية لها مقتضيات و أحكام تترتب عليها بوضع الشارع لها، فليس للإرادة الإنسانية أن تتصرف في تغيير الحدود والأحكام زيادة أو نقصان إلا بما يجيزه الشارع بدليل من عنده ، نفيا لما قد يترتب على التوسع في وضع الشروط من ظلم و غبن للمتعاقدين ، و تجاوز حدود الحق و نقص المقصد و

1- سورة النساء ، الآية.24

2- نشوة العلواني ، المرجع السابق ، ص 97.

3- نفس المرجع ، ص98 .

الغاية من العقد ،[1] يرى ابن حزم أن كل شرط لم يرد من الشارع ما يدل على إباحته و الإذن به لا يخلو من أحد الأمور التالية :

- إجازة ما لم يجب في العقد و بالتالي إجازة ما لم يجزه الله تعالي

- التزام عمل يترتب عليه إباحة ما حرمه الله .

- المنع من عمل يترتب عليه تحريم ما أحله الله [2] ، أو الالتزام بإسقاط ما أوجبه الله تعالى .

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

ولقد تم الرد على هذه الأدلة العقلية بأنه ، إذا سلمنا بأن العقود و أحكامها ثابتة بحكم من الشارع ، فإن هذا لا يعني ألا يملك العاقد تغيير حكم من هذه الأحكام أو أثر من آثارها إلا بدليل معين يبيح له ذلك ، و هذا لأن الشارع كما يقول المبيحون للاشتراط أعطي للمتعاقد سلطانا كبيرا و حرية واسعة في إنشاء تلك الأسباب عن طرق إبرام العقود و ترتيب ما يشاء من آثار ، و استندوا في ذلك إلى الآيات القرآنية الدالة على وجوب الوفاء بالعقود عامة ، و بجعله سبحانه و تعالى الرضا

1- زكي الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص 74، 75 .

2- عبد المجيد طيبي ، الشرط الجزائي و بعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية قسم الشريعة ، جامعة العقيد لخضر باتنة ، السنة الجامعية ، 2004/2003 ،، ص 21، 22.

أساسا لنقل الحقوق و إسقاطها ، فآثار العقد هي نتيجة لما يتراضي عليه العاقدان و يلزمان به أنفسهما بشرط ألا يخالفا في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية .

وعلى هذا الأساس فإن الواجب عمله هو معرفة مدى موافقة الشروط لأحكام الشرع قواعده الكلية ، فما كان مخالفا لها حكمنا ببطلانه و عدم صحته ، و ما لم يخالفها فهو صحيح و يجب الوفاء به .[1]

أما بالنسبة لرأي الثاني و ما قاله ابن حزم فرد عليه المجيزون للشروط و على رأسهم ابن القيم بقوله :"... من أن الله أباح للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها ، فباشرها من الأسباب ما يحل له بعد أن كان حراما عليه ، أو يحرمه عليه بعد إن كان حلالا له ، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجبا أو يسقطه بعد وجوبه ، و ليس في ذلك تغيير لأحكامه بل كل ذلك من أحكامه سبحانه ، فهو الذي أحل و حرم، وأوجب و أسقط و إنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا ".[2]

و استدل ابن القيم على ذلك ببعض الأمثلة ، فكما أن نكاح المرأة يحل للمكلف ما كان حراما عليه قبل أن يتزوج ، و طلاقها يحرمها عليه بل و يسقط ما كان واجبا عليه من حقوقها فكذلك التزامه بالعقد و الشرط ، وهذا يعني أن العاقد يملك تغيير آثار العقد بالشرط الذي هو تابع له.[3] و هنا يبرز وجه الخلاف بين الرأيين ، إذ أن المانعين للاشتراط يحصرون الشروط فيما ورد من الشارع ما يدل على إباحتها ، بين

1- زكي الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص 78 ، 80.
2- نشوة العلواني ، المرجع السابق ، ص 98.
3- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 140.

ما يرى المجيزون للشروط أن الأصل في الشروط أن يكون استعمال الشرط موافقا للشرع، وعلى هذا فإن العاقد لا يملك الخيارات السابقة التي ذكرها ابن حزم ، بل إنه يملك ما أباح الله للمكلف فعله و تركه كالانتقال من بلد لآخر ، و كالتزوج بأكثر من امرأة و غيرها من الأمور التي يملك المكلف مطلق الحرية في فعلها أو تركها وفي هذه المساحات يبلغ للمكلف اشتراط الشروط ،[3] كأن تشترط المرأة في عقد النكاح على زوجها ألا ينقلها من بلدها ، وليس في التزام الزوج بهذا الزوج بهذا الشرط أي مانع في الشرع.

الفرع الثاني : تقييم الرأي المؤيد لحظر الإشتراط في عقد الزواج

يتبين لنا مما سبق أن الظاهرية في مقدمة المانعين للشروط في عقد الزواج و العقود عامة ، فهم يتمسكون فقط بإجازة الشروط التي ورد من الشارع دليل عليها و يرفضون إحداث عقود أو تصرفات جديدة لأنهم يعتبرون ذلك زيادة على الدين و خروجا عنه.

و بهذا فهم يرفضون إفساح المجال للإرادة في اشتراط الشروط، ولا فرق عندهم في ذلك بين عقود المعاوضات المالية ولا عقود الزواج ، ولا غرابة في ذلك ما دام أن الظاهرية لم يتسعوا في الأخذ بالأدلة المثبتة لجواز العقود و الشروط كالاستحسان و المصالح المرسلة و العرف ، بل أكتفوا بالنصوص الواردة في الكتاب و السنة و الإجماع .[1]

1- محي الدين إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 101.

وهذا يعني أنه ، كلما توسعا في الأخذ بالأدلة كلما فتحنا الباب أما حرية الاشتراط و اقترابنا من الرأي الثاني القائل بحرية الاشتراط و لهذا نجد الحنفية و الشافعية يخففون من أصل الحظر و التقييد ، و يطلقون الحرية في بعض الحالات خصوصا الحنفية الذين يأخذون بقاعدة العرف و اثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضي العقد ، ولم يرد به أثر من الشرع ، و يحقق منفعة لأحد العاقدين و جرى به العرف ، كما أخذوا بقاعدة الاستحسان ، وكذا المصالح المرسلة بخلاف الشافعية الذين لم يأخذوا بالاستحسان و العرف.

أما المالكية فقد توسعوا في تصحيح الشروط على نحو يقربهم من الحنابلة ، فلم يشرطوا إلا عدم المنافاة للحكم الأصلي للعقد ، كما اعتمدوا الاستحسان و المصالح المرسلة دليلا شرعيا فضلا عن النص و الإجماع .[1]

و الجدير بالذكر ، أن الحنابلة بالرغم من أنهم يعتبرون من أنصار الرأي الثاني القائل بحرية الاشتراط فإن لهم موقفا من نظرية مقتضي العقد ، إذ نجدهم يمنعون بعض الشروط لمخالفتها لمقتضي العقد ، ولأن اشتراطها يؤدي إلى تعطيل الغاية المشروعة من العقد ، و لهذا قالوا ببطلان عقد الزواج إذا ورد به شرط ينفي الاستمتاع بين الزوجين .[2]

إن القول بحظر الاشتراط يجعل من الشريعة الإسلامية جامدة و عاجزة عن مواجهة ما يستجد في شؤون المعاملات و الزواج و مواجهة التغيرات الاقتصادية و الاجتماعية و تأثيراتها على الأسرة [3]، و بالتالي عدم قضاء منافع و حاجيات الأفراد

1- عبد المجيد طيبي ، المرجع السابق ، ص 24.

2- نشوة العلواني ، المرجع السابق ، ص 67 ، 68 .

3- محمود حسن ، الآسرة و مشكلاتها ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بدون سنة ، ص 89.

و الأزواج الضرورية ، بسبب عدم تقبل الظاهرية الأخذ بالشروط المستجدة و اكتفاءهم بالشروط التي ورد النص عليها ، و برفضهم هذا يصير الناس في حرج و ضيق ، وهذا يناقض ميزة أساسية تتمتع به الشريعة الإسلامية ، وهي صلاحيتها لكل زمان و مكان.

وفي الحقيقة ، فإن الفقه الإسلامي ليس قاصرا على مذهب الظاهرية و بقية أنصار هذا الرأي ، بل يشمل أيضا ما يعبر عن شمولية الفقه الإسلامي و صلاحيته لكل زمان و مكان بما يحمل من آراء و أفكار و حلول ناجعة ، وهذا ما سيتضح لنا جليا من خلال آراء و أدلة الرأي الثاني المتمسك بحرية الاشتراط.

المطلب الثاني : الاشتراط في عقد الزواج مباح

يتمثل أصحاب هذا الرأي أساسا في مذهب الحنابلة ، وعلى رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن القيم [1] و طائفة من فقهاء المالكية [2]،وهو الرأي ذاته القائل بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي ، لأن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد و العقود مرتبة على الشروط ، و حسب أنصار هذا الرأي ، فإن للأفراد أن يبتدعوا صورا جديدة من العقود و الشروط على أن يكون ذلك في دائرة معينة هي دائرة الحلال و المباح و

لا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام ، لأن الإرادة في نظرهم كافية وحدها لتحقيق الالتزامات ، فالله تعالي أمر بالوفاء بالعقود و النذور على وجه العموم على أن يستثني منها إلا ما كان محرما بنصوص الكتاب و السنة ، بل إن الله تعالي أمر

1- رشيدشحاتة ، المرجع السابق ، ص 94.

المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين ، و هذا كله دليل على أن إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها.[1]

وسنتعرف على نظرة أصحاب هذا الرأي للاشتراط في عقد الزواج بصفة مفصلة و الأدلة التي استندوا إليها، لنصل في الأخير إلى تقييم هذا الرأي ، وذلك من خلال الفروع الثلاثة الموالية :

الفرع الأول : أدلة الرأي المؤيد للإباحة الاشتراط في عقد الزواج

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الأصل في العقود و الشروط الصحة و الإباحة ، فهم يطلقون إرادة الإنسان في العقود و الشروط و يعطونه حرية واسعة في هذا الباب . ولا يحرم و يبطل من الشروط عندهم إلا ما دل على تحريمه و إبطاله في نص الكتاب أو في السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر .فإن لم يوجد مثل هذا النص المحرم كان للمتعاقد مطلق الحرية في إنشاء ما يريد من عقود أو شروط ، بخلاف أصحاب الرأي الأول الذين يشترطون ورود النص على إباحة العقد أو الشرط ، و بهذا يكون الحنابلة قد توسعوا في الأخذ بمبدأ حرية التعاقد و إنشاء الشروط التي تحقق مصالح الناس وتفي بأغراضهم ، إلا إذا قام الدليل على المنع فعندئذ لا يلزم الوفاء بها.

إن الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد الزواج و غيره من العقود فيما يتعلق بحرية إنشاء الشروط متى تم ذلك ضمن الحدود الشرعية ، فأجاز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي من شأنها أن تحقق مصلحة أو منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما بشرط ألا يتنافي ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج ، ومن

1- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 95.

أمثلة الشروط الجائزة عند الحنابلة اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها ، أو اشتراط أحد الزوجين في الآخر صفة مقصودة كالجمال أو البكارة [1]. زيادة على هذه الشروط أجاز الحنابلة للمتعاقد المشترط للمتعاقد المشترط فسخ النكاح متى خالف الزوج الآخر الشرط المتفق عليه، على أن الحنابلة يمنعون من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص ، أو ما ينقص الحقوق و الواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح ، كما لو اشترط الزوج تأقيت النكاح ، أو عدم المهر ، أو عدم النفقة الزوجية ، أو اشترطت الزوجة عدم استمتاع الزوج بها.

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

1- أحمد حماني ، فتاوى الشيخ أحمد حماني ، الجزء الأول ، منشورات قصر الكتاب ، بدون سنة ، ص 359. بخصوص هذا الشرط فقد سئل الشيخ أحمد حماني عن حكم الشريعة في الرجل الذي يتزوج بإمرأة على أساس أنها بكر و أثناء الزفاف يجدها خلاف ذلك ، فأجاب بأنه إذا كان الزوج قد شرط لها أن تكون عذراء فوجدها غير عذراء ثبت له الخيار بشرطه ،

أولا: الأدلة من القرآن الكريم

لقد استند أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه من أن الأصل في الاشتراط الإباحة إلى الآية الكريمة التي أوجبت الوفاء بالعقود ، وهي قوله تعالى :" يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود ".[1]

ووجه الدلالة من هذه الآية أنها توجب الوفاء بما أحل الله من عقود و عهود ، فيأيها الذين التزمتم بإيمانكم أوفوا بأنواع العقود و العهود ، لأن في القيام بذلك إظهار لطاعة لله .وحاصل الكلام في هذه الآية أن الله أمر بأداء التكاليف فعلا و تركا ، و جاء الخطاب في هذه الآية بلفظ الإيمان و التكرم و التعظيم على وجوب

الوفاء بكل عقد و عهد سواء كان بين الإنسان و ربه ، أو بين الناس فيما بينهم . بشرط أن تتوافق أحكام العقد مع كتاب الله و سنة رسوله وكل ما يصدق عليه اسم العقد فهو واجب الوفاء به حتى يقوم الدليل على التحريم و البطلان، كما أن أمر الله تعالي الوفاء بالعقود دليل على جوازها ، فالله لا يأمرنا بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه .و لو كان الأصل في العقود و الشروط الحظر و المنع إلا ما أجازه الشارع كما قال بذلك الظاهرية لما وجب أن يؤمر بالوفاء بها مطلقا و بصفة عامة لا تخصيص فيها ولا قيود عليها فلا فرق في الوفاء بالشروط من أن يكون العقد باتا منجزا ، أو أن يكون مضافا أو عقدا معلقا طالما أن مضمون العقد لا يتنافي مع مقاصد و أحكام الشريعة الإسلامية .[2]

1- سورة المائدة، الآية1

2- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 96 ، 97.

و استدل المجيزون للاشتراط بجملة آيات أخرى توجب الوفاء بالعهود و تحرم الغدر فيها، ومن أمثلة هذه الآيات قوله تعالى :

1- " و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا ."[1]

2- " و الذين هم لأماناتهم و عهدهم راعون ".[2]

3- " يأيها الذين امنوا لم تقولون ما لا تفعلون ". [3]

4- " ومن أوفي بما عاهد عليه الله فسنؤتيه أجرا عظيما "[4]

ووجه الدلالة من هذه الآيات الكرمة أن الله سبحانه و تعالى أوجب الوفاء بالعهد و الوعد و حرم الغدر فيهما [5]. و الشرط بين المتعاقدين عهد قيدت به ذمتهما فيجب الوفاء به ، و ليس العقد بين العاقدين إلا عهدا قد قيدت بأحكامه ذمتهما ، و لهذا فالوفاء به نوع من الوفاء بالعهد، و قد ناقش أصحاب الرأي الأول المانعون للاشتراط هذه الأدلة و ردوا عليها بأن ورود هذه الآيات القرآنية ليس على عمومه ، أي لا يمكن تطبيقها على جميع أنواع العقود و الشروط ، و هذا لورودها في بعض العقود و الشروط التي نص الشارع على إباحتها ، وما عدا ذلك من الشروط و العقود يعتبر باطلا ولا يجب الوفاء به.

2- سورة الإسراء ، الآية 34.

3- سورة المؤمنون ، الآية 8.

4- سورة الصف ، الآية 2.

5- سورة الفتح ، الآية 10.

واستدل ابن حزم على ذلك بالحديث الوارد عن الرسول صلي الله عليه وسلم :" كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل "[1] .

وقد رد المبيحون للشروط على ابن حزم بأن ما ذهب إليه غير صحيح ، لأنه ليس المراد من الحديث الذي استدل به وجوب ورود الأدلة الشرعية المبيحة للشروط ، و إنما المراد الصحيح من الحديث هو بطلان كل شرط مخالف لحكم الله و شريعته، و عندئذ تكون الآية الكريمة دالة على وجوب الوفاء بكل ما يصدق عليه اسم العقد حتى و لو لم يرد به نص خاص من الشرعية ، بشرط ألا يخالف من ذلك أصلا من أصول الشرع ، ولا قاعدة من قواعده المقررة.

ثانيا: الأدلة من السنة

استدل المبيحون للاشتراط بجملة أحاديث واردة عن الرسول صلي الله عليه وسلم نذكر من بينهما ما يلي :

قوله صلي الله عليه وسلم : " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج".[2]

قوله صلي الله عليه وسلم :" أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا أؤتمن خان ، و إذا عاهد غدر ، و إذا خاصم فجر ".[1]

1- البخاري ، صحيح البخاري ، باب الشروط في النكاح ، الجزء السادس ، دار الفكر ، بيروت ، 1981 ، ص 138 .

2- النووي ، رياض الصالحين ، باب الوفاء بالعهد و إنجاز الوعد ، دار الإمام مالك ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2004 ، ص 212

3- البخاري ، نفس المرجع ، ص 140 .

قوله صلي الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطا حرم حلالا ، أو أحل حراما ."[1]

ووجه الدلالة من الحديث الأول : أن الشروط في عقد الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها ، ولا فرق في ذلك من أن تكون هذه الشروط مرتبطة بالآثار المالية للزواج كالمهر أو النفقة ، أو غيرها من الشروط التي تحقق مصالح الزوجين المشروعة ، وهذا لأن المشترط في عقد الزواج لم يكن ليقبل بهذا الزواج إذا لم يوفي بشرطه.

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

و بالنسبة للحديث الثالث الذي استند إليه المبيحون الشروط فهو يدل على إن المشترط يقف و يلتزم بشرطه ما لم يكن فيه إبطال لحكم الله أو إسقاط لما أوجبه الله ، كما دل الحديث على صحة جميع أنواع الشروط ما لم يرد من الشرع ما يدل على تحريم شرط منها و بطلانه.

و لقد ناقش أصحاب الرأي الأول وهم المانعون للشروط أدلة أصحاب الرأي الثاني المتمثلة في الأحاديث السابقة الذكر و أبدوا معارضتهم لها ، فبالنسبة للحديث الأول :"...إن أحق الشروط أن توفوا به..." قالوا إن كلمة أحق لا تؤخذ على إطلاقها ،

1- البخاري ، نفس المرجع ، ص 141

و إنما يقصد بها ما هو حق في نفسه و ليس بباطل، وأيضا بأن المقصود في الحديث : الشروط التي تجب في النكاح كالمهر و النفقة ، لأنها هي التي تستحل بها فروج النساء، و بالتالي رفضوا الأخذ بالحديث للدلالة على لزوم الوفاء بكافة أنواع العقود و الشروط ، و لكن رد عليهم بأن كلمة أحق جاءت لتبين في هذا الحديث بأنه يجب الوفاء بجميع الشروط ، و لكن الشروط التي ترد في عقد الزواج يكون الوفاء بها أولى و أوثق ، و أما حصرهم المراد بالشروط الواردة في الحديث بالشروط التي تجب في الزواج من مهر و نفقة فهذا كلام غير صحيح ، لأن هذه الأمور تترتب على عقد الزواج و لو لم يشترطها الزوجان.[1]

واعترض المانعون للشروط على حديث رسول الله صلي الله عليه وسلم :" المسلمون عند شروطهم ..." و قالوا بأنه حديث ضعيف ، و بأنه جاءت زيادة في بعض رواياته ، ففي رواية ورد الحديث بعبارة :" إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا " و في رواية أخرى ورد بعبارة :" ما وافقت الحق " و اعتبروا أن الرواية الأولي تفيد بطلان كل شرط يتضمن تحريم ما أباحه الله تعالي لعباده ، أو إجازة ما حرمه عليهم ثم إن الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم منها ما يحرم الحلال كمن يشترط على نفسه في عقد الزواج بألا يتزوج على زوجته ، فإنه يحرم على نفسه تعدد الزوجات الذي أباحه الله تعالى بقوله: " فانكحوا ما طاب من النساء مثني و ثلاث و رباع".[2]

1- زكي الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص 89 ، 90.

2- سورة النساء ، الآية 3.

و نفس الأمر ينطبق مع الزوجة التي تشترط على زوجها ألا ينقلها من بلدها فإنها تناقض قوله تعالى :" فامشوا في مناكبها و كلوا من رزقه"[1]

و قوله أيضا :" أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم".[2]

وأما الأخذ بالرواية الثانية للحديث السابق :" أو ما وافقت الحق "فيبطل به كل شرط لم يرد في نصوص القرآن أو السنة.[3]

بيد أن المبيحون للاشتراط ردوا على هذه الاعتراضات بأن هذا الحديث صحيح ، و بالنسبة لما ذكره المانعون للاشتراط فيما يتعلق بمعني الحلال و الحرام هو قول غير سديد ، لأن الشروط الباطلة حسب الحديث هي التي توجب إبطال ما شرعه الله تعالى، أو اقتراف ما حرمه على عباده ، كشرط عدم النفقة على الزوجة فهذا إبطال لما أوجبه الله ، أو كشرط عدم الإرث ، كشرط نفي النسب و غيرها من الحقوق التي أوجبها الله

و أما استدلالهم بقوله صلي الله عليه وسلم :" أو ما وافقت الحق " فليس المقصود به حصر ورود الأدلة الشرعية من الكتاب و السنة على إجازة الشرط ، و إنما يعني عدم مخالفة الشرط لأحكام الشريعة الإسلامية .[4]

1- سورة الملك ، الآية 15.

2- سورة الطلاق ، الآية 6.

3- نشوة العلواني ، المرجع السابق ، ص102 ، 103.

4 - كوثر كامل علي ، المرجع السابق ، ص 53 ، 54.

ثالثا :من المعقول

يرى المبيحون للشروط بأن العقود تعتبر من الأفعال العادية ، و الأصل فيها عدم التحريم . ولقد بين القرآن الكريم ما هو محرم علينا حيث قال تعالى :" وقد فصل لكم ما حرم عليكم " ثم أنه لا يوجد في القرآن الكريم ما يدل على تحريم إنشاء الشروط في عقد الزواج ، إن العقود و الشروط هي من الأفعال التي تسمي في اصطلاح الفقهاء بالعادات و ليست من العبادات ، و العادات ينظر فيها إلى عللها و معانيها لا إلى النصوص ، لأنها ليست عبادة يتعبد بها ، فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة الإسلامية استصحابا للمبدأ الأصولي القاضي بأن الأصل في الأفعال و الأقوال و الأشياء هو الإباحة ، بخلاف العبادات التي الأصل فيها عند النص القرآني الثابت ، أما العقود و الشروط فالغرض منها رعاية مصالح و تحقيق أغراضهم .

كما أن الشارع أجاز نقل الحقوق و إسقاطها بالرضا ، فكل عقد أو شرط يتحقق فيه الرضا فهو واجب الوفاء و لو لم يرد به نص صريح يبيح ذلك .[1]

إن الضرورة أو المصلحة هي التي قد تدفع بالزوجين إلى الاتفاق على شروط معينة في عقد الزواج ، و لهذا فإن إباحة الاشتراط يتفق مع خاصية أساسية تتميز بها الشريعة الإسلامية و هي قيامها على جلب المصالح ودرء المفاسد ، فالشريعة ما جاءت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل و الآجل و درء المفاسد عنهم ،

[1] - رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 148.

ثم إن تحقيق المصالح هو مقصود الشارع و في هذا يقول المولي عز وجل : " و ما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ".[1] و الرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد و درء المفاسد عنهم .[2]

عن القول بحظر الاشتراط يترتب عليه وقوع الناس في الضيق و الحرج ، وهذا ما رفعه الله عن عباده إذ قال :" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " [3]. وقال أيضا :" وما جعل عليكم في الدين من حرج ".[4]

و قد أكد النبي صلي الله عليه وسلم هذا المعني حيث قال : "إن الدين يسر و لن يشاد هذا الدين أحدا إلا غلبه " و قال أيضا :" لا ضرر ولا ضرار ". و النتيجة من هذا كله هي وجوب القول بإباحة الشروط في العقود عامة و الزواج خاصة ولا يبطل من الشروط إلا ما خالف منها أحكام و مقاصد الشريعة الإسلامية .[5]

---

[1]- سورة الأنبياء ، الآية 107.

[2]- عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ،ص 46.

[3]- سورة البقرة ، الآية.185

[4]- سورة الحج ، الآية 78.

[5]- نفس المرجع ، ص 113، 114.

الفرع الثاني : تقييم الرأي المؤيد للإباحة الاشتراط في عقد الزواج

يتبين لنا الأدلة السابقة التي استند التي إليها أصحاب الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة مدى وجاهة هذا الرأي و رجاحته ، لأنه يؤدي إلى التوسعة على الناس ورفع الحرج و الضيق عنهم بإباحة الاشتراط سواء في عقد الزواج أو باقي أنواع العقود و المعاملات ، و مما يزيد في وجاهة هذا الرأي أن أصحابه لم يفتحوا باب الشروط على مصراعيه فالأمر مقصور على دائرة الشروط الصحيحة ، إذ يتعين قبل الحكم بصحة الشرط من عدمه مراعاة ما إذا كان هناك نص شرعي خاص يحرم هذا الشرط أم لا ؟ و هذا ما يتطلب من المفتي أن يكون مستوعبا للأدلة العارضة لتلك الأدلة العامة التي جاءت بإباحة الشروط حتى حكمه صحيحا ، فإن وجد تعارض معها أبطل الشرط ، و إن لم يجد أي تعارض حكم بإباحة الشرط و صحته .

ويقول في ذلك ابن تيمية :" و إذا ظهر أن لعدم تحريم الشروط و صحتها أصلين : الأدلة الشرعية العامة ، و الأدلة العقلية التي هي الاستصحاب و انتفاء المحرم ، فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل و أعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع و المسألة ، هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم فإن الأدلة النافية لتحريم الشروط و المبينة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمه الله و رسوله [1]

1- ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ابن تيمية ، المجلد الثاني و الثلاثون ،(النكاح) ، مكتبة المعارف ، المغرب ، بدون سنة .

إن ما ذهب إليه الحنابلة من أن الأصل في العقود الإباحة لا الحظر مسلك سليم لتوافقه مع تحقيق مصالح الأفراد ما لم يتعارض ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية ،

فتطور الحياة قد اقتضي ضروبا من التعامل لم تكن معروفة من قبل و لم يرد بشأنها نص في الشرع ، فيكون من الحكمة إباحتها و الوفاء بها ما لم تحرم حلالا و تحل حراما ، أي أنه يجب أن يكون حرية التعاقد في دائرة معينة هي دائرة الحلال و المباح ولا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام.

وعلى العكس من ذلك يرى الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: يجب الأخذ برأي المانعين للاشتراط في عقود الزواج حرصا على ما للزواج من حرمة و قداسة ، و لما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام ، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء و النزوات و تعصف بأغراض الزواج السامية ، مستندا في ما ذهب إليه إلى أن الأصل في الابضاع – المتعة الجنسية – التحريم ، على أن يؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية تحقيقا لمصالح الناس و أغراضهم في إبرام العقود لأغراض مشروعة. [1]

و حسب رأينا ، فأن الشروط المقترنة بعقد الزواج قد تكون عاملا مساعدا على تحقيق التوافق بين الزوجين و رسم المسار الصحيح لحياتهما المستقبلية ، بما يحقق الاستقرار دون أن يتنافي ذلك مع قدسية عقد الزواج، كما أن حرية الاشتراط ليست بالمطلقة بل هي مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية ، فالأصل هو إباحة الاشتراط ما لم يرد الدليل الشرعي على تحريمه ، هذا فضلا عن إمكانية مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج ، إما عن طرق الموظف المختص بإبرام عقد الزواج ، أو عن طرق القضاء .

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

[1]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق ،ص 47.

هكذا نجد أن حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج عند مذهب الظاهرية فالأصل عندهم هو الحظر و المنع التام، لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب و السنة ، ثم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء المذهب الحنفي و الشافعي و المالكي ، وهذا لإقرارهم الأخذ ببعض الأدلة الشرعية المصالح المرسلة و الاستحسان و العرف [1] ، إلى أن تتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة و على رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن القيم ، حيث أجاز الحنابلة للزوجين اشتراط الشروط التي تحقق منفعة مقصودة، ولا تتعارض مع مقتضي عقد الزواج و نصوص الشريعة ، كاشتراط الزوجة ألا يسافر بها زوجها من بلدها أو ألا يتزوج عليها ، أو اشتراط أحد الزوجين كون الآخر موسرا و غير ذلك من الشروط وراعي الحنابلة في إباحة هذه الشروط ما للزواج من جانب كبير من القدسية ، وكذلك الدور الذي تقوم به هذه الشروط في الحفاظ على استقرار الأسرة ،لذلك كانت رعاية الشروط التي ترد في عقد الزواج وفيها منفعة للزوجين أو أحدهما أوجب و ألزم من العقود الأخرى .[2]

و أخيرا يجدر بنا أن نشير إلى أن الرأي الثاني الذي يقضي بأن الأصل في الاشتراط الإباحة يمتاز بالمرونة و الملائمة مع واقع الناس و متطلباتهم وروابطهم العقدية ، وهو اتجاه سليم إذ الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة .كما أنه يسمح للزوجين باشتراط شروط تهدف إلى ضمان مستقبلهم و حماية مصالحهم المشتركة و تقوية أواصر المودة و الرحمة بينهما.

وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي قد اعترف بحرية الإرادة منذ نشأته و بداية تطوره ، بخلاف القوانين الغربية التي تحولت من الأخذ بالعقود الشكلية إلى إطلاق سلطان

1- ابن تيمية، المرجع السابق ، ص 282.

2-وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 48.

الإرادة .[1] فحسب فقهاء المذهب الحنبلي فإن الشريعة الإسلامية فوضت لإرادة العاقدين تحديد مقتضيات العقود أو آثارها ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يناقض نصوص الشريعة و أصولها الثابتة، هو عين ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريعات الحديثة فيما اصطلح على تسمية بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح العاقدين الحرية في اشتراط أي شرط لا يخالف قواعد النظام العام و الآداب العامة[2] ولا أدل على ذلك تلك العبارة الخالدة لشيخ الإسلام ابن تيمية التي تعتبر بحق دستور الفقه الإسلامي في مبدأ سلطان الإرادة العقدية ،وهي قوله :"والأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهم بالتعاقد "، وهو المبدأ ذاته الذي عبرت عنه القوانين الحديثة بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين". 1

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الإشتراط في عقد الزواج

لقد ورد هذا القيد الثاني في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت أحكاما عامة غير محددة ، بل وفي منتهى التعميم و الشمولية ، إذ نجد المشرع الجزائري قد أباح للزوجين كقاعدة عامة أن يشترطا كل الشروط التي يرياانها ضرورية ، ثم أورد على هذه القاعدة العامة استثناء يقيد العموم السابق ، وهذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط ، غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام و قواعد قانون الأسرة ، غير أن تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري ، و التي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفه بعض الصعوبات ، فعلي سبيل المثال

1 - محمد أحمد سراج ، نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1988. ص 88.

قد يبدو للبعض أن هناك تعارض بين إباحة المشرع مثلا لشرط عدم تعدد الزوجات وما تقضي به المادة 8 بإباحة التعدد، إنه بالنسبة لمحاولة حصر أحكام قانون الأسرة التي لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد

قد يبدو للوهلة الأولي عسيرا بعض الشيء ، إلا أنه يمكن القول بأن المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضي العقد ، و هذا ما يتضح جليا من خلال نص المادة 32 من قانون الأسرة بنصها على بطلان الزواج الذي أشتمل على شرط يتنافى و مقتضيات العقد.

وتتمثل أهم هذه الأحكام فيما يلي : [1]

1- حق الاستمتاع بين الزوجين (المادة 04)

2- استحقاق الزوجة الصداق (المادة 14)

3- استحقاق الزوجة للنفقة (المادة 74)

4- حسن المعاشرة بين الزوجين (المادة 36)

5- التوارث بين الزوجين (المادة 126)

6- ثبوت نسب الأولاد (المادة 41)

تجدر الإشارة ان المشرع الجزائري قد جعل استقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين وفقا لنص المادة 37 من قانون الأسرة وإمكانية الاتفاق في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق.

وفي الأخير نشير إلى أن موقف قانون الأسرة الجزائري و بقية قوانين الأحوال الشخصية العربية من حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج ، لا يختلف

1- قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق

عما ذهب إليه الفقه الحنبلي من أن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم يقم الدليل على المنع، وهذا ما يبدو واضحا من أحكام نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري ، و التي تنص على أنه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل شروط التي يرياانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافي هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".[1]

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد أطلق السلطان لإرادة الزوجين في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحه ، ما لم تتعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة ، و إلى هذا الموقف ذهبت أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية كالقانون السوري [2]، و مدونة الأسرة المغربية.[3]

المطلب الثالث: القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج

1- قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق

2- حيث نجد أن القانون السوري قد استوحي نظرته في الشروط الجائزة من مبادئ مذهب الإمام أحمد بن حنبل

3- مدونة الأسرة المغربية ، ظهير شريف رقم 22-04-01 بتنفيذ قانون رقم 03-70 (3 فبراير 2004). و نصت المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية: " الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد و مقاصده و ما خالف القواعد الأمر فيعتبر باطلا و العقد صحيحا "

إن الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج ليس على إطلاقه إذ أن الشروط التي تشترط في العقد قد تتبع رغبات و أهواء المتعاقدين التي لا تقف عند حد معين وقد يؤدي الغلو فيها إلى الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية ، فقد حدد الشارع لهذه الشروط الحدود التي يجب ألا يتجاوزها المتعاقدان و إلا كانت باطلة .

ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في استنباط هذه الحدود، فلم يتفقوا حول تحديد ضوابط التمييز بين الشروط المشروعة و الشروط غير المشروعة، و تعددت بذلك مذاهبهم و آراءهم و اختلف سعة وضيقا ، فكان أضيقها مجالا مذهب الظاهرية و أوسعها مجالا مذهب الحنابلة ، واحتل المالكية و الشافعية موقعا وسطا ، إن القيد الأساسي على حرية الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو عدم مخالفة الدليل الشرعي ، ولذلك الفقهاء مختلفون في الأخذ بكل هذه الأدلة الشرعية ، فنصوص القرآن و السنة لم تبين لنا الحد الفاصل بين الشروط المشروعة و الشروط غير المشروعة ، ولهذا يجب البحث في بقية مصادر التشريع الإسلامي ، بينما نجد القوانين الوضعية تجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الاشتراط ، ولا يخفي بأن هذا المفهوم يقبل التوسع و التضييق بسبب مرونة و نسبية النظام العام .[1] ثم أن قانون الأسرة الجزائري وفي مادته 19 اكتفي بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على حرية الزوجين في وضع الشروط هو عدم مخالفة أحكام هذا القانون ، و سنتعرض إلى دراسة القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج في الفروع الآتية:

الفرع الأول : مراعاة قواعد النظام العام و الآداب العامة

1- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 78 ، 79.

يعتبر قيد النظام العام و الآداب العامة من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج ، وهذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام ، فلا يجوز للزوجين تعديلها بإنفاقات فيما بينهم .

وعلى هذا الأساس يقع باطلا كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لابنهما ، أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة و الأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلا ، ويقع باطلا أيضا كل شرط يقضي بتعديل ما للزوجين من حقوق على زوجها كشرط نفي المهر أو عدم الإنفاق عليها. [1]

و لكن الإشكال الذي يواجهنا هنا هو صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام ، ومع ذلك يمكن القول بأن النظام العام على وجه الإجمال هو عبارة عن مجموعة القوانين التي تقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية وهذا هو مجال القوانين الدستورية و الإدارية ، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية ، أو كانت هذه المصلحة اقتصادية .

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

1- حمليل صالح ، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار ،2005 ، العدد 06 ، ص 133 - و الجدير بالذكر هنا ، أن نص المادة **3 مكرر** من التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري أوجب على النيابة العامة أن تتدخل كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون . و الحقيقة أن هذا التعديل له ما يبرره ، غير أن ما يعاب على هذا التعديل أنه فتح الباب واسعا أمام النيابة العامة ، حيث كان من المفروض أن يربط تدخلها بمعيار الآداب العامة حيث بعض مسائل الأحوال الشخصية لا تتطلب إشراك النيابة العامة

أما المقصود بمراعاة الآداب العامة هو احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معين وعصر معين ، بحيث يفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلقي، غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حد ما .وذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر بل ونجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصر لآخر .

غير أن الميزة التي يتمتع بها النظام تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني لمجتمع ما و التغييرات الاقتصادية و الاجتماعية و الخلقية ، بشرط ألا يكون هذا على حساب قيم ومبادئ المجتمع

فالمفاهيم الخلقية تعتبر المحدد الأساسي لمفهوم الآداب العامة كما جرى على ذلك التطبيق العملي.

وانطلاقا مما سبق ، فإنه لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج شروط و بنود تمس بالآداب العامة ، فعلي سبيل المثال يقع باطلا اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية كبائعة خمور ، أو أن تعمل كراقصة أو عارضة للأزياء ، و ذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية ، في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية.

و بمقارنة فكرة النظام العام و الآداب العامة في القانون الوضعي كقيد وارد على حرية الاشتراط وما يقابل هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية ، ونعني بذلك عدم مخالفة الشروط للدليل الشرعي ، نجد أنهما يختلفان في كون النظام الشرعي العام

في الشريعة الإسلامية ثابت على مر الزمن ولا يجوز تغييره ولا تبديله ، بخلاف فكرة النظام العام حسب القانون الوضعي فإنها تخضع للتغيير.

فضلا عن أن نطاق المحرم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالا من نطاق التحريم في القانون الوضعي ، فالفقه الإسلامي يعالج القضايا الدينية و الدنيوية ، بينما يقتصر الوضعي على معالجة الأمور الدنيوية فقط .

و لم يجعل الفقه الإسلامي من المعيار الذاتي المتمثل في المصلحة الفردية للمتعاقد أساسا لترتيب آثار العقود و الشروط ، بل الأساس المعتمد في ذلك هو المعيار الموضوعي الذي يغلب مصلحة المجتمع و يحمي النظام الشرعي العام و الآداب العامة ، و لتحقيق ذلك لابد من الخضوع لأوامر الشارع ونواهيه .

وتبعا لذلك فإنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على ألا يرتب عقد الزواج آثاره الشرعية ، و الحكمة في ذلك أنه لو ترك الشارع الناس و شأنهم في ترتيب ما يحلو لهم من آثار و شروط في العقود ، وخاصة في عقد الزواج لخرجوا عن حدود الله و طغي الظلم و الفساد في الأرض ، بسبب الأنانية الطاغية على الإنسان التي تجعله يسعي إلى تحقيق مصالحه على الطرف الآخر فكان من اللازم تقييد إرادة المتعاقدين بعدم مخالفة قواعد النظام الشرعي العام.

الفرع الثاني : عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

غير أن تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري والتي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتفيه بعض الصعوبات ، فعلي سبيل المثال قد يبدو للبعض أن هناك تعارض بين إباحة المشرع لشرط عدم تعدد الزوجات وما تقضي به المادة الثامنة بإباحة التعدد.

إنه بالنسبة لمحاولة حصر أحكام قانون الأسرة التي لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد ، قد يبدو للوهلة الأولي عسيرا بعض الشيء إلا أنه يمكن بأن المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضي العقد ،وهذا ما يتضح جليا من خلال نص المادة 32 من قانون الأسرة بنصها على بطلان الزواج الذي أشمل على شرط يتنافي و مقتضات العقد، وتتمثل أهم هذه الأحكام فيما يلي : حق الاستمتاع بين الزوجين ،استحقاق الزوجة الصداق ،استحقاق الزوجة للنفقة ،حسن المعاشرة بين الزوجين....ألخ ،أما ما يتعلق بتضمين عقد الزواج بعض الشروط التي قد تخالف أحكام قانون الأسرة ، كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها و حول ما إذا كان هذا الاشتراط يعد في مضمونه تحرما لشيء محلل شرعا ؟

يري الدكتور عبد العزيز سعد بأن هذا الشرط يعتبر باطلا لتنافيه مع نص المادة 08 التي تسمح بتعدد الزوجات ، لذلك فان الزوج لا يلزم بالوفاء بأي شرط ورد في العقد و كان مخالفا قانون الأسرة ، ولا يجوز مطالبته بالوفاء بذلك أمام القضاء و ليس للزوجة أن تطلب التطليق اعتمادا على عدم الوفاء بهذا الشرط.[1]

و تزداد أهمية طرح هذا الإشكال في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة حيث خصت المادة 19 بالذكر شرط عدم تعدد الزوجات إلى جانب شرط عمل المرأة باعتبارهما شرطين ضروريين لتأثيرهما على حياة الأسرة

1- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في القانون الجزائري ،دار هومة للطباعة و النشر ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 1996.، ص 172.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم مسألة هذه الشرطين تشريعا ، وتم بذلك رفع الحرج عن القاضي و المتقاضين.[1]

غير أنه و بهذا التخصيص لشرط عدم تعدد الزوجات في المادة 19 و 8 أكثر وضوحا و بروزا من السابق على الأقل من ناحية صياغة هاتين المادتين ، وفي اعتقادنا أنه كان في وسع المشرع الجزائري تفادي وقوع هذا التعارض في صياغة نص كل من المادتين لو نص على هذا الشرط في المادة 8 كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات ، كما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المغربي حيث نص في المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه :" يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات ، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها "، فالموضع الصحيح لإدراج عدم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري يكون هو نص المادة 8 و ليس نص المادة 19 .

ومن ناحية أخرى فإن صيغة التعبير التي أوردها المشرع الجزائري بخصوص شرط عدم تعدد الزوجات في نص المادة السالفة تعتبر غير سليمة، لأنها تتجه بذهن القارئ نحو تحريم مبدأ التعدد أصلا ، و التعبير السليم رأينا يكون باستبدال عبارة"... ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات ..."بعبارة " ...ولا سيما شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ..."

1- بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، 2004 ،ص 102، 103.

و الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تقم تعدد الزوجات إلا بشرط العدل ، أما جعله بيد القاضي و موافقته و مطالبة الرجل بإبداء المبرر الشرعي و اقتناع القاضي بذلك هي شروط ما أنزل الله بها سلطانا .

كما أن إعطاؤه ولاية غير مشروعة للقاضي على الرجل من شأنه أن يعمق و يوسع مساحات الزواج العرفي و العلاقات غير المشروعة .[1]

إن ما يجب فهمه بالنسبة لتعدد الزوجات ، أن الشريعة الإسلامية تأبي أن يكون الغرض من التعدد المباهاة أو التذوق أو الإهانة ، فالتعدد رخصة لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة ووجود مسوغاتها .

و انطلاقا من هذا فلا حرج في وضع قيود على تعدد الزوجات و إحاطته بإجراءات و تحقيق العدل فيه ، المرأة من تعسف الزوج و ضمان حقوق الزوجة ، و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية و تحديدا الفقه الحنبلي نجده يبيح للزوجة أن تشترط على زوجها أن لا يتزوج عليها ، أو ألا يخرجها من منزل أبيها... و غيرها من الشروط التي لا توافق مقتضي عقد الزواج ولا تنافيه ، ولم يرد بها أمر أو نهي من الشارع و يكون في اشتراطها تحقيق غرض مشروع لمن اشترطها . فالحنابلة يرون بإلزامية الوفاء بمثل هذه الشروط ، و يمنحون لمن تضرر من جراء عدم الوفاء بها حق فسخ عقد الزواج.[2]

1- فاروق أبو سراج الذهب ، مواقف و آراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات ، مجلة البصيرة للبحوث و الدراسات الإنسانية ، الجزائر 2004، العدد 08 ، ص 116 ، 117.

2- كوثر كامل علي ، المرجع السابق ، ص 72.

بينما نجد كل من فقهاء الشافعية و المالكية و الحنفية يعتبرون بأن كل شرط يخالف الشرع أو يزيد على مقتضي العقد من غير ورود نص في الشرع بإقراره ، شرط فاسد لا يؤثر على العقد بحيث يفسد الشرط وحده و يبقي العقد صحيحا ، كاشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها .[1]

و هكذا نجد أن الفقه الإسلامي على خلاف حول شرط الزوجة ألا يتزوج عليها ، وواضح أيضا مما سبق أن المشرع الجزائري قد استوحي تنظيمه لهذا الشرط من الفقه الحنبلي الذي يعتبر أكبر المذاهب توسعا في تصحيح الشروط .

إن تبني المشرع الجزائري لرأي الحنابلة فيما يخص اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها له ما يبرره ، فما كان للزوجة أن تلجأ إلى ذلك إلا منعا لمفسدة ، وما سميت الضرة بهذا الاسم لدى العرب إلا لاشتقاق اسمها من الضرر .[2] كما أن في اشتراط الزوجة لمثل هذا الشرط تحقيق لمصلحة جدية للمرأة و رغبة أكيدة لديها في الاستئثار بزوجها .

ونخلص مما سبق ذكره إلى أنه لا تعرض بين شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها و مبدأ تعدد الزوجات ، فتنازل الزوج عن حقه في التعدد لا يبطل المبدأ من أصله ، بل يبقي التعدد في أصله مباح دون أن ينفي ذلك إعطاء الحق للزوجة في أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها كلما كان في ذلك تحقيق لمصلحة جدية للزوجة .

1- بن داود عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 145

2. وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 587.

الفرع الثالث : جدية المصلحة

تعرف المصلحة في الشريعة الإسلامية بأنها جلب المنفعة و دفع المضرة و المفسدة.[1] و المصلحة المعتبرة في شريعة الإسلام هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين و النفس و المال و العقل و النسل ، و في هذا يقول الإمام الغزالي :"إن جلب المنفعة و دفع المضرة كقاصد الخلق، و صلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع . مقصود الشرع في الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم و أنفسهم و عقلهم ونسلهم و مالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة و دفعها مصلحة ".[2]

و المقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج هو أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة فيجب الوفاء به ، أما إذا كان الشرط منافيا للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط ،[3] و تقدير جدية المصلحة و أهميتها مرجعه إلى الموازنة بينها و بين الأضرار الذي تنتج عنها ، أو عدم تقريرها ، بحيث إذا بلغت المصلحة حدا من الأهمية يرو أو يزيد في عنها ، أو عن عدم تقريرها ، بحيث إذا بلغت المصلحة حدا من الأهمية يرو أو يزيد في قيمته على الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق أو استعمالها كانت المصلحة جدية . لأن الحقوق لا تعد غايات في حد ذاتها و إنما هي وسائل لتحقيق غايات و

1- محمد تقية ، مصادر التشريع الإسلامي ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1994 ، ص 149.

2- محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، بدون سنة ، ص 293.

3- سعيد فكرة ، الشرط عند الأصوليين ، رسالة دكتوراه ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، معهد الشريعة ، قسنطينة ، السنة الجامعية 1997/1996 ، ص 633.

مصالح مشروعة يحميها القانون فإذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبرر ما ينجم عن التصرف من أضرار اعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق ، فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها ، فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها ، و لكن إذا أضحت تلك الغاية غير ذات جدوى بسبب أن الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها يلحق الضرر بالزوج عليه مصلحة حقيقية ، فإن مثل هذا الشرط يبطل لأن الغاية شرع و الشرط تصرف ، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع فما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط،[1] وعلى ذلك فإذا كانت الزوجة ولود و تقوم بجميع واجباتها الزوجية ، فإنه ليس للزوج مخالفة شرطها بألا يتزوج عليها ، بل يجب عليه بهذا الشرط لأنه يحقق مصلحة مقصودة للزوجة،أما إذا كانت الزوجة عاجزة عن القيام بحقوق الزوج أو كانت غير قادرة على الإنجاب بسبب العقم ، فهناك تظهر مصلحة جديدة من أجلها شرع عقد الزواج وهي حفظ النسل ، وبناءا على هذا فلا يكون الزوج ملزما بالوفاء بالشرط ، ولا يكون للزوجة حق فسخ الزواج ، إذ لا يمكن اعتبار الزوج مخلا بالشرط.

1- سعيد فكرة ، المرجع السابق ، ص634

مقدمة:

إن دراستنا للاشتراط في عقد الزواج في نظر كل من فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون بالرغم من غزارة المادة الفقهية من خلال المؤلفات العديدة التي تزخر بها مكتباتنا الجامعية وتقتضي منا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، حيث نبين في المبحث الأول أثر الاشتراط فى عقد الزواج من حيث الصحة و البطلان ، وفي المبحث الثاني ندرس فيه مدى صحة الاشتراط في عقد الزواج ، وذلك من خلال التطرق إلى مدى سلطة الموثق وضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الاشتراطات المتفق عليها بين الزوجين من خلال المواد القانونية التي يستند إليها القاضي والموثق وضابط الحالة المدنية والإجراءات المتبعة لتحرير وتسجيل عقود الزواج ، ثم التطرق إلى سلطة القاضي في تعديل أو نقض الاشتراط في عقد الزواج .

أما المبحث الثالث فنخصصه لدراسة الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالاشتراط و المتمثل في الدفع بعدم التنفيذ و الفسخ و التعويض ،حيث ان

المبحث الأول : أثر الاشتراط في عقد الزواج

لقد نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج و قررت الآثار المترتبة عليه ، و التي الأصل فيها أن تكون بحكم الشارع و جعله ، واستثناءا من ذلك يجوز لأحد الزوجين اشتراط شروط في العقد لا تنافي طبيعة عقد الزواج ولا تخالف أحكام قانون الأسرة ، وهذه الشروط إما أن تكون مرتبطة بحقوق الزوجة على زوجها ، أو حقوق الزوج على زوجته ، أو تتعلق بحقوق مشتركة بينهما .[1]

إن اقتران صيغة عقد الزواج بهذه الشروط الإرادية الزائدة عن أصل العقد ، و التي تحقق منفعة للزوجين أو أحدهما يجعل من هذه الشروط مقارنة لعقد الزواج ، بحيث يصبح الشرط جزءا من صيغة العقد و يلتحق بها و ينعقد العقد صحيحا ، و لكن قد يترتب على الاقتران تأثير في العقد من حيث الصحة و البطلان تبعا لفساد تلك الشروط.[2]

و الحقيقة أن تأثير الشروط على عقد الزواج من حيث الصحة و البطلان يرجع في أصله إلى اختلاف الفقهاء في مدى الدور الذي تلعبه الإرادة العقدية في اشتراط الشروط في عقد الزواج تبعا لاختلافهم حول ضابط الشروط المشروع و الشرط غير المشروع ، مما جعلهم مختلفين في أنواع هذه الشروط التقييدية و مدى تأثيرها على عقد الزواج صحة و بطلانا.

إن المراد بتأثير الشرط على العقد هو الحكم الذي يترتب على اشتراطه في عقد الزواج ،من حيث إلزامية الوفاء بالعقد و التقيد به ، و كذا ثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط ، أو فساد العقد لعدم صحته ، و هذا التأثير يختلف باختلاف نوع الشرط الذي يقترن بعقد الزواج ، و الذي إما أن يكون موافقا لمقتضي عقد الزواج ، و إما أن

1- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، الزواج و الطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، الجزائر ،2005 ، ص 157 ، 158.

2- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 229 ، 230.

يكون منافيا له ،حالات أخرى لا يقتضيه العقد ولا ينافيه[1] .و سنتعرض فيما يلي إلى دراسة هذه الأنواع من الشروط و بيان تأثيرها في عقد الزواج كما يلي :

المطلب الأول : الشروط الموافقة والمنافية لعقد الزواج

الفرع الأول: الاشتراط الموافق لمقتضي عقد الزواج

وهو الشرط الذي يكون جزءا من مقتضي العقد و مؤكدا لمقتضاه فهو مكملا لحكمة المشروط و عاضدا لها بحيث لا يكون فيها منافاة لعقد الزواج كاشتراط الزوجة الكفاءة أو الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان أو بأن ينفق عليها زوجها أو بأن يقسم بينها وبين ضرائرها بالعدل في حالة التعدد ، فهذه كلها شروط صحيحة ، لأن الغرض من اشتراطها هو تحقيق التلاحم و التوافق بين الزوجين و هذا ما يلائم مقصود النكاح .[2]

والشرط الموافق لمقتضي العقد في حقيقته مجرد صفة لمحل العقد ولا يضيف إليه أصلا جديدا لأنه يدخل في العقد دون حاجة إلى تسمية . و لهذه فقد أجمع الفقهاء على صحة الشروط التي يقتضيها العقد و توافق مقصود الشارع كاشتراط الزوج أن تكون له القوامة على زوجته أو حق تأديتها .[3]

إن هذه الشروط تعتبر صحيحة و العقد معها أيضا ، و يجب على كل من التزم بها أن يفي بها، و الهدف الأساسي الذي يدفع بالزوجة إلى وضع شروط تكون من مقتضي العقد الرغبة منها التأكيد على ضمان هذه الحقوق ، فتلجأ إلى الاشتراط على زوجها بأن ينفق عليها ، أو أن يعطيها مهرها ، أو تشترط كفيلا لضمان المهر ، و ذلك أمر جائز لا يوقع في العقد خللا ، و لا يكره اشتراطه ، ويحكم به سواء اشترط في العقد أو لم يشترط ، فوجوده و عدمه سواء ، لأنه لازم بمقتضي العقد .

1- علي محمد قاسم ، المرجع السابق ، ص 109.

2- محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 237

و بعدما عرفنا بأن حكم الشرط الموافق لمقتضي عقد الزواج في الشريعة الإسلامية هو الصحة ، نأتي على بيان حكمه في قانون الأسرة الجزائري فبرجوع إلى نص المادة 32 نجدها تنص على أنه :" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد " ، وبمفهوم المخالفة لنص المادة فإن الشرط يعتبر صحيحا في نظر قانون الأسرة الجزائري إذا كان موافقا لمقتضي العقد .

وعليه إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يوجب لها صداقها ، فإن هذه الشروط هي من صميم مقتضي عقد الزواج ، وهي واجبة من غير حاجة إلى اشتراطها ، فالقانون قد نص على هذه الآثار بموجب النصوص المنظمة لعقد الزواج حيث نجد نص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري يؤكد على أحقية الزوجة للصداق كما أوجبت المادة 14 على الزوج الانفاق على زوجته .

الفرع الثاني : الاشتراط المنافي لمقتضي عقد الزواج

وهو شرط غير ملائم للمشروط بل هو مناف لمقتضاه [1]، كما لو اشترط الزوج في عقد الزواج على زوجته عدم دفع مهرها أو نفقتها ، أو شرط أن يقسم لها أقل من ضرتها ، و بالمقابل لذلك قد تشترط الزوجة ألا تسلم نفسها إلى مدة محدودة ، أو ألا يطأها زوجها مطلقا فإن كل هذه الشروط تعد باطلة لمنافاتها لمقتضي العقد و يصح النكاح ، لأن هذه الشروط تعود إلى معني زائد في العقد لا يشترط ذكره ، كما أنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده .[2]

1- شمس الدين ، قانون الأسرة و المقترحات البديلة ، دار الأمة ، الجزائر ، 2003 ،ص 136.

أما ما يبطل النكاح من أصله كشرط تأقيت النكاح ، أو شرط الزوج على زوجته أن يطلقها في وقت معين ، أو شرط الخيار الذي يمنح لزوجين أو أحدهما حق العدول عن العقد بعد مدة معينة ، فكل هذه الشروط في نفسها و يبطل بها النكاح . [1]

و يضاف إلى جملة الشروط السابقة التي تتعارض مع مقتضي عقد الزواج اشتراط أحد الزوجين عدم الإنجاب . [2]

و الجدير بالذكر أن تحديد النسل يحرم و يكون إثما عظيما إذا كان بصفة جماعية على مستوى الدولة و المجتمع ، أما إذا كانت هناك أسباب صحيحة تدعوا إلى وقف التناسل في حالات فردية خاصة فهذا جائز ، كأن تكون الزوجة لا تقوى على الحمل المتواصل لضعفها أو مرضها مما قد يؤدي ذلك إلى وفاتها ، و باستثناء هذه الحالات الخاصة فإن السماح بتحديد النسل يؤدي إلى إضاعة المصالح العامة للمجتمع في سبيل المصلحة الخاصة فضلا عن كونه يشكل انحرافا عن طرق الفطرة السليمة . [3]

ولقد أجمع الفقهاء المسلمين على بطلان الشرط المنافي لمقتضي عقد الزواج ، و لكنه لا يبطل العقد عند كل من فقهاء الشافعية و الحنابلة و الحنفية . 4

باستثناء المالكية فهم يرون بأن الزواج المقترن بشرط مناف لمقتضي العقد يفسخ قبل الدخول ولا أثر للشرط فيه ، ويثبت بعده بصداق المثل و يسقط الشرط. 5

واستدل الفقهاء على فساد هذا النوع من الشروط بما روي عن النبي صلي الله عيه وسلم أنه قال : "لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها فإنما لها ما قدر لها ." فدل الحديث

1—محمد سعيد رمضا ن البوطي، محاضرات في الفقه المقارن ، دار الفكر،ط 2 ،1981 ، ص 93.

2- نفس المرجع السابق ، ص 87

3- محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 294.

4- صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 138.

5- علي محمد قاسم ، المرجع السابق ، ص74

على بطلان شرط تطليق الضرة لمخالفته النهي عن هذا الشرط بصريح نص الحديث ، فضلا عن شرط بصريح نص الحديث فضلا عن كونه شرط يلحق الضرر بالغير . و لكنهم استثنوا من ذلك ما لو اشترطت المرأة أن يكون لها حق تطليق نفسها أو ما اصطلح على تسمية بجواز تفويض الطلاق ، فقد ذهبوا إلى وجوب الوفاء بهذا الشرط من قبل الزوج لما قد يترتب على هذا الشرط من تحقيق لمصلحة أحد الزوجين ، و بالأخص الزوجة حيث يمنحها هذا الشرط نوع من الحماية من الطلاق التعسفي للرجل، و يتفق الفقهاء المسلمون على وجوب التفرقة بخصوص هذا الشرط بين فرضين :

الفرض الأول : إذا وقع الاتفاق على هذا الشرط قبل إبرام عقد الزواج فيعتبر باطلا ، لأن الزوج لا يستطيع أن يملك زوجته حقا لا يملكه أصلا نظرا لعدم قيام الزوجية ، فضلا أن هذا الاشتراط قبل قيام العقد يعتبر في حكم تأقيت النكاح وهو أمر منهي عنه.

الفرض الثاني : إذا فوض الزوج إلى زوجته الطلاق بعد العقد و أثناء الحياة الزوجية بناءا على اشتراطها لهذا الشرط ، فإنه يعتبر صحيحا و يجب الوفاء به ، لأنه تمليك من الزوج للزوجة لحق يملكه بعد العقد.[1]

و الجدير بالذكر أن الفرق بين اشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها و شرط طلاق الضرة ، أن هذا الأخير يعتبر باطلا و لا يجب الوفاء به ، لأن فيه إضرار بالضرة و كسر قلبها و خراب بيتها و شماتة أعدائها ، وهو مالا يوجد في اشتراط عدم نكاح غيرها لهذا فقياس أحدهما على الآخر فاسد قياس مع الفارق.

و يجوز للمرأة أن تشترط على زوجها بأن تطلق نفسها لمخالفة الشرط الوارد في العقد بألا يضرها في نفسها ولا في أخذ شيء من مالها إلا بإذنها و رضاها ، و إذا خالف ذلك فيكون

1- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 266 ، 270.

أمرها بيدها ، غير أنها لا تستطيع القيام بذلك إلا إذا أخذ شيئا من مالها بغير إذنها أو لحقها منه ضرر .

إذ أنه لا يجوز الإضرار بزوجته لأن ذلك يخالف أمرا واجبا عليه وهو معاشرتها بالمعروف .[1]

و يميز فقهاء الحنفية بين اشتراط الرجل الطلاق للمرأة ، كأن يقول لها تزوجتك على أن تطلقي نفسك فيعتبر هذا الشرط فاسدا ، بخلاف لو اشترطت هي أن يكون الطلاق بيدها ، فإن الشرط يكون صحيحا و يعمل به ، وهذا ما يدعونا إلى توضيح الفرق بين الشرطين ، فالشريعة الإسلامية حظرت على الرجل أن يسعى في نقض ما تقتضيه طبيعة العقد من كون الطلاق بيده لا بيدها ، فلا يصح أن يشترطه الزوج ، بينما يصح أن يقبله منها إذا اشترطته لما في ذلك من تحقيق لمصلحة الزوجين و دوام العشرة بينهما ، و لهذا اعتبره الشارع صحيحا خصوصا إذا لاحظنا في كثير من الأحيان تخشي المرأة الاقتران بالرجل عند عدم وجود ضمان كهذا .

نشير هنا أيضا إلى أنه لا يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يطلقها ، فهذا شرط غير ملزم ، لأن الطلاق من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته ، وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض السورية بأن الاتفاق على الامتناع عن الطلاق ، أو طلب التفرق طائلة الضمان يعد باطلا من أساسه .1

و يحسن بنا أن نشير إلى حكم الشرط المنافي لمقتضي عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، فالرجوع إلى نص المادة 32 نجدها قد رتبت البطلان على الزواج المشتمل على شرط يتنافى و مقتضيات العقد ، ولا نبتعد كثيرا فنجد أيضا نص المادة 35 يرتب حكما مغاير لنفس الموضوع الذي تناولته المادة 32 يقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضي العقد ، وبقاء العقد صحيحا.

1- عبد الرحمان الصابوني ،شرح قانون الأحوال الشخصية،المطبعة الجديدة، ط5، دمشق،1997 ، ص 328.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد صحح عقد الزواج للاستمرار فيه إذا اشتمل على شرط ينافي مقصود العقد حسب نص المادة 35 ، ومع ذلك فإن الغموض و التناقض واضحان بين ما ينص عليه المشرع الجزائري ، و بين ما يهدف إليه من تنظيمه لأحكام نظرية البطلان المطبقة على أحكام قانون الأسرة ، و يرجع ذلك إلى تأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي الباطل و الفاسد ، ولكنه عبر عنهما بما يدل على أنه تأثير بقواعد القانون المدني .[1]

و الحقيقة أن مشرعنا كان بإمكانه تفادي التناقض و الغموض الموجود بين نص المادتين 32 و 35 لو تجنب اللجوء إلى تطبيق أحكام نظرية البطلان في القانون المدني على عقد الزواج ، نظرا لخصوصية أحكام عقد الزواج باعتبارها مستقاة من الشريعة الإسلامية ، خاصة و أنه قد ترك لنا الفقهاء المسلمون تراثا غزيرا فيه من الحلول و القواعد و النظريات ما يغنينا عن اللجوء إلى أحكام القانون المدني المستقاة من تشريعات لا تمت إلى واقعنا بصلة .

و خير دليل على ما نقول نجد الإمام أحمد بن حنبل ، بخصوص حكم الشرط المنافي لمقتضي عقد الزواج يميز بين حالتين :

الحالة الأولي : إذا اشترط الزوج على زوجته ألا مهر ، أو نفقة لها ، أو أن تنفق هي عليه ، فهذه شروط باطلة لا يصح الوفاء بها مع العقد قائما و صحيحا .

الحالة الثانية : إذا اشترط الزوج في العقد تأقيت الزواج إلى مدة معينة ، أو أن يطلق زوجته في وقت معين ، أو اشترط الخيار في العقد ، فهذه شروط باطلة تبطل العقد من أصله.

و انطلاقا من هذا ، فإن التطبيق الصحيح لنص المادة 32 يكون في حالة وجود شروط تنافي العقد و تؤدي إلى إبطاله من أصله ، وبالتالي يبطل كل من الشرط و العقد معا .

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 149 ، 153.

أما إذا لم تصل درجة منافاة الشرط لعقد الزواج إلى حد إبطاله من أصله فيبطل الشرط و يصح العقد ، وهذا هو الفرض الذي أن يعني بتنظيمه نص المادة 35 ، وبهذا الشكل يزول التناقض و الغموض بين هاتين المادتين .

ولا يختلف حكم الشرط المنافي لعقد الزواج في بقية تشريعات الأحوال الشخصية العربية عما ذهب إليه المشرع الجزائري ، فعلى سبيل المثال نجد نص المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية هو الآخر يرتب البطلان على الشرط المخالف لأحكام العقد و مقاصده و ما خالف القواعد الآمرة للقانون ، أما العقد فيعتبر صحيحا .

و نفس الحكم ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني في نص المادة 19 حيث اعتبر أنه قيد عقد الزواج بشرط ينافي مقاصده ، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا ، كاشتراط أحد الزوجين على الآخر ألا يساكنه ، أو ألا يعاشره معاشرة الأزواج كان الشرط باطلا و العقد صحيحا .[1]

إن البطلان في بعض أنواع العقود قد لا يكون مقبولا كجزاء ، بل لا من أن يكون الجزاء محكما لتحقيق القاعدة القانونية غرضها و غايتها على نحو أكيد و كامل و على هذا الأساس فقد يكون إبطال العقد بأكمله إهدار للمصالح الاجتماعية و بخاصة عقد الزواج الذي يترتب على بطلانه آثار وخيمة على الأسرة و المجتمع و لهذا نجد القوانين الوضعية ترتب بعض الآثار على الزواج الباطل خلافا للقاعدة العامة كثبوت النسب و حرمة المصاهرة ، و هذا ما يعبر عنه في القانون المدني بنظرية انتقاص العقد كجزاء في العقود .[2]

و الحقيقة أن الأخذ بالشرط الفاسد كما قال بذلك الحنفية يؤدي إلى الحفاظ على أكبر عدد ممكن من العقود و عدم هدم آثارها بعد بطلانها ، خاصة أن هذه الشروط المخالفة التي تؤدي

1- عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،دار الثقافة للنشر و التوزع ، الأردن ،2004 ، ص 58.

2- لقد أخذ القانون المدني الجزائري بهذه النظرية ، إذ نجد نص المادة 104 ينص على أنه : " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله .

إلى عدم صحة العقد ليست على درجة واحدة من الخطورة ، و لهذا السبب يجب أن يتنوع الجزاء الذي يترتب على كل نوع من هذه الشروط.[1]

و هذا كان للفقه الإسلامي ، و بالأخص الفقه الحنفي فضل السبق في الأخذ بنظرية انتقاص العقد قبل أن تصل إليها القوانين الوضعية الحديثة بالمفهوم الذي استقرت عليه في العصر الحديث ، بحيث أصبحت نظاما قانونيا قائما بذاته يسعى إلى التقليل من حالات بطلان العقود و الاستفادة منها بترتيب آثارها بصفة عرضية و ليس بصفة أصلية ، وذلك لتحقيق غايات اجتماعية و نفعية للمتعاقدين بما لا يتناقض مع غايات المشرع و مقاصده ،و في حقيقة الأمر ، فإن نظرية انتقاص العقد و إن كانت ترتب البطلان على الشرط الفاسد ، فإن ذلك لا يمحو أن هناك محاولة جادة قد وقعت من طرف المتعاقدين لإبرام العقد ، كل ما في الأمر أن هذه المحاولة يجب أن يكون ها من الآثار القدر الكافي الذي يراعي قواعد النظام العام[2] و ما يتطلبه مبدأ سلطان الإرادة ، ولهذا إذا تضمن العقد شرطا باطلا اقتصر البطلان عليه وحده ظل العقد قائما ،مالم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيقع باطلا كله.

المطلب الثاني : الاشتراط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه

وهو شرط ليس من مقتضي العقد ولا من مستلزماته ، كما أنه لا ينافيه ولا يخل بمقصد من مقاصده ، و لم يرد بشأنه أمر أو نهي من الشارع و لكنه يحقق مصلحة معتبرة للمشترط.

ومن أمثلة هذه الشروط اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ،أو ألا ينقلها من بلدها ، أو اشتراط الزوج في المرأة التي يريد الزواج بها أن تكون جميلة أو متعلمة أو ذات صفة معينة.[3]

1- باحاج العربي ، المرجع السابق، ص 51 ،

2- علي فيلالي ، الالتزامات ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001 ، ص 281.

3- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 478.

إن الاشتراط في عقد الزواج من حقوق الزوجة ، حيث بإمكانها أن تستعمل هذا الحق عند الخطوبة بالاتفاق على شروط معينة تحتاط بها الزوجة لكل شيء ، خاصة و أن الدخول إلى الحياة الزوجية في بدايته مبني على التخوف ، فيكون أمام الزوجة أن تشترط ما من شأنه أن يزيل هذه المخاوف ، لأن الشريعة قد أعطتها هذا الحق فلا تفوت على نفسها حق الاشتراط الذي له دور كبير في حياة المرأة .[1]

و لقد اختلف الفقهاء في مدى تأثير هذه الشروط على العقد أو عدم تأثيرها من حيث لزومها أو عدم لزومها ، ومن حيث صحتها و فسادها بناءا على مذهبهم في صحة هذه الشروط ، وسنتعرض إلى دراسة حكم هذا النوع من الشروط من خلال دراسة آراء فقهاء المذاهب الأربعة في هذه كما يلي :

الفرع الأول : آراء المذاهب الفقهية

أولا: رأي الشافعية : يرى الشافعية بأن اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ، أو ألا يخرجها من دارها وما شابه ذلك من الشروط لا تأثير له على عقد الزواج ، بل يظل صحيحا و يفسد الشرط وحده ، ما لم تخل هذه الشروط النكاح الأصلي في الوطء و الاستمتاع [2] ، وفي حالة إخلاء هذه الشروط بهذا المقصد الأصلي من النكاح فيبطل الشرط و العقد معا .[3]

و على هذا يمكن القول أن دائرة تصحيح الشروط عند الشافعية أقل اتساعا ، وخير دليلا على هذا هو عدم أخذ الشافعية بالشروط العرفية .

1- علي محمد قاسم ، المرجع السابق ، ص 116.

2- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 57.

3- بن رشد ، المقدمات الممهدات ، الجزء الأول ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ،1988 ،ص 484.

و تعرف هذه الشروط أيضا باسم الشروط المطلقة ، كاشتراط الزوجة علي زوجها ألا يتزوج عليها ، أو ألا يخرجها من بلدها ،

ثانيا : رأي المالكية

إن الشروط التي ليست ذات علاقة بالعقد أو اقتضاء [1] تعتبر مما ليس في كتاب الله ، لأنها ليست مما يوجبه مقتضي عقد الزواج ، ولهذا فلا يجبر الطرف الآخر على الوفاء بها ، غير أنه يسن له ذلك عملا بقوله صلي الله عليه وسلم :" إن أحق الشروط أن يوفي به ما استحللتم به الفروج " ، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ، أو ألا يخرجها من بلدها ، فمثل هذه الشروط مكروهة عند المالكية ولا يلزم الوفاء بها و إنما يستحب ديانة ، ويعتبر النكاح صحيح[2]

يكون هذا النوع من الشروط لازما عند المالكية ، إذا علق الزوج الشرط بطلاق كقوله : إن تزوجت عليك فأنت طالق ، أو فأمرك بيدك فإن فعل شيء من ذلك لزمه ما شرط .3

أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا ينقلها من بلدها و إن فعل ذلك صار أمر طلاقها بيدها فيكون لها الخيار أن تطلق نفسها بعد الإخلال بالشرط أو أن تثبت الزواج[3] كما تصبح هذه الشروط لازمة على الزوج إذا التزم بها للزوجة في شكل يمين[4]

إن المشهور في المذهب المالكي بالنسبة للشروط التي لا تنافي مقتضي العقد و تحقق منفعة مقصودة للزوجين أو أحدهما ، هو استحباب وفاء الزوج بهذه الشروط ، غير أن الزوج لا يجبر على تنفيذ هذه الشروط ، و إنما يكون ذلك من باب الاستحسان فقط ، و بالتالي فلا يكون

1- محمد سعيد البوطي ، المرجع السابق ، ص 89 ، 91

2- أحمد حماني ، المرجع السابق ، 386 ، ص 389.

3- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 498.

4- مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، بدون سنة ، ص 59.

للمرأة حق فسخ العقد أو الرجوع بما أسقطته من مهرها في العقد عند انتقاء الشرط و عدم الوفاء به.[1]

و لقد ورد في الأثر أن الإمام مالك قال : " أشرت على قاض منذ دهر أن ينهي الناس أن يتزوجوا على الشروط و أن لا يتزوجوا على الشروط ، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل و أمانته ، وقد كتبت كتابا و صيح في الأسواق ".[2]

و ترى الدكتورة نشوة العلواني: " أن هذه الفتوى تناسب زمن الإمام مالك ودينه و أمانته ، بل إن الشروط مع الدين و الأمانة لا حاجة إليها ، بينما تزداد أهمية هذه الشروط و حاجة عصرنا الراهن إليها بسبب الكذب و الغش و التدليس الذي شاع في معاملات الناس في حاضرنا و الذي لم يسلم منه حتى عقد الزواج. "[3]

و مع ذلك فيرى الدكتور السنهوري : " أن الفقه الإسلامي قد تطور في المذهب المالكي تطورا أبعد مدى من تطوره في مذهبي أبي حنيفة و الشافعي ، فمالك يجيز من الشروط ما يجيزه المذهبان الآخران ، ثم هو يجيز منها كثيرا مما لا يجيزانه ".[4]

و قد انفرد الإمام مالك برأي في الشرط الذي يفسد العقد ، فإذا لم يتمسك به مشترطه انقلب العقد صحيحا لزوال سبب الفساد ، وعلة ذلك أن فساد العقد جاء بسبب الشرط الفاسد ، فإذا زالت تلك العلة التي لأوجدت الفساد زال معها الشرط و ينقلب العقد صحيحا.

1- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 498.

2- مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، بدون سنة ، ص 59.

3- نشوة العلواني ، المرجع السابق ، ص 125.

4- عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق،ص99

ثالثا : رأي الحنفية

يرى الحنفية أنه ليس للزوجة التي تشترط شرطا لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه الخيار في فسخ العقد ، وهكذا فلو اشترطت ألا يتزوج عليها زوجها أو ألا ينقلها من بلدها ، ثم حدث و أن خالف الزوج الشرط بأن تزوج عليها أو أنتقل بها ، لم يكن لها الخيار في فسخ عقد الزواج من أجل فوات الشرط.

و إذا كان الاشتراط من جانب الرجل ، كما لو اشترط الزوج وصفا معينا في المرأة التي يرد الزواج بها بأن تكون متعلمة أو جميلة ، أو أن تكون بكرا ، ثم ظهرت على خلاف ذلك ، فليس للزوج الخيار في فسخ العقد ، و عللوا رأيهم بأن تخلف الشرط يترتب عليه تخلف الرضا بالعقد ، كما أن تخلف الرضا بالعقد لا اثر له في عقد الزواج ، حسب فقهاء الحنفية الذين يعتبرون الزواج صحيحا مع وجود الإكراه ، فإن الشرط الباطل أو الفاسد يترتب عليه بطلان الشرط وحده ، وبقاء العقد صحيحا.[1]

لقد اعتبر الحنفية الشروط التي توافق مقتضي عقد النكاح أو مؤكدة له أو ورد بها أثر من الشرع أو جرى بها العرف شروط صحيحة ، و أما الشروط التي لا توافق مقتضي عقد النكاح ولا تؤكده و لم يرد بها أثر ولا جرى بها العرف ، و لكنها تحقق منفعة للزوجين أو أحدهما شروط فاسدة ، فلو اشترطت ألا يتزوج عليها زوجها ، فإن العقد يعتبر صحيحا و الشرط لاغيا دون أن يؤثر على صحة العقد.[2]

1- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص 498.

2- مالك بن أنس ، المرجع السابق ، ص 60.

و يجدر بنا التنويه هنا إلى موقف الحنفية المتميز في تصحيح الشروط التي جرى بها العرف استحسانا لجريان التعامل بها بين الناس و تجنبا للمشقة و الحرج من جراء عدم الأخذ بالعرف ، ومراعاة منهم للقاعدة الفقهية التي مفادها أن : " الثابت بالعرف كالثابت بالنص" و لكن بشرط تحكيم هذا العرف إلى أحكام الشريعة الإسلامية و متى خالف أصلا من أصول الشريعة اعتبر باطلا ."[1]

إن اعتبار الحنفية للعرف بهذا الشكل في باب الشروط يعد فتحا له بعد إغلاقه بذلك الأصل الذي أصلوه ، وهو قولهم بأن الاصل فساد الشروط ما لم يثبت دليل معين على صحتها ، وبذلك يكونون قد فكوا تلك السلسلة التي طوقوا بها عنق معاملات الناس ، فكما يقول الدكتور زكي الدين شعبان :"و الحق أن هذا هو الذي يساير الزمن و يلائم المدنيات المتجددة ، وجعل الشريعة مرنة رحبة الصدر ، لا تصد في وجه المستظلين بها أبواب الرقي و التقدم وفيه البرهان العملي على صلاحيتها لكل الأزمنة و الحجة الدامغة في وجه الطاعنين عليها بالجمود".[2]

رابعا : رأي الحنابلة يرى الحنابلة ان الشروط التي لا يقتضيها العقد في إطلاقه و تحقق منفعة للزوجين أو أحدهما شروط صحيحة و تثبت لصاحبها الخيار في فسخ العقد لعدم الوفاء بها [3]، لأن الأصل عند الحنابلة في الشروط هو الصحة حتى يرد الدليل الشرعي على البطلان ، وليس في هذه الشروط تضييقا يتنافي مع مصلحة العقد و إطلاقه . ثم إن مصلحة المشترط هي من مصلحة عقده.[4]

1- محمد أحمد سراج ، المرجع السابق ، ص 159 ، 160.

2- زكي الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص 111.

3- علي محمد قاسم ، المرجع السابق ، ص 112.

4- محمد سعيد البوطي ، المرجع السابق ، ص 96 ، 97.

و يعتبر ابن تيمية أكبر فقهاء المذهب الحنبلي في إجازة الشروط التي تحقق منفعة مقصودة للزوجين ، فهو لا يجعل الشرط فاسدا إلا إذا كان منافيا لمقصود عقد الزواج ، أو مناقضا لأحكام الشرع[1].

و لقد جدد ابن تيمية في فقه المذهب الحنبلي ، وتقدم به تقدما كبيرا في التطور ، ونلمس ذلك من خلال تضييقه لدائرة الشروط الفاسدة ، وبهذا فهو يقترب كثيرا على هذا النحو من الفقه الغربي ، حيث يكون كل شرط مقترن بالعقد صحيحا إلا إذا كان الشرط مستحيلا ، أو خالف القانون أو النظام العام و الآداب العامة ، فإن الشرط يلغى و يصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا،[2] و لهذا السبب اعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية تيسيرا في مسألة الشروط بتحقيقه لرغبات الناس في الاشتراطات العقدية .[3]

إن السبب اختلاف الفقهاء المسلمين حول هذه الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه هو معارضة العموم للخصوص ، فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلي الله عليه و سلم قال : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو شرط باطل و لو كان مائة شرط". و يتمثل نص الخصوص في حديث النبي صلي الله عليه وسلم : " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ". و اجتناب هذا التعارض لا يكون إلا بتقييد العموم بالخصوص ، وتكون نتيجة ذلك هي لزوم الوفاء بهذا النوع من الشروط [4] .

فالزوجة لم ترضي بالزواج إلا على هذا الشرط ، ولو لم يتم الوفاء به لم يشتمل العقد عن تراض حقيقي .

1- وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الإسلامي ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزع ، الأردن ، 1998 ،ص 183.

2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 183.

3- علي محمد قاسم ، المرجع السابق ، ص 113.

4- محمد سعيد البوطي ، المرجع السابق ، ص 97

ويتبين لنا من خلال عرض آراء المذاهب المختلفة في حكم الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه ، أن ما ذهب إليه الحنابلة هو الراجح لتوافقه مع ما تدعو إليه مبادئ الشريعة الإسلامية من رفع الحرج و جلب التيسير و رعاية مصالح الناس بما يتماشي و متطلبات العصر ، ولتوافقه أيضا مع ما استقرت عليه القوانين الوضعية فيما يعرف بمبدأ حرية التعاقد.

فلو رسمنا دوائر تبين لنا مقدار مساهمة هذه المذاهب في تصحيح الشروط لكان أكبرها على الإطلاق دائرة مذهب الحنابلة ، ثم المذهب الحنفي ، ثم دائرة مذهب المالكية ، و أخيرا دائرة المذهب الشافعي .

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري

و الجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري قد سلك طريق الحنابلة في الأخذ بالشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج و لا ينافيه ، حيث أباح في المادة 19 للزوجين حرية الاشتراط ، ولا سيما شرطي عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ، و هذان الشرطان هما من جملة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه ، ومن ثم فإن حكم هذه الشروط في قانون الأسرة الجزائري هو الصحة و لزوم الوفاء بها .

و حسب رأينا فإنه من المستحسن لو نص المشرع الجزائري على القاعدة العامة لهذا النوع من الشروط بالإضافة عبارة : " إذا اقترن عقد الزواج بشرط لا ينافيه ولا يقتضيه ، ولكن يحقق مصلحة مشروعة للزوجين أو أحدهما فيعتبر الشرط صحيحا ."[1]

ولا حرج بعد ذلك من أن ينص المشرع على بعض الشروط التي يراها مهمة على سبيل المثال

1- محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 240

و عن موقف القضاء الجزائري من حكم الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه ، فقد ذهب إلى اعتبار شرط الزوجة بألا ينقلها من بلدها بأنه شرط صحيح يجب الوفاء به ، إذ قررت المحكمة العليا في قرار لها ما يلي : " حيث أنه من المقرر فقها و قضاءا جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما شاءت من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا ، و بشرط أن لا تناقض روح العقد ، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع و من الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج و التي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة ، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي و يعتبر الوجه غير سديد ."[1]

و لكن القضاء الجزائري لم يستقر على رأيه هذا ، وذهب في قرار آخر إلى أن اشتراط المرأة على زوجها ألا ينقلها من بلدها شرط باطل و مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا ما يتبين من نص قرار المحكمة العليا الآتي :

من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، و الذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية .

و كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده البقاء بزوجته بالعاصمة ، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وقد فرضوا عليه قيدا هو مخير فيه ، و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه."[2]

1- قرار المحكمة لعليا ، غرفة القانون الخاص ، مؤرخ في 1971/03/03 ، نشرة القضاة ، 1972 ، العدد 02 ، ص 39.

2- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 49575 ، مؤرخ في 1988/06/20 ، المجلة القضائية ،1991 ، العدد 02 ، ص 54.

وواضح من خلال عرض القرارين السابقين للمحكمة العليا أن موقف القضاء الجزائري من الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه يتميز بالتناقض ، فتارة يعتبر هذه الشروط صحيحة و ملزمة ، وتارة أخرى يعتبرها شروط مكروهة و غير ملزمة متأثرا في ذلك برأي المالكية .[1]

إن هذا القرار الأخير للقضاء الجزائري ، لا يتوافق مع ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في تنظيمه لأحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج بالاستناد إلى المذهب الحنبلي ، كما انتهت إلى ذلك أغلب تشريعات الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية بناءا على توافق نظرة الحنابلة في هذا الصدد مع أحكام نظرية العقود في القوانين المدنية.[2]

وحسب نص المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، فإن الشروط التي لا تنافي مقتضي العقد ، ولم يلتزم فيها بما هو محظور شرعا ، و تحقق مصلحة لأحد الطرفين تعتبر شروط صحيحة و يلزم الوفاء بها ، كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها أو ألا يخرجها من بلدها أو اشتراط الزوج على زوجته أن تعمل خارج البيت[3] .

كما اعتبر قانون الأحوال الشخصية السوري أن كل شرط فيه مصلحة للزوجة ، ولا يمس بحقوق الزوج شرط صحيح و يجب على الزوج الوفاء به ، كما لو اشترطت عليه ألا تترك دراستها أو عملها ، أو ألا ينقلها من بلدها .[4]

وحسب نص المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية ، فإن الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة و ملزمة لمن التزم بها من الزوجين .[5]

1- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 126.

2- نفس المرجع ، ص 127.

3- نفس المرجع ، ص 127.

4- عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ص 327.

5- مدونة الأسرة المغربية ،.نفس المرجع ،

لقد ورد النص في المادة 32 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية على أنه :

" يحق للمرأة أن تشترط في العقد ألا يتزوج عليها زوجها ، فإذا تزوج كان لها طلب فسخ زواجها."

أما في نظر قوانين الأحوال الشخصية العربية فإن الشروط التي يمكن الاحتجاج بها لدى المحاكم هي الشروط المسجلة في وثيقة العقد.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك بموجب نص المادة 19 من قانون الأسرة ، ولا شك في أن الأخذ بهذه القاعدة الإجرائية له ما يبرره في عصرنا الراهن ، إذ أصبح الإثبات بالكتابة مبدأ قائم بذاته في مختلف أنواع العقود المدنية و الآولي بذلك تطبيق هذا المبدأ لإثبات الشروط المقترنة بعقد الزواج باعتبار أن أحق الشروط في الوفاء ما استحلت به الفروج .

و بهذا تأكد لنا اتجاه أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية نحو الأخذ بالمذهب الحنبلي ، باعتباره أوسع المذاهب الفقهية تصحيحا للشروط في عقد الزواج ، و أقربها إلى تحقيق مقاصد الزوجين المتجددة بتغير الأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني : مراقبة صحة الاشتراط في عقد الزواج

سنتعرض في هذا المبحث إلى دراسة مدى سلطة كل من الموثق و ضابط الحالة المدنية [1] في مراقبة صحة الشرط المقترن بعقد الزواج حال إبرامه بين الزوجين و ذلك في المطلب الأول على أن نخصص المطلب الثاني لبحث مدى سلطة القاضي في تعديل أو نقَض الشرط المقترن بعقد الزواج .

المطلب الأول : مدى سلطة الموثق و ضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الشرط

إن دراستنا لمدى سلطة الموثق و ضابط الحالة المدنية بشأن التحقق في صحة أو عدم صحة الشرط المقترن بعقد الزواج ، يقتضي منا تحديد الحالات و الشروط التي يجوز للموثق و ضابط الحالة المدنية أن يتحقق من صحتها أو عدم صحتها .

وعليه فإن الشروط المراقبة إما أن تتحدد بالشروط التي ورد النص عليها بموجب القانون باعتبارها من الإجراءات التنظيمية ولا يجوز للمتعاقدين مخالفتها ، لأن الغرض منها هو ضمان انعقاد العقد وفقا للشكل الصحيح ، و أما أن تتمثل في شروط وقع النص عليها لحماية مصلحة الزوجين أو أحدهما ، و يجوز لمن شرعت لمصلحته التنازل عنها أو مخالفتها ، ما لم تخالف أمرا ناهيا في القانون ، و أخيرا يشمل الشروط التي ترك القانون للزوجين حرية اشتراطهما بشرط عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة ولا مقتضي عقد الزواج ، فالمسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا .[2]

و سنأتي على بيان و تفصيل هذه الأنواع من الشروط التي هي محل المراقبة من خلال الفروع الآتية :

---

*1- حسب نص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري : " يتم عقد الزواج أمام الموثق ، أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون."

2 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 176.

الفرع الأول : الشروط التي تخالف الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج

لا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة الشروط المتعلقة بإبرام عقد الزواج لأنها تعتبر من النظام العام ، كما أن الغرض منها هو منع وقوع التلاعب في عقود الزواج نظرا لأهميتها و خطورتها و من أمثلة هذه الإجراءات التنظيمية نجد الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج و المحددة بموجب المواد 74، 75،76 ، من قانون الحالة المدنية الجزائري [1] ، أو الإجراء التنظيمي في المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري و المتمثل في تحديد سن الزواج بتسعة عشرة سنة ، حيث أنه لا يجوز مخالفة هذا الإجراء ما لم يرخص القاضي بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة .

كما أنه ليس بإمكان الزوجين مخالفة الإجراء التنظيمي الوارد في المادة 75 من قانون الحالة المدنية و الذي يوجب على المرأة التي سبق لها الزواج أن تقدم إما نسخة من عقد وفاة الزوج السابق ، و إما نسخة من حكم الطلاق الذي صار نهائيا .

لقد ألزم قانون الأسرة الجزائري على الموظف المختص بإبرام عقود الزواج التأكد من صحة تطبيق المادتين 9 و9 مكرر تطبيقا صحيحا [2] ، ويكون ذلك بمراعاة مدى توافر ركن الرضا و بقية شروط عقد الزواج من صداق وولي و شهود و انعدام الموانع الشرعية ، وعلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يمتنع عن إبرام عقد الزواج لمخالفة شروط المادتين السابقتين كوجود مثلا اتفاق بين الزوجين يقضي بعدم مراعاة شرط انعدام الموانع الشرعية ، أو إسقاط الصداق لمنافاة هذه الشروط الاتفاقية لأحكام النظام العام.

وقد ألزمت المادة 73 من قانون الحالة المدنية على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يبين بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون ، أي أنه يقع على عاتق الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج و تسجيله التحقق من توافر الإجراءات

---

[1]- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في : 1970/02/15 يتضمن قانون الحالة المدنية .

[2]- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 136.

التنظيمية لعقد الزواج ، ويتعين عليه التحقق أيضا من صحة شروط المتعاقدين التي يمكن أن تخالف هذه الإجراءات التنظيمية ، و يتمتع في سبيل تحقيق ذلك بسلطة تقييم و قبول ما يمكن قبوله ، أو رفض ما يجب رفضه إذا خالف الزوجين أحكام قانون الأسرة .

وتبعا لذلك فإنه من حق الموثق أو ضابط الحالة المدنية التحقق مما إذا كان الزوج مسلما ، لأنه يحرم زواج المسلمة بغير المسلم طبقا لنص المادة 30 من قانون الأسرة أو التحقق فيما إذا كان للزوج الأجنبي رخصة بالزواج من الولاية التي يقيم فيها و غير ذلك من الشروط التي يكون الموظف المختص بإبرام عقود الزواج ملزم بمراعاتها ضمانا لصحة إبرام عقد الزواج و عدم اشتراط شروط مخالفة للقانون.[1]

الفرع الثاني : الشروط التي ورد عليها نص لحماية مصلحة الزوجين

يرى الدكتور عبد العزيز سعد بأنه : "يمكن للزوجين الاتفاق على مخالفة الشروط التي وقع النص عليها في القانون و كان الهدف منها حماية أو تدعيم مصلحة الزوجين أو احدهما ، بمقتضي أية شروط يشترطانها عندما لا تكون مخالفة لنص من النصوص الآمرة أو الناهية في القانون نفسه " فعلى سبيل المثال إذا كانت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري تبيح الزواج بأكثر من واحدة متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط ونية العدل ، و إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها ، وبعد حصول الزوج على ترخيص من رئيس المحكمة بالزواج الجديد ، فإن هذه الشروط قد اشترطها القانون لمصلحة الزوجين ، و أنه يجوز للزوجة أن تتنازل عنها ، وتقبل بزواج زوجها ثانية حتى مع عدم وجود المبرر الشرعي ، أو شرط نية العدل ، أو شرط إخبار كل من الزوجة السابقة و اللاحقة .

كما يجوز للزوج أن يشترط على الزوجة الأولي أثناء إبرام العقد ألا يخبرها برغبته في التزوج بغيرها متى أراد ذلك ، لأن هذه الشروط ليست من النظام العام ، كما أن مراقبة تحقق هذه الشروط ، ولم يمنحه حق رفض تحرير العقد عند عدم توفرها .[2]

---

[1]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 177.

[2]- نفس المرجع ، ص 177 ، 178.

أما الدكتور باحاج العربي يري بأنه : "يجوز للموظف المختص بإبرام عقد الزواج التحقق من المعلومات المصرح بها ، كالتأكد من شرط وجود المبرر الشرعي ، أو شرط نية العدل ، أو إخبار السابقة و اللاحقة ، وأن يتم ذلك في حدود الحرية الشخصية ".[1]

وواضح مما سبق أن شراح قانون الأسرة الجزائري لم يتفقوا على رأي واحد بخصوص سلطة الموظف المختص بإبرام عقود الزواج حول مراقبة الشروط التي ورد النص عليها في المادة 8 من قانون الأسرة ، وفي اعتقادنا أن نص المادة الثامنة قد تضمن قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، و بالرجوع إلى نص المادة 19 فإنه ليس للزوجين اشتراط شروط تتعارض مع أحكام هذا القانون .

و النتيجة لهذا كله أن أي شرط يقتضي بعدم مراعاة الشروط و القيود التي فرضها المشرع على تعدد الزوجات يعد مخالفا لأحكام قانون الأسرة.

غير أنه بإمكان الزوجة أن تتنازل بإمكان الزوجة أن تتنازل عن هذه الشروط و القيود التي وضعها المشرع لصالحها بمحض إرادتها ، دون أن يشكل ذلك مخالفة لأحكام قانون الأسرة ، قياسا على تنازل الزوج عن حقه في الطلاق إلى زوجته وغيرها من الأحكام التي يجوز للزوجين التنازل عنها دون أن يعتبر ذلك مخالفا لأحكام قانون الأسرة .

الفرع الثالث : الشروط التي ترك القانون للزوجين حرية اشتراطها

إنه بالرغم من عدم وجود نص صريح يمنح للموظف المختص بإبرام عقد الزواج سلطة التحقق ومراقبة الشروط التي أباحت المادة 19 للزوجين حرية اشتراطها ، فإنه مع ذلك يبقي على عاتق الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج سلطة مراقبة الشروط التي يشترطها الزوجين ، و ضابطه في ذلك هو عدم تعارض هذه الشروط مع قواعد قانون الأسرة.

[1]- باحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 137.

بيد أن مراقبة صحة الشروط تتطلب من الموظف المؤهل قانونا بتحرير عقد الزواج أن يكون على دراية و إطلاع واف لكافة أحكام قانون الأسرة حتى يتسنى له قبول هذا الشرط أو ذاك ، وضمان عدم وقوعه في أخطاء.

كما أن سلطة الموظف المختص بإبرام عقد الزواج في مراقبة الشروط و رفض تحرير عقد الزواج بدعوى مخالفة الشروط للقانون ، يجب ألا تكون مطلقة حتى لا يتعسف في استعمال سلطته ، وجب أن يمنح بالمقابل للزوجين الحق في اللجوء إلى القضاء بموجب أمر على عريضة يقدمها الزوجان أو أحدهما إلي رئيس المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر الموظف الذي رفض تحرير شروط العقد ، فأما أن يؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشروط.[1]

و يختلف أثر الشرط على تسجيل عقد الزواج أمام الموظف المختص بإبرامه تبعا لمشروعيته أو عدم مشروعيته ، فإذا اتفق الزوجان على شرط لا يناقض طبيعة عقد الزواج ولا أحكام قانون الأسرة ، فلا أثر له على إبرام العقد و تسجيله ، أما إذا أثير شرط ينافي طبيعة العقد ، كما لو اشترطت الزوجة على زوجها ألا يطأها إلا مرة في الشهر ، أو الاتفاق على إسقاط الصداق و غيرها من الشروط الباطلة فيمتنع الموثق أو ضابط الحالة المدنية عن تسجيل مثل هذه الشروط.[2]

ويستمد الموثق أو ضابط الحالة المدنية سلطته في مراقبة صحة الشرط المقترن بعقد الزواج من سلطته في تحرير عقد الزواج التي تحكمها النصوص القانونية ، فقد نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية على بطلان عقد الزواج إذا كان مزورا أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها ، كما نص قانون العقوبات الجزائري [3] في المادة 1/441 على معاقبة كل

---

[1]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 179.

2- نفس المرجع ، ص 116.

3- قانون العقوبات الجزائري

من الموثق ، أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج.

بالإضافة إلى الواردة في نص المادة 77 من قانون الحالة المدنية الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل (إجراءات تسجيل عقد الزواج) بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 د ج بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة بالفصل في المسائل المدنية .

المطلب الثاني : مدى سلطة القاضي في تعديل أو نقض الاشتراط

يترتب على الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن يتقيد المتعاقدان بشروط العقد وفقا للغرض المقصود من التعاقد ، ووجوب اتفاق الطرفين لتعديل العقد أو إنهائه متى تغيرت ظروف العقد و أصبحت بنود العقد الأول لا تحقق مصلحة العاقدين و تتعارض مع روح العقد.

و الأصل في تعديل الالتزامات التعاقدية أن يتم بموجب اتفاق الطرفين ، ومن فإنه يمتنع على القاضي أن يستقل بإرادته المنفردة في تعديل العقد أو إنهائه .إذ أن مهمة القاضي الأساسية تتركز في تفسير العقد لتحديد مضمونة وليس له أن يزيد أو ينقص أو يلغي من هذا المضمون،و استثناءا من ذلك فإن القانون يمنح للقاضي سلطة تعديل العقد في حالات محددة ، كما هو الشأن في حالة الظروف الطارئة ، أو في حالة وجود شروط تعسفية .[1]

و سنعالج فيما يلي الموجبات و الأسباب التي تدفع بالزوجين أو أحدهما إلى تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج من خلال دراسة بعض الأمثلة عن هذه الشروط ثم نعرج على دراسة سلطة القاضي في تعديل أو نقص الشروط في عقد الزواج .

الفرع الأول : موجبات تعديل أو نقض الاشتراط في عقد الزواج

إن التوسع في فتح باب الشروط أخذا بالمذهب الحنبلي في أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية أدى إلى رفع غبن كبير عن المرأة كانت تئن تحت وطأته .

[1]- أحمد شوقي ، النظرية العامة للالتزامات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 177 ، 178 ، 182.

غير أن هذا الحق يجب ألا يؤخذ على إطلاقه ، و إلا أصبحت الزوجة متعسفة في استعمالها مما يعود بالضرر البالغ على الزوج ، فلو اشترطت الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها ، آو قيدت حريته باشتراطها عدم سفره ، فإن هذا الشرط قد لا يكون في صالح الزوج و لو قبل به ابتداءا .

فعلي سبيل المثال قد يجد الزوج نفسه مضطرا لمغادرة بلد الزوجة إلى بلد آخر صدر الأمر الإداري بتحويله إلى هذا البلد لممارسة وظيفته ، وإذا خالف الزوج الشرط المتفق عليه فقد يؤدي ذلك إلى فصل الحياة الزوجية بين الزوجين على الأقل مدة العمل التي ستطول طيلة فترة غياب الزوج ، ومن المحتمل أيضا أن يؤدي ذلك إلى وقوع الطلاق و تأثيراته السلبية على الأطفال و المجتمع . و عندئذ يكون الزوج أمام خيارين : فإما أن يحافظ على أسرته و أولاده من الشتات و الضياع و باحترام الشروط ، ويتحمل فقدانه لمصدر رزقه.

و إما يخالف الشرط و يحافظ على مصدر رزقه ، الأمر الذي قد نجم عنه وقوع الطلاق ، و تعرض الأطفال للآثار السلبية للطلاق .

وفي حقيقة الأمر فإنه يجب أن يكون الغرض من احترام الوفاء بالشروط و العهود هو تحقيق منفعة مقصودة للزوجين ، و المساعدة على تحقيق ترابط الأسرة و انسجامها في المجتمع ،و لهذا فيجب ألا يؤثر الوفاء بالشروط على التضامن الزوجي عند انتقاء المصلحة المرجوة من جانب الزوجة و تعذر الوفاء بالشرط من جانب الزوج لظهور مصلحة جديدة يتعين على الزوجين السعي نحو تحقيقها ، بشرط ألا يتنافي ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية[1] .

1- سعيد فكرة ، الشرط عند الأصوليين ، رسالة دكتوراه ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، معهد الشريعة ، قسنطينة ، السنة الجامعية 1997/1996 ، ص 633.

وعلى هذا الأساس يجب على الزوجين إعادة النظر في مثل هذه الشروط بحيث لا يتعنت الزوج ولا تتعنت الزوجة ، فالحياة الزوجية مبنية على التعاون و الوئام ، ولا بد من أن يتنازل كل واحد للآخر عن بعض حقوقه.[1]

و لكن الأمور قد تتعقد بعض الشيء في حالة ما إذا لم يحصل توافق بين الزوجين على تعديل الشروط الجعلية في عقد الزواج، و عندها لا يكون هناك من سبيل إلا اللجوء إلى القضاء ، كما لو طلب الزوج إبطال شرط زوجته عليه بألا ينقلها من بلدها بدعوى مخالفة هذا الشرط لحق الزوج في الطاعة .فهل يعتبر الزوج في هذا الفرض محقا في طلبه ؟

لقد ألغي التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري حق الزوج في الطاعة بإلغاء المادة 39 التي كانت توجب على الزوجة طاعة زوجها ، و هذا يشكل مخالفة صارخة لأحكام الشريعة الإسلامية التي أوجبت على الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج بشرط أن يكون ذلك بالمعروف و فيما أمر به الشرع ، فحق الزوج في الطاعة بل هو مقيد بعدم تجاوز الأحكام الشرعية ، و ينطوي هذا الحق على جانبان هامان و هما الانتقال إلى بيت الزوجية و القرار فيه ، واستئذان الزوج و الاستجابة لحاجاته.

و حسب رأينا فإن اشتراط الزوجة على زوجها ألا ينقلها من بلدها لا يناقض مع حق الزوج في الطاعة ، لأنه لا يبطل هذا الحق من أصله ، خصوصا و أن الزوجة تحتاط بوضع هذا الشرط من أجل البقاء بالقرب من والديها و أهلها لحماية نفسها من تعسف الزوج.

الفرع الثاني : حدود سلطة القاضي في تعديل أو نقض الاشتراط في عقد الزواج

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

1- - سعيد فكرة، ا لمرجع السابق ، ص 48.

و متى أصبح تنفيذ الشرط المتفق عليه في عقد الزواج متعذرا على من التزم به ، فإنه يكون أمامه اللجوء إلى القضاء ليطلب إعفاءه من تنفيذه أو تعديله بسبب الظروف الطارئة [1] التي حالت دون التنفيذ العيني للشرط ، ويرجع في تقدير الحادث الطارئ إلى سلطة التقديرية لمحكمة الموضوع .[2]

و الملاحظة منا أن قانون الأسرة الجزائري لم يورد نص خاص يمنح للزوج اللجوء إلى القضاء من أجل تعديل أو إبطال الشرط في حالة تعذر تنفيذه ، ويبقى ذلك خاضعا للقواعد العامة في القانون المدني ، بخلاف المشرع المغربي الذي أورد نصا خالصا في مدونة الأسرة المغربية بخصوص طلب تعديل أو إنهاء الشرط المقترن بعقد الزواج، حيث نصت المادة 2/48 من المدونة على أنه :"...إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا ، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة..."[3].

و يتعين على القاضي وهو بصدد الفصل في طلب تعديل أو إنهاء الشرط المقترن بعقد الزواج أن يراعي تحقيق الموازنة بين مصالح المتعاقدين من جهة ومصلحة المجتمع من جهة أخرى . ويراعي القاضي أيضا في ذلك مدى جسامة الضرر الحاصل من جراء عدم الوفاء بالشرط ، فإذا كان الضرر اللاحق بالزوج أكبر من الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء نقلها من بلدها ، كما لو فقد الزوج منصب عمله بسبب عدم التزامه بشرط زوجته عليه بألا ينقلها من بلده ، فيكون دفع هذا الضرر مقدم على ضرر الزوجة الناجم عن تخوفها من العيش خارج بلدها ،و يكون نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري هو السند القانوني للقاضي في تعديل

1- وهبة الزحيلي ، ، المرجع السابق ، ص 301.

لقد نشأت نظرية الظروف الطارئة في نطاق القضاء الإداري ، ثم توسعت إلى أن شملت ميدان الحقوق الخاصة ، وتقوم هذه النظرية في أصلها على إنقاذ المتعاقد الذي اختل توازن عقده و تحقيق العدالة في العقود .

2- أحمد شوقي ، المرجع السابق ، ص 188.

3 - مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق

الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، وذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك أحكام لتعلق أحكام المسؤولية بالنظام العام. كما يجب على القاضي أن يلتزم بحرفية بنود العقد إذا كانت عبارات العقد واضحة ، وإذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين و مراعاة غرضهما من التعاقد ، ولا يجوز تجزئة شروط العقد ، لأن ذلك يجعل من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين أمرا صعبا ، ة لهذا وجوب تفسير العقد في مجموع بنوده و كافة أجزائه المكونة له.[1]

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

إن الأخذ بالشروط فيه توسعة كبيرة على الناس في إيجاد الحلول للمشاكل التي تعترض حياتهم الاجتماعية ، و خاصة بالنسبة للزوجين في رسم معالم الحياة الزوجة المستقبلية التي ينشدها ، و تجنب حدوث الخلافات و النزاعات الزوجية أو على الأقل التقليل منها ، فالشروط كما يقول ابن تيمية :"...مقاصد العقلاء إذا دخلت في العقود و كانت من الصلاح الذي هو المقصود لم تذهب هدرا ولم تهدر رأسا كالآجال في الأعواض و نقود الأثمان المعينة لبعض البلدان و الصفات و المبيعات و الحرفة المشروطة في أحد الزوجين ، وقد تفيد الشروط ما لا يفيده الإطلاق بل ما يخالف الإطلاق .2

1- أحمد شوقي ، المرجع السابق ، ص 168 ، 169.

2- ابن تيمية ، المرجع السابق ص 40.

و لكن التوسع في الشروط يجب أن يكون مقيدا بمراعاة النظام العام لأحكام الأساسية للأسرة المسلمة و الأعراف الاجتماعية الصحيحة، وبما يحقق التوازن بين مصلحة العاقدين و المصاحة العامة للمجتمع.

و لهذا يجب تجنب أن يؤدي الاشتراط إلى ظلم عظيم للمرأة و أولادها ، أو أن يمس بمصالح الزوج، احتراما للقواعد الفقهية الثابتة في الفقه الإسلامي في هذا الشأن ، مثل قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) و قاعدة (الضرورة تقدر بقدرها) و كذلك قاعدة (لا تدفع مضرة بما يؤدي إلى مفسدة أكبر منها تماثلها)[1]

1- ابن تيمية ، المرجع السابق ص 40.

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالاشتراط

يتمثل الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في الدفع بعدم التنفيذ ، وهذا الجزاء خاص بالشروط المؤثرة في المهر ، حيث يجوز للزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها ، و تستعمل ذلك كوسيلة ضغط منها لاستفاء معجل مهرها .

و لم يفلح الدفع بعدم التنفيذ في إلزام الزوج بالوفاء ، فيكون للمشترط اللجوء إلى طلب الفسخ أما القضاء ، و أخيرا طلب التعويض إذا ثبت الضرر ، وسنتطرق في المطالب التالية إلى كل هذه الجزاءات المختلفة .

المطلب الأول : الدفع بعدم التنفيذ

يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ في كونه ينحصر أثره في وقف تنفيذ الالتزامات المستمدة من العقد الملزم للجانبين ، وعلى ذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلى انقضاء الالتزامات التعاقدية .[1]

و لقد قسمنا هذا المطلب غلى فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى دراسة شروط الدفع بعدم التنفيذ ، و نتناول في الفرع الثاني الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ .

الفرع الأول : اشتراطات الدفع بعدم التنفيذ

لكي يرتب الدفع بعدم التنفيذ أثره المتمثل في تعطيل نفاذ العقد دون فسخه ، مع بقاء العقد قائما وواجب النفاذ ، يجب توافر الشروط الآتية :

- أن يكون هناك ملزم للجانبين.
- أن يكون الالتزام المحبوس التزاما يتأخر تنفيذه عن المقابل ، حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ التزامه دون أن يتحلل منه ، و إنما يستعمل ذلك كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر .[2]

1- أحمدشوقي ، المرجع السابق ، ص 240.

2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 241.

الفرع الثاني : الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ

إن عقد الزواج عقد معارضة ، و لكنه يختلف عن باقي عقود المعارضة المالية ، فهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر ، وعلى هذا الأساس فإن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعارضة هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي ، أي أن عدم تنفيذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل ، بخلاف الفسخ الذي هو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ.

إن أساس فكرة المعارضة في الفقه الإسلامي هو تحقيق المساواة في هذه العقود بين العاقدين ، و احتراما لهذا المبدأ فلا يجبر أحد العاقدين التزامه طالما أن المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل .[1] وعلى هذا من حق الزوجة أن ترفض الذهاب إلى مسكن الزوجية إذا لم يدفع لها الزوج صداقها أو جزءا منه .

المطلب الثاني : الفسخ

يعرف الفسخ في نظرية الالتزام بأنه :" حق المتعاقد في انهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال العاقد الآخر بالتزامه .[2] فالفسخ يفترض قيام عقد صحيح تتوافر فيه الأركان و الشروط ، و لكن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية .[3] فلو أن الزوجة هي التي اشترطت على الزوج شرطا لمصلحتها ، لكن الزوج أخل بهذا الشرط ، فيكون للزوجة طلب فسخ العقد لإخلال الزوج العقدي ،[4] و لها عليه سائر حقوق الزوجية من نفقة في زمن العدة المؤجل الصداق إن وجد .

1 - أحمد شوقي ، المرجع السابق ، ص 241

2- نفس المرجع ، ص 243.

3- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 172 .

4- نفس المرجع ، ص 173

و بالمثل لذلك فإذا كان الزوج هو الذي اشترط على الزوجة شرطا لمصلحته ، و أخلت به الزوجة ، فيكون للزوج حق فسخ العقد و يعفي من دفع مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها .[1]

و لقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه الفسخ ، فذهب جانب من الفقهاء إلى أن الفسخ قائم على وجود شرط فاسخ ضمني ، يفهم منه اتجاه نية المتعاقدين إلى فسخ العقد الملزم للجانبين في حالة عدم الوفاء بالشرط ، و ذهب اتجاه فقهي آخر إلى اعتبار أن الفسخ مبني على أساس نظرية السبب التي توجب على المتعاقد الآخر تنفذ التزامه المقابل ، وقد انتقد هذا الاتجاه بأن الجزاء المترتب على تخلف السبب هو البطلان و ليس الفسخ ، فضلا عن وجوب توافر السبب عند إبرام العقد باعتباره أحد البطلان و ليس الفسخ ، فضلا عن وجوب توافر السبب عند إبرام العقد باعتباره أحد أركان العقد الاساسية .

و الراجح من هذين الاتجاهين هو أن الفسخ قائم على أساس الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين ، ولتحقيق هذا ينبغي تنفيذ العقد و احترام بنوده بغرض تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية.[2]

ولكن الإشكال الذي يثار بصدد الحديث عن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط يتمحور حول ما إذا كان يتعين على الزوج المشترط – الذي له حق الفسخ – أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم الفسخ ، أم أنه لا يحتاج إلى ذلك ؟ و إذا وقع نزاع بين الزوجين بصدد الوفاء بالشرط فهل يكون للقاضي الاجتهاد في ثبوت الفسخ ؟ أم يكتفي بمجرد الحكم و الإعلان عنه؟

يرى الإمام ابن تيمية أن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط لا يحتاج إلى حكم القاضي ، ولكن إذا وقع نزاع بين الزوجين حول هذا الشرط ورفع الامر به إلى القاضي ، فعندئذ يخضع لسلطته التقديرية فإما أن يرى إثباته أو إبطاله .3

1- أحمد شوقي ، المرجع السابق ، ص 126.

2- نفس المرجع ، ص 242 ، 243.

3- ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص 167 ، 168.

و لكن الرأي الراجح في هذه المسألة هو أنه لابد من رفع دعوى الفسخ إلى القضاء لفسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط ، حتى ولو لم يكن هناك نزاع قائم بين الزوجين حول مشروعيته الشرط ثم أن مسألة المشروعة مسألة خلافية بين الفقهاء ، ولا شك أن حكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في مثل هذه الأمور ، ثم أنه لا يجوز للزوجة التي اشترطت على زوجها شرط معين ولم يوفي به أن تكون هي الخصم و الحكم في هذا النزاع ، بل لابد أن ترفع أمرها إلى القضاء و تثبت ما ادعته ، لأن القاضي أقدر من غيره على تحديد مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته.

وقد يدفع ذلك بالزوجين إلى الاتفاق على شروط جديدة في عقد رسمي لاحق ، كما أنه لا يمكن تحديد مجالات معينة يسمح للزوجين بالاشتراط فيها دون غيرها ، فحرية الاشتراط مطلقة ما لم يرد الدليل الشرعي على منع و الحظر كما قال بذلك الحنابلة .

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نص المادة 53 يمنح للزوجة الحق في طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بالشرط ، و بهذا فقد أضاف التعديل الأخير لقانون الأسرة سببا آخر من أسباب التطليق التي يجوز للمرأة أن تستند إليها في طلب التفرق القضائي ، وهذا يعني أنه يتعين على المرأة اللجوء إلى القضاء من أجل طلب التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

و هذا و يفترق الفسخ لعدم الوفاء بالشرط باعتباره فسخا للعقد عن التفرق بين الزوجين بالطلاق في عدة أمور نشير إلى أهلها في الفرع الأول من هذا المطلب ، على أن نخصص الفرع الثاني لدراسة مسقطات حق الزوجة في الفسخ.

الفرع الأول : التمييز بين الطلاق و الفسخ لعدم الوفاء بالاشتراط

يتضح الفرق بين الطلاق و الفسخ لعدم الوفاء بالشرط من خلال دراسة الآثار المترتبة على كل منهما ، وهذا ما سنتولى توضيحه فيما يلي :

- إن التفرق بين الزوجين عن طرق الطلاق يحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته ، وهذا يعني أنه لو راجع الزوج زوجته فترجع إليه بما بقي من الطلقات [1] ، بخلاف التفرق بالفسخ لعدم بالشرط فإنه لا يحتسب من عدد الطلقات إذا تزوجها الزوج من جديد.[2]

- لا يحتاج الزوج إلى سببا معين لإيقاع الطلاق ، أما الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فلا بد من أن يكون له سبب و هو إخلال الزوج بالشرط.

- الأصل في الطلاق أن الزوج هو الذي يملكه، و لكن قد ينتقل هذا الحق إلى الغير عن طرق التوكيل أو تفويض الزوجة ، بينما الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فهو من حق من اشتراطه منهما من الزوجين.

- تستحق الزوجة نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول ، و توجب لها المتعة بالخلوة الصحيحة .بينما في حالة الفسخ لعدم الوفاء بالشرط إذا وقع قبل الدخول فلا يترتب عليه شيئا من المهر للزوجة.[3]

- إن أهم أثر للتفرق بين الطلاق و الفسخ لعدم الوفاء بالشرط هو أنه ليس للمرأة التي فسخ نكاحها لعدم الوفاء بالشرط متعة ولا سكن إلا أن تكون حاملا فتجب لها نفقة الحمل ، ولقد برر جمهور الفقهاء ذلك أن السكن و النفقة إنما يوجبان للمرأة التي يملك زوجها مراجعتها ، واستدلوا على سقوط حقها في المتعة بقوله تعالى :" و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين "[4] فدلت الآية الكريمة على أن المتعة خاصة بالمطلقة دون غيرها ممن فسخ نكاحها .

و لقد أراد الحنابلة من خلال ترتيب الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشروط في عقد الزواج التأكيد على أهمية الوفاء بهذه الشروط . بالرغم مما قد يترتب على ذلك من آثار سلبية على الآسرة ،

1- علي محمد قاسم ، المرجع السابق، ص 171

2- نفس المرجع ، ص 172.

3- أحمد شوقي، المرجع السابق ، ص 127

4- سورة البقرة ، الآية 241

فقد يؤدي تمسك الزوج برأيه في عدم الوفاء بالشرط و إصرار زوجته على الفسخ إلى تدمير كيان الأسرة و تشرد الأطفال . تبرز أهمية الدور الذي يجب أن يقوم به القاضي في الموازنة بين هذه المصالح المتعارضة بما يحفظ للزوجين حقوقهم و يحمي المصلحة العامة للمجتمع .

الفرع الثاني : مسقطات حق الزوجة في الفسخ

تطبيقا لما قضي به الحنابلة من وجوب خيار فسخ النكاح أو إمضائه ، فإن الأصل في هذا الحق أنه يبقي قائما على التراخي ولا يلزم العمل به فور مخالفة الشرط ، و استثناء من ذلك توجد حالات خاصة يسقط فيها حق الزوجة في الفسخ و تتمثل هذه الحالات فيما يلي :

-الرضا بإخلال الزوج بالشرط:

متى رضيت الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته عليه ، يسقط حقها في فسخ النكاح ، وسواء كان هذا الرضا بالقول أو بالفعل كأن تمكنه من نفسها بالوطء مع عملها بعدم وفائه بالشرط ، أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من بلدها ، و لكنه تزوج عليها أو أخرجها من بلدها ، ثم قبل أن تطلب الفسخ طلقها ، فلا تملك الزوجة هنا حق الفسخ.

- زوال سبب الشرط:

و يسقط حق الزوجة في الفسخ إذا زال سبب الشرط ولم يعد له موجب ، كما لو توفي والدي الزوجة ، وكانت الزوجة قد اشترطت على زوجها ألا يخرجها من بلدها .[1]

- استحالة تنفيذ الشرط:

إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها بمنزل والديها ، ثم تعذرت سكني المنزل اسبب طارئ كحدوث زلزال أدى إلى انهيار المنزل ، فإن الوفاء بالشرط يكون متعذرا.

1- علي محمد قاسم ، المرجع السابق ، ص 174 ، 175.

وقد تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها بمفردها ، ثم يعجز الزوج عن الوفاء بالشرط لعدم كفاية موارده أو نظرا لفقره المفاجئ ، فهل يجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط ؟وهل للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أخل الزوج بالوفاء بهذا الشرط؟

لقد أجاب الإمام ابن تيمية على ذلك بأن الزوج لا يلزم بالوفاء بما هو عاجز عنه و ليس للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أراد الزوج إبطال الشرط ما دام أن الزوج غير قادر على الوفاء بالشرط بسب فقره. [1]

و لقد برر الفقهاء سقوط الزوجة في الفسخ في هذه الحالة بأن الشرط أمر عارض ، و باستحالة تنفيذه يزول حق الزوجة في الفسخ.

المطلب الثالث : التعويض

إذا لم يكن التنفيذ العيني للعقد ممكنا ، أو لم يبدي المدين استعداده للتنفيذ العيني ، وطلب الدائن التعويض فيحكم القاضي في هذه الحالة بالتعويض كجزاء مترتب على قيام المسؤولية العقدية .

و تتمثل أركان المسؤولية العقدية في الخطأ العقدي الذي عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي سواء كان قصد أو إهمال ، وكذلك الضرر الذي لحق الدائن و الذي يقع عليه عبء إثباته ظن وأخيرا يجب توافر علاقة السببية بين الخطأ و الضرر بأن يكون الخطأ العقدي هو السبب المباشر في وقوع الضرر.

إن التعويض هو الأثر الذي يترتب على تحقيق المسؤولية ، و متى تحقق ذلك كان للمضرور رفع دعوى المسؤولية العقدية تجاه الشخص المسئول للمطالبة بالتعويض وتستند دعوى المسؤولية العقدية على إخلاء المتعاقد المسئول بمصلحة مشروعة للمتعاقد المضرور .

ولا يجوز للقاضي أن يحكم بأزيد مما طالب به المضرور و إن كان يصح أن يحكم بأقل منه،

1- ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص 168.

إن الغرض من التعويض هو حماية المضرور من الضرر الذي أصابه ، إذ تتدرج قاعدة التعويض عن الضرر تحت ثبوت العوض عن الضرر تحت ثبوت العوض بالإتلافات ، وسواء كان هذا الإتلاف للنفس أو المال ، وقد صرح الفقهاء أيضا بأن البضع – الوطء- موجب للضمان أي التعويض ، فمن فوت على امرأة منفعة بضعها بنكاح أو وطء شبهة فيجب عليه مهر مثلها .[1]

و باعتبار أن وعاء الشروط هو العقد ، فإن الشروط في عقد الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض إلا ما استثني منها بأحكام خاصة ، و تطبيقا لذلك فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرطها في عقد الزواج كفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلاء الزوج بالشرط الذي وافق عليه و الذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها .أن تلجأ إلى القضاء و تطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء ذلك ، وتأسس دعواها على أساس أحكام المسئولية العقدية .

و سنشير فيما يلي إلى أهم هذه الأحكام بما يفيدنا في موضوع بحثنا ، وذلك بالتطرق إلى شروط الموجب للتعويض في فرع أول ، على أن نخصص الفرع الثاني لدراسة أنواع التعويض . أما الفرع الثالث فنعرض كيفية تقدير القاضي للتعويض .

الفرع الأول: اشتراطات الضرر الموجب للتعويض

إن الضرر هو الركن الثاني من أركان المسئولية العقدية ، والذي ينجم عن إخلال العاقد ببنود و شروط العقد . و إذا انتفى الضرر فلا مسئولية ولا تعويض ، وهذا وقد نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري بأن :" كل من كان يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير من كان سببا في حدوثه بالتعويض ".

1- نشوة العلواني ، المرجع السابق ، ص 123 ، 124.

و يعرف الضرر بأنه ما يصيب المتعاقد في حق من حقوقه من جراء إخلال المتعاقد الآخر بمصلحة مشروعة ، وسواء كانت هذه المصلحة المادية أو أدبية .[1]

و من خلال هذا التعريف يتبين لنا بأن الضرر ينقسم إلى قسمين : **ضرر مادي و ضرر** معنوي أو أدبي ، فالضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله ، أما الضرر أو ماله . أما الضرر الأدبي فهو ما يلحق بالشخص في كرامته أو شرفه ، و بصفة عامة في غير حقوقه المالية .

ويشترط في الضرر حتى يكون موجبا للتعويض توافر الشروط التالية :

- المساس بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور . أما غير مشروعة فلا مجال لتعويضها .
- أن يكون الضرر محققا ، بأن يكون حالا و ليس مفترضا أو محتملا.
- أن يكون الضرر شخصيا.2
- ألا يكون قد سبق تعويضه ، إذ لا يجوز للمضرور أن يحصل على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر واحد ، و إلا كان ضرره سببا في إثرائه على حساب المتعاقد المسئول .

الفرع الثاني : أنواع التعويض

يجب على القاضي أن يعين طريقة التعويض تبعا لظروف النزاع الذي يثار أماه ، فقد يكون التعويض عينا عن طريق إعادة الحال إلى ما كان عليه بشرط أن يكون ذلك ممكنا .

و لكن الغالب أن يكون التعويض نقدا ، أي عبارة عن مبلغ من النقود يعطي دفعة واحدة و يصح أن يكون مقسطا ، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ، و يقع التعويض العيني كثيرا في الالتزامات التعاقدية ، وهو أفضل طرق التعويض لأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما ، ويكون القاضي ملزما بالتعويض العيني و طلبه الدائن .

1- بلحاج العربي ،المرجع السابق ، ص 68.

2- نفس المرجع ، ص 79.

و بناءا على هذا فإذا اشترط الزوج على زوجته في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ألا تمارس عملا وظيفيا أو مهنيا إلا بإذن أو ألا تسافر وحدها ، فإن هذه الشروط تكون ملزمة و يجب على الزوجة الوفاء بها . أما إذا جاءت الزوجة بهذه الشروط فإنها تتحمل مسؤولية ذلك وحدها ، ويمكن أن يحكم عليها بالتعويض ، الذي يمكن أن يكون عينا بإيقافها عن ممارسة وظيفتها ، أو منعها من السفر لوحدها ،و في المقابل لذلك فإذا اشترطت الزوجة على زوجها السماح لها بمزاولة عملها و أخل الزوج بذلك ، فيكون للزوجة أن تطلب التعويض النقدي من أجل جبر الضرر اللاحق بها من جراء مخالفة الزوج للشرط المتفق عليه .

الفرع الثالث : تقدير التعويض

يقدر التعويض كأصل عام على أساس مقدار الضرر الذي لحق بالمدعي ، ويشمل ذلك ما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب . ويقتصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المتوقع باستثناء حالتي الغش و الخطأ الجسيم.[1]

1- وفي هذا الصدد تنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد ، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة إذا لم في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

الخاتمة :

ومما سبق نستخلص أن الفقه الإسلامي قد اعترف بحرية الإرادة منذ نشأته و بداية تطوره ، بخلاف القوانين الغربية التي تحولت من الأخذ بالعقود الشكلية إلى إطلاق سلطان الإرادة ، فحسب فقهاء المذهب الحنبلي فإن الشريعة الإسلامية فوضت لإرادة العاقدين تحديد مقتضيات العقود أو آثارها ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يناقض نصوص الشريعة و أصولها الثابتة ، وهو عين ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريعات الحديثة فيما اصطلح على تسمية بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح العاقدين الحرية في اشتراط أي شرط لا يخالف قواعد النظام العام و الآداب العامة ، و خير دليل على ذلك تلك العبارة الخالدة لشيخ الإسلام ابن تيمية التي تعتبر بحق دستور الفقه الإسلامي في مبدأ سلطان الإرادة العقدية ،و هي قوله :" والأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهم بالتعاقد "، وهو المبدأ ذاته الذي عبرت عنه القوانين الحديثة بقاعدة " العقد شريعة ألمتعاقدين و لقد إتجهت جل تشريعات الأحوال الشخصية العربية نحو الأخذ بالمذهب الحنبلي ، باعتباره أوسع المذاهب الفقهية تصحيحا للشروط في عقد الزواج ، و أقربها إلى تحقيق مقاصد الزوجين المتجددة بتغير الأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

من أهم ما يمكن استخلاصه من هذا البحث هو أن إنشاء الشروط في عقد الزواج يكون بإرادة العاقدين أي الزوجين واختيارهما ، أما ترتيب أحكام هذه العقود و الشروط فإنه من عمل الشارع سواء في نظر الشريعة أو القانون رفعا للغبن ودفعا لعدم تعادل الالتزامات ، ولا يشكل ذلك نقضا لأصل الرضا و الإختيار ، لأن المتعاقدان أقدما بمحض إرادتهما على الالتزام بمقتضيات العقد

وعلى اختلاف المذاهب في هذا الشأن من موسع و مضيق لحرية الإشتراط ، فلقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الحنبلي في جانب الشروط وأعطى الحرية في إنشاء الشروط الاتفاقية في عقد الزواج مالم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة الجزائري ، مما يسمح للزوجين بتحقيق مصالحهما المتجددة عبر الزمان ومتأثرا بفقهاء الحنابلة الذين تطرقوا لموضوع الاشتراط في عقد الزواج باهتمام كبير وموضوعية ، وكان الأصل لديهم عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية ، وقد أرسى المذهب الحنبلي أسس متينة تواكب العصور و الأزمان

والجدير بالذكر أن الشروط في عقد الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها لتعلقها برباط مقدس وغليظ وهو عقد الزواج ، ولا فرق إذا كانت هذه الشروط من طرف الزوج أو الزوجة على حد السواء

وهذا ما تجلي في في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت أحكاما عامة غير محددة ، بل وفي منتهي التعميم و الشمولية ، إذ نجد المشرع الجزائري قد أباح للزوجين كقاعدة عامة أن يشترطا كل الشروط التي يرانها ضرورية ، ثم أورد على هذه القاعدة العامة استثناء يقيد العموم السابق ، و هذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط ، غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام و قواعد قانون الأسرة ، غير أن تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري ، و التي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفها بعض الصعوبات ،

قد يبدو للوهلة الأولي عسيرا بعض الشيء ، إلا أنه يمكن القول بأن المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضي العقد ، هذا ما يتضح جليا من خلال نص المادة 32 من قانون الأسرة بنصها على بطلان الزواج الذي أشتمل على شرط يتنافي و مقتضيات العقد.

كما يستمد الموثق أو ضابط الحالة المدنية سلطته في مراقبة صحة الشروط في عقد الزواج من سلطته في تحرير عقد الزواج التي تحكمها النصوص القانونية.

و أما ما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من حكم الشروط فقد ذهب إلى اعتبار بعض الشروط صحيحة وجب الوفاء بها ، و لكنه أي القضاء الجزائري لم يستقر على رأي محدد، فتارة يعتبر هذه الشروط صحيحة و ملزمة ، وتارة أخرى يعتبرها شروط مكروهة و غير ملزمة.

وفي الأخير قد ذهب المشرع الجزائري في سنه لقانون الأسرة الجزائري وفي تنظيمه لأحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج بالاستناد إلى المذهب الحنبلي ، كما انتهت إلى ذلك أغلب تشريعات الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية بناءا على توافق نظرة الحنابلة في هذا الصدد مع أحكام نظرية العقود في القوانين المدنية.

و كما تجدر الإشارة إلى الفضل الكبير الذي لعبه الفقه الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية و إلمامه بكل صغيرة و كبيرة .

قائمة المراجع

- القرآن الكريم

- **النصوص القانونية :**

- القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

- قانون رقم 84 -11 مؤرخ في 09 جوان 1984 ، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05 – 02 المؤرخ في 27 /2005/02.

- قانون العقوبات الجزائري 66- 156 المؤرخ في:8 يونيو 1966 المعدل والمتمم

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في : 1970/02/15 يتضمن قانون الحالة المدنية .

- مدونة الأسرة المغربية ، ظهير شريف رقم 22-04-01 بتنفيذ قانون رقم 03-70 (3 فبراير 2004).

المؤلفات الخاصة :

- رشدي شحاتة ، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي ، و قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 2001

- زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1968 .

- نشوة العلواني ، عقد الزواج و الشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد ، دار ابن حزم ،2003.

– صالح غانم السدلان ، الاشتراط في النكاح ،دار معاذ للنشر و التوزع ، الطبعة الثانية ، الرياض ،1998.

– علي محمد قاسم ، التفرق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ،2005.

– كوثر كامل علي ، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ،دار بوسلامة للطباعة و النشر و التوزع ، تونس ،1983.

– محمد علوشيش الورتلاني ، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي و أثر الاختلافات الأصولية فيها ، شركة دار الأمة ،1997.

– زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968

– نور الدين عباسي ، إتقان الضبط في الفرق بين السبب و الشرط ، مجلة الموافقات ، المعهد الوطني العالي لأصول الدين ،العدد الرابع، الجزائر1995

– محمد شتا أبو سعد ، أحكام العقود المعلقة على الشرط ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ،2000.

– شمس الدين ، قانون الأسرة و المقترحات البديلة ، دار الأمة ، الجزائر ، 2003

– بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، الزواج و الطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، الجزائر ،2005

– بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ،2004.

– محمود حسن ، الآسرة و مشكلاتها ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بدون سنة

- عبد الرحمان الصابوني ،شرح قانون الأحوال الشخصية،المطبعة الجديدة، ط 5 ، دمشق،1997

المؤلفات العامة :

- البخاري، صحيح البخاري، الجزء السادس، باب الشروط في عقد الزواج ، دار الفكر ، بيروت ، 1981.

- النووي ، رياض الصالحين ، باب الوفاء بالعهد و إنجاز الوعد ، دار الإمام مالك ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2004

- مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، المجلد الثاني ، دار الفكر ، بدون سنة

- ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ابن تيمية ، المجلد الثاني و الثلاثون ،(النكاح) ، مكتبة المعارف ، المغرب ، بدون سنة .

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

- ابن رشد ، المقدمات الممهدات ، الجزء الأول ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ،1988

- أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني،الجزء الأول، منشورات قصر الكتاب، بدون سنة

- أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، 2004.

- محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن ، دار الفكر،ط الثانية ،1981

- سليمان بوذياب ، مبادئ القانون المدني ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ، 2003

– محمد تقيه ، مصادر التشريع الإسلامي ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1994.

–عدنان خالد الترمماني ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ،دار الشروق ، الطبعة الأولى ،1991.

– عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، لبنان ،1998.

– عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في القانون الجزائري ،دار هومة للطباعة و النشر ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 1996.

– عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ،دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ،2004

– – وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، الجزء الأول ،دار الفكر ، الجزائر ،1986 .

– وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1998.

– محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية،دار الفكر العربي ،1996.

– محي الدين إسماعيل ، نظرية العقد ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ،1994 .

– مصطفي الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، مطابع ألف باء ، الطبعة التاسعة ،سوريا ، 1967.

– أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجديدة ، الإسكندرية ، 2004.

- محمد أحمد سراج ، نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1988.

- أحمد شوقي ، النظرية العامة للالتزامات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004

- علي فيلالي ، الالتزامات ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001

- فاروق أبو سراج الذهب ، مواقف و آراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات ، مجلة البصيرة للبحوث و الدراسات الإنسانية ، الجزائر 2004.

الرسائل العلمية :

- عبد المجيد طيبي ، الشرط الجزائي و بعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية قسم الشريعة ، جامعة العقيد لخضر باتنة ، السنة الجامعية ، 2004/2003 .

- سعيد فكرة ، الشرط عند الأصوليين ، رسالة دكتوراه ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، معهد الشريعة ، قسنطينة ، السنة الجامعية 1997/1996

- لمطاعي نور الدين ، الشرط المقترن بالعقد ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، السنة الجامعية ، 1995 /1996

المعاجم و القواميس:

- بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان ناشرون ، 1979.

- روحي البعلبكي ، المورد الثلاثي ، دار العلم للملايين ، 2004.

- محمد عبد الله قاسم ، المعتمد ، دار صادر ، بيروت ،2000

المجلات :

- نشرة القضاة ، 1972 ، العدد 02 .

- المجلة القضائية ،1991 ، العدد 02 .

ملخص

سنتطرق بالدراسة و التحليل في هذا الفصل إلى تعرف الشرط و بيان خصائصه ثم التمييز بين الشرط و الألفاظ المشابهة له ، ليتم التعرض بعد ذلك إلى أهم معايير تقسيم الشرط ، و تعرضت لمختلف التعارف اللغوية و الاصطلاحية للشرط المتداولة في معاجم اللغة العربية و الفقهية و كذا الألفاظ و الأحرف التي يتم بها بناء جل المشارطات ، وكذا الخصائص التي يتميز بها الاشتراط من حيث كونه أمر زائد او مستقل عن العقد ، كما يكون محتمل الوقوع فلا يمكن ان يبنى العقد على شرط مستحيل الوقوع لا يستطيع الطرفين تحقيق مصلحتهما الخاصة ، ثم ذكر مختلف التقسيمات المتعلقة بالشرط على اساس مصدر الشرط سواء من العرف أو الشرع و وظيفته سواء شرط التعليق ،الإضافة و التقييد .

و في نهاية هذا الفصل الأول حاولت التطرق لبعض الآراء المؤيدة والمانعة للاشتراط في عقد الزواج ، مستمدة دلائلها من القران الكرم و السنة النبوية الشرفة و آراء مختلف المذاهب الفقهية و كذا القانون الجزائري مجسدا في قانون الأسرة المعدل و المتمم وكذا بعض التشريعات العربية الأخرى.لى اختلاف المذاهب في هذا الشأن من موسع و مضيق لحرية الإشتراط .

فلقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الحنبلي في جانب الشروط وأعطى الحرية في إنشاء الشروط الاتفاقية في عقد الزواج مالم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة الجزائري وهذا ما تجلي في في نص المادة 19 ، مما يسمح للزوجين بتحقيق مصالحهما المتجددة عبر الزمان ومتأثرا بفقهاء الحنابلة الذين تطرقوا لموضوع الاشتراط في عقد الزواج باهتمام كبير وموضوعية ، وكان الأصل لديهم عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية ، وقد أرسى المذهب الحنبلي أسس متينة تواكب العصور و الأزمان .

والجدير بالذكر أن الشروط في عقد الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها لتعلقها برباط مقدس وغليظ وهو عقد الزواج ، ولا فرق إذا كانت هذه الشروط من طرف الزوج أو الزوجة على حد السواء، من يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط ، غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام و قواعد قانون الأسرة .

أما الفصل الثاني من دراسة الاشتراط في عقد الزواج قد تطرقت للاشتراط في المبحث الأول أثر الاشتراط فى عقد الزواج من حيث الشروط المنافية والموافقة لهذا الأخير ،أما المبحث الثاني ندرس فيه مدى صحة الاشتراط في عقد الزواج ، وذلك من خلال التطرق إلى مدى سلطة الموثق وضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الاشتراطات المتفق عليها بين الزوجين ، ثم التطرق إلى سلطة القاضي في تعديل أو نقض الاشتراط في عقد الزواج .

أما المبحث الثالث فنخصصه لدراسة الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالاشتراط و المتمثل في الدفع بعدم التنفيذ و الفسخ و التعويض .