جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الاشتراط في عقد الزواج – دراسة مقارنة –
بين القانون الجزائري والقانون المغربي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق

إعداد الطالبة:
بوراق فتيحة

تحت إشراف الأستاذة:
أد/ حميدو زكية

أعضاء اللجنة المناقشة:

تشوار جيلالي	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
حميدو زكية	أستاذة	جامعة تلمسان	مشرفاومقررا
دايم بلقاسم	أستاذ	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية: 2015 – 2016

﴿ بســـم اللـــه الرحمـــن الرحيـــم ﴾

﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا

الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا

إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾

صدق اللـــه العظيـم

سورة النحل، الآية 91

شكـــر وتقديـــر

الحمد لله الذي جعل الشكر مفتاحا لذكره، والصلاة والسلام على خير خلقه، نبيه الصادق الأمين، وآله وصحبه الطيبين الطاهرين الغر الميامين.

فقد منٌ الله سبحانه وتعالى علي بإتمام هذه الدراسة، فإنه ليشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذتي الكريمة الدكتورة حميدو زكية التي قبلت أن تكون مشرفة على هذه الرسالة، وعلى الاهتمام الذي أولته في سبيل ظهور هذا البحث بالمظهر اللائق، جزاها الله عني وعمن ينتفع بعملها خير جزاء.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان العظيم إلى أعضاء لجنة المناقشة الأستاذين الكريمين أ.د.تشوارالجيلالي وأ.د. دايم بلقاسم.

الإهــداء

* إلى روح أبي الطاهرة

* إلى من نذرت عمرها في أداء الرسالة، صنعتها من أوراق الصبر، وطرزتها من ظلام الدهر، على سراج الأمل بلا فتور أو كلل، رسالة تعلم العطاء كيف يكون العطاء، وتعلم الوفاء كيف يكون الوفاء، إليك أمي أهدي هذه الرسالة.

* إلى توأم روحي ورفيق دربي، إلى من سار معي نحو الحلم خطوة بخطوة، بذرنا معا وحصدنا معا وسنبقى مع بإذن الله.

إلى زوجي الغالي

* إلى أسمى هدية زفها إلي القدر، مبعث فخري واعتزازي، إلى التي أدفع حياتي مقابل سعادتها، مقابل بسمة من شفاها، إلى قنديل أسرتي ابنتي « جيهان ».

* إلى الكريم الفاضل الذي استلهمت من وهج أفكاره أفكاري، ومن قوة صرامته إصراري، ومن جديته أتخذ قراري، إلى شمس دربي وقرة عيني إليك أخي « نور الدين».

* إلى كل أصدقائي وأفراد عائلتي فردا فردا.

* وإلى كل طالب علم.

بـوراق فتيحـة

قائمــة أهــم المختصــرات

- ج : الجزء

-ج.ر:جريدة رسمية

- د.د.ن: دون دار نشر

- د.س.ن: دون سنة نشر

- (ص) : صلى الله علية وسلم

- ص: صفحة.

- ط : الطبعة.

- غ. أ. ش : غرفة الأحوال الشخصية

- ق. أ. ج : قانون الأسرة الجزائري

- ق.إ.ع.م: قانون الإلتزامات والعقود المغربي

- ق.ح.م.ج: قانون الحالة المدنية الجزائري

- ق.ع.م: قانون العقوبات المغربي

- ق. م.ج : القانون المدني الجزائري

- م.أ.م: مدونة الأسرة المغربية

- م. ع : المحكمة العليا

مقدمة

إن الإبقاء على أي نوع من الكائنات الحية و استمرارية وجودها لابد من التكاثر، وهو ما ينطبق على الإنسان. لكن نظرا لما يتميز به هذا الأخير من تكريم في خلقه، اقتضى الأمر أن يشرع له طريقة شريفة ليتكاثر بها[1]، ألا وهي الزواج. وهو النظام الذي إعتنى به الإسلام وأولاه الإهتمام البالغ لأن فيه حفظ للنسل، الذي يعتبر أهم مقصد من مقاصد التشريع الإسلامي، وفيه حفظ للحياة البشرية والأخلاق الإجتماعية، وهو الذي تتكون به الأسرة التي تعتبر المملكة الصغيرة،واللبنة الأولى في بناء المجتمع المسلم، إذ رفع الإسلام من قيمتها وقدسيدها حتى جعلها آية من آياته[2]، وفي هذا الصدد يقول تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَرُونْ"[3].

كما أن الزواج يعتبر مؤسسة قانونية تنشأ بموجب عقد، تؤطره النصوص القانونية التي تجد سندها أساسا في كتاب الله وسنة رسوله[4]، ففيه يبن كل من المتعاقدين مطالبهما ورغباتهما، فإذا ما تلاقت الرغبات أقداما وتفاهما فيتم العقد بتلاقي الإرادتين، الأمر الذي جعل التشريع الإسلامي، وكذا التشريعات الأسرية الوضعية، تعطي لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة، وذلك لضمان حقوقهما ولقيام علاقة زوجين خالية من المشاكل[5].

علما أن الإرادة تلعب دورا بارزا، كأساس تدور حوله غالبية القواعد التي تنظم أحكام العقد، من وقت إنشائه حتى تنفيذه، ولإدراج إرادة الطرفين في عقد الزواج أو عند انفصاله، آثار جانبية في التخفيف من المشاكل التي قد تنهض حائلا دون التوافق بين الزوجين، وتوسيع الهوة بينهما أثناء الزواج أو تزيد من حدة النزاع والعنف عند انفصالهما. وكذلك من

[1] يحي محمد علي، أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري www.mowaz of-az.com

[2] أبو العطا خديجة، الشروط المشترطة في عقد النكاح، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون, الجامعة الإسلامية غزة ص. أ.

[3] سورة الروم، الآية 21.

[4] الحاسي مريم، الزواج غير الصحيح وآثاره.

[5] بوكايس سمية، الاشتراط في عقد الزواج.

أجل ضمان تحقيق المتعاقد مصلحة خاصة لنفسه، وخوفا من أن الطرف الثاني قد يحرمه من هذه الميزة، أو المصلحة إذا لم يشترطها[1].

وقد أبيح الاشتراط في العقود عامة، وفي عقد الزواج خاصة، وذلك تطبيقا للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين، وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، أي أن الحرية التعاقدية هي التي تملي على الطرفين قانون العقد[2].

وكذلك تطبيقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم، إلا شرطا أحل حراما وحرم حلالا "[3]، كما أن السنة النبوية عظمت من هذه الشروط التي يتفق عليها الزوجين، وجعلها النبي صلى الله عليه وسلم، أحق بالوفاء من غيرها في باقي العقود، وذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[4].

غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها، إذ تقف في سبيل هذه الإباحة أو الحرية، حوائل وقيود قد ترجع للمنفعة العامة والنظام العام، بما يقرره المشرع فيها من الأحكام الآمرة، ومن هنا كان لفقهاء الشريعة الإسلامية، مجال واسع في بحث تلك الشروط، إذ أن الأصل عندهم أن كل ما يترتب على عقد الزواج، هو من عمل المشرع الإسلامي، وليس من عمل المتعاقدين، وذلك صونا وضمانا لهذا العقد من أن يتعرض إلى شروط قد تتنافى مع مقاصد عقد الزواج نفس،ه أو تتعارض مع مقاصد الشرع، لكن ذلك لا يمنع المتعاقدين، من أن يتبادلا أثناء إبرام عقد الزواج، شروط تتفق مع الآثار التي رتبها الشرع على عقد الزواج، ولا تتنافى مع مقتضياته،خاصة إن كانت هذه الشروط تحقق منافع شرعية لكلا الزوجين أو لأحدهما[5].

---

[1] سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص.131.

[2] بسام مجيد سليمان، أكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة، كلية القانون، جامعة الموصل،د.س.ن،.ص.14.

[3] رواه الترميذي ابوعيسى، صحيح الترميذي،حديث رقم 1352،المطبعة المصرية،الأزهر.

[4] رواه البخاري بن إسماعيل،صحيح البخاري،المطبعة المصرية،1932؛مسلم أبوالحسن،صحيح مسلم،ط2، دار الكتب العلمية،بيروت،2003.

[5] أبو العطا خديجة، المرجع السابق، ص. ب.

ومن ثم كان موقف الفقهاء المسلمين إزاء الاشتراط في عقد الزواج، موقفا متباينا يتراوح بين التضييق والتوسيع.

أما التشريع الوضعي، فنجد أن غالبية التشريعات الأسرية، قد تبنت مبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج كأصل عام، مع وضع بعض القيود والضوابط، وذلك لتفادي تعسف أحد الزوجين في استعمال هذا الحق.

وأخص بالذكر في هذه الدراسة، التشريع الأسري الجزائري والتشريع الأسري المغربي، إذ سأقوم بالكشف عن تعامل كلا القانونين، مع هذا المبدأ مع المقارنة بينهما.

فإذا ما رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أنه خصص لباب الاشتراط في عقد الزواج نص المادة 19 المعدلة من الأمر رقم: 05-02، التي أعطت الحق للزوجين بأن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى تلك الشروط مع أحكام قانون الأسرة.

فالشروط التي تتنافى مع أحكام هذا القانون تعتبر غير صحيحة،وأقر المشرع لها جزاءات في نص المادتين32،و35 من هذا القانون.

وأما المادة 37 فقد نصت على نوع من الاتفاقيات، لم تكن متداولة نوعا ما سابقا، وذلك لوجود المانع الأدبي، الذي يحول دون تدوين الزوجين لهذه الأنواع من المشارطات، ولكن مع كثرة النزاعات المطروحة على ساحة القضاء، جاء المشرع في تعديله الأخير بالنص صراحة على هذا النوع من الشروط، وذلك بهدف التقليل من حدوث النزاعات بين الزوجين حول الأموال المكتسبة بعد الزواج ،لأن احتمال اختلاط هذه الأموال فعليا أثناء الحياة الزوجية أكيد[1].

[1] بن عائشة لخضر ، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تلمسان، 2011 ، 2012، ص.81.

أما مدونة الأسرة المغربية، فقد تناولت موضوع الاشتراط في عقد الزواج في القسم الرابع، تحت عنوان الشروط الإرادية لعقد الزواج وآثارها، وذلك في نص المادة 47 التي اعتبرت الشروط كلها ملزمة ،إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده[1]، وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح.

و المادة 48 فقد جاءت باستثناء للقاعدة العامة، واعتبرت أنه متى كان تنفيذ الشرط مرهقا لوقوع ظروف طارئة، يجوز إعفاء الطرف الآخر من الشرط.
كما أجازت المدونة هي الأخرى، إمكانية الاتفاق على استثمار وتوزيع الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الرابطة الزوجية، في عقد مستقل عن عقد الزواج، وهذا في نص المادة 49 م.أ.م.

ومن ثم فإن هذه الدراسة، تهدف إلى معرفة مدى انسجام، مبدأ حرية الاشتراط مع متطلبات التطور الاجتماعي، والاقتصادي وكذا الثقافي في حياة الزوجين، ومدى إسهامه في حل العديد من المشاكل، التي قد تعترض طريق الزوجين خصوصا مع التطور السريع لمستجدات العصر.

كما تكمن أهمية دراسة موضوع الاشتراط في عقد الزواج،في أنه يرتبط بمبدئ هامة في القانون، وهو مبدأ الرضائية في عقد الزواج، خاصة وأن حاجة الناس المتجددة تبعا لتطور المجتمعات، يقتضي ظهور عقود ومعاملات ،وكذا مشارطات لم يتول الشارع تنظيمها.
وهذا الموضوع يوضح الأحكام العامة للشروط المقترنة بعقد الزواج، وهذا قد يساهم في التقليل من النزاعات التي قد تنشب بين الزوجين، بسبب جهل الكثير منهم لهذه الأحكام.

وكما هو معلوم أن الاشتراط في عقد الزواج من المواضيع الخصبة ،التي أسالت حبر الكثير من فقهاء الشريعة والقانون، إلا أنه لم يأخذ حقه في الميدان التطبيقي، على الرغم من أن هذا الحق، قد منحه القانون للزوجين منذ زمن طويل، وربما الدافع الذي يحول دون تضمين عقود الزواج بهذه المشارطات هو مانع أدبي، باعتبار الزواج رابطة مقدسة، لا تقوم

[1] قانون رقم: 73/03 الصادر بتاريخ 03 فبراير 2004.

على الحسابات الضيقة والمصالح المادية، أو ربما لعدم معرفة الزوجين بقيمة هذا الحق الذي كفله لهما القانون.

وكذلك الدافع لاختيار هذا الموضوع،هو أنه وعلى الرغم من الدراسات التي تعرضت له، إلا أنه لا يزال يحتاج إلى الدراسة لأنه مع تغير الأعراف في المجتمعات المختلفة استجدت شروط كثيرة وجديدة.

- التعرف عن الشروط الصحيحة والشروط غير الصحيحة، وعن مصير عقد الزواج في حالة اقترانه بشروط غير صحيحة.

- تسليط الضوء عن موقف القوانين خاصة القانونين الجزائري والمغربي، من الاشتراط في عقد الزواج والآثار المترتبة على دلك.

- وعليه فإن الإشكالات التي تطرح لدراسة هذا الموضوع تتمثل فيما يلي :

ما هي الشروط المقترنة بعقد الزواج؟

هل كل ما اشترطه الزوجين صحيح؟

هل هناك رقابة يخضع لها الزوجين أثناء وضعهما للشروط؟

ما هو أثر الشرط على العقد المقترن به؟

من أجل انجاز هذه الدراسة، أقوم بإتباع المنهجين التحليلي و المقارن، وذلك من أجل دراسة موقف المذاهب الفقهية،ومدى مسايرة المشرعين الجزائري والمغربي لها .

وللإجابة على هذه الإشكاليات المطروحة، ارتأيت أن أقسم هذه الدراسة إلى فصلين، سأتناول فيهما ما يلي:

- الفصل الأول: ماهية الشروط الإرادية لعقد الزواج.

- الفصل الثاني: تنظيم الشروط الإرادية لعقد الزواج.

الفصل الأول

ماهية الشروط الإرادية لعقد الزواج

لقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك التشريعات الوضعية لمراعاة مصالح الأفراد في العاجل والآجل، ولذا بنيت أحكامها على جلب المنافع ودرء المفاسد، ولذا أحيط نظام التعاقدات بضوابط ومعايير لا بد من التزام المكلفين بها، حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجو تحقيقها بين المتعاقدين.

وعقد الزواج هو أهم عقد ممكن أن يبرمه الشخص في حياته ، لدى أجيز له أن يشترط فيه كل الشروط التي يرى أنها في مصلحته[1]، رغم أن الأصل هو إلتزام أطراف العقد بالحقوق والواجبات، التي يرتبها الشرع والقانون على العقد، أي إذا رأى الجانبان أنها تفي بحاجياتهما، فلا يكونان بحاجة إلى اشتراط أي شرط خاص يضاف إلى العقد بالزيادة أو النقصان، وفي هذه الحالة يكون العقد خال من أي شرط[2].

ولكن إن رأيا العكس ،لجأ إلى زيادة شروط على تضمنت العقد من أحد الزوجين أو منهما معا، وهذا ما يسمى بالشروط المقترنة بالعقد[3]، والتي نصت عليها معظم التشريعات العربية، ومنها التشريع الأسري الجزائري[4]، والمغربي[5]، واللذان أجازا للزوجين اشتراط أي شرط يريانه ضروريا في العقد حسب نظر كل واحد منهم، وذلك من أجل المحافظة على رباط العلاقة الزوجية، على أن لا تخالف هذه الشروط مقتضيات العقد، أي تكون في إطار الشرع والقانون، أي أن الاشتراط لم يرد على إطلاقه بحسب أهواء الأزواج ورغباتهم الشخصية، بل ينظم بحسب ما يزيل الحرج عنهما، ويحقق مصالحهما دون تصادم مع النصوص القانونية، ولا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية[6]، وبالتالي يمكن القول أن الشروط منها ما يكون جائز، ومنها ما يكون غير جائز.وعليه فالإشكالات المطروحة هنا، ما هو الشرط المقترن بعقد الزواج؟ وما هي القيود والضوابط التي يخضع لها هذا الأخير؟

---

[1] أبو عرجة سامي محمد، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الإنسانية الفقه الإسلامي، العدد 2 ، المجلد 10، مجلة جامعة الأزهر بغزة، 2008 ص .11،وما بعدها.

[2] أبو العطا خديجة، المرجع السابق، ص.8.

[3] حداد عيسى، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2006، ص.196.

[4] المادة 19 من الأمر 05/ 02، منشور بالجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

[5] المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 03/ 70 الصادر بتاريخ 03 فبراير 2004.

[6] أبو العطا خديجة، المرجع السابق، ص.8

وهل هذه الشروط كلها صحيحة؟، أم أن هناك شروط غير صحيحة؟

وللإجابة على هذه الإشكالات ارتأيت أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أتناول في المبحث الأول:مفهوم الاشتراط في عقد الزواج ومدى حرية أطراف العقد في ذلك.وفي المبحث الثاني: صور الاشتراط في عقد الزواج.

المبحث الأول:

مفهوم الاشتراط في عقد الزواج ومدى حرية أطراف العقد في ذلك

لقد جاءت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية بمنهج سليم، لينظم حياة المجتمع من حيث المعاملات الجارية بين الناس، وخاصة فيما يتعلق بعقد الزواج الذي يعتبر من أهم العقود التي يبرمها الشخص في حياته، وقد منح حق الاشتراط للمتعاقدين، لحفظ حقوقهم وتفاديا للمنازعات التي قد تحدث مستقبلا[1]. إلا أن هذا الحق لم يرد على إطلاقه بل يخضع لضوابط وقيود. فالاتجاهات الفقهية وإن كانت قد أجمعت على أباحت الاشتراط في عقد الزواج ،إلا أنها اختلفت حول مدى توسيعها وتضييقها إلى عدة اتجاهات، وهذا الاختلاف يعود إلى أسباب ذاتية تتعلق بفهم كل منهم للنصوص الواردة، وطريقة الجمع والترجيح بين المتعارض منها[2].

أما من الناحية القانونية، فالأصل هو حرية وضع الشروط تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا الأصل قد ترد عليه استثناءات[3].

ومنه فالإشكال المطروح هنا، ما هو الشرط المقترن بعقد الزواج؟، وما هي أهم أوصافه؟، وما مدى حرية أطراف العقد في وضع هذه الشروط؟

---

[1] عبدالله محمد علي ، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد، 2008، ص.4. www.startimes.com

[2] بن مبارك جغيم نعمان، حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الحكمة، عدد 16، 1998،ص.03

[3] عبدالله محمد علي ، المرجع السابق، ص.14.

وللإجابة على هذه الإشكالات ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى ،مفهوم الاشتراط في عقد الزواج وأوصافه (المطلب الأول)،و مدى حرية أطراف عقد الزواج في الاشتراط(المطلب الثاني)

المطلب الأول:

مفهوم الاشتراط في عقد الزواج وأوصافه

الاشتراط في عقد الزواج هو إضافة طرفي العقد لشروطهما الإرادية ،التي يريانها مناسبة وتحقق لهما أو لأحدهما مصلحة معينة، أي أن الشروط المقترنة بالعقد هي أمور خارجية تضيفها إرادة المتعاقدين للالتزام الذي استكمل كافة عناصره القانونية، فيقيد أثر العقد أو يلحقه بأمر زائد عن أصل العقد، وقد يكون هذا الشرط قبل إبرام العقد أو مزامنا له، أو بعد الإبرام أي في عقد لاحق.

ومن ثم فالإشكال المطروح في هذا الصدد، ما هو الشرط الذي قد يقترن بعقد الزواج؟، وما هي أهم أوصافه أو ميزاته؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأقسم هذا المطلب إلى، مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج(الفرع الأول) ،و أوصاف الشرط المقترن بعقد الزواج(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج

إن عقد الزواج كسائر العقود يرتب حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وفي حالة عدم اكتفاء المتعاقدين أو أحدهما للوصول إلى غاياته المنشودة، يعمد إلى تضمين هذا العقد ببعض الشروط التي قد تحقق له غايات غير تلك التي يحققها له عقد الزواج[1].

[1] العقابي باسم، الشرط المقترن بالعقد في الفقه الجعفري، مجلة رسالة الحقوق العلمية، عدد 1، كلية القانون، جامعة كربلاء،2009، ص.60.

والشرط المقترن بالعقد يشابه بعض المصطلحات، لذا قد يحدث لدى البعض التباس في معنى هذا الأخير، مما يؤدي بهم إلى الخلط بين معنى الشرط المقترن بالعقد، وبين بعض المصطلحات المشابهة له[1].

ومن خلال ما سبق فالإشكال الذي يطرح نفسه، ما تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج؟ وكيف نميزه عن بعض المصطلحات المشابهة له؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، سأقسم هذا الفرع إلى: تعريف الشرط المقترن بالعقد(أولا) وتمييز الشرط المقترن بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له(ثانيا)

- أولا: تعريف الشرط المقترن بالعقد:

إن الشرط المقترن بالعقد كغيره من المصطلحات، له تعريف لغوي وتعريف اصطلاحي، ومن ثم ما هو التعريف اللغوي للشرط المقترن بالعقد؟ وما هو تعريفه الاصطلاحي؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سأتطرق إلى:التعريف اللغوي للشرط، وتعريفه الاصطلاحي.

أ- التعريف اللغوي للشرط:

الشرط بسكون الرّاء أي بمعنى إلزام الشيء وإلزامه في البيع ونحوه، والشرط جمعه شروط وهو القيد والحكم[2].

والشريطة هي المشروط، والشرط هو العلامة[3]، ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده، والتزامه اتجاه نفسه أو الغير، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان[4].

---

[1] العقابي باسم، المرجع السابق، ص.63.

[2] ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع ،دار بيروت للطباعة والنشر، 1968، ص.329؛ أبو العطا خديجة، المرجع السابق، ص.3.

[3] ابن منظور، المرجع السابق نفسه، ص.330.

[4] مسعودي يوسف ، الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،جامعة بشار،2007.ص.10.

أما الاقتران فمعناه اللغوي المصاحبة، فقارن الشيء بالشيء أي اقترن به، والقرين هو الصاحب.

والشرط يكون بسكون الراء، كذلك بزغ الحجام بالمشرط أي شقة بالمشرط وإنما كذلك لأنه صار له أثر وعلامة ومنه قولهم، رب شرط شارط أوجع من الشرط الشارط، فالأول من الإلزام والثاني ببزغ الحجام[1].

ب - التعريف الاصطلاحي للشرط:

هو التزام أحد طرفي العقد بأمر زائد عن أصل التصرف، أو التزامات إضافية منجزة على أصل مقتضى العقد، يلتزم بها العاقد في ضمن عقده بإرادته[2].

وقيل أن الشرط،هو ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من علمه عدم الشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط، ومثاله الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود، كشرط أهلية، فإنها إلزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده[3].

ولقد وردت عدة تعريفات للشرط،فقد عرفه الفقيه زكي الدين سفيان " الشرط هو التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد عن أصل التصرف، سواء كان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أم لا، ثبت ذلك باللفظ أم لا"[4].

وحسب الشيخ منصور البهوتي" فإن المعتبر من المشروط هو ما يرد في صلب العقد كأن يقول فلان زوجتك بنيتي بشرط أن لا يخرجها من بلدها ويقبل الزوج ذلك"[5].

---

[1] بن سعداليمني محمد بن عبد العزيز ، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، أطروحة دكتوراه، ص.35، ابن منظور، لسان العرب، نفس المرجع السابق، ص.336.

[2] خوالدة أحمد مفلح ،الشرط في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص.151.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.10.

[4] أبو العطاخديجة، المرجع السابق، ص.330.

[5] البهوتي منصور،الروض المربع لشرح زاد المستنقع،مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان،د.س.ن،ص.104.

والملاحظ أنه في حالة العقد المقترن بالشرط ،فإن العقد ينعقد ويرتب آثاره بشكل قانوني إلا أن الشرط يكون أمر زائد عن أصل ذلك العقد، وهو بذلك يختلف عن العقد المعلق على شرط، فالأول منعقد، أما الثاني فهو معلق لا ينعقد حتى يقع الشرط[1].

- ثانيا: تمييز الشرط المقترن بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له.

قد يحدث أن يقع الشخص في الخلط بين معنى الشرط وغيره من الألفاظ المشابهة له، ولتفادي ذلك اللبس والخلط، سأتعرض إلى التمييز بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له،وذلك كمايلي: التمييز بين الشرط والركن، التمييز بين الشرط والوعد، التمييز بين الشرط والسبب،التمييز بين الشرط والمانع.

أ- التمييز بين الشرط والركن:

الركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزء من حقيقته، فالرضا والمحل والسبب كلها أركان متطلبة لقيام العقود[2].

"أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الحكم، ويكون خارجا عن حقيقته وماهيته.

ويتفق الشرط مع الركن في أن كل منهما يتوقف عليه وجود الحكم، فإذا تخلف الركن بطل الحكم، وإذا تخلف الشرط فسد الحكم، أي أن الحكم يتوقف وجوده على وجودهما، فعدم وجود المحل في العقد يستلزم بطلان العقد، و الوضوء باعتباره شرط لصحة الصلاة، يترتب على تخلفه تخلف الصلاة، و يكمن الفرق بين الركن و الشرط، في أن الركن يعتبر جزء من حقيقة الشيء المشروط، أو ماهيته بينما يعتبر الشرط خارجا عن ماهيته الشرط المشروط و حقيقته، وليس جزء منه، فالركوع مثلا ركن في الصلاة لأنه جزء من حقيقتها، والوضوء شرط صحة في الصلاة، لأنه أمر خارج عن ماهيتها، ويترتب على ذلك حصول خلل في الماهية إذا وقع خلل في ركن من الأركان، أما إذا حصل ذلك في شرط من الشروط ،فيترتب على ذلك حصول خلل في أمر خارج عن حقيقة الشيء وهو الوصف"[3].

---

[1] خوالدة أحمد مفلح ، المرجع السابق، ص.151.

[2] مسعودي يوسف ، المرجع السابق، ص.14.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية،ط1،دار الوفاء القانونية،الإسكندرية،2011 ، ص.32 وما بعدها.

ب- التمييز بين الشرط والوعد:

الوعد معناه الالتزام للغير بما لا يلزم ابتداء، وقد ورد لفظ الوعد في ، القرآن[1] الكريم في آيات كثيرة نظرا لأهميته البالغة في نظام المعاملات، كذلك السنة النبوية الشريفة[2].

والملاحظ أن الفقهاء وإن كانوا فرقوا بين الوعد والشرط من حيث أثر كل منهما، فإنهم لم يضعوا ضابطا لتحديد ما يعد شرطا وما يعد وعدا، وتركوا تحديد ذلك إلى أعراف الناس وعاداتهم، وإلى قرائن الأحوال إذا كان الإخبار عن العقد بصيغة المضارع، أما إذا كانت بصيغة الماضي فلا يحتاج إلى قرينة .

ج- التمييز بين الشرط والسبب:

السبب هو كل حادث ربط به المشرع أمر آخر وجودا وعمدا، وهو خارج عن ماهيته[3]، أو هو ما يلزم من وجود الوجود وعدم العدم، فعلى سبيل المثال يعتبر العمل الضار سببا موجبا للتعويض،طبقا لنص المادة124من القانون المدني الجزائري،[4] والمادة77 من القانون الالتزامات والعقود المغربي[5].

كما تعتبر القرابة والزوجية سببا للإرث حسب نص المادة126من قانون الأسرة الجزائري[6]، وتقابلها المادة379 من مدونة الأسرة المغربية[7].

وما يمكن ملاحظته من خلال تعريف السبب ومقارنته بالشرط أنهما يتفقان في حالة العدم، أي أنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، وإذا انعدم السبب انعدم المسبب، ولكنهما لا يفترقان من حيث أن المسبب متى وجد يلزم من وجوده وجود الحكم، ما لم يوجد ما يمنع ذلك.

---

[1] قوله تعالى: " أَكْبَرْ مَقتْاً ًعِنْد َاللهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لاَ تَفْعَلُونْ"، سورة الصافات .الآية 03 ، وقال تعالى في مدح إسماعيل عليه السلام والثناء عليه: " أُذْكُرْ فِي الكِتَابِ إِسْمَاعِيلْ إِنَّهُ كَانَ صَادِق َالوَعْدِ"، سورة مريم ،الآية 45 .

[2] حث الرسول (ص) على الوفاء بالوعود، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول (ص) قال: " آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب وإذا ائتمن خان وإذا وعد أخلف".

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.34.

[4] المادة 124 ، ق.م.ج."كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه،ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

[5] المادة.77، من ق.ا.ع.م."كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة واختيار،ومن غير ان يسمح له به القانون،فاحدث ضررا ماديا او معنويا للغير،الزم مرتكبه بتعويض هدا الضرر،اذا ثبت ان دلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر."

[6] المادة 126، من ق.أ.ج."أسباب الإرث:القرابة،والزوجية"

[7] المادة 329، من م.أ.م:"أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية..."

فمتى وجدت الزوجة أو القرابة وجب الميراث، بخلاف الشرط فإن وجوده لا يستلزم وجود الحكم أو الأمل المشروط، فلا يلزم مثلا وجود الشاهدين وجود عقد الزواج[1].

د- التمييز بين الشرط والمانع:

المانع هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره، أو هو الحكم على الوصف بالمانعة أو هو الوصف الظاهر، المنضبط الذي جعله الشارع حائل دون وجود الحكم فيلزم من وجود العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته[2].

ومثال ذلك العيب القديم في المبيع، وقتل الوارث مورثه، فظهور عيب قديم في المبيع يجهله المشتري، فلا يصبح عقد البيع ملزما، بل يثبت له الخيار في فسخ البيع المعيب، لأن ظهور هذا العيب مخل بالتراضي الذي هو أساس العقود، فيكون إلزام المشتري معيبا يلحق به ضرر لا يقتضيه عقده ولم يرضى به، ومن ثم فإن المانع إذا حصل ارتفع مقتضى السبب أو وجود الحكم.

والفرق بين المانع والشرط ،أن المانع هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره، وبذلك يكون المانع عكس الشرط ،لأن الشرط هو ما يلزم من عدمه عدو غيره[3].

الفرع الثاني:

أوصاف الشرط المقترن بعقد الزواج

إن للشرط المقترن بعقد الزواج عدة أوصاف تميزه، وذلك من حيث الصيغة التي يرد بها. ومن حيث خصائصه التي تميزه عن غيره من المصطلحات المشابهة له، وكذلك من حيث أقسامه التي تختلف بحسب مصدره، وظيفته، وموقعه، ومن ثم فالإشكال المطروح هنا ماهي أوصاف الشرط المقترن بعقد الزواج؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأقسم هذا الفرع إلى: صيغة الشرط المقترن بعقد الزواج(أولا) وخصائص الشرط المقترن بعقد الزواج (ثانيا)، وأقسام الشرط المقترن بعقد الزواج(ثالثا).

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.15.

[2] رشدي شحاتة، المرجع السابق ، ص.38.

[3] هارون خليفي جيلي، الشرط والمانع Htt/library.islamweb.net

- أولا صيغة الشرط المقترن بعقد الزواج:

والمقصود بصيغة الشرط المقترن الأوضاع التي تصدر عليها هذه الصيغة، من حيث زمن إلتقاء الإيجاب والقبول.

فإذا جاءت هذه الصيغة مطلقة عن أي قيد رتبة آثارها في الحال، أي دالة على إنشاء عقد الزواج في الحال، فهذا يكون عقد الزواج منجزا.[1] وينعقد الزواج هنا بمجرد صدور الإيجاب متى استوفى العقد أركانه وشروطه المقررة شرعا، لأن الصيغة منجزة وهذه الصيغة الصحيحة لعقد الزواج، والتي ينبغي أن يأتي عليها في كل الأحوال.[2] ولكن قد يحدث أن يرد عقد الزواج بصيغ أخرى، ومن ثم فالإشكال المطروح ما هي هذه الصيغ التي قد يرد عليها عقد الزواج؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأتناول، تعليق عقد الزواج على شرط ، إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن المستقبل.

ا) تعليق عقد الزواج على شرط:

وسأتطرق فيما يلي إلى حكم أهم صور تعليق عقد الزواج على شرط:

1) تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محتمل أو محقق أو مستحيل الوجود في المستقبل

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز تعليق النكاح على أحد الشروط الثلاث المذكورة، فيشترط لكي تكون صيغة عقد الزواج صحيحة، أن تكون منجزة دالة على وجوده على الفور، غير معلقة على شرط غير موجود وقت العقد، ويترتب على ذلك لو اشترط في النكاح تعليقه على شرط، فإن حكمه يكون فاسدا عند الحنفية[3]، وباطل عند الجمهور.

فتعليق عقد الزواج على شرط، يعتبر شرط باطل في نفسه ،واقترانه بعقد الزواج يبطله لأن الزواج من العقود السامية والأبدية، يجب أن تصان من شائبة الاحتمال،والترجيح بين الوجود والعدم.[4]

---

[1] بلتاجي محمد, في أحكام الأسرة، الزواج والفرقة، دار التقوى،ص.219 .
[2] بلتاجي محمد، المرجع السابق نفسه، ص. 219، وما بعدها.
[3] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مطبعة الحلبي،1986، ص.367.
[4] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.189.

2) تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محقق الوجود في الماضي والحاضر

يكون التعليق على الماضي أو الحاضر تعليق لفظي، لا تعليق حقيقي فهذا التعليق لا يضر.[1]

3) تعليق صيغة عقد الزواج على مشيئة الله أو أحد المتعاقدين

- التعليق على مشيئة الله:

إذا علق أحد المتعاقدين عقد الزواج على مشيئة الله قاصدا التبرك، أو أن كل شيء بمشيئة الله وإرادته، مصداقا لقوله تعالى:« تَشَاءُونَ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ اللهُ».[2]

- التعليق على مشيئة أحد المتعاقدين:

إذا علق احد المتعاقدين انعقاد العقد على مشيئة الطرف الآخر، فقبل من له مشيئته في المجلس فإنه يجوز، لأن المشيئة إذا بطلت صار نكاحا بغير مشيئة، كما إذا قال: تزوجتك إن شئت. ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك، لان القبول مشيئة.[3]

ب) إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن المستقبل:

إن عقد الزواج هو العقد الذي تحل به العشرة الزوجية، ويقصد به الثبوت والدوام من أجل إنشاء أسرة لها ما يكفل حياتها ويحافظ عليها.

ولقد أحاطت الشريعة الإسلامية هذا العقد بعناية خاصة، إذ لم تجعل لتعليقه على أمر متردد ووجوده بين الوجود والعدم مكانا، كما لم تجعل لتأقيته بمدة ينتهي بعدها اعتبارا، ومعنى إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن المستقبل ،عدو ابتداء العقد في الحال وإرجاءه إلى زمن المستقبل لكي تترتب آثار العقد عند حلوله.

إذن فهل يصح أن تضاف صيغة عقد الزواج إلى زمن المستقبل؟

كأن يقول رجل للمرأة: أتزوجك غدا، أو بعد شهر، أو إذا حل شهر شوال، أو في آخر العام، وتقول المرأة:أ قبل.[4]

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.190.
[2] سورة الإنسان، الآية 30.
[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.196.
[4] عبد السلام الزوير، إضافة عقد الزواج إلى زمن المستقبل www.startimes2.com

لقد اختلف الفقه[1] حول هذه المسألة، ولكن ذهب الرأي الراجح إلى عدم انعقاد الزواج بالصيغة المضافة إلى أجل. لأن ذلك يخالف طبيعة عقد الزواج، الذي يجب أن يكون الإيجاب والقبول فيه قطعي لا احتمالي[2]، في أن يؤدي إلى إنشاء عقد الزواج في الحال باعتباره فوري وأحكامه لا تتراخى عن أسبابه، وذلك وفقا للمادة 9 من قانون الأسرة الجزائري[3]، والمادة 10 من مدونة الأسرة المغربية[4]، ولكن المالكية استثنوا من قاعدة عدم قبول النكاح لإضافة صورة واحدة، وهي أنه لو أضاف الأب نكاح ابنته إلى موته، وكان مريضا مرض الموت ،فيصح النكاح إذا مات منه، لأنه من وصايا المسلمين.[5]

- ثانيا: خصائص الشرط المقترن بالعقد:

إذا رجعنا إلى تعريف الشرط المقترن بالعقد، نجد أن له عدة مميزات وخصائص، تميزه عن غيره من الألفاظ المشابهة.

وبالتالي فالسؤال الذي يطرح ما هي أهم خصائص الشرط المقترن بعقد الزواج؟

وللإجابة على هذا السؤال سأتطرق إلى أهم خصائصه وهي كالأتي: أنه أمر زائد على أصل العقد، أنه يرد في صلب العقد، أنه أمر مستقبلي،محتمل الوقوع، أن يكون مشروع.

أ) أمر زائد عن أصل العقد:

إن عقد الزواج ينعقد بمجرد توفر أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 9 و 9 مكرر في التشريع الأسري الجزائري، ، والمنصوص عليها في المادة 10و13 من مدونة الأسرة المغربية .

---

[1] اختلف الفقه حول صحة اضافة عقد الزواج إلى زمن المستقبلإلى رأيين:
-**الرأي الأول**: ذهب أصحابه وهم جمهور الفقهاء إلى أن إضافة عقد الزواج إلى زمن المستقبل باطلة للأسباب الآتية:
- لان إضافة العقد إلى زمن المستقبل تمنع من ترتيب أحكامه في الزمن الحال وهذا ينافي موجب عقد الزواج، وهو حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر بعد تمام العقد مباشرة وترتب سائر أحكامه عليه فورا وفي الزمن الذي يلي صدوره،
- القول بصحة إضافة صيغة عقد الزواج يجعل المرأة خلال الفترة المضافة معلقة، لا هي زوجة لها حقوق الزوجية، ولا هي خالية يمكنها الزواج من آخر فيؤدي ذلك إلى الضرر، وهو ممنوع شرعا.
- من القواعد المقررة فقها أن كل عقد يفيد التمليك في الحال لا تجوز إضافته إلى المستقبل لمنافاته ذلك طبيعة عقد التمليك ومقتضاه، فإذا أضيف إليه لم ينعقد أصلا إذ الشيء لا يتحقق بما ينافيه.
- **الرأي الثاني:** ذهب الغمام أحمد في رواية ضعيفة عنه إلى جواز إضافة عقد الزواج إلى زمن المستقبل.

[2] ابن عابدين ،حاشية رد المحتار،ج5 ،ط2، دار الفجر، بيروت، 1996، ص.256.

[3] المادة 9 من ق.أ.ج « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين».

[4] المادة 10 من م.أ.م « ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا».

[5] الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ج3 ، دار الكتب العلمية، بيروت،د.س.ن ص446،الدسوقي محمد عرفة ،حاشية الدسوقي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت،د،س.ن، ص224.

فمثلا إذا اشترطت المرأة في عقد الزواج كفيلا لضمان المهر وقبل بذلك الزوج، فإن اشتراط الكفيل لضمان المهر أمر زائد لأن العقد ينعقد بدون هذا الشرط.[1]

ب) أمر يرد في صلب العقد:

إن الشرط قد يتفق عليه قبل العقد ويسمى شرطا سابقا، وقد يتفق عليه أثناء العقد ويسمى شرطا مقارنا، وقد يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه ويقال له الشرط اللاحق، ويجب أن يرد في صلب العقد أثناء العقد أو قبل العقد، أما ما يشترطه أحد الزوجين من شروط بعد انعقاد العقد ولزومه فلا يعتد به ولا يلزم الطرف الآخر لفوات محله[2].

ج) أمر مستقبلي:

يجب أن يكون الشرط المقترن بالعقد خاص بأمر مستقبلي، وغير موجود قبل إبرام العقد ولا وقت الإبرام، وذلك حتى يتمكن الطرف الملتزم من الوفاء به نحو الطرف الآخر وهو المشترط، فإذا كان الأمر المشترط واقفا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل. فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا فإنها تطلق في الحال[3].

ت) أمر محتمل الوقوع:

يجب أن يقترن العقد بشرط مقدور القيام به، أي ممكن الوقوع في المستقبل، لأن الشرط إذا كان مستحيلا، كان اشتراطه دليلا على عدم الرغبة في إتمام التصرف، ويكون العقد باطلا.[4]

وتكون الاستحالة مادية أو قانونية، أما الاستحالة المادية فتكون متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط، كتعليق الهبة على الطيران في الهواء دون طائرة، أو على عدم شروق الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمناطها نص قانوني، حيث

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.10.
[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.41.
[3] طلافحة محمد عبد الله علي ، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية 2004، ص.10
[4] شادلي حسن علي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة، د.س.ن،ص.61.

يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية حالة دون تحققه،[1] كالزواج من إحدى المحارم المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري[2]، والمادة 13 من مدونة الأسرة المغربية[3].

د) أمر مشروع:

يجب ان لا يكون الشرط مخالفا لنص قانوني، أو مخالف للنظام العام والآداب العامة، لأن مشروعية الشرط تعتبر محض تقرير لمقتضى العقد، وهو في الحقيقة لازم دون أن يكون في حاجة إلى شرط، والحقيقة أن فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها، وإنما بالغاية المقصودة منها، وذلك لأن العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في حد ذاته، ولكن الغرض المقصود قد يكون غير مشروع كشرط عدم الزواج. فالأصل فيه أنه مشروع إلا أن الأمر متروك لإرادة الشخص، ولكن يصبح غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج، وكمثال على ذلك اشتراط الموصى على زوجته عدم الزواج بعد موته، فهنا الشرط غير مشروع، لأن غرضه حرمان الزوجة من حقها الطبيعي[4]. وعلى العكس من ذلك نجد القضاء أحيانا أخرى قد حكم بمشروعية الشرط، إذا كان الغرض من هذا الشرط هو جعل الزوجة تتفرغ للبيت والأولاد لتضمن معيشتها .

كذلك من بين الشروط غير المشروعة شرط العزوبية، الذي يفرض على بعض مضيفات الطيران، وفي هذا الصدد قضت محكمة باريس ببطلان هذا الشرط، غير أنه في حالات أخرى أقر القضاء بتبرير هذه الشروط[5].

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.10.

[2] المادة 23 من ق.أ.ج: « يجب ان يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة ».

[3] المادة 13 من م.أ.م: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية - انتقاء الموانع الشرعية ».

[4] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.11.

[5] قضية عرضت على ساحة القضاء في هذا الصدد مفادها أن رجل أوصى بحق استثمار بعض أمواله شريطة أن تبقى بدون زواج بعد وفاته، فطلب أحد الورثة إبطال الوصية لمخالفتها للنظام العام بينما اعتبرت المحكمة الشرط مشروعا لوجود مبرر لهذا الشرط وهو قصد تأمين راحة الزوجة ومعيشتها بعد وفاة الزوج، فإنه حسب المحكمة لا شيء يخل بالنظام العام لان الدافع شريف، قرار تمييزي في 21 تشرين الأول 195.

- ثالثا: أقسام الشرط المقترن بعقد الزواج.

إن للشرط المقترن بعقد الزواج عدة أقسام، إذا ما نظرنا له من عدة زوايا مختلفة.

ومن ثم فالإشكال المطروح: ما هي أهم أقسام الشرط المقترن بعقد الزواج؟

للإجابة على هذا الإشكال سأتناول: أقسام الشرط من حيث مصدره، وأقسام الشرط من حيث موضعه

ا) أقسام الشرط من حيث مصدره:

إن هذا المنهج أخذ به الأصوليين، والذين قسموا الشرط من حيث مصدره إلى عدة أقسام.

ومن ثم ما هي أنواع هذه الشروط إذا ما نظرنا إليها من حيث مصدرها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سأتطرق إلى: الشرط القانوني،الشرط الإرادي، الشرط العرفي

1- الشرط القانوني:

إن الشرط القانوني في اصطلاح القانون الوضعي، هو الشرط الذي يكون اشتراطه بحكم نص قانوني، كشرط الأهلية الذي نص عليه كل من المشرع الجزائري في المادة 78من القانون المدني الجزائري[1]، والمادة 209 من مدونة الأسرة المغربية[2].

وهذا النوع من الشروط ينقسم إلى عدة أقسام، سأكتفي بتعدادها مع ضرب الأمثلة وهي كالتالي:

- شروط الانعقاد: (العقل) في المتعاقدين فلا ينعقد عقد المجنون والصبي الذي لا يعقل والمغمى عليه، بل يقع باطلا باتفاق العلماء.

- شروط النفاد: كإذن الولي في زواج البنت القاصرة .

- شروط الصحة: كالصداق،الشاهدان.

- شروط اللزوم: كعدم الخيار باعتبار عقد الزواج عقدا أبديا[3].

2- الشرط الإرادي:

هو الشرط الذي يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر، أي هو الشرط الذي يرد على ألسنة المتعاقدين ليحقق مقصدا لأحدهما أو لهما معا، ولكن الشارع قيد الشرط الإرادي بحدود

[1] المادة 78 من ق.م.ج: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تطلب أهليته، أو يحد منها بحكم القانون".
[2] المادة 209 من م. أ.م:"سن الرشد القانوني18سنة شمسية كاملة".
[3] بن سعد اليمني، المرجع السابق،ص.56.

شرعيته وقانونية معينة، فليس للعاقد اشتراط أي شرط يريده، بل يجب أن لا يخالف حكم العقد وإلا عد شرطا لاغيا[1].

وينقسم الشرط الجعلي أو الإرادي من حيث مشروعيته إلى ثلاث أنواع:

- شرط لا ينافي الشرع بل هو ممكن للعقد، وذلك كما لو اشترطت الزوجة كفيلا لمهرها إذا كان مؤخرا، أو ذلك لضمان حصولها على حقها.

- شرط منافي لمقتضى العقد، كأن تشترط الزوجة على زوجها عدم معاشرتها.

- شرط لا ينافي مقتضى العقد ويحقق مصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما، وهذا الشرط لا يقتضيه العقد، أي لا يعرف مدى ملاءمته أو عدم ملاءمته للعقد، كاشتراط المرأة على زوجها مزاولة عملها أو الاستمرار في دراستها[2].

3- الشرط العرفي:

إن هذا الشرط هو ما يتقيد به المتعاقدين، بناءا على ما اعتاده الناس وما ألفوه من قول أو فعل، إذ أنه تكرر مرة بعد مرة، حتى أصبحت نفوس وعقول الناس تحس أنها ملزمة باحترامه، وكأمثلة عن الشرط العرفي في الدول الإسلامية، تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل بنسب مختلفة من دولة إلى أخرى، ولكن لكي يعترف بهذا العرف يجب توفر بعض الشروط منها:

- أن يكون العرف مصدرا أو غالبا.

- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها.

- أن لا يعارض العرف نص قانوني، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية، ولا حكما ثابتا

بحيث يكون العمل بالعرف تعطيل له[3].

ولقد اختلف الفقه في مدى تقييد العقود والتصرفات بالشرط العرفي بين مؤيد ومعارض[4].

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.54،52.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.16.

[3] لمطاعي نور الدين،الشرط المقترن بالعقد،دراسة مقارنة،رسالة ماجستير،معهد الحقوق والعلوم الإدارية،جامعة الجزائر، 1996،ص.44.

[4]اختلف الفقه الإسلامي حول تقييد العقود بالشروط العرفية إلى رأيين:

الرأي الأول:المالكية والحنفية دهبوا إلى القول أن العرف صحيح وتقييد العقد به إستنادا إلى بعض القواعد العامة كقاعدة "الثابت بالعرف ثابت بالدليل الشرعي"

.الرأي الثاني:الشافعية يرو أن العرف لاينزل منزلة النص الصريح

أما القانون الوضعي، فقد حسم الأمر بقاعدة إجرائية مفادها، أنه لا يؤخذ بأي شرط إلا إذا كان مقيد في العقد أو عقد رسمي لاحق، فمن يحرص على شرط معين فيجب عليه أن يحرص على كتابته في العقد، إذا كان راغبا فعلا في أن لا يفوته مضمون الشرط[1].

ونظرا لأهمية هذه القاعدة الإجرائية في ضمان استقرار المعاملات والعقود، ولتفادي المنازعات أمام الساحات القضائية، فقررت معظم التشريعات العربية الأخذ بهذه القاعدة ومثاله المادة 19من قانون الأسرة الجزائري[2]، والمادة 47 من مدونة الأسرة المغربية[3].وذلك بتدوين المشارطات التي تتم بين الزوجين في عقد الزواج أو في عقد لاحق.

ب) أقسام الشرط من حيث موضعه:

قد يتخذ الشرط عدة مواقع، وذلك حسب وقت اتفاق أطراف العقد أو العلاقة على ذلك الشرط.

ومن ثم ما هي أهم المواقع التي يتخذها الشرط بالنسبة للعقد؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأتناول: الشرط المتقدم، الشرط المقارن، الشرط المتأخر.

1) الشرط المتقدم:

إن الشرط المتقدم هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدين قبل إبرام العقد، ولا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا من قريب ولا من بعيد، ويسمى أيضا بالشرط السابق، لكن الإشكال المطروح هو ما مدى إلتحاق هذا الشرط بالعقد، على الرغم من عدم إدراجه ضمن هذا الأخير؟

وللإجابة على هذا الإشكال، سأتطرق إلى الآراء الفقهية التي تضاربت فيما بينها، ثم إلى النصوص القانونية الوضعية.

- المالكية والحنابلة ،ذهبوا إلى القول بالتحاق الشرط المتقدم بالشرط المقارن وتأثيره عليه[4].

---

[1] مسعودي يوسف، نفس المرجع السابق، ص.17.

[2] المادة 19 من ق. أ. ج: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ».

[3] المادة 47 من ق. أ. م: « الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح».

[4] بن الطاهر لحبيب،الفقه المالكي وأدلته،ج3،ط1،مؤسسة المعارف،بيروت،2001،ص.75.المرداوي،الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف على مذهب الإمام أحمد،ط1،دار إحياء التراث العربي،بيروت،1997،ص.51

- الشافعية والإمام أحمد في رواية عنه، إلى أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد، بل يكون مجرد وغير لازم الوفاء، لأن ما قبل العقد لغو فلا يلتحق به[1].

وفي هذا الصدد قال ابن تيمية " في حالة ما إذا اشترط الزوج على زوجته عدم إخراجها من بلدها أو اشترطت عدم الزواج عليها، وكان الاتفاق على هذه الشروط واقفا قبل العقد"[2] أما عقد الزواج فجاء خاليا من هذه الشروط، فهل تكون هذه الشروط صحيحة ملزمة؟ فأجاب بان هذه الشروط صحيحة وملزمة ما لم يبطلا هذه الشروط، مستندا في فتواه إلى أهمية الوفاء بالعهود التي نص عليها كتاب الله وسنة رسوله.

ويرى الإمام ابن القيم "بأن الراجح من هذه الأقوال هو التسوية بين الشرط المتقدم والمقارن، لان القول بعدم التسوية بينهما يفتح باب التحايل على الشروط المحرمة، حيث يتفق المتعاقدان على شرط غير مشروع قبل العقد، ثم يسكتا عنه عند إبرام العقد ليتما غرضهما غير المشروع، وعندئذ فلا فائدة ترجى من التفرقة بين متماثلين، بسبب افتراقهما في تقدم اللفظ وتأخره مع استوائهما في الحقيقة والمعنى"[3]

ويتضح أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي، قد أخذا برأي الشافعية والحنفية القاضي بعدم تأثير الشرط المتقدم على العقد، وهذا ما يظهر من نص المادة 19من قانون الأسرة الجزائري، التي أباحت للزوجين الاشتراط في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق والمادة47 من مدونة الأسرة المغربية.

وربما كان موقف المشرعين مبني على أنه بإمكان المتعاقدين أن يدونا الشرط السابق في صلب العقد، ومن ثم يصبح مقترنا به، وبذلك يأخذ حكم الشرط المقترن بالعقد، وهذا يقضي على التحايل الذي قد يهدفا المتعاقدان إليه.

2) الشرط المقارن:

هذا الشرط يتم الاتفاق عليه وقت إبرام العقد، ويتم تدوينه في وثيقة الزواج، ولهذا سمي بالمقارن لأنه يدخل أثناء العقد مقارنا له، إذ انه ليس متقدم عن إنشاء العقد ولا متأخر عنه. فهو شرط يرتب آثاره في العقد فلا خلاف فيه[4].

---

[1] الشربيني بن شرف النووي،معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،دار إحياء التراث العربي،د.س.ن،ص.75.
[2] ابن تيمية أحمد،الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، دار العاصمة،د.س.ن،ص.68.
[3] ابن القيم شمس الدين الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد،ط ،1،مكتبة الصفاء،القاهرة،2002،ص.123
[4] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.21

فالشرط المقارن للعقد، هو الشرط الذي لا يعلق عليه وجود الشيء أو انعدامه، وإنما هو أمر زائد يضاف إلى الشيء، بحيث يقترن بالعقد بكلمة شرط كذا، أو على أن يكون كذا، أو بشرط أن، ويكون العقد المقترن بالشرط منجزا، وليس معلقا على شيء لأن معنى التقييد يدل على وجود الأمر المقيد.

فالعقد المقترن بالشرط مقيد به، والشرط المقارن هو التزام جديد زائد على أصل العقد، ينشئه العاقدان ليزيدا أو يقويا التزامات العقد.

كمثال قول الزوجة: أتزوجك على شرط أن تكون العصمة بيدي[1].

3) الشرط المتأخر (اللاحق):

وهو الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام عقدهما، ولهذا سمي هذا الشرط بالمتأخر أو اللاحق، فبمجرد إبرام العقد والانتهاء منه تترتب عليه آثاره، فإذا اشترط أحد المتعاقدين شرطا على الآخر بعد ذلك، فما تأثير هذا الشرط على العقد السابق إبرامه؟

فقد اختلف الفقهاء،[2] حول حكم هذا الشرط ومدى تأثيره على العقد، ولكن الراجح من هذه الأقوال هو إلتحاق الشرط المتأخر بالعقد، لأن الإقرار بذلك يسمح للمتعاقدين بتحقيق منافع ومصالح مختلفة، قد يكون غفلا عنها وقت التعاقد بشرط أن يتم ذلك الشرط في عقد رسمي، ويعتبر ذلك تعديلا للعقد السابق.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 19من قانون الأسرة الجزائري، أما المشرع المغربي فلم ينص صراحة على هذا النوع من الشروط، ولكن إذا ما رجعنا إلى المادة 400 نجد أنها تحيلنا إلى الفقه المالكي والإجتهاد،في كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة[3].

والفقه المالكي اعتبر الشرط المتأخر شرطا يلتحق بالعقد مطلقا، سواء كان صحيحا أو فاسدا.

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق،ص. 56، وما بعدها.

[2]اختلف الفقه حول مدى التحاق الشرط المتأخر بعقد الزواج إلى ثلاث أراء :

- الرأي الأول: الشافعية والحنابلة: حال لا يخلو إما أن يكون العقد السابق إبرامه قد أصبح لازما قبل الاشتراط ، أو أنه كان غير لازم وقت الاشتراط.

فإذا كان العقد وقت الاشتراط اللاحق قد أصبح لازما فلا يلحق الشرط اللاحق بالعقد السابق ولا يؤثر فيه.

-الرأي الثاني:المالكية والظاهرية: هذا الشرط يلتحق بالعقد مطلقا، صحيحا أم فاسدا، وسواء شرط بعد لزوم العقد أو قبل لزومه.

-الرأي الثالث:الحنفية: هذا الشرط يلتحق بالعقد ويؤثر فيه كالشرط المقترن به مطلقا.

[3] المادة 400 من م.أ.م « كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والإجتهاد الذي يراعي فيه الإيلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف».

وبما أن كل من التشريعين الأسريين الجزائري والمغربي،منحا الحرية للزوجين بتضمين عقد زواجهما أو عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية لاستقرار حياتهما الزوجية.

فهل هذه الحرية مطلقة أم أنها تخضع لظوابط وقيود تحكمها؟.

المطلب الثاني:

مدى حرية أطراف عقد الزواج في الاشتراط

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا، ما دام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين أو لكليهما، ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وإن العقد شريعة المتعاقدين[1]، وتماشيا مع قوله (ص) " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا وأحل حراما "[2].

ولقد أجازت أغلبية التشريعات الوضعية حرية الاشتراط في عقد الزواج، ومن بينها التشريعين الأسريين الجزائري[3] والمغربي[4].

ولكن الإشكال المطروح هنا: هل حرية أطراف عقد الزواج في الاشتراط مطلقة؟ أم أن هناك ضوابط تقيد هذه الحرية؟

وللإجابة على هذه الإشكالات سأقسم هذا المطلب إلى: موقف الفقه الإسلامي من حرية الاشتراط في عقد الزواج(الفرع الأول)، وموقف التشريع من حرية الاشتراط في عقد الزواج(الفرع الثاني).

---

[1] الشامي أحمد ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.128.

[2] أخرجه الترميذي في الجامع الكبير، كتاب الأحكام، ج 3،باب ما ذكر عن الرسول(ص) في الصلح بين المسلمين رقم 12532، ص.27.

[3] المادة 19 من ق.أ.ج « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها مناسبة».

[4] المادة 47 من م.أ.م « الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده، وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح».

الفرع الأول:

موقف الفقه الإسلامي من حرية الاشتراط في عقد الزواج

لقد أباحت الشريعة الإسلامية الاشتراط في عقد الزواج، وذلك مصداقا لقوله(ص) " إن أحق الشروط أن يوفى ما استحللتم به الفروج "[1].

غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها، ومن هنا كان لفقهائها مجال واسع في بحث تلك الشروط، إذ اختلفوا في أصل الاشتراط بين الحظر والإباحة إلى ثلاث اتجاهات:

-أولا اتجاه المضيقين: و يتمثل أصحاب هذا الرأي في الظاهرية أساسا، إذ يرى هذا الجانب الفقهي أن الأصل في العقود والشروط الحظر، إلا ما ورد نص شرعي بإجازته، وهذا القول الظاهر، فلا يصححون عقدا أو شرطا إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه واستحبوا الحكم الأصلي الذي قبله وهو المنع[2].

ذلك أن الشريعة الإسلامية جاءت شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود على أساس من العدل، وعلى هذا فليس من العدل ترك الحرية للناس في اشتراط ما يريدونه، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة، ويكون ذلك من باب التعدي على حدود الله والزيادة في دينه[3].

-ثانيا اتجاه المتوسطين: وهم الجمهور الفقهاء عدا الحنابلة، إذ تجمع هؤلاء نظرية مقتضى العقد ونظرية منع بيع وشرط .

فهذه الاجتهادات التي تمسكت بمقتضى العقد، منعت المتعاقدين من اشتراط ما يخالف هذا المقتضى، فإن اشتراط أحد العاقدين شرطا مخالفا لمقتضى العقد فسد، مثل لو اشترطت الزوجة عدم الوطء أو التأقيت في الزواج...الخ.

---

[1] رواه البخاري ومسلم، سبيل الإسلام ، ج3،ص.162.
[2] الشامي أحمد ، المرجع السابق، ص.118.
[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.25.

لأن منافاة الشرط لمقتضى العقد تجعل الشرط فاسدا عند المذهب الحنفي، إذ توسع في تفسير المنافاة حسبما يؤخذ من تعريفاتهم، فكل ما يعد من آثار العقد، ولو كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين يعتبر في نظرهم منافيا لمقتضى العقد[1].

وتجدر الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء جعلوا الأصل في العقود الحل، وفي الاستثناء التقييد خلافا للرأي الأول بزعامة الظاهريين الذين اعتبروا الأصل في العقود الحظر.

ومن ثم فإن الجمهور يفتحون باب التعاقد،ما لم يأت في الشرع ما يبطل هذا العقد أو يدل على فساده وعدم مشروعيته، ثم يقولون: أن الشرط يجب أن يتقيد بالنصوص في كتاب الله وسنة النبي صلى الله عليه وسلم، أو ما يمكن أن يكون مستندا إلى الكتاب والسنة من الاستنباط الصحيح الظاهر[2].

ويتمثل أصحاب هذا الاتجاه في المذاهب الثلاث، الحنفية، الشافعية والمالكية، حيث تجمعهم نظرية مقتضى العقد ومنع بيع وشرط، وإن كانوا ليسوا على مرتبة واحدة.

- ثالثا اتجاه الموسعين: ويتمثل في الحنابلة إذ الأصل في الشروط عندهم الجواز والصحة، فلا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل على تحريمه أو إبطاله نص أو إجماع، أو قياس.

فهؤلاء الفقهاء يقولون بإباحة الشروط مطلقا، فهم يطلقون الحرية والإرادة التامة للإنسان في إنشاء العقود والشروط، حسبما تتفق أغراضهم، ولكن يشرط ألا يكون ذلك مخالفا لنص شرعي خاص، أو يعود على أصل العقد بالنقض أو الإلغاء، فهم لا يشترطون إيراد النص الصريح على إباحة العقد أو الشرط، بل يكتفون بعدم وجود النص على التحريم ليقولوا بالجواز، فعندهم كل شرط لم يمنعه الشرع فهو جائز، والأصل الشرعي الذي أصلوه في العقود والشروط، الصحة والإباحة والجواز، ووجوب الوفاء بكل ما يستلزمه العاقدان ويشترطانه، إلا الشروط التي تنافي مقتضيات العقد، كاشتراط عدم الوطء في عقد الزواج...الخ، وهذا الشرط يلغى وحده ويبقى العقد صحيح[3].

وهذا الاتجاه عكس الاتجاه الأول، فهو يختلف معه اختلافا أساسيا، فهم لا يشترطون وجود نص يبيح العقد أو الشرط، كما يشترطه الظاهرية، وإنما يشترطون فقط عدم وجود نص يحرم الشرط أو العقد.

---

[1] طلافحة محمد عبد الله علي، المرجع السابق، ص.41.
[2] عبد الحي محمد حسن ، الشروط في البيوع،الأكادمية الإسلامية. www.islamqa.inf
[3] طلافحة محمد عبد الله علي، المرجع السابق، ص.36،37.

كما أن رضا المتعاقدين في صحة العقود وما يترتب عليها من آثار، تابع لما يوجبانه على أنفسهما بالتعاقد، إذ أن الأصل في الأقوال والأفعال والأشياء هو الإباحة باتفاق الفقهاء، خاصة عند عدم مخالفة أوامر الشرع ونواهيه، فيجب أن يحكم بصحة كل ما يتراضيان عليه، ويتفقان على الالتزام به فيما بينهما، ما دامت هذه الشروط لم يرد نهي من الشرع عنها[1].

وبما أن العقود والشروط ،هي من الأفعال التي تسمى في اصطلاح الفقهاء من العادات وليست من العبادات، والعادات ينظر فيها إلى عللها ومعانيها لا إلا النصوص فيها، لأنها ليست عبادة يتعبد بها، فيكفي لصحتها ألا تحرمها الشريعة الإسلامية[2].

كما أن إباحة الاشتراط تتفق مع خاصية أساسية تتميز بها الشريعة الإسلامية، وهي قيامها على جلب المصالح ودرء المفاسد، فالشريعة ما جاءت إلا لتحقق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم، ثم إن تحقيق المصالح هو مقصود الشارع وفي هذا يقول تعالى: " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ "[3]، والرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم.

والقول بالحظر في الاشتراط يترتب عليه وقوع الناس في الضيق والحرج، وهذا ما رفعه الله عن عباده إذ قال جلّ وعلى: " يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ اليُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ العُسْرَ "[4]، وقال أيضا: " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ "[5].

وأكد النبي (ص)هذا المعنى حيث قال: " إن الدين يسر ولن يشاد هذا الدين أحدا إلا غلبه "[6]، وقال أيضا : " لا ضرر ولا ضرار"[7].

---

[1] أبو عرجة سامي محمد، المرجع السابق، ص.21.
[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.38.
[3] سورة الانبياء، الآية 107 .
[4] سورة البقرة، الآية 185 .
[5] سورة الحج، الآية 78 .
[6] البخاري ،المرجع السابق.
[7] رواه ابن ماجة عبد الله ،الصحيح،مكتبة المعارف للنشر،1997؛ ورواه مالك ابن انس، الموطأ،مكتبة الصفاء،القاهرة،2001

ومن خلال استقرائنا للآراء الفقهية المتضاربة، نجد أن أقوال المانعين للاشتراط لم يسلم منها دليل واحد، ليصلح ممسكا لهم فيما ذهبوا إليه، أما القائلين بالإباحة قد سلم منها ما يقوي إثبات ما ذهبوا إليه، وإذا سلم الدليل سلم المدعى[1].

الفرع الثاني:

موقف التشريع من حرية الاشتراط في عقد الزواج

إن كان فقهاء الشريعة الإسلامية، قد تركوا لنا بحوثا وافية ومستفيضة حول ما يجوز وما لا يجوز اشتراطه في العقود بصفة عامة، وفي عقد الزواج بصفة خاصة، فإن بعض القوانين العربية المتعلقة بالأحوال الشخصية، قد وضعت معايير محددة لما يجوز وما لا يجوز اشتراطه في عقد الزواج، فإن قانون الأسرة الجزائري قد تعرض إلى مسألة الاشتراط في عقد الزواج، في مادة يتيمة وردت محشورة بين الأحكام التي تحدد الموظف المختص بتحرير وتسجيل عقد الزواج.

أما المشرع المغربي كنظيره الجزائري، قد تناول موضوع الاشتراط في مادتين وردتا تحت عنوان الشروط الإرادية في عقد الزواج.

ومن خلال استقرائنا لهذه المواد، نجد أن كلا القانونين قد وضعا القاعدة العامة وهي حرية الزوجين في اشتراط ما يشاءان من شروط تحقق مصالحهما، واستثناءا أوردت القيود التي يجب على الزوجين احترامها أثناء الاشتراط. وبالتالي فالإشكال المطروح هنا، ما هي القيود والضوابط التي تقيد حرية الزوجين في الاشتراط؟.

وللإجابة على هذا الإشكال سأقسم هذا الفرع إلى:عدم مخالفة الشرط للنظام العام والآداب العامة (أولا)، وعدم مخالفة الشرط لأحكام القانون (ثانيا)، وجدية المصلحة ومشروعيتها (ثالثا).

أولا: عدم مخالفة الشرط للنظام العام والآداب العامة

إن كان الأصل العام هو حرية الاشتراط في العقود تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن الاستثناء هو عدم اشتراط شروط تخالف النظام العام، وبما أن غالبية مواد التشريعات

[1] أبو عرجة سامي محمد، المرجع السابق، ص.22

الأسرية هي قواعد آمرة، أي هي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[1]. وعلى هذا الأساس يقع باطلا كل شرط بين الزوجين يخالف مقاصد عقد الزواج، كشرط تأقيت زواجهما، أو التنازل عن أبوتهما لأبنائهما، أو الاتفاق على تنازل أحد الزوجين عن حقوقه، مثلا كاشتراط الزوجة على زوجها تنازله عن حقه في معاشرتها، أو اشتراط الزوج على زوجته تنازلها عن حقها في المهر أو النفقة[2].

ولكن الصعوبة التي قد تعترضنا هي عدم وجود تعريف دقيق للنظام العام، فقد انتهى الشراح بتقريبها للأذهان بقولهم النظام العام هو الأساس السياسي، الاجتماعي، الاقتصادي، والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة، كما ترسمه القوانين النافذة فيها، أو بعبارة أخرى هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد[3].

وعلى هذا الأساس، لا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة أحكام وقواعد النظام العام ولو كانت هذه الاتفاقات تحقق مصالحهم الشخصية، لأن المصلحة العامة تغلب على أي مصلحة خاصة[4].

فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود التي رسمها النظام العام والآداب، يكون قد عرضا عقدهما للبطلان .

وهذا ما أكدته المادة 83 من القانون المدني الجزائري[5]، والمادة 306 من القانون الالتزامات والعقود المغربي[6].

أما المقصود بمراعاة الآداب العامة، هو احترام الأصول الآلية للأخلاق في مجتمع معين وعصر معين، بحيث يفترض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة، غير أن القاضي في تعيينه ما يعتبر من الآداب العامة، لا يتبع تصوره هو كما يجب أن تكون عليه الأخلاق، بل يجب عليه أن يتبع في ذلك الرأي العام وما يشعر

---

[1] شحاتة شفيق، النظرية العامة للالتزامات، صرف الالتزام، ج1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، د.س. ن ،ص.127.
[2] مسعودي يوسف ، المرجع السابق، ص.41
[3] عبد الله محمد علي ، المرجع السابق، ص.5
[4] مسعودي يوسف ، المرجع السابق، ص.42
[5] المادة 83 ق.م.ج"يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط...."
[6] المادة 306 ق.ا.ع.م"....يكون الالتزام باطلا بقوة القانون

به ضمير المجتمع، فيعتبر كل اتفاق لا ينفر منه المجتمع صحيحا، ولو كان في ذاته منافيا للمثل العليا للأخلاق[1].

وبالتالي لا يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها أن تعمل في ملهى ليلي، سواء كبائعة خمور أو كراقصة ،لأن هذا العمل يتنافى والأخلاق الإسلامية، في حين يعتبر عمل عادي في المجتمعات الغربية.

ومن خلال ما سبق، يتضح لنا أن فكرة الآداب العامة، فكرة نسبية إلى حد ما، وذلك لاختلاف المعيار الذي تحدد به، ما هي من الآداب العامة، إذ تختلف من مجتمع إلى مجتمع، بل ونجدها تختلف في المجتمع الواحد من عصر لآخر[2].

فإذا حاولنا مقارنة النظام العام والآداب العامة، في القانون الوضعي والنظام العام الشرعي في الشريعة الإسلامية، نجد أن النظام العام والآداب التي يقيد بها القانون الوضعي الشرط حتى يكون صحيحا هو نظام مرن، يختلف من مجتمع لآخر، على خلاف النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية، فهو ثابت على مر الزمان، فلا يجوز تغييره أو تبديله، كما أن نطاق التحريم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالا من نطاق التحريم في القانون الوضعي، إذ أن الفقه الإسلامي يعالج المسائل الدينية والدنيوية، في حين القانون الوضعي يعالج المسائل الدنيوية فقط[3].

ثانيا: عدم مخالفة أحكام القانون

لقد أوردت التشريعات الأسرية الوضعية أهم قيد على حرية الاشتراط، وهو عدم مخالفة الشرط لأحكام القانون، فإذا رجعنا إلى نص المادة 19 من ق.أ.ج نجد أنها قد تضمنت أحكاما عامة غير محددة، بل وفي منتهى التعميم والشمولية، إذ أن المشرع الجزائري قد أباح للزوجين كقاعدة عامة أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية، ثم أورد على هذه القاعدة العامة استثناءا يقيد العموم السابق، وهذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط، غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد في قانون الأسرة[4].

---

[1] عبدالله محمد علي ، المرجع السابق، ص.06.
[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.42.
[3] مسعودي يوسف ، المرجع السابق نفسه،ص.43.
[4] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ط3،دار هومة للنشر والتوزيع،الجزائر،1996،ص.168.

أما مدونة الأسرة المغربية فهي الأخرى لم تسلم من العموم والشمولية، فإذا رجعنا إلى المادة 47 نجد أنها اعتبرت كل الشروط الإرادية صحيحة و ملزمة للزوجين كقاعدة عامة، وأوردت على هذه القاعدة استثناءا وهو عدم مخالفة هذه الشروط لأحكام العقد ومقاصده، وكذا عدم مخالفة القواعد الآمرة للمدونة[1] .ولكن أن محاولة حصر أحكام قانون الأحوال الشخصية، التي لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد، قد يبدو صعبا وعسيرا عند أول وهلة، إلا أنه يمكن القول أن المقصود بهذه الأحكام، كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد، وهذا ما يتضح جليا من خلا نص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على بطلان الزواج الذي اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد[2]. أما مدونة الأسرة المغربية في المادة 47 فقد اعتبرت العقد الذي اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات القانون صحيحا والشرط باطلا، وتكون بذلك متأثرة بما جاء به المذهب المالكي[3].

وتتمثل أهم هذه الأحكام فيما يلي:

- حق الاستمتاع بين الزوجين المادة 4 من ق.أ.ج والمادة 4 من م.أ.م.
- استحقاق الزوجة للصداق المادة 14 من ق.أ.ج والمادة 13 من م.أ.م.
- ثبوت نسب الأولاد المادة 41 من ق.أ.ج والمادة142 من م.أ.م.
- استحقاق الزوجة للنفقة المادة 74 من ق.أ.ج والمادة 187و194 من م.أ.م.
- حق التوارث بين الزوجين المادة 126 من ق.أ.ج والمادة 329 من م.أ.م.

وبالتالي فإن الشروط التي يشترطها أحد الزوجين ويضمنها العقد، لكي نعرف ما إذا كانت شروطا سليمة معتبرة أو شروطا فاسدة ولاغيه، يتعين علينا أن ننظر إليها من ناحية كونها مخالفة للنصوص القانونية أم لا، وذلك باستعمال المعيار السابق[4]، ولكن الإشكال الذي قد يثورهنا، إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها،ولا يطلقها أبدا أو أن يطلق الزوجة السابقة، أو اشترطت أن يكون الطلاق بيدها تستعمله متى تشاء، فإن هذه الشروط في ظاهرها تتعارض مع نص المادتين 8 و48 التي تحدد طرق الطلاق وأسبابه.

---

[1] الكشبور محمد ، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، دار النجاح للدار البيضاء، المغرب، ص158 وما بعدها.
[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص47.
[3] الكشبور محمد ،الوسبط في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.183.
[4] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص47.

ففي هذا الصدد يرى الدكتور عبد العزيز سعد "بأن هذه الشروط باطلة، فاشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها يتنافى مع نص المادة 8 التي تسمح بتعدد الزوجات، لذلك فإن الزوج لا يلزم بالوفاء بأي شرط ورد في العقد وكان مخالفا لأحكام قانون الأسرة، ولا يجوز مطالبته بالوفاء بذلك أمام القضاء، وليس للزوجة أن تطلب التطليق اعتمادا على الوفاء بهذا الشرط"[1].

وتزداد 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 الهام على حياة الأسرة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعا، وتم بذلك رفع الحرج عن القاضي والمتقاضيين[2] .

إلا أن هناك تعارض من حيث الصياغة بين نص المادتين 19و08 من ق.أ.ج فكان في وسع المشرع تفادي وقوع هذا التعارض ،وذلك لو أنه نص على هذا الشرط في المادة 08 ق.أ.ج كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات، كما هو 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 شرط عدم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري يكون في نص المادة 08 وليس نص المادة 19.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وتحديدا الفقه الحنبلي، نجده يبيح للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها، وألا يخرجها من منزل أبيها..... وغيرها من الشروط التي توافق مقتضى العقد ولا تنافيه، ولم يرد بها أمر أو نهي أو نص من الشارع، ويكون في اشتراطها تحقيق غرض مشروع لمن اشترطها[3]

[1] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.169،وما بعدها .
[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق،ص. 48
[3] السرنباطي رمضان علي السيد، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الخاصة بالزواج الفرقة وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي،2007 ،ص.191.

وإن كان الفقه الإسلامي، على خلاف حول صحة شرط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها[1]، إلا أن المشرع الجزائري قد حسم المسألة، واستوفى تنظيمه لهذا الشرط من الفقه الحنبلي، الذي يعتبر أكبر المذاهب توسعا في تصحيح الشروط.

ونخلص مما سبق ذكره،أنه لا مجال للمقارنة بين شرط الزوجة على زوجها بألا يتزوج عليها ومبدأ تعدد الزوجات، فتنازل الزوج عن حقه في التعدد لا يبطل المبدأ من أصله، بل يبقى 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[2].

ومن خلال ما سبق، وكما جاء في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 47 من مدونة الأسرة، أن الشروط والاتفاقات كلها صحيحة، إلا ما خالف منها أحكام عقد الزواج، وما خالف القواعد الآمرة للقانون، ويبقى الباب مفتوحا للقضاء الذي يتمتع بسلطته التقديرية في هذا المجال، للتحري عن صحة بنود عقد الزواج، والشروط المدرجة فيه وإبطالها، آخذا بعين الاعتبار عدة عوامل أهمها التطور الاجتماعي والاقتصادي ،الذي طرأ على الأسر المغاربية، فأحدث عادات وتقاليد لم تكن موجودة من قبل، لكنها لا تتنافى وأحكام عقد الزواج[3].

ثالثا- جدية المصلحة ومشروعيتها:

لقد عرفت الشريعة الإسلامية المصلحة، بأنها جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة، والمصلحة المعتبرة في الشريعة الإسلامية، وهي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين النفس،المال، العقل، والنسل، وفي هذا الصدد يقول الإمام الغزالي: " إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن نعني بالمصلحة

---

[1] اختلف الفقه حول صحة اشتراط المرأة على زوجها بأن لا يتزوج عليها إلى رأيين:
الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنابلة، المالكية والشافعية والحنفية إلى جواز هذا الشرط وعدم وجوب الوفاء به، أي يبطل الشرط ويصح العقد، وإن تم فليس على الزوج إلا تكميل المهر المثل للزوجة إن كانت قد حصلت عنه لذلك الشرط شيئا من صداقها.
وذهب الظاهرية إلى أنه لو اشترطت المرأة على زوجها أن لا يتزوج عليها فهذا الشرط حرام ويؤدي إلى بطلان العقد المقترن بهذا الشرط لأن المبني على باطل فهو باطل.
الرأي الثاني: ذهب بعض الحنابلة إلى أنه يجوز للمرأة أن تشترط على زوجها في عقد الزواج أن لا يتزوج عليها، وبالتالي يلزم الزوج بهذا الشرط فإذا لم يف به كان لها فسخ عقد الزواج، إذا كان هذا الشرط في مقابل جزء من المال، أو مقيد بطلاق ونحوه.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 45.

[3] ابراهيم فاضل،مقومات التدبير التعاقدي للروابط المالية، مشروعية العقد. www.startimes.com

المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة "[1].

والتشريع الإسلامي لا يقبل أن يقيم الإنسان مصلحته على حساب غيره، وليس مصلحة الإنسان مقدمة على مصلحة غيره، وإذا وازنا بين المصلحة والمفسدة، فدرء المفسدة أولى، وكمثال على ذلك إذا اشترطت المرأة طلاق ضرتها، فإن المتأمل في هذا الشرط يجد اتفاق جمهور العلماء على بطلانه، فهو شرط مردود ولا يأخذ به ،وذلك لأنه خالف أمر الشريعة الإسلامية، وأهم ما فيه أنه لا يحقق مصلحة بنفسه بل يلحق مضرة بالغير[2].

والمقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج، هو أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة على الزوجين أو أحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد عقد الزواج، فإذا كان الشرط موافقا لغايات ومقاصد العقد، ومحققا لمصلحة مقصودة فيجب الوفاء به، أما إذا كان الشرط منافيا للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط[3].

وتقدير جدية المصلحة وأهميتها مرجعة إلى الموازنة بينهما وبين الأضرار التي تنتج عنها، أو من عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة من الأهمية ما يزيد عن قيمة الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق واستعمالها كانت المصلحة جدية، لأن الحقوق لا تعد غايات في حد ذاتها، وإنما هي وسائل لتحقيق غايات ومصالح مشروعة يحميها القانون، فإذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا يبرر ما ينجم عن هذا التصرف من أضرار، يعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق، فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها، فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت تلك الغاية غير ذات جدوى، بسبب أن الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها يلحق الضرر بالزوج،ويفوت مصلحة حقيقية فهنا يلغى الشرط.

---

[1] الغزالي محمد، الوسيط في المذهب، ط1، دار الإسلام للطباعة، 1997،ص.544

[2] القرافي، الدخيرة في فروع المالكية، ج5 ط1، دار الغرب الإسلامي، 1994،ص.14، السرخسي المبسوط، ج30، بدار المعرفة، بيروت، 1987،ص .105، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتيين، ج12 ، ط2، 1985، ص.265، ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج7 ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1994،ص.375.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص،48

وعليه فإن الشروط المقترنة بعقد الزواج قد تتخذ عدة صور، فهي ليست بالضرورة شروط صحيحة.ومن ثم فالإشكال المطروح، ما هي الشروط الصحيحة التي يجوز اشتراطها؟وما هي الشروط غير الصحيحة التي يجب تفاديها.

المبحث الثاني:

صور الاشتراط في عقد الزواج

لقد أجازت الشريعة الإسلامية، وغالبية التشريعات الأسرية الوضعية، حق الاشتراط للزوجين في عقود الزواج، إلا أن هذا الحق لم يبقى على إطلاقه، لأن إرادة الأطراف مقيدة بالشرع تحليلا وتحريما، وبالقانون منعا وجوازا[1].

ولهذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية فرقوا بين نوعين من الشروط الصحيحة والغير الصحيحة، وعلى هذا النحو سارت التشريعات الوضعية.ومنه فالإشكال الذي يطرح هنا: ما هي الشروط الصحيحة؟ وما هي الشروط الغير الصحيحة التي قد يتضمنها عقد الزواج؟

وللإجابة على هذين الإشكالين ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى :الشروط الصحيحة (المطلب الأول) ،و الشروط الغير الصحيحة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الشروط الصحيحة

إن عقد الزواج من العقود التي اهتم بها الشرع اهتماما خاصا، لما لها من أهمية وخصوصية. لذلك بين لكل من الزوجين ما له من حقوق وما عليه من التزامات، ومن بين هذه الحقوق حق الزوجين في الاشتراط، ولكن يجب أن تكون هذه الشروط صحيحة،كأن تكون موافقة لمقصود عقد الزواج، أو تؤكد حقا من حقوق الزوجين ، وأن لا تكون مخالفة لأحكام القانون[2].ومنه فالإشكال المطروح ما هي هذه الشروط التي تدخل في نطاق حقوق الزوجين؟ وما هي الشروط التي لا تنافي مقتضيات عقد الزواج وتكون موافقة لمقاصده؟

وللإجابة على هذين الإشكالين ارتأيت أن أقسم هذا المطلب إلى :الاشتراط في نطاق حقوق الزوجين(الفرع الأول).والشروط التي لا تنافي مقتضيات عقد الزواج(الفرع الثاني).

[1] سمارة محمد، المرجع السابق ،ص.131

[2] الشامي أحمد،المرجع السابق، ص.117.

الفرع الأول:

الاشتراط في نطاق حقوق الزوجين

إن الشروط الصحيحة التي يمكن للزوجين اشتراطها في عقد زواجهما، هي الشروط التي لا تخالف الشرع الإسلامي، ولا التشريعات الوضعية، ومن بين هذه الاشتراطات، الاشتراط في نطاق حقوق الزوجين،لأن هذه الحقوق مكفولة أصلا للزوجين وباشتراطهما لها،يقومان بتأكيدها وليس بإنشائها.

وهذه الحقوق تنقسم بحسب تعلقها بمشترطها ، فهناك حقوق تخص الزوج وأخرى تخص الزوجة[1].وبالتالي فالإشكال الذي يطرح نفسه هنا ما هي الشروط التي تدخل في نطاق حقوق الزوج؟ وما هي الشروط التي تدخل في نطاق حقوق الزوجة؟

وللإجابة على هذين الإشكالين سأتطرق إلى:الاشتراط في نطاق حقوق الزوج(أولا)

و الاشتراط في حقوق الزوجة.(ثانيا)

-أولا: الاشتراط في نطاق حقوق الزوج

لقد أجمع الفقه الإسلامي،[2] على جواز اشتراط الزوج على زوجته شروط تدخل في نطاق حقوقه الزوجية، وعلى نفس الوتيرة سارت التشريعات الأسرية الوضعية، إذ نجد المادة 19 والمادة 32 التي 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 إذ كان موافقا لمقتضى عقد الزواج.

---

[1] رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص.205.

[2] لقد أجمع الفقه الإسلامي على جواز اشتراط أحد الزوجين، في عقد الزواج أحد الشروط التي تدخل ضمن حقوق الزوجية.

- **الحنفية**: يقسم الفقه الحنفي الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى شروط صحيحة وشروط فاسدة.

أما الشروط الصحيحة فهي الشروط التي توافق مقتضى عقد الزواج ومقاصده، بأن تكون حكما من أحكامه أو يؤكد مقتضاه، أو ورد في الشرع ، أو جرى به العرف، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها، أو اشتراطه ألا تخرج من بيته إلا بإذنه، وأن تدخل في طاعته وألا تمنعه نفسها، أو أن يتزوج عليها، فهذه الشروط تكون ثابتة بمقتضى العقد سواء اشترطها أحدهم أو لم يشترطها.

- **المالكية**: فهم بدورهم فرقوا بين الشروط الصحيحة والفاسدة.

الشروط الصحيحة هي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى العقد، أو إذا كان لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وفيه مصلحة لأحد الطرفين والشرط الذي يقتضيه العقد هو الشرط الذي يعمل به ولم يشترط في عقد الزواج، لأنه ظاهر الصحة وليس اشتراطه إلا تأكيده، فوجوده كعدمه سواء حق الطاعة للزوج والقوامة، حق الزوجة في الإنفاق.

- **الشافعية**: اعتبروا الشرط الصحيح هو الشرط الذي يوافق مقتضى عقد النكاح، والشروط الجائزة كأن يشترط الزوج أن يتزوج عليها أو يسافر بها، أو أن يطلقها إن شاء وكأن تشترط الزوجة أن يوفر لها صداقها، أو ينفق عليها.

- **الحنابلة:** كغيره من المذاهب الفقهية السابقة نجد أنهم اعتبروا الشرط المقترن بالعقد صحيح إذ كان هذا الشرط يحقق مصلحة أو منفعة لأحد المتعاقدين، فمثلا اشتراط الزوج عدم إخراج زوجته.

أما مدونة الأسرة المغربية فتنص في المادة 47 على أن كل الشروط صحيحة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده، وما خالف القواعد الآمرة للقانون.

ومن خلال ما سبق فالإشكال الذي يطرح هنا ما هي حقوق الزوج التي يجوز له الاشتراط فيها لتأكيدها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سأتطرق إلى أهم حقوق الزوج التي يمكنه الاشتراط فيها وهي كالأتي:

- اشتراط الزوج القوامة على زوجته، اشتراط الزوج على زوجته بأن لا تخرج من البيت إلا بإذنه،اشتراط الزوج على زوجته أن تمتنع عن العمل بعد الزواج.

أ) اشتراط الزوج القوامة على زوجته:

يجب على الزوجة أن تطيع زوجها في غير ما نهى الله عنه، وتحفظه في نفسها وماله حال حضرته وغيبه، وذلك بالامتثال لأوامره، والامتناع عن نواهيه، باعتباره رئيس العائلة[1]. ومنه إذا ما اشترط الرجل على المرأة التي يريد الزواج بها أن تكون له القوامة داخل نطاق الأسرة، فهذا الشرط يعتبر صحيح وملزم للزوجة لأن هذا الحق مكفول للزوج شرعا وقانونا[2]

إذ يقول سبحانه وتعالى: " الرِجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَىَ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللهُ "[3].

أي أن الرجال قوامون على النساء، لما يمتازون به من صفات تؤهلهم لهذه القوامة، وهذا ليس معناه قهر المرأة واضطهاد حقوقها[4].

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية،1999 ص.165،164.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص. 208

[3] سورة النساء، الآية 34.

[4] الزلعي مصطفى إبراهيم ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط1، بالمؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2001 ، ص .75.رشدي شحاتة أبو زيد، ص.215.

وقوله: " وَلَهُنَّ مِثْلُ الذِي عَلَيْهِنَ بِالمَعْرُوفِ وَلِلرِجَالِ عَلَيْهِنَ دَرَجَةً "[1].

ومعنى الدرجة هنا درجة الرئاسة المنزلية والعائلية، ودرجة القوامة التي ألقيت على عاتقه، وتكفله بها، والتي تزيد في مسؤوليته عن مسؤوليتها، فهي درجة اقتضتها الطبيعة البشرية، والتي لا بد منها لكل مجتمع، إذ ليس من الحكمة في نظر الشرع أن يترك مجتمع دون أن يعرف له رئيس، يرجع إليه عند الاختلاف في الرأي، والفصل في الأمور العالقة الخاصة بشؤون الأسرة[2].

كما أن هذا الحق نصت عليه التشريعات الأسرية الوضعية، إذ نجد المادة39 من قانون الأسرة الجزائري تنص في فقرتها الأولى على أن « طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة».

إلا أن هذه المادة ألغيت بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة لسنة2005

أما في مدونة الأسرة المغربية فنرجع للمادة 400 التي تنص على « أن ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف».

ومن خلال ماسبق يتضح أن إشتراط الزوج على زوجته أن تطيعه، شرط جائز لأنه لاينافي نص شرعي، ولا يخالف مادة قانونية[3].

ب) اشتراط الزوج على زوجته بأن لا تخرج من المنزل إلا بإذنه:

للرجل حق منع زوجته من الخروج من بيته إلا بإذنه وللضرورة، وله منعها ألا تزور أحدا إلا بإذنه، ولا تدخل بيتا آخر إلا بموافقته الصريحة، وبالتالي فاشتراط الزوج على زوجته هذا الشرط يعتبر صحيح لأن هذا حق من حقوقه التي كفلها له الشرع، وأوجب أن يقع على عاتق الزوجة سواء اشترطه الزوج أو لم يشترطه[4].

وفي هذا الصدد يقول تعالى: " وَقَرْنَ فِي بُيُوتَكُنَ وَلاَ تَبَرَجْنَ تَبَرُجَ الجَاهِلِيَةِ الأُوْلىَ "[5] أي ألزمن بيوتكن فلا تخرجن لغير حاجة.

---

[1] سورة النساء، الآية 228.
[2] بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، 1961، ص .195.
[3] البوطي محمد سعيد رمضان،المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، ط1، دار الفكر، 1996،ص.104.
[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.165.
[5] سورة الأحزاب، الآية33.

وما ألزم الشارع المرأة بهذا الأمر إلا لحماية الأسرة، والمحافظة على أواصر المحبة بين أفرادها، وليس المراد من ذلك حبس المرأة في البيت، والتضييق عليها في الخروج منه، بحيث يحبسها الزوج حبسا مطلقا لا تغادره إلا إلى القبر، كما يظن ويفعل بعض الجهلاء، فليس هذا حق له ولم يكن من طباع السلف الصالح من المسلمين ولا من عاداتهم مع زوجاتهم[1].

ج) اشتراط الزوج على زوجته أن تمتنع عن العمل بعد الزواج:

من حق الزوج أن يشترط على زوجته وقت إبرام عقد الزواج،أو في عقد لاحق أن تترك الوظيفة وتتفرغ لأمور الزوجية، ورضاها بذلك من مقتضيات عقد الزواج، فهو شرط لازم تتحمل الزوجة آثار الإخلال به[2].

وللزوج الحق المطلق في منع زوجته من مزاولة أي عمل يترتب عليه نقض احتباسها أو تفويته لأي حق من حقوقه، حتى لو كان هذا العمل من الأعمال المشروعة ، لان نفقة الزوجة هي جزاء احتباسها وتفرغها لخدمة الزوج وقضاء مصالحه،والقرار في منزله وعدم الخروج منه بدون إذنه، وللزوج أن يمنع زوجته عن العمل ولو كان تبرعا[3].

ثانيا: الاشتراط في حقوق الزوجة

يجوز للزوجة كما للزوج أن تشترط على زوجها في عقد الزواج أو في عقد لاحق، الشروط التي تدخل ضمن حقوقها، لأنها في هذه الحالة كما سبق وأن ذكرنا تقوم بتأكيد هذه الحقوق وليس بإنشائها، وذلك بإجماع الفقه الإسلامي وكذلك التشريعات الوضعية.

وبالتالي فالإشكال المطروح هنا ما هي حقوق الزوجة التي يمكن لها الاشتراط فيها؟

بما أن حقوق الزوجة كثيرة منها ما هو مادي وما هو معنوي فللإجابة على هذا الإشكال سأتطرق إلى: حقوق الزوجة المالية، وحقوق الزوجة المعنوية.

I. حقوق الزوجة المالية:

للزوجة على زوجها حقوق مالية إما تستحقها بموجب عقد زواج صحيح، وإما بعد استقرارها في بيت الزوجية.ومن ثم فالإشكال المطروح ما هي أهم شروط الزوجة المالية؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأتناول: الاشتراط في الصداق،والاشتراط في النفقة.

[1] بلتاجي محمد، المرجع السابق، ص.343.
[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.256
[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق ، ص258.

أ) الصداق: هو المال الذي يدفعه الزوج حق للمرأة بمقتضى عقد الزواج، وهذا المال يسمى صداقا، ويسمى مهرا، ويسمى فريضة، ولعل كلمة مهر أكثر شهرة على ألسنة الناس[1].

ولقد نص على وجوب الصداق للمرأة الله سبحانه وتعالى في قوله:"وَآتُوا النِسَاءَ صَدَقَاتِهِنَ نِحْلَةً"[2]

فالشريعة الإسلامية اعتبرت الصداق حق للزوجة وواجب على الزوج، وهذا ما أكدته أيضا القوانين الوضعية في تشريعاتها الأسرية، وبالتالي فإن اشتراط الزوجة لهذا الحق جائز، لان الشرع والقانون أقره لها، أي يجوز للزوجة أن تشترط مقدار صداقها، ومتى قبل الزوج بهذا المقدار يكون ملزوما به، وكذلك يجوز لها اشتراط نوع صداقها أي بأن يكون مبلغا معينا من النقود، أو أن يكون من الذهب أو الفضة أي بكل الأشياء التي يجوز التعامل فيها شرعا وقانونا، وهكذا عرفته المادة 14 من ق.أ.ج التي تنص على أن:« الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء»، وكذلك المادة 28 من م.أ.م التي تنص على أن:« كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق».

كما يمكن للزوجة أن تشترط على زوجها تعجيل كامل صداقها أو جزء منه، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من ق.أ.ج بقولها:« يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا». ويكون المشرع هنا أخذ بالمذهب المالكي.

وكذلك نص المادة 30 من مدونة الأسرة المغربية: « يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضا »[3].

ولكن الاشتراط في نطاق هذا الحق يدفعنا إلى طرح بعض الأسئلة:

- هل يجوز اشتراط المرأة أو وليها أن يدفع الزوج مبلغا معينا إذا طلقها؟
- هل يجوز اشتراط المرأة أن يكون لها كفيل يدفع لها مهرها في حالة امتناع الزوج عن ذلك؟
- هل يجوز للزوجة أن تشترط ملكيتها لأثاث البيت في حالة وقوع الطلاق؟

---

[1] ابولحية نور الدين ، الحقوق المادية للزوجة، بدار الكتاب الحديث، ص20.

[2] سورة النساء، الآية04.

[3] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،ج1،ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، ص277.

1 - حكم اشتراط المرأة أو وليها على الزوج أن يدفع لها مبلغ معين إذا ما طلقها:

لم يثبت في الشرع المطهر تحديد الحد الأعلى للمهور، بل ما تراضى عليه الزوجان، أو الزوج وولي المرأة، سواء كان قليلا أو كثيرا، فإذا اشترطت المرأة أو وليها مالا معينا يدفعه عند الطلاق، ودخل على ذلك لزم، فإذا تزوجته على أن يدفع لها عشرة آلاف دينار، وعند الطلاق عشرون ألف دينار أو أكثر أو أقل فإنه يلزم، فيكون المال معين للأخير مؤجلا للطلاق، ويلزم الزوج إذا طلق أن يؤديه إلا إذا سمحت المرأة الرشيدة بذلك أو أعفته من ذلك، فلا بأس لأن الشروط التي تكون بين الزوجين في النكاح معتبرة ولازمة إذا كانت موافقة للشرع المطهر، ومن ذلك المهر المعين المعجل والمؤجل[1].

2- حكم اشتراط الزوجة كفيلا لضمان وفاء الزوج بالمهر:

فإذا اشترطت الزوجة أو وليها، على والد الزوج أو أي شخص آخر يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا، فيكون شرطها صحيح باتفاق الفقهاء، لأنه يضمن الوفاء بأحكام العقد. لأن في هذه الحالة إذا قصر الزوج في الوفاء بالمهر أو جزء منه، كان الكفيل ضامنا لكل ذلك حسب ما تقضي به أحكام الكفالة[2].

فإذا قام الزوج بالوفاء ينتهي الأمر ولا إشكال، ولكن إذا ما قام الكفيل بالوفاء فإنه يكون من حقه الرجوع على الزوج بما أوفي للمرأة من صداق مفروض[3].

3- اشتراط الزوجة ملكيتها لأثاث بيت الزوجية في حالة الطلاق:

يمكن للزوجة أن تشترط على زوجها، أن يكون لها ملكية أثاث بيت الزوجية في حالة ما إذا وقع الطلاق، وإن كان التشريع قد حسم الأمر في حالة وقوع النزاع حول ملكية أثاث بيت الزوجية، إذ نجد المادة17 من ق.أ.ج تنص على انه: «القول للزوج في المعتاد مع أداء اليمين والقول للزوجة مع أدائها اليمين في المعتاد للنساء».

أما المادة 34 من م.أ.م فقد نصت على انه: «كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوال يعتبر ملك لها ، إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير

---

[1] بن باز عبد العزيز بن عبد الله ، حكم اشتراط الولي على الزوج إذا طلق ابنته أن يدفع مبلغ معين. www.binbaz.org.sa

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.296

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق نفسه، ص. 299

أنه إذا لم يكن لدى أي منهم بينة فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء...».

ب) النفقة:

نفقة الزوجة هي كل ما تحتاجه من طعام وكسوة ومسكن، وكل ما يلزم لمعيشتها بحسب المتعارف عليه بين الناس، وهي واجبة على زوجها ما دامت في طاعته[1]. والأصل في وجوب نفقة الزوجة الكتاب والسنة وإجماع الفقهاء.

ويقول تعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُم مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَ لِتُضَيِقُوا عَلَيْهِنَ وَإِنْ كُنَ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَ حَتَى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَ"[2].

وقال الرسول(ص) يوم عرفة في حجة الوداع: " اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن أن لا يواطئن فراشكم من تكرهون، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف "[3].

وهذا ما أكدته التشريعات العربية،إذ نجد المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينه مع مراعاة أحكام المواد78 و79و80 من هذا القانون ".

وكذلك أكد القضاء هذا الحق في العديد من قراراته.

"من المقرر شرعا بأن النفقة حق ثابت من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها"[4]

وكذلك أقرت مدونة الأسرة المغربية هذا الحق في المادة 194 " تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها " والنفقة تشمل غذاء الزوجة وكسوتها وعلاجها وإسكانها،هذا ما أكده نص المادة 78 من ق.أ.ج" تشمل النفقة الغذاء والكسوة، والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وتقابلها المادة 189من م.أ.م "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه".

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.162.
[2] سورة الطلاق، الآية 06.
[3] رواه مسلم،في الصحيح، المرجع السابق؛ أبو داود، الصحيح،مكتبة المعارف للنشر،الرياض.
[4] م.ع.غ.ق.خ 1971/12/10، ن، ق 1972، عدد2، ص.66.

وحق المرأة في النفقة حسب قوانين الأحوال الشخصية، يكون بقدر وسع الزوج وأي كان وضعها المالي أو ثروتها الخاصة، كما تراعي في ذلك القدرة الشرائية للنقود[1].

وبما أن النفقة حق شرعي وقانوني للزوجة، يجوز لها الاشتراط ضمن هذا الحق ويكون الزوج ملزم بتنفيذ شروط الزوجة، لأن اشتراطها يكون شكلي فقط، ذلك أن هذا الحق مقرر لها أصلا فهي تقوم فقط بتأكيده، لأنه من مقتضيات عقد الزواج[2].

و الاشتراط في هذا الحق يدفعنا إلى طرح بعض التساؤلات:

- هل يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها مسكن منفرد؟
- هل يجوز للزوجة أن تشترط على زوجها الإنفاق عليها رغم أنها غنية؟
- هل يجوز للزوج أن يشترط على زوجته أن تقوم بالإنفاق إذا كان معسرا؟
- هل يجوز للزوج أن يشترط على زوجته أن تسهم معه في النفقة؟

1- اشتراط الزوجة على زوجها إسكانها في بيت منفرد:

بما أن السكن حق للزوجة فيجوز لها أن تشترط على زوجها إسكانها في بيت منفرد، مادام هذا الشرط يحقق منفعة للزوجة، وهي أن تعيش على راحتها في بيتها وكذلك لدفع مضرة، وهي الابتعاد عن المشاكل التي قد تحصل بينها وبين أهله، ومن ثم الحفاظ على الاحترام والتواصل الحسن بينها وبين أهل زوجها[3]، بشرط أن لا يتضمن هذا الشرط ضرر للزوج، كأن يتسبب في عدم بره بوالديه أو قطيعة لرحمه[4].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في الكثير من قراراتها:

"من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين أبرم عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها، ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ، وعليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسب أزمة السكن السائدة في العاصمة"[5].

---

[1] طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان،الظروف العادية ، مذكرة ماجستير القانون العام، جامعة الجزائر 1999، 2000 ص.67.

[2] السرنباطي رمضان علي السيد ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.190.

[3] حداد عيسى ، المرجع السابق، ص.198.

[4] لعتيبي سعد بن مطر، اشتراط المرأة على زوجها مسكن منفرد، www.islampa.info

[5] م.ع.غ.أ.ش 1985/11/04، ملف رقم 38331، ن،ق، عدد1، ص.101.

2- اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها رغم غناها:

لا يشترط فقر الزوجة حتى ينفق عليها، فلها عليه الإنفاق وإن كانت من أغنى الناس، ولذلك اعتبرت نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب، إذ أنها تجب عند فقر الزوجة وغناها، ولكن نفقة الأقارب إنما تجب عند فقرهم، أي أنها تستحق النفقة مع يسارها وإعسارها وذلك مصداقا لقوله تعالى:" لِيُنْفِقْ ذُو سِعَةٍ مِنْ سِعَتِهِ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَا أَتَاهُ اللهُ "[1]

وإن الروايات الدالة على وجوب الإنفاق على الزوجة كثيرة كقول الصادق عليه السلام في جواب إسحاق بن عمار عن حق المرأة:" يشبعها، ويكسوها، وإن حملت غفر لها "، وقوله صلى الله عليه وسلم:" يكسوها من العري ويطعمها من الجوع "[2].

ويتضح مما سبق أن النفقة في الواقع تكون مقابل الانتفاع بالمرأة كالمهر ولذا لا تستحق الناشز النفقة[3].

3- اشتراط الزوج على زوجته أن تقوم بالإنفاق إن كان هو معسرا:

من عجز عن نفقة نفسه ،وكانت زوجته غنية كفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه من ذلك إذا أيسر[4]. وهذا ما أقرته التشريعات الوضعية إذ نجد المادة 76 من ق.أ.ج تنص على أنه « في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك».

وتقابلها المادة 199 من م.أ.م على أن « إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم ميسورة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب».

ومن خلال ما سبق يتضح لنا جليا، أن اشتراط الزوج على زوجته الإنفاق في حالة إعساره صحيح ملزم لها إذا ما قبلته.

4- اشتراط الزوج على زوجته الإسهام معه في النفقة:

إذا تزوج الرجل امرأة واشترط عليها عند العقد أن تسهم معه في النفقة ووافقت على شرطه، فإنها تكون ملزمة بتنفيذ ما التزمت به، تنفيذا لأمر الله تعالى للمسلمين بالوفاء بالوعود في مطلع سورة المائدة ولقوله صلى الله عليه وسلم:" أحق ما أوفيت من الشروط ما

1 الآية 7 من سورة الطلاق.
2 أخرج الحديث البخاري، المرجع السابق.
3 العمراني عبد الرحمن ،حق الزوجة في النفقة، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
4 ابن حزم، المحلى، ج9،ص.254.

استحللتم به الفروج "[1]. وقوله صلى الله عليه وسلم:" المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا "[2].

وليس في اشتراط الرجل على زوجته بأن تسهم معه في النفقة تحريم حلال أو تحليل حرام، كما أنه لا يناقض مقتضيات عقد الزواج ولا يخالف نص قانوني.

II حقوق الزوجة المعنوية:

وهذه الحقوق هي حقوق شرعية أثبتها الله تعالى للمرأة، ومن ثم يجوز لها أن تشترط على زوجها شروط تدخل ضمن هذه الحقوق.

ولعل أهم شرط ممكن أن تشترطه هو حسن معاملتها وعدم الإضرار بها،ويقصد بعدم الإضرار بالزوجة أن يبتعد عن كل ما يؤذيها، وقد نهى الله تعالى عن ذلك في نصوص كثيرة منها قوله تعالى:" وَعَاشِرُوهُنَ بِالمَعْرُوفِ "[3] .

وهنا الله سبحانه وتعالى أمر الزوج بحسن معاشرة زوجته، وعدم العبس في وجهها دون سبب، وأن يوفي حق زوجته، وأن يكون منطلقا في القول، لا فظا ولا غليظا.

وفي هذا الصدد قد ضرب لنا النبي صلى الله عليه وسلم المثل العليا في معاملة الناس، وفي معاملة الزوجات بصفة خاصة،إذ قال عليه الصلاة والسلام " أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا، وخياركم خياركم لنسائهم "[4].

وعلى نفس الوتيرة سارت التشريعات الوضعية، إذ نجد المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت في فقرتها الثانية على المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على صلة الأسرة.

وتقابلها الفقرة الثانية من المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية ،والتي تنص على"المعاشرة بالمعروف،وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة."

ومن خلال ما سبق يتضح أن عدم الإضرار بالزوجة وحسن معاملتها، هو حق من حقوقها التي كفلته لها الشريعة الإسلامية والقانون، ومن ثم اشتراطها على زوجها عدم الإضرار بها شرط صحيح ملزم للزوج، لأنه من مقتضيات عقد الزواج. وهذا ما أكدته المادة52 من

---

[1] صحيح البخاري، كتاب النكاح، رقم الحديث 1515، وصحيح مسلم بشرح النووي، رقم الحديث 1418.
[2] أبي داوود،الصحيح، كتاب الأقضية، رقم الحديث 3594.
[3] سورة النساء، الآية 19.
[4] رواه أحمد والترميذي وصححه.

مدونة الأسرة المغربية بقولها:« عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به...».

الفرع الثاني:

الشروط التي لا تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج

قد يشترط الزوجان في عقد الزواج شروط لا تخالف مقتضى العقد، وتشتمل على مصلحة ومنفعة تعود عليهما.

وهذه الشروط أجمع الفقه الإسلامي،[1] على صحة العقد المقترن بها، ولكن الخلاف الواقع بينهم في الوفاء بهذه الشروط، فمنهم من رأى عدم الوفاء بها، ومنهم من جعل من المستحب الوفاء بها، ومنهم من ألزم المشترط عليه بالوفاء بها متى قبلها.

ومنه فالسؤال الذي يطرح في هذا المقام، ما هي هذه الشروط التي تحقق مصلحة للزوجين ولا تنافى مقتضيات عقد الزواج؟

للإجابة على هذا الإشكال سأحاول أن أتطرق إلى أهم هذه الشروط وأبرزها

لهذا سأقسم هذا الفرع إلى، اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها(أولا)،اشتراط الزوجة إكمال دراستها والعمل(ثانيا)،اشتراط الزوجة أن يكون لها الحق في تطليق نفسها(ثالثا)،والاتفاق على الأموال المكتسبة بعد الزواج (رابعا).

أولا- اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها:

إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، فهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء إذ انقسموا إلى رأيين:

- **الرأي الأول:** ويتمثل في جمهور الفقهاء عدا الحنابلة، أي الحنفية، الشافعية والمالكية، وذهبوا إلى عدم جواز هذا الشرط وعدم وجوب الوفاء به، أي يبطل الشرط ويصح العقد.

أما الظاهرية رأوا أن اشتراط المرأة على زوجها بأن لا يتزوج عليها اشتراط باطل، مبطل للعقد لأن ما بني على باطل فهو باطل[2].

---

[1] ابن جزيء، القوانين الفقهية في تلخيص المذهب عند الملكية،ط1،مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، 2009ص.189؛ الأنصاري شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في فقه الإمام الشافعي،ط1،دار إحياء الثراث العربي،2005ص.380.

[2] القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، ج5، مطبعة الشعب، د.س.ن،ص.25.

- **الرأي الثاني**: ويتمثل في الحنابلة الذين ذهبوا إلى أن اشتراط المرأة على زوجها أن لا يتزوج عليها، شرط جائز وملزم للزوج، وفي حالة عدم الوفاء به يجوز لها فسخ عقد الزواج[1].

أما التشريعات الأسرية الوضعية فتأثرت بالمذهب الحنبلي، إذ أصبح شرط عدم الزواج على المرأة، أول مثال على الشروط المعتبرة من الناحية القانونية. فإذا ما اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها وقبل الشرط، وجب عليه الوفاء به .

وإذا أراد أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر، فما عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط. وهذا ما أكدته المادة19 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بقولها:« للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى مع أحكام هذا القانون».

ويبدو جليا أن المشرع الجزائري في التعديل الأخير للمادة 19 قد تأثر برأي الأحناف، حيث يجيزون هذا الشرط[2].

فإذا اشترطت عليه أن لا يتزوج عليها فوافق لزمه الشرط، أما برأي المالكية فهذا الشرط غير لازم إلا إذا اقترن بيمين أو طلاق[3].

أما مدونة الأسرة المغربية، فهي الأخرى اعتبرت شرط المرأة على زوجها بأن لا يتزوج عليها شرط صحيح ويجب عليه الوفاء به، إذ يمنع عليه الزواج منعا كليا في حالة ما إذا اشترطت زوجته في العقد عدم الزواج عليها، كما لا يمكنه طلب الإذن من المحكمة حسب صيغة المادة 40 «.... كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها»[4].

والسبب في ذلك أن التعدد غالبا ما يفقد الزوجة السعادة والاستقرار، نتيجة ما ينجم عنه من صراع داخلي والمنافسة على استئثار عاطفة الزوج، ومحاولة كل زوجة تحقيق أغراض

---

[1] البهوتي منصور ،الروض المربع في شرح زاد المستنقع، ج3،مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان، ص.87

[2] الكشبور محمد، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية المغربي، المرجع السابق، ص.142، الكشبور محمد،شرح مدونة الأسرة الجديد ج1، ط1، 2006، ص.158، 159.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.95.

[4] المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:« يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها».

شخصية على حساب الزوجة الأخرى، وهذا الوضع لا يلتقي مع المودة والرحمة التي حث عليها الإسلام في العلاقة الزوجية[1].

وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أن اشتراط الزوجة عدم التزوج عليها لا يناقض مبدأ تعدد الزوجات، طالما أن الاتفاق على هذا الأمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين ،وطالما أن كل من القانونين الجزائري والمغربي يبيحان مبدأ تعدد الزوجات كأصل عام، وإن كانا قيداه بشروط نوعا ما صارمة وذلك لمنع الزوج من إساءة استعمال هذا الحق، وكذلك من أجل منع وقوع الظلم على الزوجة السابقة واللاحقة[2].

ثانيا- اشتراط المرأة على زوجها متابعة دراستها والعمل:

إن أبرز شرطين ممكن للزوجة أن تشترطهما على زوجها هما: إكمال دراستها والعمل خارج البيت.

أ- اشتراط المرأة على زوجها متابعة دراستها:

يعتبر الحق في التعليم على حد قول الأستاذ EL khayat G : "حق لا يمكن المساس به إذ هو نقطة بداية كل الحقوق ووسيلة تضمن بها هذه الأخيرة"[3].

ومنه حق التعلم مكفول للمرأة والرجل على حد سواء، إذ بالعلم تكتسب المرأة مكانة مرموقة في المجتمع، كما يفتح لها مجالات واسعة لإيجاد العمل. بالإضافة إلى أن تعليم المرأة يساعدها على معرفة القوانين التي تحميها. كما يساعدها على إنشاء جيل مثقف ومنتج في المجتمع[4].

وبالتالي يعتبر اشتراط الزوجة على زوجها في العقد، أن يكون لها الحق في إكمال الدراسة بالمعهد، أو الجامعة أو ما شابه ذلك من الشروط التي لا تتناقض مع مقتضى عقد الزواج ولا تخل بمقصود منه، والتي سكت عنها الشارع بحيث لم يرد بشأنها أمر أو نهي، ولكنها تحقق مصلحة لكلا الزوجين أو أحدهما، وهو شرط صحيح عند الحنابلة، إذ الأصل

---

[1] شطيبي صالح، مسطرة تعدد الزوجات في ظل مدونة الأسرة، كلية الحقوق السويسي، الرباط.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.96

[3] El Khayat(G) , L'avortement et le planning famili , Colloque de Tunis, 13-16 Janvier 1988 ,op,cit .290.

[4] طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع إتفاقيات حقوق الإنسان،الظروف العادية،مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر،2000.

عندهم الإباحة ما لم يرد الدليل الشرعي على التحريم أو المنع، ولكن يجب التأكد على أن لا يكون استعمال الزوجة لهذا الشرط مشوب بإساءة استعمال الحق أو منافاة مصلحة الأسرة[1].

و نجد العديد من القوانين الوضعية التي تنص على حق المرأة في التعليم، من بينها نص المادة الثالثة من الأمر رقم76- 35 المتعلق بتنظيم التربية والتكوين على ما يلي: « يجب أن يكفل النظام التربوي... تلقين التلاميذ مبدأ العدالة والمساواة بين المواطنين والشعوب وإعدادهم لمكافحة كل شكل من أشكال التفرقة والتمييز»

كما تنص المادة 10 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على ضرورة أن: « تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة لكي تكفل للمرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل في ميدان التعليم وبوجه خاص لكي تكفل على أساس تساوي الرجل والمرأة، والوصول إلى معلومات تربوية محددة للمساعدة في ضمان صحة الأسرة ورفاهيتها، بما في ذلك المعلومات والنصح على تخطيط الأسرة ».

ونجد المادة53 من الدستور تنص على أن:«الحق في التعليم مضمون».

ب- اشتراط المرأة على زوجها مزاولة العمل :

إن خروج المرأة للعمل أصبح من مستجدات العصر ومستلزماته،ولهذا إذا ما اشترطت الزوجة على زوجها العمل خارج البيت، فهل هذا شرط معتبر في العقد؟ وهل يجب على الزوج الوفاء به؟

إن الشريعة الإسلامية منحت الحق للمرأة في ممارسة العمل بشروط محددة، ذلك أن المجتمع الإسلامي بحاجة إلى أن يشغل المرأة بوظائف تناسبها، مثل تطبيب النساء وتعليم الفتيات ونحو ذلك من كل ما يخص المرأة ، وكذلك فإن حاجة المرأة إلى إصلاح وضعها الاجتماعي، فإنها تحتاج للعمل وذلك لأنها قد تكون هي المعيل الوحيد للأسرة.

ومن ثم فإن هذا الشرط صحيح لأنه لا يخالف مقتضى عقد الزواج، ولا يخالف المقصد الشرعي منه، وذلك لأنه يحقق مصلحة ومنفعة للمرأة، بأن يمنحها الفرصة في أن تشارك في مؤسسات المجتمع فتكون عضو فعال ، وكذلك يجعلها قادرة على التحسين من الوضع الاجتماعي لها، وغير ذلك من المصالح التي قد تحققها المرأة من راء العمل[2].

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص97.
[2] طالبي سرور، المرجع السابق، ص69.

والمشرع الجزائري نص صراحة في المادة 19 على جواز اشتراط المرأة العمل في عقد الزواج[1] وذلك نظرا لأهمية هذا الشرط في الحياة الزوجية.

كما اعتبرت المادة67 من نفس القانون، على أنه لا يمكن اعتبار عمل المرأة سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالات واضحة من المشرع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل[2].

أما مدونة الأسرة المغربية، فلا نجد مادة قانونية تنص صراحة على حق المرأة في اشتراطها على زوجها العمل، إلا أنه إذا ما رجعنا إلى نص المادة47 التي اعتبرت كل الشروط جائزة، إلا ما عارض منها نص قانوني،أو قاعدة آمرة أو خالف مقاصد عقد الزواج، وكما هو معلوم أن عمل المرأة فيه منفعة لها، إذ في حالات كثيرة يكون عملا صائنا لها من التبدل والمهانة وطلب الناس، كما أنه لا يمكن لأي مجتمع أن ينمو اقتصاديا أو ينهض حضاريا إذا ظلت نصف القوة الإنتاجية في المجتمع- المرأة- قوة عاطلة مهمشة.

وقد أقر الدستور الجزائري أحقية المرأة في العمل، إذ نصت المادة55 من دستور 28 نوفمبر 1996 « لكل مواطن الحق في العمل». كما نصت المادة22 على أن« كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف شخصي أو اجتماعي».

أما الدستور المغربي فقد نص في الفصل31 فقرة08 على « تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية،على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنات والمواطنين، على قدم المساواة من الحق في:

- الشغل والدعم من طرف السلطات العمومية في البحث عن منصب شغل، أو التشغيل الذاتي.
- ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق».

وكذلك نجد الفصل19«يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل

[1] شامي أحمد، المرجع السابق، ص131.
[2] المادة 67 من ق.أ.ج"....لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة...".

ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها. تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء».

ويتبين لنا من هذه النصوص أن حق المرأة في العمل ثابت ومقرر لها بموجب النصوص القانونية، ولا يتوقف ذلك عند التشريعات الداخلية بل يتعداه إلى الاتفاقيات الدولية،[1]

إذ لعبت منظمة العمل الدولية دورا هاما جدا في لفت انتباه الدول الأطراف،[2] إلى ضرورة منح النساء الحق في العمل، كما سعت في العديد من المناسبات، لحثها على منحهن نفس الفرص التي يتمتع بها الرجال في الحصول على العمل، إذ نجد المادة الأولى من اتفاقية عدم التمييز في مجال العمل والتوظيف، تنص على أنه:

« يشملان الحق في التكوين المهني والحصول على عمل ومختلف الوظائف وفي ظروف العمل».

ويستخلص مما سبق، أن لكل شخص مهما كان جنسه الحق في الحصول على منصب شغل، وفي التمتع بكل الفوائد التي تنجر عنه، من أجر وتكوين مهني وذلك في ظروف مماثلة[3].

كما تم النص على هذا الحق في مختلف قوانين العمل.

إذ نجد قانون العمل الجزائري رقم 78-12 في كل من المادة 60 والمادة55 يخضع التوظيف إلى اعتبارات عامة مرتبطة بالشهادات والقدرات المهنية للعمال مهما كان جنس طالب الوظيفة[4].

وعليه فإن كل من التشريع الجزائري و المغربي، اعتبرا شرط عمل المرأة شرطا صحيحا، ويكون ملزم للزوج بالوفاء به متى قبله، أي لا يجوز له منع زوجته من العمل ما دام قد أذن لها بذلك، لأن هذا الإذن يعتبر إذنا دائما يدوم بدوام العلاقة الزوجية بينهما، فإذا طلب منها أن تمتنع فرفضت ذلك فلا تعد ناشزا ولا تسقط نفقتها عليه[5].

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 97.

[2] انضمت الجزائر منذ الشهور الأولى لاستقلالها بتاريخ 1962/10/19،إلى أكثر من 40 اتفاقية دولية لمنظمة العمل الدولية، أنظر في ذلك: المرصد الوطني لحقوق الإنسان، التقرير السنوي 1995/94، ص17.

[3] طالبي سرور، المرجع السابق، ص.42.

[4] القانون رقم78- 12 المتعلق بـالقانون الأساسي العام للعمل المؤرخ في 5 أوت 1978 الجريدة الرسمية رقم43 .

[5] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.97.

واستثناءا من ذلك يجوز للزوج منع زوجته من العمل في حالتين:

1- تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج للعمل، كأن تظهر بمظهر المتبرجة أو بصورة تدعو للفتنة أو الإكثار من الخروج من المنزل بلا سبب حقيقي.

2- منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة، وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ويراعى في ذلك مدى تأثير عمل المرأة على صحة الزوجة ،وأيضا مدى تأثير عملها على أداء واجباتها الزوجية، أو حاجة الأسرة إليها بسبب مرض أحد أقاربها، وغير ذلك من الأسباب التي تدعو القاضي إلى إبطال شرط عمل المرأة لمنافاته لمصلحة الأسرة، ودرءا للأضرار والمفاسد الناجمة عن تقديم المصلحة الخاصة للزوجة على مصلحة الأسرة، وهذا يعني أنه ليس للزوج أن يرجع عن موافقته التي أبداها لزوجته بالسماح لها بالعمل إلا لسبب مشروع، ودون أن يلحق ضررا بالزوجة عملا بقاعدة لا ضرر ولا ضرار.

أما إذا كان الداعي وراء رجوع الزوج عن موافقته للعمل، هو أن تتفرغ زوجته لرعاية أطفاله الصغار أو مرض أحدهم، فلا شك أن الرجوع عن الموافقة في هذه الحالة يكون مبررا. ولكن يجب أن يتقيد ذلك بعدم إلحاق الضرر بالزوجة، كما لو كانت الزوجة مشرفة على التقاعد، فإنه يكون في تركها للعمل ضرر كبير لها بحرمانها من حقوق التقاعد، ويكون للقاضي هنا دور كبير في الموازنة بين المصالح والمفاسد، المترتبة عن رجوع الزوج عن موافقته لزوجته بالعمل[1].

وهذا ما نصت عليه المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:« الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين، إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن الملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه».

- ثالثا اشتراط المرأة على زوجها أن يكون لها الحق في تطليق نفسها:

إن التشريع الإسلامي في نظامه الفريد، أعطى للمرأة الحق في إنهاء العلاقة الزوجية كما أعطى ذلك للرجل، وجعل لإنهاء العلاقة الزوجية من قبل المرأة عدة أشكال، من بينها

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص97

أن تشترط المرأة على زوجها أن تكون العصمة بيدها، بمعنى أن أمر الطلاق لها فتطلق نفسها وقت ما تشاء، وفي هذه الحالة تطلق المرأة نفسها وتستحق جميع حقوقها، وكأن الزوج هو الذي طلقها[1].

وغاية الأمر أنه إذا كان عند إنشاء العقد يشترط أن يكون الإيجاب صادرا من الزوجة كأن تقول: أتزوجك على أن يكون أمري بيدي، أطلق نفسي ما أشاء، فإذا قبل الزوج ذلك تم الزواج وكان لها أن تطلق نفسها متى تشاء[2]،

ولا يحق له أن يتراجع عما تم الاتفاق عليه[3].

ولكن بما أن الطلاق حق أصيل للزوج فلا يمكن إلغاؤه، إذ يبقى حقه في تطليق زوجته قائما حتى وإن كانت العصمة في يدها، وهنا يصبح الحق للزوج والزوجة، في إنهاء الرابطة الزوجية متى شاءوا[4].

وحول صحة هذا الشرط انقسم الفقه إلى ثلاث أراء:

- **الرأي الأول**: ذهب أصحابه إلى أن العقد إذا تضمن مثل هذا الشرط،فالعقد صحيح والشرط باطل،وقد قال بهذا الرأي الحنفية[5] والشافعية[6] .

- **الرأي الثاني**: اعتبر شرط الزوجة أن تكون العصمة بيدها، شرط يفسخ به الزواج قبل الدخول،ويثبت بعد الدخول مع إسقاط الشرط ،وقال بهذا الرأي المالكية[7].

- **الرأي الثالث**: اعتبر شرط الزوجة أن تكون العصمة بيدها شرط صحيح،وعقد الزواج المقترن به هذا الشرط صحيح أيضا،وقال بهذا الرأي الحنابلة[8].

أما من الناحية القانونية،نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على صحة هذا الشرط،ولكن أحالنا فيما لم يوجد فيه نص للمادة222من قانون الأسرة الجزائري ، وهذا

---

[1] ربا مفتاح،حق المرأة في اشتراط العصمة.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.234.

[3] الغيث عيسى، يحق للمرأة اشتراط العصمة شرعا وقانونا في لقاء مع صحيفة« الشرق» ونشرت في2014/11/28، عدد824، ص.9.

[4] الغيث عيسى، المرجع السابق،ص.9.

[5] السرخسي ابو بكر،المبسوط،ج30،ط3،دار المعرفة ،بيروت،1987،ص.65.

[6] النووي،المرجع السابق،ص.265.

[7] الغرياني عبد الرحمان،مدونة الفقه المالكي وأدلته،ج2،ط1،مؤسسة الريان،بيروت،2002،ص.522.

[8] ابن قدامة،المغني،ص. 103.

على خلاف نظيره المغربي الذي نص على هذا الشرط في المادة 89 فقرة3 بقولها"لا يملك الزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه."

كما نجد المشرع السوري قد نص في المادة87 من. الفقرة ب على أن« للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها».

أي أن الطلاق بيد الزوج، غير أنه يملك أن ينيب غيره في إيقاع الطلاق، فإن كان ذلك الشخص غير الزوجة سمي وكيلا وإن كانت الزوجة سمي تفويضا .

ولكن تجدر الإشارة في الأخير، إلى أن الشريعة الإسلامية جعلت الطلاق بيد الرجل ولم تجعل الطلاق بيد المرأة، لأنها سريعة التأثر والانقياد لحكم العاطفة أكثر من الرجل، فإذا جعل أمر الطلاق بيدها، فربما تثور لأتفه الأسباب، وتندفع في غضبها ولا تبالي بالعواقب ،التي تترتب على الطلاق، وتنتهي الحياة الزوجية بدون سبب حقيقي يدعو إلى ذلك، والطلاق من الأمور التي تحتاج إلى التريث والتروي

رابعا- اتفاق الزوجين حول نظام الأموال المكتسبة بينهما:

إن الزوجة في الشريعة الإسلامية تكون سيدة أموالها، فتظل المالكة لكل ما كانت تملكه قبل الزواج، و لكل ما يؤول إليها بعده من مال منقول أو عقار، وليس لزوجها التدخل في إدارة أموالها، كما أنها لا تكون مجبرة على المساهمة في تحمل أعباء المعيشة ولا تتحمل مصاريف تربية الأبناء، إذ يبقى الزوج هو المسؤول الوحيد عن ذلك، تطبيقا لمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين[1].

أما التشريعات اللاتينية فتقوم على نظام الاشتراك، وأبرز هذه التشريعات نجد التشريع الفرنسي الذي نظم الأموال بين الزوجين تنظيما دقيقا، فالملكية إما أن تكون مستقلة أو مشتركة بين الزوجين .

أما المشرعين الجزائري والمغربي، فنجد أنهما يتجهان تدريجيا نحو الأخذ بذات المفهوم للنظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي ،وخاصة نظام اشتراك الأموال. وهذا ما يبدو جليا في نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري« لكل واحد من الزوجين ذمة مالية عن ذمة الآخر.غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.101.

كل واحد منهما». وهو النص المقابل لنص المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية« لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتب أثناء قيام الزوجية بالاتفاق على استثمارها وتوزيعها ويضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر. إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة»[1].

والملاحظ من هذين النصين، أن كل من المشرع الجزائري والمشرع المغربي، قد أبقيا على القاعدة الأصل وهي استقلال الذمة، ولكن أجاز للزوجين أن يتفقا على ما يملكه كل واحد منهما، من أموال مكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك. وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، ولكن يكمن الاختلاف بين نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري ونص المادة 49 من المدونة في أن:

- الاتفاق المبرم بين الزوجين يمكن أن يكون في عقد الزواج أو في عقد لاحق في قانون الأسرة الجزائري، أما في مدونة الأسرة المغربية، فهو عقد خاص منفصل عن عقد الزواج، ربما يكون هذا أفضل لأن عقد الزواج لا يتحمل مثل هذه البنود التي تحوله إلى عقد مالي.

- ألزم المشرع المغربي عند إبرام عقد الزواج بضرورة إشعار الزوجين بالأحكام السابقة، والمتمثلة في إمكانية الاتفاق على تدبير الأموال التي تكتسب أثناء الزواج، وهو تنبيه مهم من أجل حماية الحقوق، وهذا ما لا نجده في القانون الجزائري[2].

وتجدر الإشارة،إلى انه رغم إقرار الشريعة الإسلامية لمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين، إلا أن الحياة الزوجية تفرض على الزوجين التعاون،من أجل رعاية مصلحة الأسرة، وهذا يعني اتحاد فعلي لذمم الزوجين على الرغم من الانفصال النظري، لأن المودة والرحمة تقتضي من الزوجين المساهمة المالية من كليهما،من أجل أبنائهما وحياتهما الأسرية[3].

وتكمن أهمية هذه الاتفاقات في المحافظة على حقوق الزوجين، وكذلك الحد من النزاعات التي قد تثور بينهما، إذ لم يعد النزاع بين الزوجين منحصرا في متاع البيت،إذ نرى أن

[1] المادة 49، القانون 70/03 الصادر بتاريخ 03 فبراير2004.
[2] بن عكاشة لخضر، المرجع السابق، ص.90.
[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.102.

الزوجة قد تشارك زوجها في بناء مسكن الزوجية من راتبها، أو مما ورثته أو من موارد مالية أخرى، كما أنها قد تساهم في شراء سيارة عائلية، بل وقد تبيع الزوجة مصوغاتها من أجل مساعدة زوجها[1].

ومن جهة أخرى وحسب الواقع المعاش، نجد بعض الأزواج ولغرض ما كالخوف من الحجز، يشتري سكن أو سيارة ويقيده باسم زوجته، أو لعدم سماح القانون له بالتجارة بسبب وظيفته مثلا، يساهم في شركة وبرأس مال مرتفع ويكون ذلك كله باسم زوجته وبرضاها، فقد تحقق الشركة والتجارة أرباحا فتزداد الذمة المالية للزوجة، وقد تفلس فتترتب ديون في ذمة الزوجة لدى مصلحة الضرائب.

وهذا كله يحدث بالتراضي وكل منهما يسعى إلى إنماء ثروة الأسرة، من أجل الحياة السعيدة لهما ولأبنائهما.

ولكن بمجرد حدوث نزاع لسبب ما، يبدأ كل طرف في التفكير في الكيد من الطرف الآخر، وتلعب الأمور المالية والعقود الصورية دورا هاما في تصفية الحسابات والنيل من الآخر والإضرار به[2].

ولقد نص المشرع الجزائري على قاعدة هامة لحل النزاع في متاع البيت، أشارت إليها المادة73 من قانون الأسرة، مفادها أنه في حالة انعدام الدليل، أو البينة لأحد الزوجين على متاع البيت. فالعبرة تكون بقول الزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، ويكون القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، أما المشتركات بينهما فيقسمانها مع اليمين[3].

ويقابلها نص المادة 34 من مدونة الأسرة المغربية بنصها على أن « كل ما أتت به الزوجة من جهاز و شوار ملك لها.

إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في

[1] بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص.78.
[2] بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص.79.
[3] المادة 73 من الأمر05-02 المؤرخ في27 فبراير 2005.

المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له»[1].

ولكن على الرغم من هذه النصوص، إلا أن الاتفاق المسبق بين الزوجين حول نظام الأموال المكتسبة بينهما، يكون ردعا للنزاعات التي قد تثور بينهما مستقبلا حول الممتلكات المحصنة أثناء حياتهما الزوجية، فيكون بذلك العقد المالي أحد آليات الحفاظ على تماسك الأسرة ووحدتها[2].

ومنه يبقى الباب مفتوح للقضاء الذي يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، للتحري عن صحة بنود العقد المالي والشروط المدرجة فيه وبطلانها، أو في مدى ملاءمتها لأحكام عقد الزواج ومقاصده أو عدم ملاءمتها، آخذا بعين الاعتبار عدة عوامل أهمها، التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي طرأ على الأسرة المغاربية، فأحدث عادات وتقاليد لم تكن مقبولة من قبل، لكنها لا تتنافى مع أحكام عقد الزواج[3].

وبعد التطرق للشروط الصحيحة التي يجوز للزوجين اشتراطها،هناك نوع أخر من الشروط قد يلجأ الزوجين لاشتراطه.ومن ثم ما هو هذا النوع من الشروط؟.

المطلب الثاني:

الشروط الغير الصحيحة

لقد منحت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، الحق للزوجين في اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية، والتي تحقق لهما الأمن والاستقرار لحياتهما الزوجية، والتي قد تساعدهما في إبعاد بعض المشاكل والمطبات التي قد تعترضهما مستقبلا. ما دام أن هذه الشروط صحيحة[4].

وإن كانت التشريعات الوضعية لم تعرف لنا الشروط الصحيحة والشروط الغير الصحيحة، بل اعتبرت كل الشروط صحيحة، إلا ما خالف منها أحكام قانون الأسرة على حد تعبير المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] المادة 43 من القانون 70/03 الصادر بتاريخ 03 فبراير2004.
[2] جاد الحق، مقومات التدبير التعاقدي للروابط المالية – مشروعية العقد -. www.startimes.com
[3] إبراهيم فاضل ، المرجع السابق نفسه.
[4] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.360.

أما المشرع المغربي فاعتبر الشرط الغير الصحيح،هو الشرط الذي يخالف أحكام العقد ومقاصده، والشرط المخالف للقواعد الآمرة للقانون، وهذا ما جاءت به المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية،فقد اختلفوا[1] حول الشروط الغير الصحيحة بين مضيق وموسع، ومنه فالإشكال الذي يطرح نفسه ،ما هي الشروط الغير الصحيحة التي قد يشترطها الزوجين في عقد الزواج؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأقسم هذا المطلب إلى :الشروط التي تنافي مقتضيات عقد الزواج(الفرع الأول)،و الشروط التي نهى الشرع عنها(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الشروط التي تنافي مقتضيات عقد الزواج

وهي الشروط التي تخالف مقاصد عقد الزواج وأهدافه، أو تؤدي إلى مجرد الإخلال بهذه المقاصد الأساسية،بالإضافة إلى الشروط التي تسقط حقوق الزوجين التي منحت لهم بموجب نصوص شرعية ومواد قانونية، أي أن هذه الشروط تحرم الزوج الآخر من حقوقه المترتبة على إبرام عقد الزواج الصحيح النافذ. وقد أراد كل من الشارع الحكيم والمشرع الوضعي لعقد الزواج أن يقع صحيحا نافذا،لما ابتغاه من ترتيب آثاره لأهميتها في حياة الزوجين[2].

وهذه الشروط باطلة من الناحية الشرعية والقانونية،لمخالفتها للمواد والنصوص القانونية.ومن ثم فالإشكال الذي يطرح نفسه، ما هي الشروط التي قد تقترن بعقد الزواج وقد تكون مخالفة لمقتضاه؟

---

[1] لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الشروط الغير الصحيحة بين مضيق وموسع.

- **الحنفية**: الشرط الغير الصحيح عندهم هو الذي ينافي مقتضيات عقد الزواج، والذي لا يكون مؤكد لمقتضاه، والشرط الذي لو يرد به الشارع، والذي لم يرد به العرف.

- **الشافعية:** فعندهم الشرط الغير الصحيح هو الذي يخالف نقتضى عقد الزواج سواء أخل بمقصوده الأصلي كشرط عدو الوطء، أو لم يخل بمقصوده الأصلي كاشتراط الزوجة عدم الزواج عليها.

-**المالكية:** فاعتبروا الشرط الغير الصحيح هو الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، والشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج

- **الحنابلة**: فقد وسعوا من دائرة الشروط الصحيحة، فالشرط الغير الصحيح عندهم هو الشرط المخالف لمقتضى عقد الزواج والشرط الذي نهى الشرع عنه.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.361.

وللإجابة على هذا الإشكال سأقسم هذا الفرع إلى اشتراط عدم الوطء(أولا)،اشتراط عدم الإنجاب(ثانيا)،اشتراط الزوج على زوجته إسقاط حقها في المهر(ثالثا)،واشتراط الزوج على زوجته إسقاط حقها في النفقة(رابعا).

أولا: اشتراط عدم الوطء

إن أهم مقاصد النكاح حفظ الفرج، عفاف النفس، ووجود الذرية. وهو ما لا يمكن وجوده من غير الجماع، وبالتالي فاشتراط عدم الجماع في عقد الزواج شرط باطل باتفاق جمهور الفقهاء، ولكنهم فرقوا بشأنه بين مسألتين:

1- إذا اشترط في عقد الزواج عدم حل الوطء: أي بأن يتزوجها على أن لا تحل له فلا خلاف بين أهل العلم في بطلان هذا الشرط، ولكنهم اختلفوا في مدى تأثيره على صحة العقد وذلك على قولين[1]:

- **جمهور الفقهاء:** الشافعية[2]، المالكية[3]، الحنابلة[4]، وهو بطلان الشرط والعقد معا، وذلك لإحلال ذلك الشرط بمقصود العقد، إذ معه لا يبقى معنى للزواج بل يكون كالعقد الصوري.

- **الحنفية :** اعتبروا الشرط فاسد والعقد صحيح، إذ القاعدة عند الحنفية أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، وإنما يبطل الشرط دونه[5].

2- إذا اشترط في عقد النكاح عدم الوطء: فاختلف الفقهاء في حكمه إلى ثلاثة أقوال:

- **الحنفية[6] والحنابلة[7]:** وهو أنه يصح العقد ويلغى الشرط، أما بطلان الشرط فلأنه ينافي مقتضيات عقد الزواج، وأما بقاء صحة العقد فلأن هذا الشرط يعود إلى معنى زائد في العقد فلا يبطله.

- **المالكية[8]:** اعتبروا شرط عدم الوطء فاسد، والعقد فاسد لوقوعه على الوجه المنهي عنه شرعا، ولكن اختلفوا حول ما يترتب عليه بعد وقوعه، فقيل يفسخ عقد الزواج قبل الدخول

[1] بوقزولة عبد القادر، أحكام النكاح، فقه الأسرة www. islamqa.com
[2] الشربيني، المرجع السابق ،ص.208.
[3] الحبيب بن الطاهر،المرجع السابق،ص. 217.
[4] ابن قدامة،المرجع السابق،ص.309.
[5] ابن الهمام،المرجع السابق،ص.201.
[6] ابن الهمام،المرجع السابق نفسه،ص. 321.
[7] ابن قدامة،المرجع السابق،ص.401.
[8] الحبيب بن الطاهر،المرجع السابق،ص.298.

وبعده، وقيل يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ويسقط الشرط وهذا هو المشهور في المذهب المالكي .

- **الشافعية:** وهو أنه إذا عقد عليه بشرط أن لا يطأها أو يطأها إلا نهارا، أو مرة واحدة في الشهر مثلا، يبطل النكاح إن كان الاشتراط من جهتها لمنافاته لمقصود العقد، وإن وقع منه لا يضر، لأن الوطء حق له والتمكين حق عليها، فليس لها تركه بسبب هذا الشرط[1].

ويستخلص مما سبق أن شرط عدم الوطء ينافي والفطرة السوية التي خلق الله تعالى البشر، إذ يقول سبحانه وتعالى: " وَاللهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللهِ يَكْفُرُونَ"[2].

وقوله تعالى:" وَمِنْ آياته أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيهاَ وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَةً وَرَحْمَةً إِنَ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَرُونَ"[3].

ولقد جعل الله تعالى الزواج من سنن الأنبياء والمرسلين – عليهم الصلاة والسلام-، وهم أفضل البشر.

إذ قال تعالى: " وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمُ أَزْوَاجًا وَذُرِيَةً"[4].

أما من الناحية القانونية فشرط عدم الوطء يتصادم ونص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري والمادة36 فقرتيها 2 و3على:« المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم».

وأما في مدونة الأسرة المغربية، فهذا الشرط يتناقض ونص المادتين 04 و 15 في فقرتها الأولى التي تنص على المساكنة الشرعية، بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل، وهذه الأمور لا تتم إلا بحدوث الوطء بين الزوجين.

---

[1] الشربيني، المرجع السابق، ص.257.
[2] سورة النحل ،الآية 72.
[3] سورة الروم ،الآية 21.
[4] سورة الرعد،الآية 38.

ثانيا- اشتراط عدم الإنجاب:

إن أهم مقاصد عقد الزواج وأعظمها، التكاثر والمحافظة على الجنس البشري، إذ اقتضت سنة الله في كونه أن تكون الخلافة للبشر فوق الأرض، وأساس هذه الخلافة علاقة بين رجل وامرأة، في إطار شرعي من اجل إنشاء أسرة التي تعتبر خلية كل المجتمعات[1].

إذ قال الله تعالى في محكم كتابه: " هُوَ الذِي جَعَلَكُمْ خَلاَئِفَ فِي الأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتْ لِيَبْلُوَكُمْ فِيمَا آتَاكُم"[2].

وقال تعالى أيضا: " إِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً، قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيُسْفِكُ الِدمَاءُ، وَنَحْنُ نُسَبِحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِسُ لَكَ قَالَ إِنِي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ"[3].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" تزوجوا الودود الولود فإني مفاخر بكم الأمم يوم القيامة"[4].

ويتضح مما سبق أن اشتراط عدم الإنجاب هو شرط باطل، لأنه يحرم ما أحل الله، كما أن هذا الشرط يتنافى مع حكمة الله في استخلاف الإنسان في الأرض، والتمكين له فيها عن طريق الإنجاب لتعميرها،

أما المنع المؤقت للإنجاب، سواء لظروف صحية أو اجتماعية جائز شرعا، لأنه من باب الاضطرار والضرورة، وفي هذا الصدد يقول الله تعالى:" وَمَنْ اضْطَرَ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"[5].

أما عن حكم الشرع، إذا تم الاتفاق على عدم الإنجاب النهائي، فمن العلماء ممن يرى بطلان العقد، ومنهم من يرى صحة العقد وبطلان الشرط، وهذا هو الرأي الراجح، لأن منع الإنجاب النهائي مخالف للشرع الذي أوصى بالتكاثر والتناسل، وجعل الإنجاب من مقاصد الزواج، وفي الوقت نفسه ليس ذلك بمبطل لعقد النكاح، بل هو شرط باطل جعل في عقد الزواج، فيصح العقد ويبطل الشرط[6].

---

[1] الفاسي علال ، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمه، المكتبة العربية، الدار البيضاء، د.س.ن،ص.14.

[2] سورة الانعام ،الآية 66.

[3] سورة البقرة،الآية 30.

[4] رواه النسائي، حديث رقم 3227، أبو داود، حديث رقم 2050، وصححه الألباني في صحيح الترغيب، حديث رقم 1921.

[5] سورة البقرة،الآية 173 .

[6] مزروعة محمد، مشروعية الاشتراط www.lahamag.com.

أما من الناحية القانونية فنجد أنه شرط باطل لا يجب الالتزام به، لأنه يخالف نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري والتي تعتبر أهم هدف للزواج هو تكوين أسرة والمحافظة على الأنساب، والتي يقابلها نص المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية والتي اعتبرت الغاية من عقد الزواج إنشاء أسرة.

وأما المنع المؤقت للإنجاب أو ما يصطلح عليه بتنظيم النسل فهذا جائز قانونا، إذ نجد المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها 04 قد نصت عليه صراحة بقولها: « التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات»، والتي تقابلها الفقرة 04 من نص المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على:« التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل».

ثالثا: اشتراط الزوج على زوجته إسقاط حقها في المهر

إن المهر حق وواجب للمرأة على الرجل، كما انه شرط من شروط صحة عقد الزواج، وبالتالي فإن اشتراط الزوج على زوجته في عقد الزواج نفي المهر، أي أنهما اتفقا على الزواج بدون مهر، فهذا الاتفاق لا أثر له في سقوط هذا الحق، لأنه وإن كان حقا ماليا ثابتا للمرأة، إلا أنه حق فرضه الله تعالى، فالمرأة لها الحق فيه، و هو من الحقوق التي لا يجوز إسقاطها، لأن حق الله فيه غالب[1]، فبعد أن أمر الله عز وجل بأداء الصداق معبرا عنه بالفريضة قال سبحانه وتعالى:" وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الفَرِيضَةِ"[2].

ولقد اعتبر جمهور الفقهاء، من الحنفية ، الشافعية والحنابلة الصداق حكم من أحكام الزواج، وبالتالي إذا اشترط الزوج على زوجته إسقاط حقها في المهر، فهناك يكون العقد صحيح ويقع الشرط باطلا، وتستحق الزوجة صداق المثل[3].

أما المالكية فاعتبروا الصداق ركن من أركان عقد النكاح، وبالتالي إذا اشتراط الزوج أن يتم الزواج بدون صداق فإن كان قبل الدخول يفسخ عقد الزواج وثبت بعده ولها صداق المثل[4].

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.363.
[2] سورة النساء،الآية 24 .
[3] أبو لحية نور الدين، المرجع السابق، ص .21.
[4] رشدي شحاتة ابوزيد، المرجع السابق.ص.365.

أما من الناحية القانونية فنجد المشرع الجزائري قد اعتبر المهر شرط من شروط صحة عقد الزواج،بعدما كان يعتبره ركن من أركانه وكان في ذلك متأثر بالمذهب المالكي.

وعلى تخلف هذا الشرط في عقد الزواج رتب جزاءين:

1- الجزاء الأول: فسخ عقد الزواج

تعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة في نص المادة 33، التي حددت حالة تخلف شرط الصداق قبل الدخول، بأنه يترتب عليها فسخ عقد الزواج وذلك بنصها على أنه:« إذا تم الزواج بدون... أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه»، وما يستنتج من هذه المادة أن المشرع رتب الفسخ على تخلف شرط الصداق قبل الدخول، كما أنه فصل في مسألة عدم استحقاق الزوجة للصداق في هذه الحالة.[1]

ونفس الحكم أقره المشرع المغربي للزواج الذي تخلف فيه شرط المهر، وذلك في نص المادة 13التي اعتبرت الصداق شرط صحة، ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه، وإذا تضمن عقد الزواج هذا الشرط يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه.

ومن خلال هذين النصين يكون كلا المشرعين الجزائري والمغربي، قد تأثرا بالمذهب المالكي، فيما يخص جزاء تخلف المهر في عقد الزواج قبل أن يتم الدخول بالزوجة.

2- الجزاء الثاني : تثبيت عقد الزواج

تعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة في نص المادة 33 من قانون الأسرة، التي تنص على:«.... ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل شرط واحد.... »، وما يمكن استنتاجه من هذه المادة، أن المشرع الجزائري نص على أنه إذا اشتمل العقد على ركن الرضا، وشرطي الولي و الإشهاد وتم الدخول، فالزواج يثبت ويكون صحيحا، وتستحق الزوجة بذلك صداق المثل، وهذا ما نجده في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/11/17 تحت رقم 210422 الذي جاء فيه أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل.[2]

---

[1] الدبو فاضل ،ركن الصداق وأثر تخلفه. www.startimes.com

[2] الدبو فاضل، المرجع السابق نفسه.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد اعتبرت الصداق شرط الصحة، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على إسقاطه، وذلك حسب المادة 13 من المدونة[1].

والتي تنص على أنه إذا اقترن عقد الزواج بهذا الشرط .... ويصححه بصداق المثل إذا ما تم الدخول بالزوجة طبقا للمادة 60 من المدونة[2].

رابعا: اشتراط الزوج على زوجته إسقاط حقها في النفقة.

تعتبر نفقة الزوجة واجبا على الزوج حتى لو كانت غنية ذات مال، وكل شرط يترتب عليه إعفاء الزوج من واجب الإنفاق أو تحميل الزوجة به، شرط باطل شرعا وقانونا[3].

لقد اعتبر غالبية الفقه الإسلامي اشتراط الزوج على زوجته إسقاط حقها في النفقة شرط باطل، لكنهم اختلفوا في مدى تأثير هذا الشرط على صحة عقد الزواج إلى ثلاث أقوال:

- **القول الأول:** ذهب أصحابه إلى أن اعقد الذي يقترن بمثل هذه الشروط هو عقد صحيح والشرط باطل، فلها المطالبة بالنفقة والقسمة وغير ذلك.

وقد قال بهذا القول كل من الحنفية[4]، الشافعية[5]، والرواية الراجحة عن الحنابلة[6].

- **القول الثاني**: ذهب أصحابه إلى أن العقد إذا اقترن بمثل هذا الشرط يقع باطلا دون فرق بين الدخول من عدمه، وهذا القول هو رواية ثانية عن الحنابلة[7].

- **القول الثالث:** ذهب أصحابه إلى أن العقد إذا اقترن بمثل هذا الشرط فإنه يفسخ إذا لم يحصل الدخول، أما إذا حصل الدخول فيبطل الشرط ويمضي العقد، وقد قال بهذا القول المالكية[8].

بعد التطرق لآراء الفقهاء المختلفة يتضح أن الرأي الأول القائل ببطلان الشرط وصحة العقد هو الرأي الراجح [9].

---

[1] المادة1/13 م،أ،م"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:
عدم الاتفاق على إسقاط المهر."

[2] المادة60م.أم"يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل وتراعي المحكمة في تعديله الوسط الاجتماعي للزوجين"

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.367.

[4] ابن نجيم، المرجع السابق، ص. 108.

[5] الشافعي ابي بكر بن إدريس ، الأم،ج5،ط1 ،دار الكتب العلمية،بيروت،2001،ص. 107.

[6] المرداوي علاء الدين، الانصاف في معرفة الراجح في الخلاف،دار إحياء الثراث العربي،بيروت،1957، ص. 165؛ابن قدامة، المرجع السابق، ص. 385.

[7] المرداوي، المرجع السابق نفسه، ص. 165.

[8] الدسوقي محمد عرفة،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج3،ط1،دار الكتب العلمية،بيروت،1996،ص. 41.

[9] أبو العطا خديجة، المرجع السابق، ص.91.

أما من الناحية القانونية، فاشتراط الزوج على زوجته إسقاط حقها في النفقة، فهو شرط باطل، لأنه يتنافى والنصوص القانونية التي أقرت للزوجة هذا الحق.

ففي القانون الجزائري نجد نص المادة 74 من ق. أ.ج، التي تنص على حق الزوجة في النفقة،ومن ثم فإن الاتفاق على أن المرأة تلتزم بالإنفاق غير جائز،لأنه يتنافى ونص المادة السالفة الذكر، غير أنه في حالة إعسار الزوج تكف النفقة عليه، وتجب على للزوجة إن كانت ميسورة.

أما مدونة الأسرة المغربية، فشترط إسقاط النفقة يتصادم ونص المادة 187 من م.أ.م، التي تلزم الزوج بالإنفاق، ومن ثم كل شرط يخلاف ذلك فهو باطل.

ومن خلال ما سبق يتضح أن كلا التشريعين الجزائري والمغربي، لا يعترفان بهذا الشرط لأنهما يتحدثان عن الزواج العادي وشروطه،الذي يعتبر حقي النفقة والمسكن مكفولين للزوجة والأولاد، وما دام أن عقد الزواج يكون موثقا، فيبقى حق الزوجة في النفقة والمسكن قائما، حتى لو تنازلت المرأة عن هذه الحقوق .

الفرع الثاني:

الشروط التي نهى الشرع عنها

هذه الشروط هي التي ورد عن الشارع نص ينهى عنها صراحة، ذلك أنها تتضمن تغييرا لحكم الله ورسوله، كما أنها تنافي النظام الشرعي لعقد الزواج، كالالتزام بما هو محظور شرعا، أو أن يكون ذلك الشرط يمس بحقوق الغير ويلحق ضررا بهم.

والمقصود بالنظام الشرعي، ما يقابل النظام العام في الاصطلاح القانوني[1].

وهذه الشروط باطلة بإجماع الفقهاء بسبب النهي الصريح عنها، ومن ثم فالإشكال الذي يطرح نفسه هنا ما هي الشروط الغير الصحيحة والتي نهى الشرع عنها؟

للإجابة على هذا الإشكال سأقسم هذا الفرع إلى : اشتراط التأقيت في عقد الزواج(أولا).

اشتراط عقد في عقد الزواج (ثانيا)، شرط التزوج بغرض حل المطلقة ثلاثا(ثالثا)

اشتراط الزوجة طلاق ضرتها(رابعا).

أولا: اشتراط التأقيت في عقد الزواج

[1] صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للنشر والتوزيع ،د.س.ن،ص57.

من شروط صيغة الزواج أن تكون مؤبدة، فلا يجوز التأقيت فيها بوقت محدد طال أو قصر، لان تأقيت الزواج بمدة معينة تقتصر منافعه على المتعة الجنسية، وليس هذا هو المقصود الأصلي من الزواج، وإنما المقصود الأصلي له، هو السكن والمودة والرحمة، والمحافظة على النسل، والارتقاء بمستوى البشرية، والتعاون في شؤون الحياة، والمشاركة في سرائها وضرائها[1]، والزواج المؤقت له عدة صور، وبالتالي فالإشكال الذي يطرح هو ما هي أهم صور الزواج المؤقت؟،

وللإجابة على هذا الإشكال سأتطرق إلى: الزواج المؤقت، زواج المتعة، زواج المسيار.

1- الزواج المؤقت:

هو أن يتزوج رجل بامرأة، لمدة معينة كمدة شهر آو أكثر أو أقل، وهذا الزواج غير صحيح، ولكن لو اشترط الزوجان في عقد زواجهما، مدة طويلة لا يعيشان إلا مثلها في الغالب كمائة سنة، فهنا يصح العقد لأن فيه معنى التأبيد[2]، واقتران صيغة عقد هذا النكاح بما يدل على التأقيت، يجعل هذه الصيغة غير صالحة لإنشاء الزواج، لان الزواج شرع لدوام العشرة وإقامة أسرة، ولا يتأتى تحقيق هذه المقاصد وغيرها إلا إذا كانت عقدة النكاح مبنية على التأبيد.[3] ولقد اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية، المالكية[4]، الشافعية[5]، الحنابلة[6]، والحنفية،[7] على بطلان الشرط والعقد، باستثناء زفر بن الهذيل من أصحاب أبي حنيفة الذي قال بصحة العقد وبطلان الشرط، لأن النكاح لا تفسده الشروط الباطلة، كما لو قال: أتزوجك على آن أطلقك بعد عشرة أيام[8]، فيلغى الشرط وينعقد الزواج مؤبدا، لأن الصيغة المذكورة في ذاتها صالحة لإنشاء عقد الزواج، ولكن اقترن بها شرط فاسد هو شرط التأقيت، والنكاح المنعقد صحيحا لا تفسده الشروط الفاسدة في المذهب الحنفي.

2- زواج المتعة:

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.384.
[2] صقر نبيل، المرجع السابق، ص.61.
[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 90.
[4] الدسوقي، المرجع السابق، ص.202.
[5] الأنصاري زكريا ، أسمى المطالب في شرح روض الطالب، المكتبة الإسلامية، د.س.ن،ص.201.
[6] ابن قدامة، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص.345.
[7] ابن الهمام كمال شرح فتح القدير، ج6، دار إحياء التراث العربي، د.س.ن،ص.88وما بعدها.
[8] الجصاص أبو بكر أحمد بن الرازي ، أحكام القرآن، ج2، مطبعة الأوقاف، د.س.ن،ص.153.

هو عبارة عن اتفاق بين الرجل والمرأة، على أن يتمتع بها لمدة معينة، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة لقاء أجر معين[1]، وهو زواج محرم لدى جمهور الفقهاء، إذ يفسخ قبل الدخول وبعده[2].

ذلك أن بزواج المتعة تصبح المرأة كمتاع رخيص يتمتع بها أصحاب الشهوات، دون أن تصبح زوجة حقيقية ولا أما مستقرة ببيت الزوجية، كما تفقد المرأة المتمتع بها حقوقها الزوجية من مهر ونفقة وميراث ونسب لأبنائها، كما أن نكاح المتعة لا ينسجم مع مقاصد الزواج الشرعي ومقتضياته، من المودة والاطمئنان والاستقرار بين الزوجين[3].

3- زواج المسيار:

وهو أن يتزوج رجل بامرأة، على شرط أن تتنازل عن حقها في السكن والنفقة، وتكتفي من زوجها بزيارات غير محددة الموعد، وعلى ذلك فالزوج لا يمكث عند الزوجة وهو كالذي يسير،وغالبا ما يكون هذا الزواج في السر [4].

ويتم هدا الزواج بعقد شرعي مستكمل الأركان والشروط، ولكن المرأة لا تطالب فيه بحقها في السكن والنفقة، لاشتراط زوجها دلك في عقد الزواج.

ورغم الظهور الحديث لهدا النوع من الزيجات، إلا أن فقهاء الشريعة تحدثوا عن شرط إسقاط النفقة والقسم، إذا اعتبر جمهور الفقهاء الشرط باطل والعقد صحيح [5].

أما من الناحية القانونية، فلا مكان لهذا النوع من الزواج لأن كل التشريعات الأسرية العربية، تحدثت عن الزواج العادي وشروطه، بما فيهم التشريع الجزائري والمغربي،فكل علاقة زوجية مهما كانت تسميتها وتكون موثقة، فحتما سيترتب عليها أثار قانونية، وفي حالة فك الرابطة الزوجية،فمن حق المرأة الحصول على كافة حقوقها من نفقة ومسكن،حتى ولو تنازلت عنها على أساس أن زواجها مسيار[6].

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 91.
[2] الكساني مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3 ،ط 2، بدار الكتب العلمية، بيروت،2003، ص. 468.
[3] لخضر عبد القادر،المرجع السابق،ص.168
[4] رحال علاء الدين حسين ،نظام الأسرة في الشريعة الأسلامية،ط1،الأردن،دار النفائس للنشر والتوزيع،2010،ص.81
[5] ابن نجيم،المرجع السابق،ص.108،الشافعي،المرجع السابق،ص.107،المرداوي،المرجع السابق،ص.165
[6] بهلولي إبراهيم،القانون الجزائري لايعترف بزواج المسيار www.aldjazeera.net

ثانيا: اشتراط عقد في عقد الزواج.

إن هذا الشرط مرتبط بنكاح الشغار الذي كان سائدا في الجاهلية، وصيغته أن يزوج الرجل ابنته أو أخته، على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته، ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى .

ولقد أجمع الفقهاء على أن نكاح الشغار لا يجوز، ولكنهم اختلفوا في حكمه من حيث الصحة وعدمها للشرط المقترن به إلى قولين:

- القول الأول: اعتبر جمهور الفقهاء[1] عدا الحنفية نكاح الشغار نكاحا باطلا للشرط المقترن به ويجب على جماعة المسلمين أن يفسخوه متى علموا به سواء قبل الدخول أم بعده.

- القول الثاني: مذهب الحنفية[2]، اعتبروا نكاح الشغار صحيح والشرط الذي اقترن به باطل فيصح العقد ويبطل الشرط، ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلها.

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، الذين قالوا ببطلان هذا الزواج، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار، وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته،لرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق[3].

ففي هذا الحديث بيان واضح وصريح مضمونه أن نكاح الشغار حرام وباطل.

وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا شغار في الإسلام"[4].

و هذا الحديث يحتمل أمرين، نفي وجود الشغار في الإسلام، ونفى صحته، ولا شك أن وجوده في الإسلام واقع فتعين حمل الكلام على نفي الصحة[5].

كذلك هذا العقد فاسد، لأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا للآخر.

---

[1] عبد الموجود عادل احمد ، الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة، بدار الكتب العلمية ،بيروت،2006،ص.147 القرافي ، المرجع السابق،ص. 385؛ الشربيني ، المرجع السابق، ص.185.
بن قدامة بن أحمد المقدسي، المغني على المختصر الخرفي، المرجع السابق،ص.172؛ ابادي أبي إسحاق إبراهيم، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت،د.س.ن ص.59؛ الحنبلي عبد القادر بن عمر ، نيل المآرب شرح دليل الطالب،ج2، دار الإحياء للكتب العلمية، د.س.ن،ص.122؛ الحجاوي شرف الدين موسى بن أحمد النجا ، الروض المربع، زاد المستقنع، دار الفكر، د.س.ن،ص.275.

[2] ابن عابدين محمد ، حاشية بن عابدين رد المحتار على الدار المختار، شرح تنوير الأبصار،ج4 ،دار الكتب العلمية، د.س.ن،ص.237.

[3] رواه ابن عمر رضي الله عنه وقيل أن تفسير الشغار من كلام الراوي، وقيل أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم بدليل ما أخرجه الطبراني عن أبي بن كعب مرفوعا: الاشغار قالوا يا رسول الله وما الشغار؟ قال نكاح المرأة بالمرأة ولا صداق بينهما، صحيح مسلم مع شرح النووي، ج9، ص.224.

[4] الترميذي، الجامع الصحيح، سنن الترميذي، رقم الحديث 1123، ص.324.

[5] أبو عرجة سامي، المرجع السابق، ص.38.

وتجدر الإشارة إلى أن كل من المشرع الجزائري والمغربي، لم يشيرا إلى هذا النوع من الشروط بنصوص صريحة، إلا أنهما أحالانا فيما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للقانون الجزائري، وإلى الفقه المالكي والاجتهاد بالنسبة إلى مدونة الأسرة المغربية.

ثالثا: شرط التزوج بنية حل المطلقة ثلاثا لزوجها

ويتمثل هذا الشرط في قول ولي المطلقة ثلاثا، للرجل الذي يريد الزواج بها، زوجتك إلى أن تطأها أو إلى أن تحلها، بشرط انك إذا وطأتها أو إذا أحللتها بانت منك، أو على آن تطلقها إذا أحللتها للمطلق، وغير ذلك من الشروط التي تدل على التحليل[1].

ولقد أجمع الفقهاء على أن هذا النكاح حرام، ولكنهم اختلفوا في حكمه من حيث الصحة وعدمها للشرط المقترن به، إلى ثلاث أقوال يمكن تبيانها على النحو التالي:

- **القول الأول**: مذهب جمهور الفقهاء[2] عدا الحنفية، قالوا هذا النكاح باطل، وهو كبيرة من الكبائر للشرط المقترن به، وهو أن يحللها لزوجها الأول، وهذا النكاح لا يحل المرأة للزوج الأول.

- **القول الثاني**: قالوا أن نكاح المحلل صحيح، لأنه كامل الشروط والأركان في الظاهر، ولكن الشرط يبطل كسائر الشروط الفاسدة، وتحل للزوج الأول به مع كراهة هذا الفعل، وقال بهذا القول الحنفية[3]، وهو الرواية الثانية للشافعية[4].

- **القول الثالث:** ذهب أصحابه إلى أن العقد المقترن به شرط التحليل صحيح، إلا أن الزوجة لا تحل للزوج الأول، وقد قال بهذا القول محمد بن الحنفية[5].

و الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين ببطلان هذا النكاح، لان من يتأمل هذا النوع من الزواج يجد انه زواج غير مشروع، إذ لم يقصد فيه المحلل تكوين أسرة، ولم

---

[1] أبو العطا خديجة، المرجع السابق، ص.74.

[2] بن رشد، المرجع السابق، ص85؛ الحطاب محمد المغربي، مواهب الجليل، شرح مختصر خليل ج3، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء،1998 ص.469؛ القرطبي، المرجع السابق ، ص.204؛ الزرقاني محمد، شرح الموطأ للإمام مالك، البيان في فقه الإمام الشافعي ج9، دار الكتب العلمية، د.س.ن،ص.247؛ الشافعي أحمد، المرجع السابق، ص.399؛ الصنعاني إسماعيل، سبل الإسلام شرح بلوغ المراد من جمع أدلة الأحكام،أفاق للطباعة والنشر ،غزة، ص. 204؛ ابن قدامة المغني، المرجع السابق، ص 180.

[3] العيني أحمد، البناية شرح الهداية،ج5، دار الفكر، بيروت ،د.س.ن،ص. 259؛ ابن عابدين محمد، المرجع السابق، ص.47.

[4] اليمني أبو الحسن، البيان في مذهب الإمام الشافعي ج9، دار المناهج، د.س.ن،ص.279.

[5] الزيلعي، المرجع السابق، ص .257.

يقصد دواما ولا استقرارا ولا سكنا ولا مودة، لذا فمثل هذه الإرادة لا تحترم ولا يوضع لها وزن ومكانه، وعلى هذا نرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الطرفين[1] بقوله:" لعن الله المحلل والمحلل له "[2].

رابعا: اشتراط الزوجة طلاق ضرتها

اشتراط الزوجة على زوجها طلاق ضرتها، هو شرط باطل باتفاق الفقهاء، لأنه خالف أمر الشريعة الإسلامية[3]، وأهم ما فيه هو أنه لا يحقق مصلحة بنفسه، بل يلحق مفسدة بالغير[4].

وبما أن التشريع الإسلامي، لا يقبل أن يقيم الإنسان مصلحة على حساب غيره، وليس مصلحة الإنسان مقدمة على مصلحة غيره، فإذا وازنا بين المصلحة والمفسدة، فدرء المفسدة أولى.

ومنه فالخلاف الواقع بين العلماء، هو في مدى تأثير هذا الشرط على العقد، وهل يعود عليه بالإبطال أم لا، وعليه انقسم الفقه إلى ثلاث أراء.

- **الرأي الأول**: ذهب أصحابه إلى انه إذا اقترن عقد الزواج بشرط طلاق الضرة، فإن العقد صحيح والشرط باطل، وقال بهذا القول الحنفية[5]، الشافعية[6]، الحنابلة[7].

- **الرأي الثاني:** ذهب أصحابه إلى بطلان عقد الزواج المقترن بشرط المرأة طلاق ضرتها، وقال به الشافعية في قول أو وجه كما ذكر النووي[8].

- **الرأي الثالث:** ذهب أصحابه إلى انه إذا اقترن عقد الزواج بشرط طلاق الضرة، فإنه يفسخ العقد إذا لم يحصل الدخول، أما إذا حصل الدخول فإنه يبطل الشرط ويمضي العقد، وقال بهذا الرأي المالكية[9].

---

[1] قادر محمد لخضر، المرجع السابق، ص.171.
[2] أخرجه ابن ماجة ،الصحيح،كتاب النكاح،باب المحلل ومحلل له،ج2، رقم 1583، ص.145.
[3] السرخسي، المرجع السابق، ص105؛ النووي، المرجع السابق، ص.265؛ ابن قدامة، المرجع السابق، ص.375؛القرافي، المرجع السابق،ص. 54.
[4] أبو العطا خديجة، المرجع السابق، ص.96.
[5] السرخسي، المرجع السابق، ص.105؛ التهانوي، إعلاء السنن، دار الكتب العلمية، بيروت،د.س.ن، ص.4.
[6] النووي، المرجع السابق، ص. 265.
[7] ابن قدامة، المرجع السابق، ص.275؛ المرداوي، المرجع السابق،ص .157.
[8] النووي، المرجع السابق، ص.265. .
[9] القرافي، المرجع السابق، ص.54؛ بن الطاهر الحبيب ، المرجع السابق، ص .237.

استدل القول الأول القائل ببطلان الشرط وصحة العقد

بحديث رسول الله (ص):" لا تشترط المرأة طلاق أختها"[1].

وقوله (ص) :" لا يحل أن تنكح المرأة بطلاق أخرى"[2]

والقول الثاني: فاستدلوا لما ذهبوا إليه بان اشتراط المرأة طلاق ضرتها هو شرط يتنافى ومقتضى العقد، والشرط الذي يتنافى ومقتضى عقد الزواج يكون باطلا في نفسه، ويعود على العقد بالإبطال، فكذلك اشتراط المرأة طلاق ضرتها.

أما القول الثالث: فاستدل أصحابه بالمعقول حيث قالوا: أن اشتراط المرأة في عقد الزواج طلاق ضرتها هو شرط يتنافى ومقتضى العقد، وعليه يكون باطلا في نفسه ويعود على العقد بالإبطال، وما كان كذلك فهو باطل يفضي إلى بطلان العقد قبل الدخول[3].

ولما كان فسخ النكاح بعد الدخول يلحق ضررا بطرفي العقد، يبطل الشرط وحده ويصحح العقد[4].

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الرأي الراجح، هو القول الأول القائل ببطلان الشرط وصحة العقد، ذلك أن حديث النبي صلى الله عليه وسلم، واضح الدلالة في النهي عن اشتراط مثل هذا الشرط، لأنه ليس من العدل أن تنشأ حياة زوجة على حساب تدمير حياة زوجة أخرى.

فإما أن ترضى بواقع الزوج، وإما أن لا تتزوجه على هذا الشرط المنهي عنه، فإذا تزوجته بهذا الشرط، يبطل الشرط ويصح العقد، لعدم الإضرار بالزوجة الأولى[5].

وبعد التطرق لموقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، من الشروط المقترنة بعقد الزواج. وأهم صورها على اعتبار أن هناك شروط صحيحة وغير صحيحة.

فالإشكال المطروح، هل هناك رقابة يخضع لها الشرط المقترن بعقد الزواج ؟وهل لهذا الأخير تأثير على العقد المقترن به؟

---

[1] أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل النكاح ج7، جامع الأصول، ص.626.

[2] أخرجه الإمام الطبراني أحمد في الكبير، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ،ج 4، ص.145.

[3] النووي، المرجع السابق، ص.265.

[4] بن الطاهر الحبيب، المرجع السابق، ص .237؛ القرافي، المرجع السابق،ص .405.

[5] أبو عرجة سامي، المرجع السابق، ص.43.

الفصـــل الثانـــــي

تنظيم الشروط الإرادية لعقد الزواج

إن التشريع الإسلامي وكذا التشريعات الأسرية الوضعية، أعطت للإرادة أهمية بالغة في إنشاء الالتزامات، التي يترتب عنها آثار في الحدود التي رسمها الشرع الحنيف والنصوص القانونية، وبذلك فإن الإرادة تلزم وتلتزم بمجرد صدورها، واقترانها بالإرادة المقابلة لها. وعليه فإن اقتران صيغة العقد بهذه الشروط الزائدة، تصبح جزءا منها مما يؤدي إلى التأثير في العقد، من خلال الحكم الذي يرتبه هذا الشرط على العقد، من تقييده ولزوم الوفاء به، وثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد عند عدم الوفاء بالشرط، وفساد العقد لعدم صحته، وهذا التأثير يختلف باختلاف الشرط المقترن به[1].

وعليه فإن الإشكال الذي يطرح نفسه هنا، هل للزوجين مطلق الحرية في وضع شروطهما الاتفاقية؟ أم أنهما يخضعان للرقابة؟.

وهل هذه الشروط الاتفاقية ملزمة للزوجين؟ وما هو الجزاء المترتب على عدم الوفاء بها؟

وللإجابة على هذه الإشكالات ارتأيت أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين: أتناول في المبحث الأول مدى مراقبة وتعديل وإلغاء الشروط المقترن بعقد الزواج، وفي المبحث الثاني أثر الشرط المقترن بعقد الزواج

المبحث الأول:

مدى مراقبة وتعديل وإلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج

إن للزوجين الحرية في اشتراط الشروط التي يريانها ضرورية لضمان حياة زوجية سعيدة، خالية من المشاكل التي قد تعترضهما مستقبلا.

ولكن هذه الحرية كما سبق وأن ذكرنا لم تتركها التشريعات على إطلاقها، بل وضعت لها ضوابط وقيود، وذلك منعا للزوجين من سوء استعمال حقهما، وكذلك منعهما من وضع شروط تخالف النصوص القانونية.

[1] قاسم محمد علي ، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2005 ،ص.109.

وللتأكد من صحة الشروط الاتفاقية للزوجين ومدى قانونيتها، يجب أن تكون هناك هيئات تسهر على مراقبة صحة هذه الشروط، ومدى احترام الزوجين للنصوص القانونية المنظمة لها.

وتتمثل هذه الهيئة أولا في الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج،الذي يقوم بمراقبة مدى احترام الزوجين للشروط القانونية،الواجب توافرها لإبرام عقد الزواج، وكذلك في القاضي الأسري الذي قد تعرض عليه عدة قضايا، كتعديل الشرط الذي أصبح تنفيذه العيني مرهقا، أو الإعفاء من الشرط التعسفي الذي قد يتضمنه عقد الزواج.

وبالتالي فالإشكال الذي يطرح، هل الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج له سلطة مراقبة الشروط المقترنة بالعقد؟ وهل للقاضي السلطة في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج أو إلغائها؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأقسم هذا المبحث إلى:سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج في مراقبة الشروط المقترنة بالعقد(المطلب الأول)،ومدى تدخل القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط المقترن بعقد الزواج(المطلب الثاني).

المطلب الأول:

سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج في مراقبة الشروط المقترنة بالعقد

إن مهمة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج، سواء في الجزائر أو في المغرب بالنسبة لتحرير عقد الزواج، تنحصر في تحرير هذا الأخير وفقا للمعلومات التي يقدمها الزوجين، عن هوية كل واحد منهما وهوية والديهما، وفقا للإشكال والقواعد والشروط التي حددها القانون، وكذلك يقوم الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج، بتدوين الشروط التي يتفق عليها الزوجين ،والتي يريانها ضرورية لضمان حياة زوجية سعيدة.

وعليه فإن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المقام. ما هي سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج في التحقق من صحة أو عدم صحة الشروط الاتفاقية للزوجين؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سأقسم هذا المطلب إلى :الشروط التي وقع النص عليه بصفتها من الإجراءات التنظيمية(الفرع الأول)، والشروط التي ورد النص عليها لحماية حقوق الزوجين(الفرع الثاني)،والشروط التي تركها المشرع للزوجين حرية الاشتراط فيها (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

الشروط التي وقع النص عليه بصفتها من الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج

لقد اشترطت معظم التشريعات الوضعية ترتيبات وإجراءات إدارية لإبرام عقد الزواج، إذ أنها لم تكتفي بالرضائية في خلق هذه الرابطة، ذلك أن عقد الزواج من العقود التي يتطلب إفراغه في شكل رسمي لكي يرتب آثاره القانونية[1].

وبالتالي فإن الشروط الشكلية والإجراءات التنظيمية لعقد الزواج، هي من النظام العام حسب القانون، ومنه لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مخالفتها، ولا أن يشترطا أي شرط يتناقض معها، لأنها الجانب الرسمي التوثيقي للزواج الذي يفرضه القانون للإثبات.

وعلى هذا الأساس أجاز القانون للموثق، ولغيره من الموظفين المؤهلين قانونا لتحرير عقود الزواج وتسجيلها، أن يتحققوا من توافر وعدم توافر هذه الشروط، ومن شروط المتعاقدين التي يمكن أن تخالفها، ولهم تبعا لذلك سلطة تقييم وقبول ما يمكن قبوله، ورفض مل يجب رفضه، مما يضيفه المتعاقدين من شروط[2]. وعليه فالإشكال المطروح هنا ما هي هذه الإجراءات الإدارية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها؟ وما هو الجزاء المترتب على مخالفتها؟

وللإجابة على هذين الإشكالين سأتطرق إلى: أهم الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج (أولا)،والجزاء المترتب على مخالفتها (ثانيا).

[1] مشرف أسامة، أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، 2008. www.startimes.com

[2] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.176، وما بعدها.

- أولا: أهم الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج

من الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج، نجد الإجراءات الإدارية والتنظيمية السابقة للعقد، وكذا الشروط التي يشترطها القانون في العقد ذاته، بغرض تسجيله أو إشهاره، لأن تسجيل عقد الزواج وإشهاره، هو شرط لوجود العقد وأحد آثاره القانونية في مواجهة الغير[1]. ومنه نجد القانون الجزائري خص لهذه الشروط المواد من 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية الجزائري، والمواد 65 إلى 69 من مدونة الأسرة المغربية، وهذه الشروط الإدارية يمكن التطرق لها في النقاط التالية:

1- شرط الشخص المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج.

نصت المادة 18 من قانون الأسرة على انه:" يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 09 من هذا القانون".وما يمكن استنباطه من هذه المادة، أن المشرع الجزائري قد حصر الشخص الذي له الحق في إبرام عقد الزواج في الموظف المؤهل قانونا أو الموثق، ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد من هو الموظف، وهذا ما يؤدي بنا للاعتماد على عبارة «موظف مؤهل قانونا» للرجوع إلى قانون الحالة المدنية رقم 20/70 المؤرخ في: 19 فيفري 1970، وبالضبط المواد76،71و 104 والتي حددت الموظف المؤهل لتحرير عقد الزواج وهم كالتالي: ضابط الحالة المدنية، القاضي، والموثق، وهذا داخل الوطن.

أما مدونة الأسرة المغربية فنجد المادة 65 تنص صراحة على الوثائق التي يجب الإدلاء بها لإبرام عقد الزواج، كما تم النص على ضرورة فتح ملف الزواج بكتابة ضبط المحكمة حيث يحتفظ بها، وهو يجمع ويضم جميع أصول الوثائق اللازمة في كل ملف، وذلك بعدما يؤشر على ملف قاض الأسرة المكلف بالزواج - الذي يعين بقرار وزير العدل – وهو الذي يأذن للطرفين بتوثيق عقد الزواج بعد التحقق من توفر الوثائق الإدارية اللازمة (من الناحية الشكلية).

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.341.

2-عدم مخافة السن القانونية للزواج

- عدم مخالفة السن القانونية للزواج الذي حددته المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري بـ 19 سنة لكلا الجنسين.

- وأما مدونة الأسرة المغربية فنجد المادة19 منها قد حددت سن الزواج بـ 18 سنة لكلا الجنسين.

إلا إذا رخص القاضي للزوجين قبل تلك السن لمصلحة أو ضرورة معينة وفقا للمادتين07 من قانون الأسرة الجزائري والمادة20 من مدونة الأسرة المغربية.

3- توفر الوثائق المطلوبة قانونيا.

كذلك يلتزم طرفي عقد الزواج بإحضار الوثائق التي يحددها القانون[1]، ففي القانون الجزائري نجد المواد75،74 و76 من قانون الحالة المدنية تحدد لنا هذه الوثائق وهي:

- شهادة الميلاد للزوج والزوجة، فإن تعذر عليهما ذلك يقدمان بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين، ويمكن للزوج تقديم الدفتر العسكري وفقا للمادة74من قانون الحالة المدنية.

- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية، ولقد استلزمها المشرع لمن لم يكن معروف السكن، أو الإقامة لضابط الحالة المدنية ،أو الموثق وفقا للمادة 75ق.ح.م.ج.

- شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاث أشهر، تثبت خلو الزوجين من أي مرض أو أي عامل يشكل خطرا أو يتعارض مع الزواج، ويتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض وتبصير الطرفين بذلك، ويؤشر بذلك في عقد الزواج وفقا للمادة 7 مكرر المضافة بالأمر رقم 05-02.

- نسخة من طرف رئيس المحكمة لإبرام عقد الزواج لمن لم يكمل السن الأهلية للزواج، وفقا للمادة 1/7 من قانون الأسرة الجزائري.

[1] تشوار الجيلالي ،محاضرات السنة الأولى ماجستير، 2013،2014.

- نسخة من رئيس المحكمة لمن يرغب في الزواج من امرأة ثانية، وهو إذن القاضي بالتعدد لمن يريده طبقا للمادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

- بالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج، تقدم نسخة من حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع الذي صار نهائيا أو وثيقة وفاة الزوج السابق، مع التأكد من انتهاء العدة الشرعية طبقا للمواد 58، 59 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 441 من قانون العقوبات الجزائري المعدلة بموجب القانون رقم 23/06.

- التحقق من أن الزوج الأجنبي قد تحصل على رخصة كتابية تمنح له من طرف الوالي[1].

- كذلك يستوجب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يتحقق مما إذا كان الزوج مسلم، لأنه يحرم الزواج بغير المسلم وفقا للمادة 30 من قانون الأسرة الجزائري.

- أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت عن الوثائق اللازمة لإبرام عقد الزواج في المادة 65 الفقرة الأولى:

- مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل.

- نسخة من رسم الولادة يشير ضابط الحالة المدنية في الهامش العقد بسجل الحالة المدنية إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج.

- شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل والداخلية.

- شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة.

- الإذن بالزواج في الحالات الآتية:

- الزواج دون السن الأهلية.

- التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة.

- زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

- زواج معتنقي الإسلام والأجانب.

- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها...إلخ.

[1] تعليمة وزارة الداخلية رقم 80/02 بتاريخ 1980/02/11.

كما نصت نفس المادة في فقرتها الرابعة على انه:" يضمن العدلان في عقد الزواج تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا؟ وفي حالة وجود زواج سابق يرفق بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه".

ويتضح مما سبق أن الهدف الأساسي من تضمين هذه الإجراءات هو ضبط الوضعية الإدارية للزوجين، والتحقق من هويتهما الكاملة، وسلامتهم الجسدية حفاظا على صحتهما وسلامتهما، والتأكد من وضعية الزوجة بخصوص العدة، وضعية الزوج بخصوص التعدد، إضافة إلى التأكد من أوضاع أخرى كتلك التي تتطلب الإذن بالزواج أو الإدلاء بشهادة الكفاءة أو إسلام من يدعي اعتناقه الإسلام، بعدما كان خاضعا لعقيدة أخرى[1]. كما أن المادة 73 من قانون الحالة المدنية، ألزمت الموثق وضابط 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، وتسجيله والتأكد من توافر الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج، ويتعين عليه أن يتحقق أيضا من صحة شروط المتعاقدين، التي يمكن أن تخالف هذه الإجراءات التنظيمية، ويستمد الموثق أو ضابط الحالة المدنية في الجزائر، سلطته في مراقبة صحة الشرط المقترن بعقد الزواج، من سلطته في تحرير عقد الزواج، التي تحكمها النصوص القانونية[2]، أما مدونة الأسرة المغربية فقد منحت هذا الاختصاص للقاضي وفقا للمادة 65 من مدونة الأسرة المغربية.

- ثانيا: الجزاء المترتب على مخالفتها.

أما الجزاء المترتب على عدم احترام هذه الإجراءات هو بطلان عقد الزواج، وهذا ما أقرته نص المادة43 من قانون الحالة المدنية الجزائري، التي اعتبرت عقد الزواج باطلا إذا كان مزورا، أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها، كما نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 1/441 على معاقبة الموثق، أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة للأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج، بالحبس من 10 أيام على

[1] الكبشور محمد، شرح مدونة الأسرة، الزواج، المرجع السابق، ص.261.
[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.160.

الأقل إلى شهرين على الأكثر، وغرامة مالية من 100دج إلى 1000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

بالإضافة إلى العقوبات الواردة في نص المادة 77 من ق.ح.م.ج والتي تعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية، الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل (إجراءات تسجيل عقد الزواج) بغرامة مالية لا يمكن أن تتجاوز 200دج، بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة بالفصل في المسائل المدنية[1].

أما مدونة الأسرة المغربية، فقد رتبت على من يستعمل وسائل تدليسية، بقصد الحصول على بعض الوثائق المشار إليها في المادة 669 من م.أ.أ ،وعلى وجه التحديد تلك المذكورة في البندين 5 و6 من نفس المادة مسؤولية جنائية، وأخرى مدنية.

ويخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ، مع ما يترتب عن ذلك من تعويضات عن الضرر، إلا أنه يؤخذ على المشرع المغربي في هذا الإطار هو أن تحريك المتابعة يتوقف على طلب أحد الزوجين « المتضرر» أمام النيابة العامة وليس العكس، أي أن النيابة العامة هي التي تحرك المتابعة، وهو ما يمكن تفسيره بالقصور في هذا المجال، إذ غالبا ما تكون عناصر القصد الجنائي متوفرة لدى المدلس وسوء نية ذلك.

كما أنه إذا ما رجعنا إلى نص المادة 366 من القانون الجنائي المغربي، يتضح جليا أن الغرامة وكذا العقوبة لا ترقى لدرجة الردع أو بالأحرى الرقابة[2].

الفرع الثاني:

الشروط التي ورد النص عليها لحماية حقوق الزوجين

يرى جانب من الفقه، أنه يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة الشروط التي وقع النص عليها في القانون، وكان الهدف منها حماية أو تدعيم مصلحة المتعاقدين أو مصلحة أحدهما، وذلك شريطة أن لا تكون هذه الشروط مخالفة لنص من النصوص الآمرة، أو الناهية في

[1] المادة 77 من.ق.ح.م.ج:"يعاقب القاضي الشرعي او ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد احد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة441 المقطع الأول من قانون العقوبات".

[2] الشتوي محمد، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، ط1،د.د.ن، 2004.ص2.

القانون نفسه، لذلك إذا كان نص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 40 من مدونة الأسرة المغربية، قد أجازوا تعدد الزوجات متى توفر المبرر الشرعي ووجدت نية العدل، بشرط أن يعلم الزوج زوجته السابقة واللاحقة بذلك، قبل إبرام عقد الزواج الثاني، فإن هذا الشرط قد اشترطه القانون لمصلحة الزوجين، ومنه يجوز للزوجة الأولى أن تتنازل عنه، ويجوز للزوج أن يشترط على الزوجة الأولى أثناء العقد ألا يعلمها بعزمه على الزواج من غيرها ثانية، عندما يرغب في ذلك لأن هذه الشروط ليست من النظام العام، كما أن القانون الذي تضمن هذه الشروط، لم يمنح الموظف المؤهل لتحرير عقود الزواج، أية سلطة تخول له حق مراقبة تحقيق، أو عدم تحقيق هذه الشروط، ولم تمنحه حق رفض تحرير العقد عند عدم توفرها[1].

أما الجانب الآخر من الفقه، فيرى انه يجوز للموظف المكلف بإبرام عقد الزواج، التحقق من المعلومات المصرح بها، كالتأكد من وجود المبرر الشرعي أو شرط نية العدل، أو إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وأن يتم ذلك في حدود الحرية الشخصية[2].

وواضح مما سبق، أن فقهاء القانون وشراحه لم يتفقوا على رأي واحد، بخصوص سلطة الموظف المختص في إبرام عقد الزواج، حول مراقبة الشروط التي ورد النص عليها في المواد الخاصة بالتعدد[3]، ولكن الواضح أن نصوص التشريعات الأسرية هي من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها قواعد آمرة، وبالرجوع إلى نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على أنه ليس للزوجين حق اشتراط شروط تتعارض مع أحكام هذا القانون، ونص المادة 47 المقابلة لها في مدونة الأسرة المغربية.

والنتيجة لهذا كله، أن أي شرط يقضي بعدم مراعاة الشروط والقيود، التي فرضها المشرع على تعدد الزوجات يعد مخالفا لأحكام قانون الأسرة.

غير انه يمكن للزوجة أن تتنازل عن هذه الشروط والقيود، التي وضعها المشرع لصالحهما بمحض إرادتها، دون أن يشكل ذلك مخالفة لأحكام قانون الأسرة، قياسا على تنازل الزوج

[1] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص.177، وما بعدها.
[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.443.
[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.91،وما بعدها.

عن حقه في الطلاق إلى زوجته، وغيرها من الأحكام التي يجوز للزوجين التنازل عنها دون أن يعتبر ذلك مخالفا لأحكام قانون الأسرة[1].

الفرع الثالث:

الشروط التي ترك القانون للزوجين حرية اشتراطها

لقد أجازت غالبية التشريعات الوضعية مبدأ الاشتراط في عقد الزواج، وذلك تماشيا مع ما أقرته الشريعة الإسلامية قبل مئات السنين، إذ في ذلك يقول الرسول (ص):« المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما»[2].

فللزوجين المتعاقدين الحرية الكاملة، في اشتراط ما يريده كل واحد منهما من الشروط الاحتياطية، التي تضمن مصالحهما أثناء حياتهم الزوجية، ولكن حرية الزوجين مقيدة باحترام ما ورد النص عليه في التشريعات الأسرية، وعدم مخالفة ما تضمنه من قواعد مبدئية وأحكام أساسية، أثناء إبرامهما لعقد الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا، حتى يكون عقد زواجهما عقدا صحيحا وسليما[3].

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح، يمنح الموظف المختص بإبرام عقد الزواج، سلطة تحقيق ومراقبة الشروط التي يتفق عليها طرفي العقد، إلا أنه هذا الأخير تبقى على عاتقه سلطة المراقبة، وضابطه في ذلك هو عدم مخالفة شروط التشريع الأسري[4].

إلا أن صحة الشروط، تتطلب من الموظف المختص أن يكون ذا ثقافة عالية، وأن يكون مطلعا اطلاعا كافيا على أحكام التشريع الأسري، وقادرا على التمييز بين ما يمكن اعتباره مخالفا، حتى يتسنى له قبول هذا الشرط أو ذلك، وتحرير عقد الزواج، أو رفض تحريره.

ولكن سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج، يجب ألا تكون مطلقة، لأنه قد يتعسف في استعماله لسلطة برفض إبرام عقد الزواج، بحجة أن الشروط الاتفاقية للزوجين غير

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق نفسه، ص.92.
[2] حديث سبق تخريجه.
[3] سعد عبد العزيز المرجع السابق، ص.178.
[4] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.94

صحيحة، وعليه يجب أن يمنح للمواطن الذي يرفض الموظفون تحرير عقد زواجه بدعوى مخالفة شروطه للقانون، حق اللجوء إلى القضاء ليؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشروط بموجب أمر على عريضة يقدمها الزوجين معا، أو أحدهما إلى رئيس المحكمة التي يوجد بها الموظف الذي رفض تحرير عقد زواجهما[1].

كما سبق وأن ذكرنا أن الشروط الإرادية لعقد الزواج لا تكون على إطلاقها، بل أنها تخضع للرقابة،وهذه الرقابة إما تكون رقاب إدارية أو قضائية.وبعد التطرق للرقابة الإدارية، ومعرفة مدى سلطة الظابط المكلف بإبرام عقد الزواج في مراقبة صحة هذه المشارطات،تبقى لنا سلطة القاضي في تعديل وإلغاء هذه الشروط في حالة ما إذا ثار نزاع بين الزوجين حولها.

وهذا ما سيتم التعرف عليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني:

سلطة القضاء في تعديل أو إلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج

لقد منحت كل التشريعات الأسرية العربية، لقاضي الأسرة سلطة تقديرية واسعة، ذلك أن معظم النصوص القانونية، هي نصوص مرنة تسمح بإيجاد الحل المناسب، مع اختلاف الظروف والملابسات، والتصدي لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة، أو يهدد مصالح أفرادها[2].

وعلى الرغم من أن دور القاضي التقليدي هو تطبيق القانون وتفسيره، وأن العقد محكوم أصلا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكن قد تتسع سلطة القضاء أو الإرادة القضائية في التعديل على سلطة المتعاقدين، وخاصة في الظروف الاستثنائية كحالة الظروف الطارئة، أو في حالة وجود شروط تعسفية، وذلك بالزيادة أو النقصان أو التخفيف[3].

---

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

[2] عمار بن احمد ،.السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة نيل إجازة القضاء، المدرسة العليا للقضاة، 2005، 2008 ص.376. http://sciences juridiques@gmail.com

[3] قزمار نادية محمد، تطور دور القاضي في تفسير "قانون العقد" وإشكالات التطبيق، الأردن، ص.10.

ومنه فالإشكالية التي يمكن طرحها لمعالجة الموضوع هي:ما هي الظروف والأسباب التي قد تدفع بالزوجين إلى طلب تعديل أو إلغاء الشروط الإرادية؟وما مدى سلطة قاضي الأسرة في تعديل هذه الأخيرة؟

وللإجابة على هاتين الإشكاليتين ارتأيت أن أقسم هذا المطلب إلى: دوافع الزوجين لطلب تعديل شروطهما الإرادية(الفرع الأول)،ومدى سلطة القاضي الأسري في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

دوافع الزوجين لطلب تعديل شروطهما الإرادية

إن فتح باب المشارطات على مصراعيه قد يأتي بنتائج عكسية، تقضي على استقرار الزواج، وعلى دوام الحياة الزوجية، القائمة على أساس المودة والرحمة،والعشرة بالمعروف. لأنه قد يحدث أن يسيء أحد الزوجين استعمال سلطته، في وضع الشروط مما يؤدي به الحال إلى وضع شروط تعسفية تسيء إلى الطرف الآخر[1].

كأن تشترط الزوجة على زوجها عدم إخراجها من بلدها، وهذا حتى لا تبتعد عن والديها وأهلها، ربما لا يكون هذا الشرط في صالح الزوج الذي رضي به، لأنه قد يغير مكان عمله وهذا بأمر من الإدارة التابع لها، مما يجعله يغادر بلد الزوجة لإتمام ممارسة وظيفته، وإذا خالف الزوج هذا الشرط المتفق عليه، قد يؤدي ذلك إلى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، لأنها لم ترضى بهذا الزواج إلا بهذا الشرط، وقد يعود هذا بالسلب على أفراد العائلة خاصة إذا كان للزوجين أطفال، ولكن إذا أراد الزوج أن يفي بشرطه، فإنه يجد نفسه مجبرا عن التخلي عن عمله الذي يعتبر مصدر رزقه[2].

[1] سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2011، 2012، ص.150.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.95.

وهنا وحفاظا على الأسرة وعلى العلاقة المتينة بين الزوجين، فلا يجب عليهما أن يتعسفوا في المطالبة بالشروط المتفق عليها أثناء عقد الزواج، ولا بد أن يتنازل كل واحد من الزوجين عن بعض الشروط التي اشترطها.

ولكن إذا تعقدت الأمور ولم يستطيع أحد الزوجين تنفيذ الشرط المتفق عليه، فليس له هنا إلا اللجوء إلى القضاء، وهذا إما لإعفائه من تنفيذ هذا الشرط أو تعديله، والسلطة التقديرية للقاضي هي التي تقدر هذه الظروف الطارئة، ومن ثم تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي العقد[1].

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على نظرية الظروف الطارئة، وإنما نص عليها في أحكام القانون المدني من خلال المادة 107 الفقرة الثالثة والتي تنص على: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وهذا بخلاف القانون المغربي الذي يعتبر القانون الوحيد الذي نص على نظرية الظروف الطارئة، في مدونة الأسرة في حال تعذر الوفاء بالشروط لأسباب قاهرة[2]، حيث نصت المادة 48 منه على أنه: " إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن الملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه .

ويلاحظ أن المشرع المغربي على اختلاف التشريعات الأسرية العربية، قد وضع هذا النص لعلاج مسألة تنفيذ الشرط الإرادي المقترن بعقد الزواج، فقد لا تتخذ هذه الأخيرة طريقها العادي، فقد تطرأ أثناء الحياة الزوجية ظروف ووقائع يصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، وفي هذا الإطار أعطت مدونة الأسرة للملتزم المرهق الحق في اللجوء إلى القضاء، من أجل مراجعة ذلك الشرط، بالإعفاء منه أو تعديله، مادامت الظروف والوقائع

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق نفسه، ص.96.
[2] سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص.152.

قائمة وهنا تبقى للمحكمة سلطة واسعة في تعديلها، ومدى تأثيرها في الشرط إلى درجة أن يصبح معها التنفيذ العيني مرهقا لمن ألتزم به من الزوجين مراعية في ذلك ما يلي:

1- التحقق من كون الظروف والوقائع التي أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، كحادثة طارئة.

2- التحقق من أن أسباب تلك الظروف والوقائع موضوعية لا ذاتية، أي أنه لا يد للملتزم بالشرط في ظهورها وحدوثها.

3- التحقق من أن تلك الظروف والوقائع من شأنها أن تجعل التنفيذ العيني للشرط مرهقا للملتزم به، وفي حالة العكس فإن المحكمة ترفض الطلب[1].

لكن في ختام هذه النقطة لا بد من الإشارة أنه إذا كان المبدأ في مدونة الأسرة هو تخويل الملتزم بالشرط إمكانية المطالبة القضائية لتعديل هذا الشرط أو الإعفاء منه، فإنه يستثنى من هذا المبدأ وبنص المادة 48 من نفس المدونة، الشرط المنصوص عليه في المادة 40 منها والتي تنص على أن: " التعدد يمنع في حالة وجود الشرط من الزوجة بعدم الزواج عليها".

هكذا فشرط عدم التعدد هو استثناء من قاعدة جواز الإعفاء من الشروط، ولا يمكن التحلل منه إلا بالتنازل عنه من الزوجة التي اشترطته[2].

ولكن هذا الاستثناء يطرح إشكالا مهما، وله آثار خطيرة في نفس الوقت ويتجلى ذلك في أنه رغم وجود ظروف ووقائع من شأنها أن تجعل شرط عدم التعدد مرهقا للزوج، فإنه لا يمكن التحلل منه بالتعديل أو الإلغاء، بل عليه انتظار تنازل الزوجة عن هذا الشرط، فمثلا إذا كانت هذه الظروف هي عقم الزوجة أو إصابتها بسرطان عنق الرحم، فلو أراد الزوج أن يتزوج امرأة أخرى طالبا الولد في الحالة الأولى، أو المعاشرة في الحالة الثانية.

فإن شرط عدم التعدد الملتزم به للزوجة الأولى يمنعه من ذلك، وما عليه إن أراد الزواج بالثانية، ولم تتنازل له الزوجة الأولى عن شرطها إلا أن يطلقها، وهذا أمر وإن كانت فيه

[1] سي ناصر بوعلام، المرجع السابق نفسه، ص.152، وما بعدها.

[2] بن فقة سهام،الشروط الإرادية والاختصاصات ذات الطابع المالي www.startimes.com.

حماية الزوجة، فإن فيه نوع من الإرهاق للزوج، بسلوك مسائل وإجراءات قضائية هو في غنى عنها، خاصة وأنه لا يكون راغبا أيضا في تطليق زوجته[1].

وفي الأخير تجدر الإشارة أنه على المشرع الجزائري أن يحذو حذو نظيره المغربي، بوضعه لنص صريح في قانون الأسرة، يمنح فيه للزوجين حق اللجوء إلى القضاء، في حالة ما إذا أصبح تنفيذ الشرط الإتفاقي مرهقا لأحدهما أو كلاهما.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية،فالذي يبدو مناسبا في هذه الحالة هو تعديل المادة 40 وذلك بجعل هذا الشرط قابلا للتعديل أو الإلغاء في الحالات الاستثنائية، وذلك تحت مراقبة القضاء دائما مثل وجود حالة العقم والذي يعتبر في نظرنا المحترم مبررا لتعديل أو إلغاء شرط عدم التعدد.

الفرع الثاني:

مدى سلطة القاضي الأسري في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج.

إن المتعاقدان هما اللذان يسنان القانون الذي يحكم عقدهما، فإرادتهما هي صاحبة الاختصاص الكامل في إنهائه أو تعديله، وإن كانت هذه القاعدة العامة التي تحكم العقود، فإنها تطبق أيضا فيما يتعلق بتعديل أو نقص الشرط المقترن بعقد الزواج.

وفي حالة ما إذا أصبح التنفيذ العيني للشرط مرهقا للملتزم به، فلهذا الأخير أن يطالب من القضاء أن يعفيه من هذا الشرط أو يعدله، ما دام الظرف الطارئ قائما[2].

والجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري لم يرد به نص خاص يمنح للزوجين حق اللجوء للقضاء، من أجل تعديل أو إبطال الشرط في حال تعذر تنفيذه، ويبقى ذلك خاضعا للقواعد العامة في القانون المدني، بخلاف مدونة الأسرة المغربية التي أوردت نص المادة 2/48 على طلب تعديل أو إنهاء الشرط المقترن بالزواج[3].

---

[1] بن فقة سهام، المرجع السابق نفسه.

[2] سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص.150.

[3] بوكماش محمد،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون في المدني الجزائري والفقه الإسلامي،أطروحة دكتوراه جامعة باتنة ،2012

ويراعي القاضي وهو بصدد الفصل في تعديل أو إلغاء الشرط المقترن بعقد الزواج، 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، بعد أن اشترطت عدم خروجها منه، بحيث مثلا يفقد الزوج منصب عمله بسبب التزامه بشرط زوجته عليه، فيكون دفع هذا الضرر مقدم على ضرر الزوجة الناجم عن تخوفها من العيش خارج بلدها، ويكون نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري هو السند القانوني للقاضي الجزائري، في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، وذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة ،ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك لتعلق أحكام المسؤولية بالنظام العام[1].

وعلى القاضي أن يلتزم بحرفية بنود العقد إذا كانت عبارات العقد واضحة، وإذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومراعاة غرضيهما من التعاقد ولا يجوز تجزئة شروط العقد، لأن ذلك يجعل من الوصول إلى النية المشتركة للزوجين أمرا صعبا، ولهذا أوجب تغيير العقد في مجموع بنوده وكافة أجزائه المكونة له[2].

فمثلا لو اتفق الزوجان على تأجيل جزء من المهر، فليس للزوجة أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها قبل دفعه الجزء المؤجل من المهر، لأن قبولها بتأجيل جزء من مهرها عند العقد، يفسر على أنها رضيت بتأجيل المطالبة به، وإذا 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[3].

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو إلغاء الشرط المتفق عليه في عقد الزواج إذا كان الظرف طارئ، وأصبح معه التنفيذ العيني للشرط مستحيلا أو مرهقا للملتزم به، وهذا ما نجده أيضا في الفقه الإسلامي، فإذا رجعنا إلى الفقه الحنبلي نجد أنهم في الشروط التي رسموها للتفريق بين الزوجين عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها، لم يتركوا الأمر على إطلاقه بل قيدوه ببعض القيود والضوابط، ولعل أهمها شرط بقاء ما شرطه أحد المتعاقدين على الصفة التي كان عليه وقت الاشتراط، فإن تغييره عن الحالة التي كان عليها

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق ، ص.95.
[2] مسعودي سويف، المرجع السابق نفسه، ص.95،96.
[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق نفسه، ص.96.

بطل الشرط، كاشتراط الزوجة مسكن بمواصفات معينة، لكن تغيير هذا المسكن بسبب الخراب أو الظروف الطبيعية، ففي هذه الحالة للزوجة حيث شاء، ويسقط حقها في الفسخ لان الشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل، فتغيير المسكن كان لظرف طارئ وقوة قاهرة، مما أدى إلى إلغاء الشرط بأكمله[1].

بعد التطرق للرقابة التي تخضع لها الشروط الإرادية في عقد الزواج،بقي لنا معرفة مصير هذه الشروط ومدى تأثيرها على العقد المقترنة به.

وهذا ما سيتم التعرف عليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني:

أثر الشرط المقترن بعقد الزواج

إن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بسائر العقود، فوضعت لها الضوابط والمعايير التي تضبطها، ولكن عقد الزواج من العقود التي اهتمت بها اهتماما خاصا، نظرا لأهميتها وخصوصيتها، ذلك أنها تهدف إلى تحقيق مصالح المكلفين، لذا جعلها الشرع تجمع بين الثبات والتطور لتساير مصالح الناس في كل وقت، وقد أجاز للمتعاقدين أو أحدهما أن يضيف للعقد ما يراه محققا لمصلحتهما أو لأحدهما، وهذا عن طريق الاشتراط، فإذا اقترنت صيغة عقد الزواج بهذه الشروط الإرادية الزائدة على أصل العقد، فإنها تصبح جزءا من صيغة العقد ويلتحق بها وينعقد العقد صحيحا، ولكن قد يترتب على هذا الاقتران التأثير في العقد من حيث الصحة والبطلان تبعا لفساد تلك الشروط وصحتها.

والمقصود بتأثير الشروط على العقد، هو الحكم الذي يترتب على اشتراطه في عقد الزواج، من حيث إلزامه الوفاء بالعقد والتقيد به، وكذا ثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط، أو فساد العقد لعدم صحته.

وعليه فالإشكال المطروح هنا: ما حكم الشرط المقترن بعقد الزواج؟ وما الجزاء المترتب على عدم وفاء أحد العاقدين بالتزاماته؟

[1] سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص.154.

وللإجابة على هذين الإشكالين، ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى:حكم الشرط المقترن بعقد الزواج(المطلب الأول)،والجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط(المطلب الثاني).

المطلب الأول:

حكم الشرط المقترن بعقد الزواج

إذا اقترن عقد الزواج بشرط، فإن هذا الأخير يخلف أحكام تقع على عاتق المتعاقدين، إذ يصبح كل طرف ملزم ويقع عليه عبء تنفيذ التزامه، غير أنه ينبغي على المتعاقدين وقبل وضع أي شرط أن يميزوا بين الشرط الصحيح والشرط الغير الصحيح، لأن لكل نوع حكمه وتأثيره على العقد من حيث الصحة والبطلان[1].

وهذا الموضوع قد أسال الكثير من حبر الفقهاء، لأن مواقفهم كانت متباينة حول أنواع الشروط وأحكامها، وكذلك حول الحدود والقواعد التي يعرف بها الشرط الصحيح، والشرط والغير الصحيح[2].

وعليه فالإشكال الذي يطرح نفسه هنا، هو ما حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في نظر الفقه؟ وما حكمه في نظر القانون؟

وللإجابة على هذين الإشكالين ارتأيت أن أقسم هذا المطلب إلى:حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في الفقه الإسلامي(الفرع الأول)،وحكم الشرط المقترن بعقد الزواج في التشريعات الوضعية(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في الفقه الإسلامي

إن الشروط المقترنة بعقد الزواج، تلعب دورا هاما في التأثير على العقد، من حيث الصحة والفساد، وحتى من حيث وجوب الوفاء بها، وهذا بإعطاء الحق للمشترط بفسخ عقد الزواج، عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أثناء العقد، ما لم تخالف النظام الشرعي

[1] طرشي سمية، المرجع السابق، ص.30.
[2] بوعلام سي ناصر، المرجع السابق، ص.112.

ومقاصده. ومن ثم فالإشكال المطروح هنا، هو ما موقف الفقه من الشروط المقترنة بعقد الزواج؟ وهل تنفذ أم تلغى كأنها لم تكن؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سأقسم هذا الفرع إلى:الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج(أولا)،والشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج (ثانيا)، والشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه(ثالثا).

- أولا: الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج:

هو الشرط الذي يكون جزءا من مقتضى العقد ومؤكدا له، بحيث لا يكون فيه منافاة لعقد الزواج، كاشتراط الزوجة الكفالة أو الإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان، أو بأن ينفق عليها زوجها.

فهذه الشروط كلها صحيحة، لأن الغرض من اشتراطها هو تحقيق التلاحم والتوافق بين الزوجين، وهذا ما يلائم مقصود النكاح[1].

والشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج، هو في حقيقته مجرد صفة لمحل العقد، ولا يضيف إليه أصلا جديدا، لأنه يدخل في العقد دون حاجة إلى تسمية، فلا يوقع في العقد خللا ويحكم به، وهذا النوع كما قال الشاطبي" رحمه الله مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال"[2].

لهذا فقد أجمع الفقه الإسلامي، على صحة الشروط التي يقتضيها عقد الزواج، وتوافق مقصوده الشرعي، كاشتراط الرجل القوامة على زوجته أوإشتراطه عليها عدم الخروج من البيت إلا بإذنه، فهذه الشروط صحيحة والعقد معها صحيح أيضا، ويجب على كل من التزم بها أن يفي بها[3].

- ثانيا: الشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج:

هذا النوع من الشروط غير صحيح باتفاق الفقهاء، فهي لا يقتضيها عقد الزواج، ولا تؤكد ما يقتضيه، ولم يرد الشرع بجوازها، ولم يجر بها العرف، فهذا النوع من الشروط غير

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.70.

[2] الشاطبي إسحاق، الموافقات في أصول الأحكام، ج1،دار الفكر،1341،ص. 197.

[3] بلتاجي محمد المرجع السابق ص223،بلال مهران محمود ،احكم الأسرة في الفقه الإسلامي، ط1 ،د.د.ن،2000،ص.292

ملائم لمقصود المشروط، ولا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول[1]، أي هو شرط غير ملائم للمشروط بل هو مناف لمقتضاه، كما لو اشترط الزوج في عقد الزواج على زوجته دفع مهرها أو نفقتها، أو اشترط أن يقسم لها أقل من ضرتها. وبالمقابل لذلك تشترط الزوجة ألا تسلم نفسها إلى مدة محدودة، أو ألا يطأها زوجها مطلقا، فإن كل هذه الشروط تعد باطلة لمنافاتها لمقتضى العقد، ويصح النكاح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، كما أنها تسقط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده[2].

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

ولقد اجمع الفقهاء المسلمين،على بطلان الشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج، ولكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج.

- **الحنفية:** ذهب الحنفية إلى القول بتغليب قوة العقد على فساد الشرط، وبذلك يظل العقد صحيحا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم، وإنما يبطل الشرط فقط[3]، وهذه الشروط لا يجوز الوفاء بها.

- **المالكية:** إن مثل هذه الشروط إذا شرطت بفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط، بحيث الشرط كالعدم، حيث جاء في حاشية الدسوقي " وألغي الشرط المناقض بعد الدخول في جميع ما مر"[4] ولأن مثل هذه الشروط تؤدي إلى وقوع الخلل في العقد، وتفريق المالكية بين حالتي قبل الدخول وبعده ميزة تفرد بها المذهب المالكي عن باقي المذاهب الفقهية الأخرى.

---

[1] الشاطبي، المرجع السابق، ص .197.

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.73.

[3] السرخسي، المرجع السابق، ص.95، العيني أحمد، المرجع السابق،ص.567.

[4] الدسوقي محمد عرفة،المرجع السابق،ص.123 ابن قدامة، المحبة بالدليل، شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل،ج3، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2007،ص.19.

وهذا عملا بقاعدة "مراعاة الخلاف"[1]، لأنه ما دام يفسخ وجوبا قبل الدخول فالأصل في النكاح أنه فاسد، لكن أثبتوه بعد الدخول وقالوا بصحته، وهذا مراعاة لخلاف من قال بصحته من أصحاب المذاهب الأخرى كالحنفية والحنابلة.

- **الشافعية:** هذا النوع من الشروط هو من القسم الثاني بالنسبة للشروط التي تخالف مقتضى العقد أو مقصوده عندهم، ويسمى هذا القسم من الشروط ما يخل بمقصود النكاح الأصلي، وهذا كشرط أن يتزوجها على أنها طالق رأس الشهر، أو كشرط المرأة ألا يطأها، فالنكاح هنا باطل لأن هذا الشرط رفع مقصود العقد، لكن لهم تفصيل في بعض هذه الشروط بحيث يختلف حكمه باختلاف مشترطه وهو ما منع مقصود العقد في إحدى الجهتين دون الأخرى، ومن بين هذه الشروط كأن يتزوجها على أن لا يطأها، فإن كان الشرط من جهتها فتزوجته على أن لا يطأها فالنكاح باطل، لأنها قد منعته من حقه عليها، وإن كان الشرط من جهته فتزوجها على أن لا يطأها فالنكاح عندهم صحيح لأن الزوج صاحب حق الوطء فله تركه، والتمكن حق عليها فليس لها تركه، كما لو اشترط أن لا يقسم لها مع ضرتها، فإن كان الشرط من جهتها صح النكاح، لأن لها العفو عن القسم، وإن كان من جهته بطل النكاح[2]، وأيضا كما لو تزوجها على أن لا نفقة لها أبدا فسمي هذا الشرط بأنه رفع بدل مقصود العقد، فلو كان الشرط من جهتها فالنكاح جائز ولها النفقة، وإن كان الشرط من جهة الزوج فهل يؤثر في صحة عقد الزواج أو لا؟.

اختلف الشافعية في ذلك إلى رأيين:

- **الرأي الأول:** انه يؤثر في صحة النكاح فيبطله.

---

[1] عرفها ابن عرفة بأنها إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر، أنظر شرح حدود ابن عرفة الرصاع، ط1، دار القدس، القاهرة، 2009،ص.226.
وأما الشاطبي فقال: الظاهر في مراعاة الخلاف أنها اعتبار الخلاف، أنظر الموافقات،ص. 90.
فهناك من اعتبر الخلاف أصلا من أصول مذهب الإمام مالك، لكن بشرط لابد منه وهو أن يكون دليله قويا، فإذا كان مالك لم يراعيه في بعض الأحوال فذلك لعدم قوة دليله لا لاختلاف قوله في هذا الأصل ولها معنى خاص عند المالكية كما صوره الإمام الشاطبي، فهي عبارة عن إعادة نظر من المجتهد في الحكم بعد الوقوع لما يترتب عليه من آثار وإشكالات تستدعي نظرا جديدا، يأخذ بعين الاعتبار دليل المخالف، فيبنى الأمر الواقع على مقتضاه أو بعض مقتضاه وإن كان مرجوحا في أصل نظره، إلا انه لما وقع الأمر على وفقه روعي جانب آثار الفعل وما يترتب عليه، فتجدد الاجتهاد بنظر جديد وأدلة أخرى، أنظر: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، محمد الأمين بن الشيخ، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي، 2002،ص.77

[2] المطيعي محمد نجيب، المجموع شرح المهذب للشيرازي،ج17، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، د.س.ن،ص.956.

- **الرأي الثاني:** أنه لا يؤثر في صحة النكاح، فيفسد الشرط وحده، ويحكم لها بمهر المثل[1].

- **الحنابلة:** إن الشروط التي تخالف مقتضى عقد الزواج، وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فإن هذه الشروط غير صحيحة، ولكنها لا تؤثر في صحة العقد، أي أن هذه الشروط تبطل وكأنها لم تكن مثل شرط أن لا مهر لها، أو أن لا يبيت عندها، أو اشترطت عليه أن لا يطأها، أو لا يكون عندها إلا مرة في الأسبوع.

فهذه الشروط اعتبرها الحنابلة فاسدة في نفسها غير مفسدة للعقد، وعليه حكموا على هذه الشروط بالبطلان وعلى عقد النكاح بالصحة[2].

فقد نص عن الإمام احمد، في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة، ثم رجعت وقالت: لا أرضى إلا ليلة ولية، فقال لها: أن تتنازل بطيب نفس منها، فإن ذلك جائز، وإن قالت لا أرضى إلا بالمقاسمة، كان ذلك حقا لها تطالب به إن شاءت[3].

كما نقل عن الإمام أحمد في بعض هذه الشروط، يحتمل إبطال العقد كما في النهاريات والليليات، لأنه ليس هذا من نكاح أهل الإسلام[4].

وبعد التطرق إلى أقوال الفقهاء، في الشروط المناقضة لمقصود عقد النكاح، ولم يرد الشرع بجوازها، واختلافهم حول مدى تأثيرها على عقد النكاح، يجب التنبيه على أن هناك شروط قد ورد النهي عنها بنصوص صريحة، وهذا كأن تشترط الزوجة طلاق ضرتها، أو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته لشخص آخر، على أن يزوجه ابنته أو أخته أو أي امرأة هي في ولايته، ويجعل صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يصطلح عليه بنكاح الشغار، وكأن يتزوج الرجل مطلقة ثلاثا، بشرط إحلالها لزوجها الأول، وهو ما يسمى بنكاح المحلل، وكأن يتفق الزوج والزوجة على تأقيت النكاح، وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت.

فهذه الأنكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى اشتمال بعضها على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، ومقاصده التي شرع لأجلها[5].

---

[1] النووي،مغنى المحتاج، المرجع السابق،ص. 589.

[2] ابن قدامة موفق الدين ، المغني، المرجع السابق،ص. 450.

[3] ابن قدامة، المرجع السابق نفسه، 450.

[4] ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج4،ط1، دار هجر، 1997،ص.288.

[5] الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته،ج9 ،ط9، دار الفكر، دمشق،2006،ص.654.

وخلاصة القول بالنسبة لتأثير الشرط الفاسد على عقد الزواج.

- **الحنفية:** الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وإنما يلغى الشرط وحده، ويصح العقد.

- **الحنابلة:** يوافقون الحنفية إلا في بعض الشروط فإنها تبطل العقد، وهي التي ورد النهي الصريح عنها من الشارع، بعدم اعتبارها كاشتراط التوقيت والتحليل...إلخ.

- **الشافعية:** الشرط الفاسد يفسد العقد إذا أخل بمقصود الزواج الأصلي، وإلا فسد الشرط وحده.

- **المالكية**: عندهم يجب فسخ العقد ما دام الرجل لم يدخل بامرأته، فإن دخل بها مضى العقد وألغي الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل[1].

ثالثا- الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه:

وهو شرط ليس من مقتضى عقد الزواج ولا من مستلزماته، كما انه لا ينافيه ولا يخل بمقصد من مقاصده، ولم يرد بشأنه أمر أو نهي من الشارع، ولكنه يحقق مصلحة معتبرة للمشترط[2].

ومن هذه الشروط اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، واشتراطها تعجيل مقدم المهر، أو تقديم كفيل للمهر، واشتراط الزوج أن تكون زوجته متعلمة أو جميلة أو ذات صفات أخرى.

ولقد اختلف الفقهاء حول صحة هذه الشروط و فسادها ،و لزوم الوفاء بها وعدم لزوم الوفاء بها، مع اتفاقهم على أنه لا يؤثر في صحة العقد حال مراعاته أو عدم مراعاته، وإنما يثبت خيار الفسخ عند عدم مراعاته، عند القائلين بصحته ولزومه لمن اشترطه من الزوجين[3].

ولهذا سنتعرض إلى دراسة حكم هذا النوع من الشروطن في المذاهب الأربعة وذلك كالآتي:

-الشافعية:

يرى الشافعية بأن اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من دارها، وما شابه ذلك من الشروط التي لا تأثير لها على عقد الزواج، بل يضل صحيحا

[1] الزحيلي وهبة، المرجع السابق نفسه، ص.654.
[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.75؛ رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.415.
[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق نفسه، ص.415.

ويفسد الشرط وحده، ما لم تخل هذه الشروط بمقصود النكاح الأصلي،في الوطء والاستمتاع، وفي حالة إخلال هذه الشروط بهذا المقصد الأصلي من النكاح، فيبطل الشرط والعقد معا[1].

-المالكية:

لقد اعتبر المالكية الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، شروطا مكروهة ولكن لا يفسخ الزواج بها لا قبل الدخول ولا بعده، ولا يلزم الوفاء بها وإنما يستحب الوفاء بها، وتعتبر هذه الشروط مكروهة لما فيها من الحجر على الزوج والحد من تصرفه في حقه[2].

ويكون هذا النوع من الشروط لازما عند المالكية، إذا علق الزوج الشرط بطلاق كقوله: إذا تزوجت عليك فأنت طالق، أو أمرك بيدك، فإن فعل شيء من ذلك لزم ما شرط.

أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لا ينقلها من بلدها، وإن فعل هذا صار أمر طلاقها بيدها، فيكون لها الخيار أن تطلق نفسها بعد الإخلال بالشرط وإن ثبت الزواج، كما تصبح هذه الشروط لازمة على الزوج إذا التزم بها على شكل يمين[3].

ولقد ورد في الأثر أن الإمام مالك قال:" أشرت على قاض منذ دهر أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وقد كتبت بذلك كتابا وصيح في الأسواق وعابها عيبا شديدا"[4].

وقد سئل المواف عن امرأة تزوجت على شرط أن يسكن بها زوجها مدينة بلش، وأن هذا الرجل تقام معي أكثر منها ببلش فأجاب: لهذا الرجل أن ينتقل بزوجته حيث تتهيأ له معيشته ولا مقال لزوجته إذا كان غير شديد[5].

ويستخلص مما سبق أن المالكية اعتبروا هذه الشروط مكروهة ابتداءا، لكن إذا ذكرت في العقد يستحب الوفاء بها ولا تكون لازمة، إلا إذا اقترنت بعتق أو طلاق.

---

1 الأنصاري شهاب الدين ،المرجع السابق ، ص.287 وما بعدها.

2 القرافي، المرجع السابق، ص .405،الغرياني،المرجع السابق،ص.521

3 الطاهر الحبيب، المرجع السابق، ص 329.

4 مالك ابن انس، المدونة الكبرى ،ج3 ،دار الفكر، بيروت، لبنان،2005، ص.120

5 الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط،،1981،ص. 236.

- الحنفية:

إن القاعدة عند الحنفية كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يكون مؤكدا لمقتضاه ومضمونه ولم يرد الشرع بجوازه، ووجوب مراعاته أو جرى به العرف فهو فاسد ولاغ، فلو اشترطت الزوجة عدم المسافرة أو عدم التزوج فهو فاسد، لأن فيه منع لأمر مشروع، لكن لو تزوجها على مبلغ ألف على أن لا يتزوج عليها فإن وفى فلها المسمى لأنه يصلح مهرا وقد ترضى به، وإلا فمهر مثلها لأنها ما رضيت بالألف إلا مع ذكر لها من المنفعة، فيكمل لها مهرها المثل لأنها لم ترضى فكأنه ما سمي[1].

أي أن الحنفية ترى أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، شرط يجوز الوفاء به ولا يلزم.

كذلك فإن اشترط الخيار للزوجين أو أحدهما، لا يبطل العقد فالعقد صحيح والخيار باطل[2].

أما اشتراط المرأة أن يكون لها الحق في تطليق نفسها متى شاءت فهو أيضا ينطبق عليه وصف الشروط الفاسدة، غير أن الحنفية أجازوا هذا الشرط وقالوا لها أن تطلق متى شاءت إن اشترطت ذلك[3]، وعللوا ذلك بأن هذا ليس شرطا إنما هو تفويض حق.

فالطلاق حق يملكه الرجل بعد العقد، فله أن يتنازل عن حقه ويفوض فيه الزوجة لإيقاعه متى شاءت، فهو تعجيل في التفويض ليس إلا، ومن هنا يجوز للزوج أن يعطيها هذا الحق[4].

فهذا الرأي يرى أنه ليس لأي من الزوجين الحق في فسخ العقد إذا لم يوفي الملتزم بالتزامه، لأنه في نظرهم تخلف الشرط يترتب عليه تخلف الرضا بالعقد، كما أن تخلف الرضا بالعقد لا أثر له في عقد الزواج حسبهم، لأنهم يعتبرون هذا العقد صحيح مع وجود الإكراه، وعليه فإن الشرط الباطل أو الفاسد يترتب عليه بطلان الشرط وحده، وبقاء العقد صحيح[5].

---

[1] الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ص.350.
[2] الشوكاني، المرجع السابق ،ص. 350.
[3] ابن الهمام،المرجع السابق،ص.334 .
[4] سمارة أحمد، المرجع السابق، ص.134.
[5] ابن الهمام، المرجع السابق، ص.336.

-الحنابلة:

يرى الحنابلة بان الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولكنها لا تنافيه، كأي شرط تنتفع به المرأة، كزيادة مهرها أو اشتراطها ألا يخرجها من بيتها، أو بلدها، أو ألا يتزوج عليها، فهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها، وإلا فللزوجة حق الفسخ وحجتهم في وجوب الوفاء بهذه الشروط أنها لا تحل حراما ولا تحرم حلالا، وإنما هي تعطي الخيار للمرأة إن لم يف به الزوج، وأما شرط أن يطلق الرجل زوجته الأولى فالعقد صحيح والشرط باطل[1]. لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها , فإنما لها ما قدر لها»[2]، و لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى»[3].

ولقد اعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية تيسيرا في مسألة الشروط بتحقيقه لرغبات الناس في الاشتراطات العقدية.

إذ اعتبروا الشروط صحيحة لازمة، وليس للزوج التخلص منها فإن خالفها كان لها حق فسخ العقد متى شاءت، ولا يسقط حقها في الفسخ بمضي مدة معينة، وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاس، وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعي وإسحاق بن راهوية[4]، وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[5].

فلو اشترطت الزوجة زيادة في النفقة الواجبة، فقياس المذهب وجوب الزيادة، لأنه اشترطت عليه شرطا لا يمنع المقصود بعقد النكاح، ولها فيه منفعة، فيلزم الزوج الوفاء به[6]، ومن تزوج امرأة وشرط أن لا يخرجها من قريتها ثم بدا له أن يخرجها، فليس له أن يخرجها، فيما إذا اشترطت دارها أو بلدها وجها، بأنه يجبر على المقام معها[7].

فإن صاحب الشرط في عقد النكاح لم يرضى بالعقد إلا مشروطا بالوفاء، فإذا لم يتحقق الشرط فإن الرضا وهو أمر لا بد منه في حالتي الابتداء والبقاء، إذ لا خير في بقاء عقد فقد

---

[1] المرداوي، المرجع السابق، ص. 154وما بعدها.
[2] حديث سبق تخريجه.
[3] حديث سبق تخريجه.
[4] ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، ج7، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن،ص.448.
[5] ابن تيمية أحمد، مجموع فتاوي شيخ الإسلام،ج32 ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 2004،ص.164.
[6] ابن تيمية أحمد، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، دار العاصمة، د.س.ن،ص.316.
[7] أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1997 ص.99.

فيه الرضا، وهناك قاعدة فقهية يذكرها الفقهاء وهي " الشرط أملك"[1] ومعنى أملك: أشد وأعز ملكا، فهو اسم تفضيل ومعناه: إن الشرط قيد المشترط وأوثقه لأنه اشترط على نفسه شرطا فقد قيد نفسه به وعليه الوفاء بشرطه.

ومن خلال استقرائنا الأول، لأراء للفقهاء الأربع في حكم الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه، والأدلة التي استدل عليها كل مذهب فيما ذهب إليه، يتضح أن المذهب القائل بصحة الشروط ولزومها ووجوب الوفاء بها، هو الأقوى كأصل عام، طالما قبلها الطرف الآخر، لأن جعل الشروط الجائزة ملزمة، هو الذي يحقق استقرار الأسرة ويحمي الحياة الزوجية، من أسباب الشقاء الناجمة عن إهدار الزوج، أو الزوجة ما التزمه من شرط اتجاه الآخر، فيعتمد الاشتراط عند العقد ليستميل الطرف الآخر، ويجره إلى التعاقد فإذا ابرم تملص من عقده، وخدع صاحبه بسبب عدم لزومها، علما أن الشريعة الإسلامية، جاءت راعية لكل العهود، والمواثيق حتى مع الأعداء، فكيف تستباح الحياة الزوجية بالمكر والخداع ونقض العهود.

إذ أن من الواجب أن تكون علاقتهما الزوجية قائمة على المودة والرحمة، وعليه فإن الالتزام بالشروط المتفق عليها، حماية أخرى للأسرة من أسباب الاندثار والتفكك، وقد قرر الفقهاء أن " المسلمون على شروطهم"، " مقاطع الحقوق عند الشروط"، " من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه"[2].

إلا أنه لا ينبغي التوسع في الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار ودوام الحياة الزوجية على أساس المودة والعشرة بالمعروف.

[1] نسبت هذه القاعدة للأمير عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لكن هي من قول شريح القاضي نقلا من كتاب: موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد،ج2، ط1 ، مكتبة التوبة، الرياض، المملكة السعودية،2000،ص.93.

[2] داودي عبد القادر، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، السانية، جامعة وهران، 2005،2004،ص.166.

الفرع الثاني:

حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في التشريعات الوضعية

بعد التطرق إلى موقف الفقه من الاشتراط، نجد أن التشريعات العربية قد تأثرت بالمذهب الحنبلي، الذي وسع من دائرة الشروط الصحيحة، وذلك لتسهيل المعاملات بين الناس، فنجد معظم التشريعات الوضعية، وأخص بالذكر التشريع الجزائري والمغربي اللذان هما محل دراستي، قد أباحا للزوجين أن يضمنا عقد زواجهما بكل الشروط التي يريانها مناسبة، شريطة أن لا تخالف نص قانوني، أو قاعدة آمرة، أو تخالف مقتضى عقد الزواج.

وعليه فإن هذه التشريعات قد قسمت الشروط إلى قسمين، شروط صحيحة وشروط غير صحيحة، على خلاف التقسيمات التي سبق وأن درسناها في الفقه.

ومنه فالإشكال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل الشروط الصحيحة ملزمة للزوجين أم لا؟

وما مصير عقد الزواج المشتمل على شرط غير صحيح؟

وللإجابة على هذين الإشكالين ارتأيت أن أقسم هذا الفرع إلى:حكم الشرط الصحيح قانونا(أولا)،و حكم الشرط الغير الصحيح قانونا(ثانيا).

- أولا: حكم الشرط الصحيح قانونا:

إن كان الفقهاء قد تركوا لنا بحوثا كافية ومستفيضة، حول ما يجوز وما لا يجوز اشتراطه في العقود بصفة عامة، وعقد الزواج بصفة خاصة، وأن بعض القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية قد وضعت معايير محددة، لما يجوز ولما لا يجوز اشتراطه في عقد الزواج، فإن قانون الأسرة الجزائري قد تعرض إلى مسألة اشتراط الشروط في عقد الزواج، في مادة وحيدة وردت محشورة بين الأحكام التي تحدد للموظف المختص، بتحرير وتسجيل عقد الزواج، وبين الأحكام المتعلقة بالوكالة في عقد الزواج، وهذه المادة هي التي تحمل رقم 19 ،والتي نصت على انه للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، شريطة أن لا تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة [1].

[1] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص169.

أما المشرع المغربي، فهو الآخر لم يختلف عن نظيره الجزائري، لأنه تناول موضوع الاشتراط في مادتين، وذلك في القسم الرابع تحت عنوان الشروط الإرادية لعقد الزواج وآثارها، وهاتين المادتين تتمثلان في المادة 47 التي نصت على أنه " الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح"، والمادة 48 تنص على " الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين".

ويتضح لنا من خلال هذه النصوص القانونية، أن كلا المشرعين الجزائري والمغربي، قد أجازوا للزوجين أن يضمنا عقد زواجهما، بجملة من الشروط التي تحقق مصلحتهما المشتركة، وهذه الشروط هي معتبرة من الناحية الشرعية والقانونية، ما لم تتناقض مع طبيعة عقد الزواج.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري على خلاف نظيره المغربي، قد أشار إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال بالنظر إلى أهميتها وهما:

- شرط عدم الزواج عليها.
- وشرط عدم منعها من العمل[1].

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

ونفس الأمر نجده في مدونة الأسرة المغربية، إذ تنص المادة 98 في فقرتها01 على أن من أسباب التطليق " إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج"، والمادة 99 الفقرة01 تنص على أنه " يعتبر كل إخلال في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق".

[1] ابن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص.126.

كما أن المشرع الجزائري، أعطى الحق في المطالبة بالتعويض، للمتضرر من عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط المتفق عليه، كمن اشترطت عدم التزوج عليها، ومع ذلك قام زوجها بالزواج عليها، ضاربا شرطها عرض الحائط.

والملاحظ أن كلا المشرعين، لم يتطرقا إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ،ومنه الإشكال المطروح،هل نطبق للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين؟[1].

وعليه يتضح مما سبق أن الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، هي شروط ملزمة وواجب الوفاء بها شريطة إثباتها، على أن إثبات هذه الشروط ليس عسيرا، لأنها يجب أن تكون مكتوبة، إما في عقد الزواج أو في عقد لاحق، هذا بالنسبة للقانون الجزائري.

أما مدونة الأسرة المغربية، فهي الأخرى اعتبرت كل الشروط ملزمة، وأنها متى تضمنت فائدة مشروعة لمشترطها، كانت صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين، فهذا المقتضى الجديد الذي جاءت به مدونة الأسرة المغربية، بخصوص الالتزام المبدئي للشروط الاتفاقية،وتكون بذلك قد وضعت حدا للجدال الفقهي ،الذي كان مثارا حول المقتضيات التي نظمت مؤسسة الشروط الاتفاقية، في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[2].

أما على المستوى التطبيقي، فنجد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 1991/02/20 جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية، فغن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3].

---

[1] ابن شويخ رشيد، المرجع السابق نفسه، ص.137.

[2] ابن شويخ رشيد، المرجع السابق نفسه، ص.178.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/02/20، رقم 75588، المحكمة القضائية، عدد 4، 1993، ص.78.

أما بالنسبة للقضاء المغربي، فالبرجوع لبعض القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى، يفضي إلى القول بأن الموقف الذي تبناه، هو الحكم بلزوم الشروط الاتفاقية للزوج الملتزم بها كلها،إن كانت صحيحة وغير مخالفة لمقاصد عقد الزواج وأحكامه، وكذلك القواعد الآمرة.

حيث جعل قرار المجلس الأعلى، رقم 296 بتاريخ 1981/05/19 في الملف الشرعي رقم 83705، الشرط المتعلق بجعل الزوج أمر زوجته بيدها لازما له... وقضى بصحة الطلاق الصادر عن الزوجة من نفسها طلاقا بائنا آخذا بشروطها[1].

وإن أخذ بمبدأ وجوب الوفاء بالشروط الاتفاقية، يقتضي من الملزم بها أن يسعى إلى تنفيذها تلقائيا وبحسن نية، امتثالا منه للنصوص الشرعية والقانونية الموجبة له.

- ثانيا: حكم الشرط الغير الصحيح قانونا

إن الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، يعتبر باطلا ولا يعتد به، كشرط ألا مهر للزوجة أو شرط عدم النفقة عليها، لأن هذين الحقين منحا للزوجة بموجب نصوص قانونية، فإذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد المادتين 14و16 تؤكدان أحقية الزوجة للصداق ، أما المادة 74 فألزمت الزوج بالإنفاق على الزوجة.

أما مدونة الأسرة المغربية، فنصت على حق الزوجة في المهر في المادة 29، ونصت على حقها في النفقة في المادة 187، 194.

وبالتالي إذا تضمن عقد الزواج هذه الشروط، فإنها تلغى ويصح العقد،لأنها خالفت نصوص قانونية أمرة.

إلا أن النصوص القانونية الجزائرية التي تناولت موضوع الشرط غير الصحيح، يكتنفها بعض الغموض والإبهام، فبالرجوع إلى نص المادة 32 نجد أنها رتبت البطلان، على الزواج المشتمل على الشرط المنافي لمقتضيات العقد[2].

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1981/05/19 رقم 83705، غير منشور.

[2] المادة 32 من الأمر 02-05 " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

ولا نبتعد كثيرا حتى نجد المادة 35،التي ترتب حكما مخالفا لنفس الموضوع الذي تناولته المادة 32 ،وهذا الحكم يقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، ويبقي على عقد الزواج صحيح[1].

وبالتالي يرى بعض الشراح أنه ينبغي تصحيح النص، بحذف عبارة مقتضيات في المادة 32 ،وإضافة هذه العبارة إلى المادة 35، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي:

" إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح"[2].

وربما الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري من جراء تأثره بالمذهب الحنبلي، الذي وضع حكمين للشروط الغير الصحيحة.

- **الحكم الأول:** إبطال الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، مع إبقاء عقد الزواج صحيح.
- **الحكم الثاني:** إبطال الشرط الذي نهى الشرع عنه، مع إبطال عقد الزواج الذي اقترن به هذا الشرط، وكأمثلة عن هذه الشروط، شرط تأقيت عقد الزواج، نكاح الشغار، اشتراط التحليل...إلخ.

وأما المشرع الجزائري فقد قصد تطبيق نص المادة 32 في حالة وجود شروط تنافي العقد وتؤدي إلى إبطاله من أصله، وبالتالي يبطل كل من الشرط والعقد.

أما إذا لم تصل درجة منافاة الشرط للعقد إلى حد إبطاله من أصله، فيبطل الشرط ويصح العقد، وهذا هو الغرض الذي يجب أن يعنى بتنظيمه نص المادة 35، وبهذا يزول التناقض والغموض بين نص هاتين المادتين[3].

ولا يختلف حكم الشرط المنافي لعقد الزواج في التشريع المغربي، إذ نجد المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية[4]، رتبت البطلان هي الأخرى على الشرط المخالف لأحكام العقد ومقاصده، أو خالف القواعد الآمرة للقانون، فأما العقد فيعتبر صحيح.

وعلى نفس هذه الوتيرة سارت معظم التشريعات العربية، إذ جاءت في صيغ متقاربة، وتصب في معنى واحد لكن بتفاوت فيما بينها من حيث التفصيل والشرح، إذ نجد القانون

---

[1] المادة 35 من الأمر 02-05 " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

[2] ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.126.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.72.

[4] المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أن " الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده، وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح".

التونسي نص في الفصل 21، على أن الزواج يعتبر فاسدا إذا تضمن شرطا يتنافى مع جوهر العقد، وقرر في الفصل 22، بطلان الزواج وجوبا وبدون طلاق، ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ما عدا الدخول إذا تم، فتترتب آثار الزواج من استحقاق المهر والنسب والعدة والتفريق وحرمة المصاهرة[1].

أما القانون الإماراتي، فكان أكثر هذه القوانين تفصيلا، بحيث جعل المادة 20 المتضمنة للشروط المقترنة بعقد الزواج سبعة فقرات، كل فقرة تعالج نوع من الشروط، فنص في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 20 على ما يلي:[2]

- إذا اشترط في عقد الزواج شرطا ينافي أصله بطل العقد.
- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله، ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.

وبعد التطرق إلى موقف هذه التشريعات من الاشتراط، نجد أن المشرع الجزائري على عكس هذه القوانين، لأنه لم يعطي الموضوع حقه من الشرح والتفصيل، إذ اقتصر فيه على مادتين متناقضتين لتبيان أثر الاشتراط على عقد النكاح، مما قد يربك القاضي في تطبيقه أو يفتح له المجال الواسع للسلطة التقديرية، في مجال الأحوال الشخصية التي تعتبر مسائلها من النظام العام[3].

كما أن هناك إشكالية أخرى تطرح،وهي ما جزاء عدم الوفاء بالشرط الإتفاقي؟وهذا ما سيتم التعرف عليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط

إن عقد الزواج من العقود الملزمة لجانبين، أي يترتب عنها حقوق والتزامات لكلا الزوجين، ومن الحقوق التي كفلها لهما القانون حقهما في الاشتراط، إي يجوز لكل منهما وضع الشروط التي يريانها مناسبة، شريطة أن لا تتنافى ومقتضيات العقد والقانون، وبالتالي

[1] مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956 المعدلة.
[2] قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28 الصادر في2005.
[3] بوعلام سي ناصر، المرجع السابق، ص.139.

فإن وضعت هذه الشروط تكون ملزمة يجب الوفاء بها، وذلك ضمانا لاستقرار المعاملات بين الزوجين، أي في حالة مخالفتها تترتب جزاءات على الطرف المخالف لها.

وبالتالي فالإشكال الذي يطرح نفسه هنا ما هو الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط؟ وهل يتأثر عقد الزواج به أم لا؟

وللإجابة على هذه الإشكالات ارتأيت أن أقسم هذا المطلب إلى : الدفع بعدم التنفيذ(الفرع الأول)،الفسخ(الفرع الثاني)،و التعويض(الفرع الثالث).

الفرع الأول:

الدفع بعدم التنفيذ

هو وسيلة يستعملها المدين للضغط على الدائن، من أجل استفاء حقه، وذلك بوقف تنفيذ الالتزامات المستمدة من العقد الملزم للجانبين، وعلى ذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ، لا يؤدي إلى انقضاء الالتزامات التعاقدية[1].

ويتمثل 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، وتستعمل ذلك كوسيلة ضغط منها لاستفاء معجل مهرها[2].

وعليه فالإشكالات التي تطرح هنا، ما هي شروط الدفع بعدم التنفيذ؟ وما هو الأساس القانوني؟ وهل للزوجة الحق في حبس نفسها لاستفاء حقوقها؟

للإجابة على هذه الإشكالات، ارتأيت أن أقسم هذا الفرع إلى: شروط الدفع بعدم التنفيذ(أولا) الأساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ(ثانيا)،وحق المرأة في حبس نفسها لاستفاء حقوقها(ثالثا).

- أولا: شروط الدفع بعدم التنفيذ

لكي يترتب الدفع بعدم التنفيذ أثره المتمثل في تعطيل نفاد العقد دون فسخه، مع بقاء العقد قائما وواجب النفاد، ويجب توفر الشروط الآتية:

- أن يكون هناك عقد ملزم للطرفين

[1] شوقي أحمد، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية.د.س.ن،ص.101.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.37.

- أن يكون الالتزام المحبوس التزاما يتأخر تنفيذه عن الالتزام المقابل، حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ التزامه دون أن يتحلل منه، وإنما يستعمله كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر[1].

ثانيا -الأساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ:

إن عقد الزواج عقد معاوضة، ولكنه يختلف عن باقي عقود المعاوضات المالية، فهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر، وعلى هذا الأساس فإن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعاوضة، 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 المعاوضة في الفقه الإسلامي، هو تحقيق المساواة في هذه العقود بين العاقدين، واحتراما لهذا المبدأ فلا يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ التزامه، طالما المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل[2]. وعلى هذا يكون من حق الزوجة أن ترفض الذهاب إلى مسكن الزوجية، إذا لم يدفع لها الزوج صداقها أو جزء منه[3].

ثالثا- حبس الزوجة لنفسها لاستفاء حقوقها:

إن الدفع بعدم التنفيذ في عقد الزواج، يظهر في حالة ما إذا اشترطت الزوجة على زوجها تعجيل صداقها، ولكن الزوج لم يحترم هذا الاتفاق، فيحق للزوجة من أجل المحافظة على مهرها، أن تحبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المهر المؤجل، وهذا يعني أنه بإمكان الزوجة أن تمنع الزوج من الدخول بها، حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله[4].

ومن المعلوم أن المهر طبقا للعرف ينقسم إلى معجل ومؤجل، فمتى كان معجل معلوم ومحدد، فأجمع الفقه،[5] على إعطاء المرأة حق حبس نفسها عن زوجها، حتى تستوفي مهرها المعجل كاملا، حتى أن بعض الفقهاء كرهوا أن تسلم نفسها قبل أن تقبض حق الله وهو

---

[1] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.241..

[2] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق نفسه، ص.241.

[3] Benmalha(G), le droit algerien de la famille, office de publications universitaires, Algérie : 1993, p.29

[4] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.78.

[5] الكساني، بدائع الضائع، المرجع السابق، ص.288؛ بن قدامة، المغني، المرجع السابق،ص.80؛البناني، حاشية الدسوقي، ص.6 ؛الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص.209.

المهر. واستدلوا على ذلك بأن هذا الحق ثابت للمرأة في المهر المعجل فقط،لأن تطبيق شرط الحبس على وجه العموم وهو حلول الحقين.

ذهب بعض الفقهاء إلى أن العلة في إعطاء المرأة هذا الحق، هو أن الزوج قد تعين حقه في البضع، فيجب عليه تعيين حق الزوجة في المهر بتقديم تسليمه، ولها حبس نفسها لاستيفائه كما هو في عقد البيع، وهذا ما ذهب إليه الأحناف.

بينما ذهب باقي الفقهاء، إلى إعطاء المرأة حق الحبس لاستيفاء المهر المبني على دفع الضرر، وهو إتلاف البضع دون مقابل، ولذلك قالوا بوجوب تقديم المهر المعجل، لدفع ضرر إتلاف البضع، ودفع الضرر هذا ليس من أدلة القول، بحق الحبس على وجه العموم[1].

أما إذا كان المهر مؤجلا كله أو بعضه[2]، فالمؤجل لأجل غير معلوم، كأن يقول الزوج لزوجته: أتزوجك على مهر مؤجل، ولم يذكر وقتا لهذا الأجل، أو ذكر وقتا مجهولا جهالة فاحشة، بأن يقول لها: أتزوجك على ألف إلى وقت الميسرة.

فالفقهاء يرو بأن هذا النوع من الأجل لا يصح، ويأخذ حكم المعجل، ويحق للمرأة أن تحبس نفسها، إلى حين وفاء المهر المعجل على هذه الصورة[3].

والغرض من إعطاء الزوجة هذا الحق، هو حث الزوج ودفعه للوفاء بحق الزوجة، ولها في سبيل تحقيق ذلك أن تمتنع أيضا عن أن تلتزم بما كانت ستلتزم به لو دخل بها الزوج، وليس للزوج أن يمنع زوجته من السفر أو زيارة أهلها قبل إيفاء المهر، وهذا لأن طاعة الزوجة لزوجها لا تقوم إلا إذا توافرت أركان الطاعة، وهي المسكن الشرعي، وأمانة الزوج على نفس ومال الزوجة، وإيفاء الزوج معجل صداق الزوجة، أما إذا نقص ركن من هذه الأركان، يسقط عن الزوجة واجب الطاعة[4]. فإذا أقام عليها دعوى قضائية يطالبها فيها بحقه في الطاعة، فإن دعواه ترد على أن له الحق في إقامتها مجددا، بعد تنفيذ ما وجب عليه من التزام.

ونفس الحكم ينطبق على الزوجة، إذا أقامت دعواها تطالب بحقها في النفقة، على اعتبار أنها التزام ناتج عن عقد الزواج، وواجب على الزوج القيام به، وفي حال ما إذا كانت ناشزا،

[1] الكساني، المرجع السابق، ص.288.
[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.378.
[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق نفسه، ص.379.
[4] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.78.

يثبت للزوج التمسك بهذا الدفع، ويحكم برد دعواها بالنفقة لإخلالها بما وجب عليها من التزام بطاعة الزوج، متمثلا هذا الإخلال بالنشوز، على أن هذا الحكم لا يفقدها حقها بعد ذلك، في إقامة دعوى مجددا إذا نفذت ما وجب عليها من التزام[1].

ولقد أقرت الشريعة الإسلامية حق الزوجة في النفقة، خلال مدة حبس نفسها عن زوجها، وليس بوسع الزوج أن يتذرع بسقوط حقها في النفقة بداعي نشوزها، فهي لا تعد ناشزا طالما لم يف لها بما اشترطته من تعجيل مهرها.[2]

وقد اختلف الفقهاء، حول حق المرأة في حبس نفسها بعد أن يطأها زوجها، فذهب كل من فقهاء المالكية، الشافعية وبعض الحنابلة، إلى القول بسقوط حقها في الحبس، بينما يرى المذهب الحنفي، بأن حق المرأة في حبس نفسها يبقى مستمرا، حتى لو كانت قد سلمت نفسها ما دامت لم تستوفي كامل مهرها[3].

أما إذا اتفق الزوجان على تأجيل المهر، فإنه يسقط حق الزوجة في حبس نفسها، ويعلل الحنابلة[4] ذلك، بأن رضاها بتأجيل المهر لا يترتب عليه تأخير حق الزوج، ويجب عليها تسليم نفسها، والعكس من ذلك، يرى بعض الشافعية،[5] بأن رضا الزوجة بتأجيل قبض المهر، لا يسقط حقها في الحبس، ولكن هذا رأي ضعيف لأن رضا الزوجة بتأجيل المهر يترتب عليه سقوط حقها في الحبس، قياسا على سقوط حق البائع في الحبس، إذا بادر بدفع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن.

---

[1] طوالبة منصور عبد الله، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام. www.startimes.com

[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص89.

[3] الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق،ص.209؛ البناني، حاشية الدسوقي، المرجع السابق،ص.6؛ بن قدامة، المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، ص.80.

[4] بن قدامة، المرجع السابق نفسه، ص.80؛ الكساني، بدائع الضائع، المرجع السابق، ص.288.

[5] الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق ،ص.209.

الفرع الثاني:

الفسخ

يعرف الفسخ بأنه حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم لجانبين، لإخلال العاقد الآخر بالتزامه، فالفسخ يفترض قيام عقد صحيح، تتوافر فيه الأركان والشروط[1]،وبالتالي إذا تحققت شروط الفرقة بين الزوجين،[2] بسبب عدم الوفاء بالشرط، فإن هذه الفرقة تكون فسخا لا يملك الزوج الرجعة فيه إلا برضي الزوجة، ولا ينقص من عدد الطلقات لأن الزوج لم يتلفظ بالطلاق.

علما بأن حق الزوجة في الفسخ هو على التراضي، لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عنها، فكان على التراخي لأنها أدرى بمصلحتهما، وأعرف بما ينفعهما من الفورية في الفسخ، أو بالتأني والتأمل والتراخي فيه، لا تلزم هذه الشروط إلا في النكاح الذي شرطت فيه، فإن بانت أي الزوجة المشترطة منه، ثم تزوجها ثانية لم تعد الشروط، لأن زوال العقد لما هو مرتبط به.

وحق الفسخ لكل من الزوجين، فلو أن الزوجة اشترطت على الزوج شرطا لمصلحتها، لكن الزوج أخل بهذا الشرط، فيكون للزوجة طلب فسخ العقد لإخلال الزوج بالتزامه التعاقدي، ولها عليه سائر الحقوق الزوجية، من نفقة العدة ومؤجل الصداق إن وجد، و نفس الأمر بالنسبة للزوج الذي اشترط على الزوجة شرط لمصلحته، وأخلت به الزوجة، فيكون للزوج حق فسخ العقد، ويعفى من دفع مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها، وعليه فالإشكالات

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.85.

[2] **شروط الفرقة عند الحنابلة إجمالا:**

- فعل ما شرط أن لا يفعله، فلا خيار في الفسخ إلا بالفعل، وليس بمجرد العزم فقط.
- أن لا يرضى المشترط من الآخر بفعل ما شرط أن لا يفعل، فإن رضي صراحة أو دلالة فلا فسخ ما دام المشترط عالما بمخالفة الشروط.
- أن يبقى ما شرطه على الصفة التي كان عليها وقت الاشتراط، فإن تغير عن الحالة التي كان عليها بطل الشرط، كأن شرطت سكناها في منزل فتعذر السكن به بخراب أو غيره سكن بها حيث شاء، وسقط حقها في الفسخ، لأن الشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل والسكن محض حقه
- أن تكون مخالفة الشرط ما هو أقل منه، فإن كانت المخالفة إلى ما هو أعلى مما شرط فلا خيار كما لو شرطها على حرفة دنيئة فبانت أعلى.
- أن يكون التفريق بحكم الحاكم.
- المعتبر من الشروط هو ما كان في صلب العقد، واختلفوا فيما اتفقا عليه قبل التعاقد، البهوني، المرجع السابق،ص. 83.

التي تطرح هنا هي: ما هو الأساس القانوني للفسخ؟ وكيف يتم؟ وما الفرق بينه وبين الطلاق؟ ومتى يسقط حق الزوجة في الفسخ؟

وللإجابة على هذه الإشكالات ارتأيت أن أقسم هذا الفرع إلى:الأساس القانوني للفسخ(أولا) كيفية الفسخ(ثانيا)، الفرق بين الفسخ والتطليق(ثالثا)،و مسقطات حق الزوجة في الفسخ(رابعا).

- أولا: الأساس القانوني للفسخ

إن الأساس القانوني للفسخ كان محل خلاف فقهي، فذهب جانب من الفقهاء إلى أن الفسخ قائم على وجود شرط فسخ ضمني، يفهم منه اتجاه نية المتعاقدين إلى فسخ العقد الملزم بالجانبين في حالة عدم الوفاء بالشرط.

أما الاتجاه الآخر فاعتبر أن الفسخ مبني على لأساس نظرية السبب التي توجب على المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه بالمقابل، وقد انتقد هذا الاتجاه بان الجزاء المترتب على تخلف السبب هو البطلان وليس الفسخ، فضلا عن وجوب توافر السبب عند إبرام العقد باعتباره أحد أركان العقد الأساسية.

والراجح من هذين الاتجاهين هو أن الفسخ قائم على أساس الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين ولتحقيق هذا الترابط ينبغي تنفيذ العقد واحترام بنوده بغرض تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية[1].

- ثانيا: كيف يتم الفسخ

إذا اشترط أحد الزوجين في عقد النكاح شرطا صحيح، ولم يوف به الطرف الاخر فهنا من حق الدائن فسخ النكاح، فالاشكال المطروح هل يجب رفع دعوى الفسخ إلى القاضي؟ أم أنه يملك فسخ عقد الزواج بإرادته دون الحاجة لرفع هذه الدعوى؟

في هذا الصدد انقسم الفقه إلى رأيين:

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.82.

- **الرأي الأول**: يرى هذا الاتجاه أن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط لا يحتاج لحكم القاضي، ولكن إذا وقع نزاع بين الزوجين حول هذا الشرط، ورفع الأمر به إلى القاضي فعندئذ يخضع لسلطته التقديرية، فإما أن يرى إثباته أو إبطاله[1].

- **الرأي الثاني**: يرى أنه لابد من رفع دعوى الفسخ إلى القضاء، لفسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط، حتى ولو لم يكن هناك نزاع قائم بين الزوجين حول مشروعية الشرط، ويؤسسون رأيهم على سببين[2]:

- **السبب الأول**: أن التفريق لعدم الوفاء بالشرط، مختلف فيه من جهة جواز الشروط في النكاح، فيما يجوز من الشروط إذا قلنا بجواز الاشتراط، وفي إيقاع التفريق عند عدم الوفاء، وحكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في الأمور الاجتهادية والخلافية بين الفقهاء، ويكون حكمه فيها ملزما لذوي الشأن.

- **السبب الثاني**: أن التفريق لا يقع إلا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط، ولا يجوز أن تكون الزوجة هي الخصم والحاكم في هذه المسألة، بأن تقرر ثبوت عدم الوفاء، وتصدر حكمها بالتفريق، وإنما عليها أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي، وأن تقدم البينة الشرعية على عدم وفاء الزوج بالشرط، حسب القاعدة الشرعية " البينة على من ادعى"، فإذا ثبت ذلك حكم القاضي بالتفريق أي بفسخ الزواج، وهذا هو الراجح.

وبالرجوع إلى القانون، نجد قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 يمنح للزوجة الحق في طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بالشرط، بقوله: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية ":

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

ونفس الأمر ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 99 بقوله: " يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق ".

ويتضح من هذه النصوص القانونية، أنه يتعين على المرأة اللجوء إلى القاضي من اجل طلب التطليق، بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

---

[1] ابن تيمية، مجموع فتاوي ابن تيمية، المرجع السابق، ص.167، ومابعدها .

[2] زيدان عبد الكريم، المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993،ص.166.

- ثالثا: الفرق بين الفسخ والتطليق

يتضح الفرق بين الفسخ والتطليق من خلال آثار كل واحد منهما.

- إن التفريق بين الزوجين عن طريق الطلاق، يحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته، وهذا يعني انه لو راجع الزوج زوجته، فترجع إليه بما بقي من الطلقات، بخلاف التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط، فإنه لا يحتسب من عدد الطلقات إذا تزوجها الزوج من جديد.

- لا يحتاج الزوج إلى سبب معين لإيقاع الطلاق، إما الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فلا بد من أن يكون له سبب وهو إخلال الزوج بالشرط.

- الأصل في الطلاق أن الزوج هو الذي يملكه، ولكن قد ينتقل هذا الحق إلى الغير عن طريق التوكيل أو تفويض الزوجة كما هو الحال في التشريع المغربي، بينما الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فهو من حق من اشترطه منهما من الزوجين.

- تستحق الزوجة نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول، وتوجب لها المتعة بالخلوة الصحيحة، بينما في حالة الفسخ لعدم الوفاء بالشرط، إذا وقع قبل الدخول فلا يترتب عليه شيئا من المهر للزوجة[1].

- إن أهم أثر للتفريق بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط، هو انه ليس للمرأة التي فسخ نكاحها لعدم الوفاء بالشرط متعة ولا مسكن ولا نفقة، إلا أن تكون حاملا فتجب لها نفقة الحمل.

وتبرز أهمية 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 الأسرة، فقد يؤدي تمسك الزوج برأيه في عدم الوفاء بالشرط، وإصرار زوجته على الفسخ إلى تدمير كيان الأسرة، وتشريد الأطفال، وهنا تبرز أهمية الدور الذي يجب أن يقوم به القاضي في الموازنة، بين هذه المصالح المتقارنة بما يحفظ للزوجين حقوقهم، ويحمي المصلحة العامة للمجتمع[2].

[1] علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين، دار الفكر العربي، د.س.ن،ص.184.
[2] قاسم محمد علي المرجع السابق، ص.165.

- رابعا: مسقطات حق الزوجة في الفسخ

الأصل أن يقوم الزوجين بتنفيذ الشروط المتفق عليها، وفي حالة عدم وفاء أحد الزوجين بهذه الشروط، يجوز للطرف الآخر طلب فسخ عقد الزواج، ولكن هذا الحق في طلب الفسخ قد يسقط عن الزوجة، وبالتالي فالإشكال المطروح هنا ما هي الحالات التي يسقط فيها حق الزوجة في طلب الفسخ؟

وللإجابة على هذا الإشكال سأتناول ما يلي: الرضا بإخلال الزوج بالشرط، زوال سبب الشرط، استحالة تنفيذ الشرط

1- الرضا بإخلال الزوج للشرط:

متى رضيت الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته عليه، يسقط حقها في فسخ النكاح، سواء كان هذا الرضا بالقول أو بالفعل، كأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط. أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها آن لا يتزوج عليها أو أنم لا ينقلها من بلدها، لكن تزوج عليها أو أخرجها من بلدها، ثم قبل أن تطلب الفسخ طلقها، فلا تملك الزوجة هنا حق الفسخ[1].

2- زوال سبب الشرط:

ويسقط حق الزوجة في طلب الفسخ إذا زال سبب الشرط ولم يعد له موجب، كما لو توفي والدي الزوجة، وكانت قد اشترطت على زوجها أن لا يخرجها من بلدها.

3- استحالة تنفيذ الشرط:

إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها بمنزل والديها، ثم تعذر عليهم السكن في هذا المنزل، لسبب طارئ كحدوث زلزال أدى إلى انهيار المنزل، فإن الوفاء بالشرط يكون متعذرا، وقد تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها بمفردها، ثم يعجز الزوج عن الوفاء بالشرط، لعدم كفاية موارده المالية أو نظرا لفقره المفاجئ[2]، هنا الزوج لا يلزم بالوفاء لأنه عاجز عن ذلك، والزوجة ليس لها الحق في أن تفسخ النكاح، لأن الزوج غير قادر على الوفاء بالشرط بسبب فقره[3].

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص.78.
[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق نفسه، ص.78.
[3] ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، المرجع السابق، ص.174.

الفرع الثالث:

التعويض

إن التعويض هو ما يلزم به المسئول في المسؤولية المدنية، اتجاه من أصابه ضرر. فإذا 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[1].

والتعويض هو الهدف في النهاية، إذا ما تقررت المسؤولية أو تحقق الضمان، فوظيفته إصلاح الضرر، وذلك بترضية المتضرر، ومحاولة إعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، وذلك حتى يمكن إعادة التوازن في العلاقات الاجتماعية، التي اختلت بسبب الفعل غير المشروع، ولكي يحقق التعويض هذه الوظيفة، لابد أن يكون عادلا، وذلك بأن يغطي كل عناصر الضرر، وأن يكون شرعيا، فضلا عن وجود ذمة مالية قادرة على الوفاء به[2].

وقد رتب المشرع الجزائري وكذا المغربي، التعويض عن العديد من الحالات في قوانين الأحوال الشخصية، غير أن الواقع يثبت أن المضرور في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق، تصادفه العديد من المشاكل التي تحول دون استيفاء حقه في التعويض الكامل، وترجع هذه المشكلات إما إلى طبيعة الضرر الذي لحقه، أو إلى عجز عن إثبات هذا الضرر، لاسيما وأنها من المسائل الشخصية بين الزوجين، وبما أن وعاء الشروط هو العقد فإن الشروط في عقد الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض، إلا ما استثنى منها بأحكام خاصة، وتطبيقا لذلك فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرطها في عقد الزواج، كفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط الذي وافق عليه، والذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها، أن تلجأ إلى القضاء وتطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء ذلك، وتأسس دعواها على أساس أحكام المسؤولية العقدية.

---

[1] الدسوقي محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص78.

[2] طه إبراهيم عبد المولى، التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة منصورة، كلية الحقوق، 2001، ص324.

وعليه فالإشكال الذي يطرح هنا، ما مدى اعتبار التطليق مسألة موجبة للتعويض؟ وما هو الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق؟ وما هي الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يمكن للقاضي تحديد التعويض المستحق؟

وللإجابة على هذه الإشكالات، ارتأيت أن أقسم هذا الفرع إلى: مدى اعتبار التطليق مسألة موجبة للتعويض(أولا)، الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق(ثانيا) شروط الضرر المستحق للتعويض(ثالثا)،وكيفية تقدير التعويض(رابعا).

- أولا: مدى اعتبار التطليق مسألة موجبة للتعويض

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة لمسألة التعويض في حالة التطليق، إلا بصدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، الذي تنص المادة 53 مكرر منه على انه " يجزم للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ولكن هذه المسألة أكدتها المحكمة العليا في أول قرار لها، يجيز للمرأة طالبة التطليق أن يحكم لها بالتعويض، وذلك في قرارها الصادر في 1996/04/23، حيث قضت بأنه " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا، وكما ثبت في قضية الحال، أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 05 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن"[1].

كذلك في قرارها الصادر في 1999/06/15، حيث قضت بأنه "من المستقر عليه انه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام، وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال، أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة، ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا أو معنويا، مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق

[1] م.ع.غ.أش، 1996/04/23، ملف رقم 135435، م ق. 1998، عدد1، ص.130.

الزوجة، وتعويضها على أساس تعسف الزوج، وثبوت الضرر، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1] ".

وفي غياب نص تشريعي يجيز الحكم بالتعويض في حالة التطليق، استقر هذا المبدأ في القضاء الجزائري حتى صدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، والذي نص صراحة في المادة 53 مكرر، على إمكانية تعويض الزوجة عند طلبها التطليق، ولم يشير المشرع المغربي إلى اعتبار التطليق موجبا للتعويض، ولم تعرف تطبيقات القضاء إمكانية منح الزوجة التعويض في حالة التطليق[2].

- ثانيا: الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق

لقد أورد نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، عشر حالات إذا تحققت إحداها يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق، ومن بين هذه الحالات عدم الوفاء الزوج بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج ،والتعويض هنا يكون عما لحق بالزوجة من الضرر[3].

والضرر اللاحق بالزوجة هنا معنوي أكثر منه مادي، وبالتالي فإنه يختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الاجتماعي، فتراجع الزوج عن موافقته على عمل الزوجة، أو دراستها قد يكون أمر عاديا عند زوجة معينة، وقد يكون ضرر جسيم لزوجة أخرى.

وان تقدير ما إذا كان الضرر من شأنه أن يسبب استحالة العشرة الزوجية، يخضع للسلطة التقديرية للقاضي لأن هذه من الأمور الموضوعية، لا تخضع لرقابة المحكمة العليا متى أقام قضاءه على أسباب سائغة[4].

- ثالثا: شروط الضرر المستحق للتعويض

ينصب تقدير التعويض على الضرر اللاحق بالمتضرر، فالمعيار في ذلك موضوعي، ومنه ما هي الشروط التي يجب أن تتوفر حتى يتم الحكم بالتعويض؟

---

[1] م.ع.غ.أش، 1999/03/16، ملف رقم 217179، الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.122.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، 2010، ص.245.

[3] تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية والتطور الاجتماعي، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، وهران، 2007، ص.69.

[4] الداودي عائشة محمود سالم، التحكيم في المنازعات الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2005،ص.23

وللإجابة على هذه الإشكالية سأتطرق إلى: وجوب وقوع ضرر لاستحقاق التعويض،والشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض.

1- وجوب وقوع ضرر لاستحقاق التعويض

الضرر هو بذاته مناط تقدير التعويض ومحله، وهو إما أن يكون ماديا أو معنويا، وإن كان الضرر المادي لا يثير إشكالا في وجوب التعويض عنه، بموجب النصوص الصريحة التي أوردتها التشريعات الأسرية، فالحال ليس كذلك بالنسبة للضرر المعنوي[1].

فالضرر المادي هو ما يصيب الشخص من ضرر، يتمثل في المساس بجسده أو ماله، أو بانتقاص حقوقه المادية، أو بتفويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها ماليا،وهنا القضاة السلطة التقديرية في تقرير ما إذا كان هذا الضرر يستحق التعويض،ولكن عند الحكم بالتعويض عن الضرر المادي، لابد من تحديد عناصره[2].

أما الضرر المعنوي، فهو الذي لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيب مصلحة غير مالية، فيلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية والأدبية، وقد يكون مقترنا بأضرار مادية، فيلحق بالعاطفة شعور بالآلام التي تصيب النفس كالأحزان، وقد يستقل عن الضرر المادي، فيلحق بأمور كالعقيدة الدينية أو الأفكار الخلقية، ولقضاة الموضوع السلطة للتقديرية الواسعة، في تحديد ما إذا كان الضرر المعنوي الذي أصاب الضحية يستحق التعويض،وفي تحديد قيمة التعويض، دون أن يخضعوا في ذلك لرقابة المحكمة العليا [3].

قد جاء في هذا الشأن قرار المجلس الأعلى بتاريخ 10-12-1981 قضت من خلاله بأنه"حيث أنه كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض،وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك،فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض المعنوي،حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر، يرتكز على العنصر العاطفي الذي يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص، مما يجعل القرار لا يحتاج

[1] أبو المغلي مهند عزمي محمود ، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، 2009، ص.39.
[2] عامرحسين وعامرعبد الرحيم ، المسؤولية المدنية والعقدية، دار الفكر للطباعة والنشر، 1997، ص.33.
[3] عامرحسين وعامرعبد الرحيم ، المرجع السابق نفسه، ص.341

من هذه الناحية إلى تعليل علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه"[1]

وكذلك جاء في قرار أخر للمحكمة العليا بتاريخ 18-02-1992 حيث قضت بأنه "بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاة وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا."[2]

2- الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض

ينبغي أن يتوفر في الضرر مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقا للتعويض، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- أن يكون الضرر شخصيا، ويعني ذلك أن يصيب الضرر الشخص طالب التعويض عن الفعل.

- أن لا يكون قد سبق تعويضه عن الفعل الضار، إذ لا يجوز للمضرور أن يحصل على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر واحد، وإلا كان ضرره سببا في إثرائه على حساب المتعاقد المسؤول[3].

- أن يكون الضرر محقق الوقوع، والمقصود بهذا ألا يكون الضرر افتراضيا، بل يجب أن يكون قد وقع فعلا، أو أن يكون وقوعه مؤكدا أو حتميا ولو تراخى إلى المستقبل، فالضرر الحال هو الذي وقع فعلا، وتكون عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي معطيات تقويمه، ومثاله ما أصاب الزوجة من ضرر من جراء تركها لعملها، رغم أنها اشترطت على زوجها متابعتها لعملها وقبل ذلك ،ثم نقض موافقته وتراجع عنها[4].

- أن يكون الضرر مباشرا، فالضرر إما أن يكون مباشر أو غير مباشر، فالضرر المباشر هو ذلك الذي ينشأ عن الفعل الضار، بحيث أن وقوع هذا الفعل ،يؤدي حتما إلى ترتب هذا الضرر ويكون كافيا لحدوثه[5].

---

[1] م ع،غ،ج م،1981/12/10 ملف رقم 24500 ،ن،ق عدد 42، ص. 87.
[2] م ع،غ م،1992/02/18 ملف رقم 78410،ن ق،عدد،48،ص145.
[3] الدسوقي إبراهيم، المرجع السابق، ص.53.
[4] عامر حسين وعامر عبد الرحيم ، المرجع السابق، ص.334.
[5] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.269.

- أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مشروعة، ويقصد بذلك انه لا يمكن مساءلة المعتدي، إلا إذا مس اعتداؤه حق ثابت يحميه القانون.

- رابعا: كيفية تقدير التعويض

متى تبين للقاضي قيام شروط المسؤولية المدنية حكم بالتعويض، وله في ذلك سلطة مطلقة في تحديد الطريقة التي يتم بها التعويض من جهة، وفي تقديره من جهة أخرى، بغير رقابة المحكمة العليا في ذلك.

فعند رفع الدعوى أمام القاضي للمطالبة بالتعويض، وجب عليه أول الأمر فحص الوقائع المطروحة أمامه، ثم بعد ذلك تكييف تلك الوقائع بتطبيق النص القانوني الملائم عليها، من خلال التأكد بأنها كافية لتشكيل أركان المسؤولية المدنية، ليتأكد له في المرحلة الثالثة تقدير التعويض على اعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية[1].

وقد اشترط اجتهاد المحكمة العليا على القاضي تحديد عناصر التعويض، وذلك من خلال قرارها الصادر في 2000/03/28 الذي قررت من خلاله أنه " إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض، عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي، لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل الضار والعلاقة السببية، وأما تقديره فإنه يبقى ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"[2].

ويختار القاضي طريقة التعويض، من خلال تحديد ما هو ملائم لإصلاح الضرر، فإن كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية، فعلى النقيض من ذلك، لا يكون لهذا النوع من التنفيذ، إلا بمنزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية، فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي، هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية[3]. فالتعويض إما أن يكون عينا أو بمقابل، فالتعويض العيني هو إصلاح الضرر بإزالة مصدره من أصله، وهو غير التنفيذ العيني لذا نجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية التعاقدية[4].

---

[1] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق نفسه، ص.271.

[2] م.ع.غ.م 2000/03/28، رقم: 231419، م ق، 2003، عدد خاص، ص.627.

[3] عامرحسين وعامرعبد الرحيم ، المرجع السابق، ص.527.

[4] مقدم سعد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب،1992 ص.224.

خاتمة

بعد الانتهاء من البحث أمكنني التوصل للنتائج التالية:

1- إن الاشتراط في عقد الزواج، من الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية للزوجين، وكذا التشريعات الوضعية الأخرى، من أجل رعاية مصالحهما أو مصلحة أحدهما.

2- إن نظرة الفقهاء في تقسيم الشروط كانت مختلفة، لأنهم قسموا الشروط إلى شروط صحيحة، وتكون هذه الأخيرة إما من مقتضيات عقد الزواج، أو مما فيه مصلحة لأحد الطرفين، أو تكون غير صحيحة تؤثر في صحة العقد.

3- إن الفقه الإسلامي، اختلف حول مبدأ جواز الاشتراط في عقد الزواج، بين مضيق وموسع،ولكل جانب فقهي حجه وأسانيده، فجمهور الفقهاء اعتبروا أن الشروط الصحيحة هي الشروط التي نص الشرع عنها، أما الحنابلة فقد وسعوا من دائرة الشروط الصحيحة، واعتبروا كل الشروط صحيحة، إلا التي نهى الشرع عنها، وهذا هو الرأي الراجح والأولى أن نأخذ به ويطبق في واقعنا المعاصر، لذا نجد أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي قد أخذا بهذا المذهب،وأعطيا للزوجين الحرية في إنشاء الشروط الاتفاقية،مما يحقق الاستقرار والسكينة، فاعتبروا كل الشروط صحيحة إلا ما خالف منها القانون، أو مقتضى عقد الزواج.

4- إن إباحة الاشتراط في عقد الزواج لم تبق على إطلاقها، بل وضعت لها ضوابط وقيود لا بد لها ان تراعى عند وضع هذه الشروط، وهي عدم مخالفة الشرع والقانون.

5- إن الشروط في عقد الزواج أحق بالوفاء من غيرها،لأنها تتعلق بأعظم وأقدس عقد ممكن أن يبرمه الشخص في حياته، كما انه إذا اعتبرت هذه الشروط غير ملزمة، فما الفائدة من اشتراطها؟

6- إن حكم الشرط المقترن بعقد الزواج كان محل خلاف فقهي، فاعتبر جمهور الفقهاء أن عدم وفاء أحد الزوجين بالشرط، لا يعطي للزوج الآخر الحق في فسخ العقد، على خلاف الحنابلة ،الذين منحوا هذا الحق للزوجة في حالة عدم وفاء الزوج بهذا الشرط.

7- إن غالبية التشريعات الأسرية الإسلامية حذت حذو الحنابلة، ومنحت حق التطليق للزوجة في حالة عدم وفاء الزوج بأحد الشروط الاتفاقية، وأخص بالذكر التشريع الجزائري

والمغربي، فنجد المادة 53 من ق.أ.ج والمادة 99 من م.أ.م نصت على حق الزوجة في طلب التطليق، إذا لم يوفي الزوج بأحد الشروط المتفق عليها.

8- إن الاتفاق على جعل عقد الزواج مفسوخا من تلقاء نفسه، عند إخلال أحد طرفيه بشرط من الشروط الاتفاقية، لا يترتب هذا الأثر إلا بمقتضى حكم قضائي، وإن كان الحكم في هذه الحالة كاشفا لا منشئا.

9- إن قانون الأسرة منح حق فسخ عقد الزواج للزوجة، في حالة عدم وفاء الزوج بأحد الشروط الاتفاقية، في حين لم يوضح المركز القانوني للزوج، في حالة مخالفة الزوجة لهذه الشروط، ربما على اعتبار أن العصمة بيد الزوج، وله أن يطلق زوجته متى شاء، ولا يحتاج إلى مبرر، ولكن إذا طلقها في هذه الحالة هل يمنحها التعويض؟

أم أنها تعتبر ناشز ويسقط حقها في ذلك.

10- إن قانون الأسرة الجزائري منح جزائين للشرط غير الصحيح، فالجزاء الأول جاءت به المادة 32، وفيه غلبت قوة الشرط على العقد، أي اعتبرت الشرط الغير الصحيح مبطل للعقد المقترن به، أما الجزاء الثاني هو ما جاءت به المادة35، وفيه غلبت قوة العقد على الشرط، بمعنى أبطلت الشرط وأبقت على العقد صحيح، وهذا ما يجعل الجمع بين المادتين المتناقضتين أمرا متعذرا.

11- إن قانون الأسرة أطلق العنان لحرية الزوجين في اشتراط كل ما يريانه مناسبا، وما شرط عمل المرأة وتعدد الزوجات، إلا نموذجين ذكرهما المشرع على سبيل المثال وليس الحصر.

وفي ختام هذه الدراسة أود أن أوجه بعض التوصيات للمشرع الجزائري وهي كالتالي:

- على المشرع الجزائري، أن ينظم مسألة اقتران الشرط بالعقد بصورة أكثر تفصيلا، من حيث تحديد صحة الشرط وأحكامه، ومدى تأثيره على صحة وبطلان العقد.

- كما على المشرع تدارك التناقض،الواقع بين نص المادتين 32 و35 من قانون الأسرة الجزائري، لأنه يرتب حكمين متناقضين لنفس الحالة.

- على المشرع الجزائري أن يحذو حذو نظيره المغربي، ويضع مادة قانونية صريحة تمنح الزوجين حق اللجوء للقضاء،من أجل مراجعة الشرط أو الإعفاء منه،وذلك في حالة إذا استجدت ظروف طارئة، أصبح معها تنفيذ الشرط مرهقا أو مستحيلا.

- حبذا لو أن المشرع الجزائري يعيد صياغة نص المادة 08،وذلك بإضافة فقرة تمنع منح الإذن بالتعدد في حالة وجود شرط من الزوجة يمنع ذلك.

- على الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج،أن يكون على قدر كاف من المعرفة بالشروط وذلك حتى يتسنى له التمييز بين الشروط الصحيحة، والشروط الغير الصحيحة.

- حبذا لو أن المشرع الجزائري،يستحدث مادة قانونية يمنح فيها المواطنون حق اللجوء للقضاء،في حالة رفض الموظف المختص تحرير عقد زواجه،بدعوى مخالفة الشرط للقانون، وذلك ليؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشرط، وذلك بموجب أمر على عريضة يقدمها الزوجين أو أحدهما لرئيس المحكمة، التي يوجد بها مقر الموظف الذي رفض تحرير عقد زواجهما.

- أثناء قيامي بهذه الدراسة أثارة انتباهي التجربة الإيرانية،إذ أن المشرع الإيراني وضع دفتر يتضمن حوالي 15شرطا، يطلع علية الزوجان قبل إجراء العقد،ويتولى مجري العقد في المحكمة، شرح هذه الشروط وتوصيلها للزوجين،فيوقعان على الشرط الذي يتفقان علية،ويتم العقد متضمنا لهذه الشروط التي تم الاتفاق عليها،ولعل هذه التجربة تستحق التبني من قبل المشرع الجزائري، وذلك بأن يضع دفتر يتضمن أهم الشروط الصحيحة، التي يجوز للزوجين اشتراطها، لأن بذلك سيقلل من الحرج الذي يمنع الزوجين من تضمين عقد زواجهما بهده المشارطات.

وفي الأخير نقول إن كان الأصل في الاشتراط الجواز والصحة واللزوم والنفاذ، لكن يجب على الزوجين عدم التوسع في الاشتراط،والمحافظة على قدسية عقد الزواج،حتى لا تعصف أهواء الزوجين بمقاصد النكاح السامية.

قائمة المراجع

المصادر والمراجع الشرعية:

أولا: القرآن الكريم وتفسيره:

1 - الجصاص أبو بكر أحمد بن الرازي ، أحكام القرآن، مطبعة وفاق،1335.

2 - القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، ت671هـ، الجامع لأحكام القرآن، طبعة الشعب.

ثانيا: مراجع السنة النبوية و الفقه الإسلامي:

أ:السنة النبوية:

1-أبادي العلامة أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم ،عون المعبود في شرح سنن أبو داوود دار الحديث ،القاهرة،2002.

2- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، ت275هـ، الصحيح، حكم على أحاديثه وعلق عليه، محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر، الرياض.

3-ابن أبي شيبة أبي بكر، ت235 ،المصنف، ط1 ، مكتبة الرشد ناشرون ،المملكة العربية السعودية، الرياض،2004.

4- ابن حزم أبي محمد علي بن أحمد، ت456 ،تحقيق أحمد شاكر، مكتبة دار التراث القاهرة،2005.

5- ابن ماجة عبد الله محمد بن يزيد القروينى، الصحيح، حكم على أحاديثه وأثاره وعلق عليه محمد ناصرالدين الأباني، ط1 ،مكتبة المعارف للنشر،1997.

7- البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، الصحيح، بشرح محمد بن عبد الله بن بهادر المشهور ببدر الدين الزركشي، المطبعة المصرية،1932.

8-الترميذي أبوعيسى محمد بن عيسى بن سورة ، صحيح الترميذي ،المطبعة المصرية، الازهر، 1350.

9- التهانوي ،إعلاء السنن،دار الكتب العلمية، بيروت.

10-الشافعي أحمد ،خلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ،مؤسسة الرسالة الحديثة.

11- الشوكاني محمد بن علي محمد،نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، مطبعة الحلبي،1372.

12- الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير اليمني،سبل الإسلام في شرح بلوغ المراد من جمع أدلة الأحكام ،أفاق للطباعة والنشر، غزة ،فلسطين .

13- الطبري أبي جعفرمحمد بن جريرات ،أخرج أحاديثه أحمد محمد شاكر، ط2 ،مكتبة إبن تيمية ،القاهرة.

14- النسائي أبو عبد الرحمان بن شعيب ، الصحيح، حكم على أحاديثه وأثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني، ط9 ، مكتبة المعارف للنشر ،الرياض،1998.

15- النووي زكي الدين أبو زكريا يحيى إبن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، ط1 ،دار الفجر للتراث ،القاهرة،1999.

16- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمود بن الجميل، ط1، مكتبة الصفاء، القاهرة،2001.

17- مسلم أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم، ط2 ، دار الكتب العلمية، بيروت،2003.

ب: الفقــه الإسلامي:

1- كتب الفقه الحنفي:

1- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،2003.

2- ابن عابدين محمد أمين عمر عبد العزيز، حاشية المحتار، ج8، ط2، دار الفجر، بيروت،1966.

3- ابن نجيم ،الأشباه والنظائر، مطبعة الحلبي،1968.

4- الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق ،ط2، إمدادية باكستان.

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

6- الكساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت،2003.

7- العيني احمد،البناية لشرح الهداية،دارالفكر،بيروت.

2- الفقه المالكي:

1- إبن رشد أبو الوليد محمد القرطبي الأندلسي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، ط1، دار الإسلام، القاهرة،1995.

2- الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1995.

3- الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1 ، دار الكتب العلمية، بيروت،1996.

4- الزرقاني محمد، شرح الموطأ للإمام مالك، المطبعة الخيرية،1979.

5- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته،ط1،مؤسسة المعارف، بيروت،2001.

6- القرافي شهاب الدين أحمد بن ادريس، الذخيرة في فروع المالكية ،تحقيق محمد بوخيزة، ط1 ،دار الغرب الإسلامي،1994.

7- الونشريسي أبي العباس أحمد بن يحي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية،1951.

8- بن الشيخ محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض المذهب وقواعده، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، بيروت،2002.

9- بن جزي محمد ،القوانين الفقهية في تلخيص المذهب عند المالكية، تحقيق يحي مراد، ط1، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع،2009.

10- بن عبد البر علي ،الموطأ للإمام مالك ،فتح مالك بتبويب التمهيد ،دار الكتب العلمية بيروت.

11- بن عرفة الرصاع،شرح حدود بن عرفة،ط1،القدس،القاهرة،2009.

3- كتب الفقه الشافعي:

1- الأنصاري زكريا ،أسني المطالب في شرح روض الطالب ،المكتبة الإسلامية.

2- الأنصاري شهاب الدين ،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في فقه الإمام الشافعي ،ط1 ،دار إحياء التراث العربي،2005.

3- الحجاوي شرف الدين ،الروض المربع في زاد المستنقع ،دار الفكر العربي، بيروت.

4- الحنبلي عبد القادر عمر، نيل المأرب في شرح دليل الطالب، دار إحياء الكتب العلمية.

5- الشاطبي إسحاق ،المرافعات في أصول الأحكام ،دار الفكر العربي،1341.

6- الشافعي أبي بكر عبد الله بن إدريس، الأم ،ط1 ،دار الكتب العلمية بيروت،2002.

7- الشربيني أبي زكريا ، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

8- الغزالي محمد بن محمد،الوسيط في المذهب الشافعي، تحقيق محمد تامر، ط1،دار السلام للطباعة،1997.

9- المطيعي محمد نجيب ،المجموع في شرح المهذب للشرازي، مكتبة الإرشاد ،جدة، المملكة العربية السعودية.

10-النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج12، ط2،دار الكتب العلمية، بيروت،1985.

11- اليمني أبو الحسن العمراني الشافعي ، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المناهج.

4- كتب الفقه الحنبلي:

1- إبن القيم شمس الدين محمد بن أبي بكر الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، حققه أحمد آل نوفل، ط1، مكتبة الصفاء، القاهرة،2002.

2- إبن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني على مختصر الخرفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1994.

3- إبن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، ج7، دار الكتاب العربي، لبنان.

4- ابن قدامة، الحجة بالدليل، شرح على نظم إبن أبادي لمختصر الخليل، ط1،دار إبن حزم، بيروت، لبنان،2007.

5- ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1987.

6- ابن تيمية، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، دار العاصمة.

7- ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد32 " النكاح"، مكتبة المعارف، المغرب.
8- ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف،2004.
9- البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع في شرح زاد المستنقع، أخرج أحاديثه عبد القدوس محمد نذير، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
10- المرداوي علاء الدين بن الحسن بن سليمان ، الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، حققه محمد حامد الفقي، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ثانيا:المصادر القانونية:

I. مصادر باللغة العربية:

أ- المعاجم:

- ابن منظور جمال الدين أبي الفضل، لسان العرب، تحقيق عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت.

ب- المصادر العامة والمتخصصة:

1-المصادر العامة:

1- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، قسم الزواج، ط3، دار الفكر العربي،1957.
2- أبولحية نور الدين، الحقوق المادية للزوجة ،دار الكتاب الحديث.
3- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1997.
4- أكرم محمود حسين وبسام مجيد سليمان ،موضوعية الإرادة ،كلية الحقوق، جامعة الموصل.
5- البري زكريا، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية، ط3، دار الفكر.
6- البوطي محمد سعيد رمضان، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، ط1، دار الفكر، سوريا،1996.
7- التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط1، دار الشروق.

8- الحمداني رعد مقداد محمود،النظام المالي للزوجين ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريع الفرنسي،الدار العلمية للنشر والتوزيع ،عمان،2003.

9- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته ،ط9،دار الفكر ،دمشق،2006.

10- ا لزرقا أحمد بن الشيخ، شرح القواعد الفقهية ،دار العلم دمشق، سوريا.

11- الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط1 ،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2001.

12- السرنباطي رمضان علي السيد ،جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،أحكام الاسرة الخاصة بالزواج الفرقة وحقوق الأولاد ،منشورات الحلبي،2007.

13- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ط2، ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998.

14- الشامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،2010.

15- الشتوي محمد، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع،2004.

16- العطار عبد الناصر توفيق ، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية ،مؤسسة البستان للطباعة.

17- الغزوي محمد علي عبد الرحمان ،حق المرأة في الزواج ، دار الاعتصام.

18- الفاسي علال ،مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها،المكتبة العربية ،دارالبيضاء ،المغرب.

19- الكشبور محمد، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار النجاح، الدار البيضاء، المغرب،2003.

20- الكبشور محمد، شرح مدونة الأسرة الجديدة، الزواج، ط1، دار النجاح، الدار البيضاء، المغرب،2006.

21 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، بيروت،1961.

22- بلال مهران محمود ،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، عقد الزواج وأثاره،ط1 ،دار الثقافة العربية،2000.

23- بلتاجي محمد،أحكام الأسرة ،الزواج والفرقة ،دار الفتوى.

24- بلحاج العربي، الوجيز في شرخ قانون الأسرة الجزائري، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية،1999.

25- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2012.

26- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2008.

27- حداد عيسى، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، عنابة،2006.

28- خوالدة مفلح، شرط من المسؤولية العقدية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2011.

29- خضر قادرمحمد، دور الإدارة في أخكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازودي العلمية للنشر والتوزيع، الأردن،2010.

30- داودي عبد القادر،أحكام الاسرة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري،ط2،دار البصائر، الجزائر،2010.

31- رحال علاء الدين حسين،نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية،ط1،دار النفائس للنشروالتوزيع،الأردن،2010.

32- زيدان عبد الكريم،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية،ط1 ،مؤسسة الرسالة ، لبنان،1993.

33- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،1996.

34- سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2008.

35- شادلي حسين علي،نظرية الشرط في الفقه الإسلامي،دار الإتحاد العربي للطباعة.

36- شحاتة شفيق، النظرية العامة للالتزامات، طرفا الالتزام، ج1، مصر.

37- شطيبي صالح، مسطرة تعدد الزوجات في ظل مدونة الأسرة، كلية الحقوق السويسي، الرباط.

38 - شوقي أحمد، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف ،الإسكندرية.
39- صقر نبيل،قانون الإسرة نصا وفقها وتطبيقا،دار الهدى للنشر والتوزيع.
40-عادل أحمد عبد الموجود،الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة،دار الكتب العلمية،بيروت،2005.
41- عامر حسين وعامر عبد الرحيم،المسؤولية المدنية،المسؤولية العقدية،دار الفكر للطباعة والنشر،1997.
42- عبد الحميد محمد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،دار الكتاب العربي،بيروت،1984.
43- قاسم محمد علي،التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط،الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع،الاسكندرية،2005.
44- قاسم يوسف، حقوق المرأة في الفقه الإسلامي ، دار الهدى للنشر و التوزيع.
45- قزمار نادية محمد،تطور دور القاضي في تفسير قانون العقد وإشكالات التطبيق،الأردن.
46- مقدم سعد،نظرية التعويض عن الضرر المعنوي،المؤسسة الوطنية للكتاب،1992

2-المصادر المتخصصة:

1- الورثلاني محمد علوشيش،الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثرالاختلافات الاصولية فيها،دار الام المقترنة المقترنة.
2- رشدي شحاتة أبوزيد،الاشتراط في وثيقة الزواج الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية،ط1،مكتبة الوفاء القانونية،الاسكندرية،2011.
3- زكي الدين شعبان،نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،1968.
4- كامل علي كوثر،شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية،دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع،تونس،1983.

II. مراجع باللغة الفرنسية

BENMELHA(G),Le droit algérien de la famille, Office des publications universitaires, Alger,1993

III. الرسائل والمذكرات

أ- الرسائل :

1- الذاودي عائشة محمود سالم،التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة القاهرة ،2005.

2- بن سعد اليمني محمد عبد العزيز، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، أطروحة دكتوراه، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود.

3- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، 2011.

4- داودي عبد القادر، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، السانيا، جامعة وهران2004.

5- طلافحة محمد عبد الله علي،التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول،كلية الدراسات العليا،الجامعة الأردنية،2004 .

6- طه إبراهيم عبد المولى، التفويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص، أطروحة دكتوراه، جامعة منصورة، كلية الحقوق، 2001 .

7- مسعودة نعيمة إلياس،التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق،دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، 2010.

ب-المذكرات:

1- أبو العطا خديجة أحمد،الشروط المشترطة في عقد النكاح،مذكرة ماجستير،كلية الشريعة في القانون،الجامعة الإسلامية،غزة،2007.

2- بن عائشة لخضر،إثبات الحقوق المالية للزوجين،دراسة مقارنة نقدية تحليلية،مذكرة ماجستير في القانون،جامعة تلمسان ، 2012،2011.

3- سي ناصر بوعلام،الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المقارنة،مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون،جامعة وهران،2012،2011.

4- صياد مختار،تأثير الاتفاقيات الدولية على قيام الرابطة الزوجية وانحلالها في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية،جامعة بسكرة،2014،2015.

5- طالبي سرور،حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان،الظروف العادية،مذكرة ماجستير،فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية،جامعة الجزائر،1999،2000.

6- طرشي سمية،الشروط في عقد الزواج، الأحكام والآثار،مذكرة ماستر،جامعة بسكرة،2014،2015.

7- عمار بن أحمد،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في الزواج وانحلاله،مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة السادسة عشر،2005،2008.

8- مطاعي نورالدين،الشرط المقترن بالعقد،دراسة مقارنة،مذكرة ماجستير،معهد الحقوق والعلوم الإدارية،جامعة الجزائر،1995،1996.

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

IV. : المقــالات :

أ ـ باللغة العربية:

1- أبو عرجة محمد سامي، الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي،مجلة جامعة الأزهر، غزة، المجلد العاشر، العددA2.

2- أبومغلي مهند عزمي مسعود،التعويض عن الضرر الأدبي،دراسة مقارنة،مجلة الشريعة والقانون،2009.

3- إدريس عبد الله،مقومات التدبير التعاقدي للروابط المالية،مشروعية العقد.

4-الدبو فاضل إبراهيم،ركن الصداق وأثرتخلفه www.startimes.com

5- الديزي مكارم،الفرق بين الامتناع عن الإنجاب مع القدرة عليه وبين تعذر الإنجاب www.lahamagazine.com

6- الزيتاوي أبوعبد الرحمان،اشتراط إذن الزوج لعمل المرأة وما يترتب عليه. www.ahllhadith.com

7- الشنقيطي محمد المختار، الحقوق المشروط. http//audio islamweb.net

8- العقابي باسم ،الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الجعفري،مجلة الرسالة ،الحقوق العلمية،عدد1،2009م،كلية القانون،جامعة كربلاء.

9-العمراني عبد الرحمان،مجلة الوعي الإسلامي،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،دولة الكويت.

10- الغيث عيسى،يحق للمرأة اشتراط العصمة شرعا وقانونا، مقال نشر في صحيفة الشرف في2014/11/28.

11- بن بازعبد الله،حكم اشتراط المرأة على زوجها مسكن منفرد. www.binbaz.org.sa

12- بن مبارك جغيم نعمان،حكم الشرط المقترن بالعقد في الفقه الإسلامي،بحث منشور في مجلة الحكمة عدد16/1998.

13- بهلولي إبراهيم،القانون الجزائري لا يعترف بزواج المسيار. www.aldjazeera.net

14- بوكايس سمية، الاشتراط في عقد الزواج. sciencesjuritiques@gmail.com

15- بوقزولة عبد القادر،أحكام النكاح. www.islamiq.com

16- تشوار جيلالي،حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية التطور الاجتماعي، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة،2007.

17- تشوارجيلالي،محاضرات في قانون الأسرة المقارن ،السنة الأولى ماجستير،2014 2015

18- خاطر فايزة،المنع النهائي والمؤقت للإنجاب www.lahamagazine.com

19- داود محمد، الوأد المسبق www.lahamagazine.com

20-زوير عبدالسلام،إضافة عقد الزواج إلى زمن المستقبل

www.egypty.com//elkebar/issue5/article.htm

21- سطحي سعاد، حكم الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي.

www.ahllhadit.com

22- طوالبة منصور عبد الله، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام www.startimes.com

23-عبد الله محمد،ظوابط الشروط المقترنة بالعقد،2008.

24- لعتيبي سعد بن مطر،اشتراط المرأة على زوجها سكن منفرد. www.islamqa.inf

25-هارون خليفة الجيلي،الشرط والمانع

26- مزروعة محمد،مشروعية الاشتراط www.lahamagazine.com

27-مشرف أسامة،أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري .2008

28- موازأحمد ،أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

www.mouaz af.az.com

29- ربا مفتاح،حق المرأة في اشتراط العصمة

30 - يحيى محمد علي،أركان وشروط عقد الزواج www.startimes.com

ب- باللغة الفرنسية:

- EL KHAYAT(G),L'avortement et le planning familial, colloque Tunis des sciences juridique économiques et politiques, Tunis,13-16,1988

ثالثا: النصوص القانونية:

1- الدستور الجزائري،إعلان مؤرخ في 01 ديسمبر 1996،يتعلق بنتائج الاستفتاء على الدستور ،(ج.ر.76)،بتاريخ 28نوفمبر1996.

2- اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،بتاريخ18 ديسمبر 1979،مصادق عليها من قبل الجزائر،صادقت عليها الجزائر في 03 سبتمبر 1981 .

3- الظهير الشريف رقم1.11.91،الصادر في17 يوليو2011، المتضمن لنص الدستور المغربي

4- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو1966،المتضمن لقانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

5- أمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/15 المتعلق بالحالة المدنية،المعدل والمتمم .

6 - أمر رقم 75- 78 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري

7- أمر رقم76-35 المتعلق بتنظيم التربية والتكوين

8- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 95-53 المعدل والمتمم بقانون رقم34-75

9- القانون رقم 78-12 المؤرخ في 5أوت 1978،المتضمن لقانون العمل

10- قانون رقم 84- 11المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05- 02 المؤرخ في 02/27/ 2005.

11 - الظهير الشريف رقم 22- 04- 1 بتنفيذ قانون رقم 03- 70المؤرخ في 03 فبراير 2004،المتضمن لمدونة الأسرة المغربية.

12- قانون الاحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28الصادر في2005

13- قانون الاتزامات والعقود التونسية ،رقم87 المعدل في 15- 08-2005

14- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ،المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفهـــرس

مقدمة 01
الفصل الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج 07
المبحث الأول: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج ومدى حرية أطراف العقد في ذلك 09
المطلب الأول: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج وأوصافه 10
الفرع الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج 10
أولا: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج 11
أ: التعريف اللغوي للشرط 11
ب: التعريف الاصطلاحي للشرط 12
ثانيا: تمييز الشرط المقترن بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له 13
أ: التمييز بين الشرط والركن 13
ب:التمييز بين الشرط والوعد 14
ج: التمييز بين الشرط والسبب 14
د: التمييز بين الشرط والمانع 15
الفرع الثاني: أوصاف الشرط المقترن بعقد الزواج 15
أولا: صيغة الشرط المقترن بعقد الزواج 16
أ: تعليق عقد الزواج على شرط 16
1 : تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محتمل أو محقق أو مستحيل الوجود في المستقبل 16
2 : تعليق عقد الزواج على شرط محقق الوجود في الماضي والحاضر 17
3 : تعليق عقد الزواج على مشيئة الله أو أحد المتعاقدين 17
ب : إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن المستقبل 17
ثانيا: خصائص الشرط المقترن بعقد الزواج 18
أ : أمر زائد على أصل العقد 18
ب: أمر يرد في صلب العقد 19
ج:أمر مستقبلي 19
ت: أمر محتمل الوقوع 19
د : أمر مشروع 20
ثالثا: أقسام الشرط المقترن بعقد الزواج 21
أ : أقسام الشرط من حيث مصدره 21
1 : الشرط القانوني 21
2 : الشرط الإرادي 21
3 : الشرط العرفي 22
ب : أقسام الشرط من حيث موضعه 23
1 : الشرط المتقدم 23
2 : الشرط المقارن 24
3 : الشرط المتأخر (اللاحق) 25
المطلب الثاني:مدى حرية أطراف عقد الزواج في الاشتراط 26
الفرع الأول:موقف الفقه الإسلامي من حرية الاشتراط في عقد الزواج 27
أولا:اتجاه المضيقين 27
ثانيا: اتجاه المتوسطين 27
ثالثا: اتجاه الموسعين 28
الفرع الثاني: موقف التشريع من حرية الاشتراط في عقد الزواج 30

أولا: عدم محالفة الشرط للنظام العام والآداب العامة 30
ثانيا: عدم مخالفة أحكام القانون 32
ثالثا: جدية المصلحة ومشروعيتها 35
المبحث الثاني: صور الاشتراط في عقد الزواج 37
المطلب الأول: الشروط الصحيحة 37
الفرع الأول: الاشتراط في نطاق حقوق الزوجين 38
أولا:الاشتراط في نطاق حقوق الزوج 38
أ: اشتراط الزوج القوامة على زوجته 39
ب:اشتراط الزوج على زوجته بأن لا تخرج من المنزل إلا بإذنه 40
ج: اشتراط الزوج على زوجته أن تمتنع عن العمل بعد الزواج 41
ثانيا: الاشتراط في حقوق الزوجة 41
I: حقوق الزوجة المالية 41
أ: الصداق 42
1:حكم اشتراط المرأة أو وليها على الزوج أن يدفع لها مبلغ معين في حالة الطلاق 43
2:حكم اشتراط الزوجة كفيلا لضمان وفاء الزوج بالمهر 43
3:حكم اشتراط الزوجة ملكيتها لأثاث بيت الزوجية 43
ب: النفقة 44
1:اشتراط الزوجة على زوجها إسكانها في مسكن منفرد 45
2:اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها رغم غناها 46
3:اشتراط الزوج على زوجته أن تنفق عليه في حالة إعساره 46
4:اشتراط الزوج على زوجته الإسهام معه في النفقة 46
II: حقوق الزوجة المعنوية 47
الفرع الثاني: الشروط التي لا تتنافى مع مقتضيات عقد الزواج 48
أولا: اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها 48
ثانيا: اشتراط الزوجة على زوجها متابعة دراستها والعمل 50
أ : اشتراط المرأة على زوجها متابعة دراستها 50
ب: اشتراط المرأة على زوجها مزاولة العمل 51
ثالثا: اشتراط المرأة على زوجها أن يكون لها الحق في تطليق نفسها 54
رابعا: اتفاق الزوجين حول نظام الأموال المكتسبة بينهما 56
المطلب الثاني: الشروط الغير الصحيحة 59
الفرع الأول: الشروط التي تنافي مع مقتضيات عقد الزواج 60
أولا: عدم الوطأ 61
1- إذا اشترط في عقد الزواج عدم حل الوطأ 61
2- إذا اشترط في عقد النكاح عدم الوطأ 61
ثانيا: عدم الإنجاب 63
ثالثا: اشتراط الزوج على زوجته إسقاط حقها في المهر 64
1:الجزاء الأول: فسخ عقد الزواج 65
2:الجزاء الثاني: تثبيت عقد الزواج 65
رابعا: اشتراط الزوج على زوجته إسقاط حقها في النفقة 66
الفرع الثاني: الشروط التي نهى الشرع عنها 67
أولا: اشتراط التأقيت في عقد الزواج 68
1: الزواج المؤقت 68

2: زواج المتعة 69
3: زواج المسيار 69
ثانيا: اشتراط عقد في عقد الزواج 70
ثالثا: شرط التزوج بنية حل المطلقة ثلاثا لزوجها 71
رابعا: اشتراط الزوجة طلاق ضرتها 72
الفصل الثاني: تنظيم الشروط الإرادية لعقد الزواج 74
المبحث الأول: مدى مراقبة وتعديل وإلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج 75
المطلب الأول: سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج في مراقبة الشروط المقترنة بعقد الزواج 76
الفرع الأول: الشروط التي وقع النص عليها بصفتها من الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج 77
أولا: أهم الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج 78
1: شرط الشخص المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج 78
2: عدم مخالفة السن القانونية للزواج 79
3: توفر الوثائق المطلوبة قانونيا 79
ثانيا: الجزاء المترتب على مخالفتها 81
الفرع الثاني: الشروط التي ورد النص عليها لحماية حقوق الزوجين 82
الفرع الثالث: الشروط التي ترك القانون للزوجين حرية اشتراطها 84
المطلب الثاني: سلطة القضاء في تعديل أو إلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج 85
الفرع الأول: دوافع الزوجين لطلب تعديل شروطهما الإرادية 86
الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي الأسري في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج 89
المبحث الثاني: أثر الشرط المقترن بعقد الزواج 91
المطلب الأول: حكم الشرط المقترن بعقد الزواج 92
الفرع الأول: حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في الفقه الإسلامي 92
أولا: الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج 93
ثانيا: الشرط المنافي لمقتضيات عقد الزواج 93
ثالثا: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه 97
الفرع الثاني: حكم الشرط المقترن بعقد الزواج في التشريعات الوضعية 102
أولا: حكم الشرط الصحيح قانونا 102
ثانيا: حكم الشرط الغير الصحيح قانونا 105
المطلب الثاني: الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط 107
الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ 108
أولا: شروط الدفع بعدم التنفيذ 108
ثانيا: الأساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ 109
ثالثا: حبس الزوجة لنفسها لاستفاء حقوقها 109
الفرع الثاني: الفسخ 112
أولا: الأساس القانوني للفسخ 113
ثانيا: كيف يتم الفسخ 113
ثالثا: الفرق بين الفسخ والتطليق 115
رابعا: مسقطات حق الزوجة في الفسخ 116
1: الرضا بإخلال الزوج للشرط 116
2: زوال سبب الشرط 116
3: استحالة تنفيذ الشرط 116
الفرع الثالث: التعويض 117

أولا: مدى اعتبار التطليق مسألة موجبة للتعويض 118
ثانيا: الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق 119
ثالثا: شروط الضرر المستحق للتعويض 119
1: وجوب وقوع الضرر لاستحقاق التعويض 120
2: الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض 121
رابعا: كيفية تقدير التعويض 122
خاتمة 123
قائمة المراجع 127
الفهرس 140

ملخص:
إن الاشتراط في عقد الزواج حق معترف به لكلا الزوجين، إذ يجوز لهما أن يشترطا ما يريانه مناسبا من الشروط سواء في القانون الجزائري أو المغربي. إلا أن هذا الحق غير مطلقا، وذلك لوجود ضوابط وقيود تحد من حرية الطرفين، وهي أن تكون هذه الشروط متماشية ومقتضى عقد الزواج وغير مخالفة لأحكام القانون، وإلا اعتبرت باطلة كأنها لم تكن. وهذا الجزاء أقرته المدونة المغربية صراحة، أما قانون الأسرة فمنح جزاءين للشرط غير الصحيح، الجزاء الأول إبطال الشرط مع العقد، أما الجزاء الثاني فهو إبطال الشرط دون العقد.
والجدير بالإشارة أن الشروط الاتفاقية الصحيحة تكون ملزمة لكلا الزوجين، بحيث في حالة عدم وفاء الزوج بالشرط، للزوجة الحق في طلب التطليق. كما أن هذا الحق معترف به للزوج الذي على منوال الزوجة، يمكنه مطالبتها بالتعويض من جراء الأضرار التي أصابته بسبب الطلاق.
الكلمات المفتاحية: عقد، زواج، اشتراط، ضوابط، وفاء، أثر، تطليق، طلاق.

Résumé:
Les législateurs algérien et marocain reconnaissent explicitement aux deux conjoints le droit de stipuler dans le contrat du mariage toute clause qu'ils jugent utile. Toutefois, ce droit n'est point absolu puisqu'ils sont tenus d'observer à cet égard que de telles clauses ne soient pas contraires non seulement à l'objet dudit contrat mais également aux dispositions légales. Le non respect de ces critères entraine de toute évidence la nullité du mariage, laquelle est prévue d'une manière expresse par la moudawana marocaine et ce, comparativement au droit algérien pour qui le législateur prévoit tantôt la nullité du mariage et de la clause, et tantôt la nullité seulement de la clause.
Notons, par ailleurs, que les deux conjoints sont tenus d'observer les clauses stipulées conformément à la règlementation en vigueur. Or, si l'époux se détache unilatéralement de telle obligation en méconnaissant la clause stipulée, l'épouse se trouve en droit de demander le divorce. Ce même droit est reconnu également à l'époux, lequel, à l'instar de l'épouse, peut demander la réparation des dommages qu'une telle séparation peut lui causer.
Mots clés: Contrat, mariage, stipulation, critère, exécution, effet, divorce.

Summary:
Algerian and Moroccan legislators explicitly recognize both spouses the right to stipulate in the contract of marriage any clause which they consider appropriate. However, this right is absolute point since they are required to observe in this connection that such clauses are not contrary not only to the object of the contract but also to the legal provisions. The non-fulfillment of these criteria obviously entails the nullity of the marriage, which is provided explicitly by the Moroccan and the moudawana, compared to Algerian law for which the legislature provides sometimes the nullity of marriage and the clause, and sometimes the invalidity of the clause.
Furthermore, note that both spouses are obliged to observe the clauses stipulated in accordance with the regulations in force. However, if spouse unilaterally detaches from such obligation in ignoring the clause stipulated, the wife is entitled to seek divorce. The same right is recognized also the husband, which, like the wife, may claim compensation for the damage that such a separation can cause him.
Key words: Contract, marriage, requirement, control, criterion, effect, divorce.