جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

إعداد الطالب:
دبلة حفيزة

يوم: 11/جوان/2024

الشروط الجائزة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

لجنة المناقشة:

د. دغيش حملاوي	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة بسكرة	مشرفا
أ.د. عاشور نصرالدين	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	رئيسا
د. مستاوي حفيظة	أستاذ مساعد	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023-2024

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

الحمد لله رب العالمين تبارك وتعالى له الكمال وحده

والصلاة والسلام على من لا نبي بعده

أحمد الله الذي بارك لي في إتمام بحثي هذا

وأتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان إلى كل أساتذتي الأفاضل في كلية الحقوق والعلوم السياسية

الذين كان لهم الفضل في سلوكي هذا الدرب خاصة الأستاذ المشرف د. دغيش حملاوي

الذي كان لي دعما وإرشادا

إلى كل زميلاتي بقسم الحقوق

والى كل من مد لي يد العون لإنجاز بحثي هذا ليرقى إلى المستوى المطلوب

الإهداء

قال تعالى: ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما ﴾ الإسراء: 23

أهدي هذا العمل

إلى والدي الكريمين -أطال الله في عمرهما-

إلى زوجي أحمد الذي كان لي سندا ومشجعا

إلى أطفالي نهى وإيمان ويونس

إلى كل أفراد عائلتي وخاصة أخواتي نوال ونجاح وكوثر وفدوى اللواتي كن بجانبي دائما وقت الحاجة والكتكوتة خديجة

وإلى كل ساعدني حتى بكلمة طيبة أو ابتسامة

حفيزة

فهرس المحتويات

مقدمة: .....أ–د

الفصل الأول ماهية الشروط الجائزة في عقد الزواج

المبحث الأول: مفهوم الشرط 6

المطلب الأول: تعريف الشرط..... 6

الفرع الأول: تعريف الشرط لغة 6

الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحا..... 7

المطلب الثاني: تمييز الشرط عن غيره من المصطلحات..... 8

الفرع الأول: التمييز بين الشرط والركن 8

الفرع الثاني: التمييز بين الشرط والسبب 9

الفرع الثالث: التمييز بين الشرط والمانع 9

المطلب الثالث: أنواع الشرط 10

الفرع الأول: الشرط الشرعي 10

الفرع الثاني: الشرط الجعلي.....10

الفرع الثالث: الشرط العرفي.....12

المبحث الثاني: مفهوم الشروط الجائزة في عقد الزواج.....13

المطلب الأول: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج.....13

المطلب الثاني: خصائص الشرط المقترن بعقد الزواج 15

الفرع الأول: أمر زائد عن أصل العقد 15

الفرع الثاني: أن يكون مشروعا.....15

الفرع الثالث: أن يكون أمرا محتمل الوقوع 15

الفرع الرابع: أن يكون أمرا مستقبلا 16

الفرع الخامس: شرط مقارن أو لاحق 16

الفرع السادس: شرط تقييدي 16
الفرع السابع: أنه شرط جعلي 17
المطلب الثالث: ضوابط الشروط الجائزة في عقد الزواج.....18
الفرع الأول: ضوابط الشروط الجائزة في الفقه الإسلامي.....18
الفرع الثاني: ضوابط الشروط الجائزة في القانون الجزائري 26
الفرع الثالث: ضوابط الشروط الجائزة في التشريعات العربية 33

الفصل الثاني: تطبيقات عملية للشروط الجائزة في عقد الزواج وآثار تخلفها

المبحث الأول: صور عن الشروط الجائزة في عقد الزواج.....43
المطلب الأول: اشتراط الزوجة السكن المنفرد 43
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي.....43
الفرع الثاني: موقف القانون 47
المطلب الثاني: شرط عدم تعدد الزوجات 52
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي.....52
الفرع الثاني: موقف القانون 53
المطلب الثالث: شرط المرأة إكمال تعليمها 55
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي.....55
الفرع الثاني: موقف القانون 56
المطلب الرابع: اشتراط المرأة العمل 57
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي.....57
الفرع الثاني: موقف القانون 59
المطلب الخامس: اشتراط المرأة على الزوج ألا يخرجها من بلدها 60
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي.....60
الفرع الثاني: موقف القانون 60

المطلب السادس: اشتراط صفة من الصفات 62
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي.....62
الفرع الثاني: موقف القانون 63
المطلب السابع: اشتراط الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين.....65
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي.....66
الفرع الثاني: موقف القانون 67
المبحث الثاني: آثار عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج.....70
المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ 71
المطلب الثاني: طلب الفسخ.....73
الفرع الأول: تعريف الفسخ.....74
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الفسخ 76
الفرع الثالث: سقوط الحق في الفسخ عند الإخلال بالشرط.....76
الفرع الرابع: موقف القانون 77
المطلب الثاني: طلب التطليق 79
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري 79
الفرع الثاني: موقف تشريعات المغرب العربي 83
الخاتمة.....86

مقدمة

مقدمة:

ترتبط حرية الاشتراط في عقد الزواج بمبدأ سلطان الإرادة فهي لا تنفك عن هذا المبدأ، لأن الإرادة هي منبع الشروط بل إن حرية الاشتراط هو مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه قيود في دائرة الشروط وله مدى حدده الشرع والقانون، وذلك نظرا لأهمية وقداسة ومكانة عقد الزواج فهو الميثاق الغليظ الأمر الذي يستوجب حماية كيان الأسرة من كل ما من شأنه أن يعصف بها ويهدد استقرارها.

ويجدر التمييز هنا بين الشروط الشرعية التي يحددها الشارع الحكيم لاعتبار عقد الزواج صحيحا ونافذا وبين تلك الشروط التي يضعها المتعاقدان أو ما يسمى بالشروط الجعلية التقييدية. لأنها تقيد العقد فغايتها تعديل أحكام العقد العادية زيادة أو نقصانا لتحقيق مصالح ضرورية لطرفي عقد الزواج.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية الإسلامية في تحديد مدى الشروط بين موسع ومضيق من خلال وضع ضوابط شرعية للشروط المقترنة بعقد الزواج، فالذين يفتحون باب التعاقد على مصراعيه بدون قيود يفتحون أيضا باب الشروط في العقود، والذين يقيدون باب التعاقد لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضى العقد.

أما التشريعات القانونية العربية فقد حددت هي الأخرى ضوابط تحد من إرادة الزوجين في الشروط جاءت في أغلبها موافقة للشريعة الإسلامية.

1-أهمية موضوع الدراسة:

- الاشتراط في عقد الزواج من شأنه أن يؤسس لعلاقة زوجية على أساس التفاهم والمشاورة.
- الاشتراط في بداية الزواج يقي من المشاكل التي يمكن أن تهدد استقرار الأسرة فيما بعد.
- موضوع الاشتراط له ارتباط وثيق بحياتنا اليومية فهو يمس حياة الزوجين الأسرية والاجتماعية.
- تعلق موضوع الاشتراط بأهم العقود وهو عقد الزواج والذي يحتاج إلى معرفة أحكامها كل فرد في المجتمع.
- يتعلق بموقف الشريعة الإسلامية والقانون من الاشتراط ومن ثمة تتضح الشروط الصحيحة.

– يعتبر موضوع الاشتراط من أهم المواضيع الفقهية والقانونية المتجددة تماشيا مع ما يقتضيه الواقع الاجتماعي المعاصر الذي أدى إلى تزايد ملحوظ في مسألة الاشتراط، فأصبح كل زوج يرغب في تأسيس حياته وفق ظروفه الخاصة، كما أن سوء معاملة المرأة من طرف الزوج أدى إلى رغبتها في حماية نفسها بالاشتراط في عقد الزواج حماية لحياتها الزوجية من النزاعات مستقبلاً فكان لابد من إبراز أهمية هذه الشروط وإلزامية الوفاء بها.

– عقد الزواج أساس بقاء وتطور المجتمع ومنه يجب أن تتوفر له الحماية القانونية، وذلك من خلال تسليط الضوء على النظام القانوني الخاص به والآثار المترتبة عليه خصوصا فيما يتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج.

2–أسباب اختيار الموضوع:

– الميول الشخصية للموضوع.

– تلائم موضوع الدراسة مع الاختصاص.

– الرغبة في معرفة أحكام الاشتراط في عقد الزواج وإثراء الرصيد المعرفي الشخصي واكتساب الخبرة في الموضوع محل البحث العلمي.

– توضيح مدى قابلية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل زمان ومكان.

– يعتبر من أهم النقاط التي يتم الاتفاق عليها قبل إبرام عقد الزواج خاصة من طرف المرأة التي أصبحت تحظى بحقوق وحريات أكثر، حيث أن الاشتراط في عقد الزواج ضامن لحقوقها.

3–إشكالية الموضوع:

في ظل تغير الأعراف والتقاليد في المجتمعات كان لا بد من ظهور مشارطات كثيرة وجديدة مما يدعونا لطرح الإشكالية التالية: ما مدى حرية الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية؟

4–أهداف الموضوع:

– إبراز أهمية ودور الاشتراط في عقد الزواج بالنسبة للمتزوجين.

– التعرف على ضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج وتبصرة الزوجين بها حتى يكونا على بينة من أمرهما مستقبلا.

– التفصيل في أهم ما جاء به تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05–02 ومقارنتها بما جاءت به التشريعات العربية.

– إبراز دور الاجتهاد القضائي وكذلك مبادئ المحكمة العليا في مسايرة المسائل المستجدة في مسألة الاشتراط ومدى مراقبتها لتطبيق القانون.

– مقارنة نصوص التشريعات العربية المنظمة لموضوع الاشتراط ومدى توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية بما في ذلك القانون الجزائري.

– تحديد الجزاءات المترتبة على مخالفة الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج.

5–منهج البحث:

وقصد دراسة الموضوع من جميع النواحي اقتضت طبيعة الموضوع اتباع المنهج الاستقرائي الذي يجمع بين المنهج الوصفي والتحليلي، حيث يظهر المنهج الوصفي من خلال تحديد مختلف المفاهيم وتمييزها عن المصطلحات الأخرى، أما المنهج التحليلي فيظهر من خلال تحليل مضمون النصوص القانونية واستنباط الأحكام منها والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين آراء المذاهب الفقهية فيما بينها من جهة ومقارنتها بالقانون الجزائري والقوانين العربية من جهة ثانية، ليتم عرض البحث وفق الخطة التالية:

إذ قسمنا البحث إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول ماهية الشروط الجائزة في عقد الزواج تناولنا في المبحث الأول مفهوم الشرط من خلال تعريفه وتمييزه عن غيره من المصطلحات وبيان أنواعه، وتناولنا في المبحث الثاني مفهوم الشروط الجائزة في عقد الزواج موضحين تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج وخصائصه وضوابطه في الفقه الإسلامي والقوانين العربية.

أما الفصل الثاني فتناولنا فيه تطبيقات عملية لبعض الشروط الجائزة في المبحث الأول كشرط السكن المنفرد وشرط عدم التعدد. والعمل والتعليم والاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين وشرط عدم إخراجها من بلدها، وفي المبحث الثاني تناولنا جزاء مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج.

الفصل الأول

ماهية الشروط الجائزة في عقد الزواج

لقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية وكذلك التشريعات الوضعية، لمراعاة مصالح الأفراد ولذا فقد بنيت أحكامها على جلب المنافع ودرء المفاسد، لهذا فقد أحيط نظام التعاقدات بضوابط ومعايير لابد من التزام المكلفين بها، حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجوة منها، ورغم أن الأصل هو التزام طرفي العقد بالحقوق والواجبات التي يرتبها الشرع والقانون، إلا أن طرفي العقد قد يريا أنها لا تفي بحاجاتهما، فيلجآن إلى وضع شروط تضاف إلى العقد، للزيادة أو الإنقاص من الالتزامات المترتبة على العقد.

وبما أن عقد الزواج هو أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته فقد يرغب أحد الزوجين في وضع بعض الشروط التي يراها ضرورية لتحقيق مصالحهما، والحفاظ على استقرار حياتهما الزوجية، مما يدعونا لنتساءل عن مفهوم الشرط أولا في المبحث الأول، ثم ندرس في المبحث الثاني مفهوم الشروط الجائزة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.

المبحث الأول: مفهوم الشرط

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الشرط لغة واصطلاحا وكذا تمييزه عن غيره من المصطلحات كالركن والمانع والسبب ثم نتعرف على أنواع الشرط فيما يلي:

المطلب الأول: تعريف الشرط

الفرع الأول: تعريف الشرط لغة

الشرط في اللغة: "إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"[1]

والشرط جمعه شروط وهو القيد أو الحكم ولذلك قيل في المثل "الشرط أملك" عليك أم لك، أي أن الشرط يقيد صاحبه في التزامه للمشروط سواء كان هذا الشرط له أم عليه.

والشرط أيضا بمعنى العلامة[2] والجمع أشراط، وأشراط الساعة أعلامها منه قول الله عز وجل: «فهل ينظرون الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها»[3]

---

[1] بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، 1979، ص 460.

[2] محمد عبد الله قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 2000، ص 305.

[3] سورة محمد، الآية 18.

ولذلك يطلق الشرط لغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته سواء اتجاه نفسه أو اتجاه غيره. فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أعيانه بأحكام إضافية يشترطها ويتفق عليها المتعاقدان[1].

ويقال شَرِط بكسر الراء وضمها، إذا شرط على صاحبه أمرا ويقال شارطه، فإذا اشترطت المرأة أمرا في عقد النكاح فقد ألزمته أمرا.

الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحا

أولا: في الفقه الإسلامي

عرفه الحموي بأنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة". ومعناه أن يقترن التصرف بالتزام أحد المتعاقدين بأمر زائد عن أصل العقد، وغير موجود وقت التعاقد، ويكون ذلك باستعمال عبارة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا.[2]

ويعرف أيضا بأنه ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجا عن حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم الشيء"[3].

والمقصود بوجود الشيء وجوده الشرعي الذي تترتب عليه آثاره الشرعية، كالوضوء في الصلاة يعد شرطا لوجودها الشرعي الذي تترتب عليه آثارها من كونها صحيحة، ولكن الوضوء ليس جزءا من الصلاة، أما المقصود بأنه لا يلزم من وجود الشرط وجود الشيء فوجود الوضوء كشرط للصلاة لا يعني وجود الصلاة فقد يتوضأ الشخص ولا يصلي ومثاله أيضا مرور الحول كشرط للزكاة لا يعني وجوب الزكاة فقد يمر الحول ولكن لا يبلغ المال النصاب وهنا لا تجب الزكاة. أما المراد بأنه يلزم من عدمه عدم الشيء أن عدم وجود الشرط يؤدي إلى عدم وجود الشيء شرعيا. فعدم وجود الوضوء يؤدي إلى عدم صحة الصلاة وعدم مرور الحول يؤدي إلى عدم وجوب الزكاة.

والشرط عند الأصوليين هو: "الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم، من غير إفضاء إليه، وهو ما يستلزم من عدمه عدم الحكم"[4].

---

[1] رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للنشر، الطبعة الأولى، 2001، ص 28.

[2] على محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 10.

[3] محمد تقية، المختصر الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، 2000، ص 55.

[4] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة 2، 1998، ص 99.

ثانيا: الشرط في القانون

لم يتضمن القانون تعريفا دقيقا للشرط، وإنما أدرج الشرط في باب بعنوان الأوصاف المعدلة للأثر الالتزام إقرارا منه لإرادة المتعاقدين في الاشتراط وهذا لتعديل العقد، حيث نصت المادة 203 من القانون المدني الجزائري على: "يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على مستقبل وممكن وقوعه".

والشرط في الفقه القانوني ذو معاني ثلاثة:

أ-المعنى الأول: وهو ما يتطلبه المشرع لترتيب أثر قانوني معين وهذا ما يسمى بالشرط القانوني، كاشتراط المشرع لصحة العقد أن يكون المتعاقد متمتعا بالأهلية الكاملة وأن يكون رضا كل منهما سالما من العيوب.

ب-المعنى الثاني: هو أمر مستقبل ممكن وقوعه، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط واقفا، أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخا[1].

ج-المعنى الثالث: يقصد به الأحكام التي يشترطها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما يعني ما يشترطه المتعاقدان لتحديد التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها وهذا ما يعرف بالشرط المقترن بالعقد[2].

المطلب الثاني: تمييز الشرط عن غيره من المصطلحات

قد يتداخل معنى الشرط مع غيره من المصطلحات كالركن والسبب والمانع وسنتولى تمييزه عن هذه المصطلحات.

الفرع الأول: التمييز بين الشرط والركن

الركن في اصطلاح الفقهاء هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءاً من حقيقته، فالرضا والمحل والسبب كلها أركان متطلبة لقيام العقد[3].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 5.

[2] صبحي المحمصاني، الطريقة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج 2، دار العلم الإسلامي، بيروت، 1972، ص 206.

[3] رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص 23.

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 فعدم وجود المحل يستلزم بطلان العقد، وعدم وجود الوضوء يترتب عليه تخلف الصلاة.

ويكمن الفرق بين الشرط والركن أن الركن يعتبر جزءا من حقيقة الشيء وماهيته، بينما يعتبر الشرط خارجا عن ماهية المشروط فالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء من حقيقتها، والوضوء شرط صحة في الصلاة لأنه أمر خارج عن ماهيتها.

الفرع الثاني: التمييز بين الشرط والسبب

السبب هو كل حادث ربط به المشرع أمرا آخر وجودا وعدما وهو خارج عن ماهيته[1] أو هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم.

من خلال التعريف السابق للسبب يتضح أن الشرط والسبب يتفقان في حالة العدم فإذا انعدم الشرط انعدم المشروط وإذا انعدم السبب انعدم المسبب ولكنهما يختلفان في أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب، أما الشرط فإن وجوده لا يستلزم وجود المشروط، فوجود الشاهدين كشرط للزواج لا يستلزم وجود عقد الزواج، ومثال ذلك بالنسبة للسبب هو وجود الحول الذي هو شرط للزكاة، والنصاب الذي هو سبب لوجوب الزكاة، فالزكاة وجبت لوجود السبب وهو النصاب لأن وجود الحول دون النصاب لا يوجب الزكاة.

الفرع الثالث: التمييز بين الشرط والمانع

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

فعلى سبيل المثال يعتبر قتل الوارث مورثه مانعا شرعيا من موانع الإرث وهذا يعني أن وجود المانع يقتضي عدم وجود الحكم، فالقاتل هنا لا يرث رغم قيام سبب الإرث سواء كانت القرابة أو الزوجية.

[1] رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 34.

نستنتج مما سبق أن الفرق بين الشرط والمانع هو أن المانع يستلزم وجوده انتفاء غيره أما الشرط فهو ما يلزم من عدمه عدم غيره[1].

المطلب الثالث: أنواع الشرط

ينقسم الشرط من حيث مصدره إلى الشرط الشرعي أو القانوني والشرط الجعلي وأضاف الحنفية الشرط العرفي، وفيما يلي نتناول هذه الأنواع الثلاثة:

الفرع الأول: الشرط الشرعي

الشرط الشرعي أو القانوني هو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع أو القانون، كالشروط التي اشترطها الشارع في العبادات كالوضوء للصلاة والحول الذي يعتبر شرطا لوجوب الزكاة وكذلك الشروط التي اشترطها الشارع في سائر أنواع العقود والتصرفات كالبيع والهبة والنكاح، فالشهود شرط في النكاح[2]، ومن أمثلة الشروط التي اشترطها القانون: شرط الأهلية لإبرام العقود حيث تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على: "كل شخص أهل للتعاقد لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون" فالأهلية شرط للتعاقد ومن فقدها كالمجنون لا ينعقد عقده.

والشرط الشرعي هو أمر خارج عن ماهية الشيء حيث أنه لا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم الشيء فالوضوء شرط للصلاة غير أن حصول الوضوء لا يقتضي بالضرورة حدوث الصلاة، فقد يتوضأ الرجل ولا يصلي.

الفرع الثاني: الشرط الجعلي

هو الشرط الذي يشترطه أحد المتعاقدين ويكون الغرض منه تحقيق مصالح خاصة ويسمى بالشرط الجعلي لأن المتعاقد هو الذي جعله شرطا، ولكن المشرع قيده بحدود شرعية فلا يكون للمتعاقد مطلق الحرية في اشتراط ما يريده من الشروط بل يجب أن يكون الشرط موافقا لحكم العقد، وقد قسم الفقهاء الشرط الجعلي إلى 3 أقسام هي:

[1] ويس مليكة، غلاب اسمهان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2022/2021، ص 10.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 101.

أولا: الشرط المعلق

إن التعليق على الشرط هو ربط حصول أمر بحصول أمر آخر فهو ما علق وجود العقد على أمر بحيث لا يوجد العقد ما لم يوجد كما لو قال البائع بعتك الدار بكذا إن وافق ابني فكان البيع تحت احتمال الوجود والعدم. فهو إذن عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا ساري الحكم منذ صدوره، ويصاغ التعليق بإحدى أدوات الشرط التي تربط بين فعلين نحو: أن، إذا، من، كلما، ويقصد به تعليق تحقق العقد على تحقق شيء آخر، وهو من الأوصاف المعدلة للآثار الالتزام وعليه فالشرط التعليقي حدث مستقبل غير مؤكد الوقوع يتعلق عليه تولد الالتزام أو سقوطه لذلك فهو ينقسم إلى قسمين:

أ-**شرط واقف:** وهنا يكون وجود الالتزام ذاته مرتبطا بتحقق الشرط، إذن يكون الشرط واقفا إذا علق عليه نشوء العقد بحيث إذا تحقق ذلك الشرط انعقد العقد مثل: أن يقول الأب لابنه إذا نجحت في البكالوريا سأشتري لك سيارة.

ب-**الشرط الفاسخ:** هو الشرط الذي يعلق عليه فسخ العقد وزوال العقد. فالعقد هنا ينعقد، لكن إذا تحقق الشرط انفسخ العقد. فالالتزام هنا يعد موجودا ونافذا إلا أنه مهدد بالزوال بتحقق الشرط ومثاله: إذا اشترط البائع على المشتري أنه متى وفى الأقساط في وقتها المحدد فإنه يعفى من تسديد القسط الأخير. فهنا متى التزم المشتري بتسديد الأقساط في موعدها المحدد انفسخ العقد ويعفى من القسط الأخير.

وقد فرق الفقهاء بين حالتين في حكم هذه الصيغة إذا اقترنت بعقد الزواج:

- أن يكون الشيء المعلق عليه الزواج غير موجود وقت التعاقد وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد لأن الإيجاب معلق على شيء محتمل الوقوع، ومثاله أن يقول الرجل للمرأة تزوجتك إن نجحت في الامتحان، فهنا لا ينعقد الزواج لأنه من العقود المنجزة التي تفيد التمليك ولا تقبل التعليق.
- أن يكون الشيء المعلق عليه الزواج موجودا في الحال كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك على مهر كذا فتقول قبلت إن وافق أخي ويكون أخوها حاضرا فيقول قبلت، وفي هذه الحالة ينعقد عقد الزواج صحيحا.

ثانيا: الشرط المضاف

ويقصد به تأخير سريان حكم العقد إلى زمن المستقبل، فالعقد هنا لا يرتب حكمه وأثره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه العقد وكأن المتعاقدان قاما بتوقيف سريان آثار العقد إلى زمن أو أجل محدد، بحيث لولا هذه الإضافة لرتب العقد أحكامه من وقت التعاقد ومثاله أن يقول المؤجد للمستأجر أجرتك منزلي لمدة عام تبدأ من الشهر القادم.

ومما تجدر الإشارة إليه أن عقد الزواج لا يشمله شرط الإضافة إلى زمن المستقبل لأن عقد الزواج من العقود التي تفيد التمليك في الحال، فلو قال المخاطب تزوجت ابنتك بعد عيد الفطر فيقول الأب قبلت، فإن مثل هذه الصيغة لا ينعقد بها الزواج لا في الحال ولا عند حلول الزمن المضاف إليه.

ثالثا: الشرط التقييدي

هو الشرط الذي يقيد حكم العقد وآثاره فيكون المقصود منه هو تعديل آثار العقد الأصلية. بإيجاب التزامات بين المتعاقدين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا وسمى الفقهاء ذلك بالعقد المقيد بالشرط والشرط المقترن بالعقد[1] وهو الذي يدخل في نطاق بحثنا.

الفرع الثالث: الشرط العرفي

هو ما يتقيد به التصرف بناء على ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى، حتى تمكن أثره في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول[2].

ويشترط في العرف أن يكون مطردا أو غالبا، وأن يكون العرف المراد تحكيمه قائما عند إنشاءها. كما لا يجب أن يعارض العرف نصا شرعيا أو قاعدة شرعية أو حكما ثابتا بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلا له.

وقد ذهب المالكية والحنفية إلى عدم تنزيل العرف منزلة الشرط في أصل العقد. إلا أنهم قالوا به في القضايا المالية كتعجيل المهر والتجهيز بأكثر من المهر، وأجرة النقل من بلد الزوجة إلى بلد البناء، وأجرة الماشطة، وما يرسله الزوج لزوجته في المواسم والأعياد، وما يدفعه الزوج لزوجته

[1] بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص 490.

[2] نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص 88.

صبيحة العرس، فإن جرى العرف على أنها على الزوج فهي عليه، وإن جرى العرف على أنها على المرأة أو وليها عمل بموجب العرف كذلك.

وقد ذهب الحنابلة أن العرف ينزل منزلة الشرط في الراجح من مذهبهم[1].

أما الشافعية فيذهبون إلى عدم اعتبار العرف أصلاً لبناء الشروط وعليه فلا يعتبرون بالشرط العرفي في تقييد العقود به، كما لا ينزل العرف منزلة الشرط الصحيح[2].

المبحث الثاني: مفهوم الشروط الجائزة في عقد الزواج

يعد عقد الزواج من أهم العقود نظرا لقدسيته ومكانته السامية لذلك فقد تولى الشارع تحديد أركانه وشروطه ومقاصده التي شرع لأجلها، كما يمكن أن يقترن بعقد الزواج شروط من طرف المتعاقدين تسمى بالشروط المقترنة بالعقد، ويجب أن تكون هذه الشروط موافقة للشريعة الإسلامية والقانون.[3]

وسنتولى في هذا المبحث تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج وتبيان خصائصها وضوابطها في الفقه والقانون.

المطلب الأول: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج

الاقتران لغة من قارن الشيء بالشيء مقارنة، يعني اقترن به وصاحبه، وقرنت الشيء بالشيء وصلته والقرين المصاحب ويطلق عليه عدة تسميات منها الشرط المقترن بالعقد، الشرط المقارن، الشرط التقييدي ومعناه الربط والاشتراط والقيد أي إخراج اللفظ المطلق على الشيوع وهو التزام واقع في العقد ناشئا بإرادة المتعاقدين كالبيع والإجارة والنكاح أو بإرادة منفردة كالهبة والوصية وهو يضاف

---

[1] شاكر جمعة بكري، الشروط في النكاح، رسالة ماجستير في الشريعة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، ص 23-24.

[2] نشوة العلواني. المرجع السابق، ص 89.

[3] عبد السلام أبيكر، الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2016-2017، ص ب.

إلى صلب العقد عند إنشائه بهدف التعديل من آثار العقد زيادة أو نقصانا، بحيث يصبح جزءا من أجزائه التي تم التراضي على أساسها[1].

وقد عرفه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: "هو ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض، ويراد بها الشروط المقترنة بالإيجاب أو القبول، أي أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط". وعرفه الدكتور عبد القادر داودي بقوله: "هو ما يشترطه أحد أطراف عقد الزواج مما يريد به تحقيق منفعة لنفسه، أو تقليص حدود منافع غيره ويرضى بها الطرف الثاني عن طيب نفس منه مختارا غير مكره".

وعرفه الدكتور أحمد الغندور بقوله: "هو أن تكون فيه طبيعة العقد منجزة ولكنها اقترنت بشرط يشترطه أحد الزوجين لتحقيق مصلحة له"[2].

فالشرط يفيد التزام العاقد في عقده أمرا زائدا عن أصل العقد سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له أو كان منافيا له أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط[3].

وجدير بالذكر أنه لا يجب قصر الشروط المقترنة بعقد الزواج على تلك التي تم الاتفاق عليها عند تكوين ونشوء العقد بينما الشروط المقترنة بعقد الزواج يمكن أن تكون لاحقة على تكوين عقد الزواج وتكون بعد ذلك جزءا منه إذا تم الاتفاق عليها في وقت لاحق وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري.

مما سبق يمكن القول بأن الشرط المقترن بعقد الزواج هو ذلك الشرط الذي لا يتعرض سبيل الانعقاد في ظن الطرفين المتعاقدين وإنما يقيد حكم العقد ويعدل من آثاره الأصلية بالزيادة أو النقصان بإحداث التزامات إضافية بين الطرفين لم تكن قائمة لو صدر العقد مطلقا من ذلك الشرط[4].

---

[1] م. د سجى عمر شعبان، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشرع والقانون، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد 37، 2021، ص 322.

[2] سعيد خنوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

[3] د. محمد الضوينى، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها، معهد دبي القضائي، الطبعة الأولى، ص 20.

[4] د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية للنشر، الكويت، 1975، ص 215.

وجدير بالذكر أن التشريعات العربية جاءت خالية من تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج

المطلب الثاني: خصائص الشرط المقترن بعقد الزواج

من خلال التعريفات السابقة للشرط المقترن بعقد الزواج يمكن استخلاص الخصائص المميزة له وتتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: أمر زائد عن أصل العقد

أي أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي تطلبها المشرع دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد لأن هذا الأخير يدخل على العقد بعد تمام أركانه وشروطه[1].

فلو اشترطت المرأة في عقد الزواج ألا يخرجها الزوج من بلدها وقبل الزوج، فإن اشتراط ألا يخرجها من بلدها أمر زائد عن عقد الزواج لأنه ينعقد بدون هذا الشرط لذلك فهو يعرف على أنه التزام يرد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعا[2].

الفرع الثاني: أن يكون مشروعا

فيجب أن يكون الشرط موافقا لمقتضى عقد الزواج ومقاصده بأن يكون موجبا حكما من أحكامه أو مؤكدا لمقتضاه أو ورد به الشرع أو جاء به العرف، كما يجب ألا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب العامة[3].

الفرع الثالث: أن يكون أمرا محتمل الوقوع

ويقصد به أن يكون الشرط مرتبطا بأمر في وسع المتعاقد تنفيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية وتحقق الاستحالة

---

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، ص 243.

[2] د. دغيش حملاوي، (الشرط الجزائي) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017-2018، ص 30.

[3] عبد السلام أبيكر، مرجع سابق، ص 27.

المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط كأن تشترط الزوجة على الزوج أن يضع القمر في يمينها والشمس في شمالها، والاستحالة القانونية كاشتراط الزواج من احدى المحارم[1].

الفرع الرابع: أن يكون أمرا مستقبلا

فالشرط يتضمن أمرا مستقبلا يطالب به بعد انعقاد العقد يستوي في ذلك أن يكون موجودا ورغب العاقد في بقاءه مستقبلا، على غرار الموظفة المقبلة على الزواج والتي تشترط ممارسة وظيفتها بعد الزواج أو كان الشرط غير موجود وطلب العاقد وجوده في المستقبل، أو عدم حصوله مستقبلا كاشتراط الزوجة ألا يخرجها الزوج من بلدها، وفي كل الحالات يبقى ارتباط الشرط بالمستقبل أمرا جوهريا، وتخلف هذه الخاصية معناها أن الشرط تحقق فلا حاجة ساعتها للاشتراط[2].

الفرع الخامس: شرط مقارن أو لاحق

من الخصائص التي تميز الشرط الجعلي على أساس زمني كونه مقارنا لعقد الزواج فهو يقع حال العقد ويضاف إلى صلبه وطبيعته عند إنشاءه ولكن هذا لا يمنع أن يكون الشرط لاحقا للعقد.

الفرع السادس: شرط تقييدي

إن العقود تصدر من حيث الإطلاق والتقييد من خلال حالتين عامتين هما:

- فالعقد إما أن يصدر بصيغة مطلقة ومنجزة وخالية من كل قيد وشرط وهنا يرتب آثاره وأحكامه في الحال مثل قول ولي المرأة لمن يريد الزواج بها زوجتك ابنتي على مهر كذا فيقول الزوج قبلت، وهنا ينعقد الزواج بمجرد تطابق الإيجاب والقبول متى استوفى العقد أركانه وشروطه التي وضعها الشارع.

– وقد تصدر صيغة العقد مربوطة بأمر يقصد به إما[3]:

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين، مرجع سابق، ص 243.

[2] عمران عائشة، الشروط الجعلية في عقد الزواج، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 04، ص 104.

[3] نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 23.

1) تعليق وجود العقد على أمر آخر فلا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشيء ويسمى الشرط المعلق وهذا النوع يتنافى ومقتضى عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة غير المتراخية التنفيذ ولهذا يكون حكم الزواج المعلق على شرط هو البطلان.

2) تأخير العقد إلى حين حلول الوقت الذي أضيف إليه ويسمى الشرط المضاف إلى أجل، ومما تجدر الإشارة إليه أن عقد الزواج لا يشمله شرط الإضافة إلى زمن المستقبل لأن عقد الزواج يوجب تمليك الاستمتاع في الحال، فلو قال الخاطب تزوجت ابنتك غدا أو بعد ثلاثة أشهر ثم يقول الأب قبلت، فإن مثل هذه الصيغة لا ينعقد بها الزواج لا في الحال ولا عند حلول الزمن المضاف إليه[1].

3) تقييد أحكام العقد وآثاره ويسمى بالشرط المقترن بالعقد وهو الذي تصدر فيه صيغة عقد الزواج مربطة بأمر يقصد به تقييد حكم العقد وآثاره، وهذا النوع هو الذي يدخل في مجال دراستنا، وعليه فإننا نستبعد من مجال الدراسة كل من الشرط المعلق بنوعية الواقف والفاسخ، وكذا الشرط المضاف إلى أجل لأنها تتعارض مع الصيغة المنجزة لعقد الزواج فهو من العقود التي تفيد التمليك في الحال.

الفرع السابع: أنه شرط جعلي

عرف الحنابلة الشروط الجعلية بأنها ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض صحيح وليس بمناف لمقتضى عقد النكاح، أما المالكية فيعرفونها بأنها أن يتزوج الرجل المرأة على صفة كذا أو أن لها من المال كذا أو ألا يمنعها من كذا[2].

ويطلق في القوانين الوضعية على الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان، فقد ترك القانون للمتعاقدين حرية تنظيم بعض الأحكام العقدية بما يتفق ومصلحتهما ولا يخالف القانون والنظام والآداب العامة، وتكتسي أهمية التفريق بين الشرط الجعلي والشرط الشرعي أهمية بالغة تكمن في الأثر المترتب على تخلف كل منهما، فإذا تخلف شرط من شروط العقد التي اشترطها فيه الشارع كان العقد باطلا، كأن

[1] د. محمد الضويني، المرجع السابق، ص 23.

[2] شاكر جمعة بكري، مرجع سابق، ص 74.

لا يتوافق الإيجاب والقبول في الصيغة، أما الشروط الجعلية فإن تخلفها يعطي الخيار للمشترط إن شاء أمضى العقد وتنازل عن شرطه وإن شاء تمسك بشرطه وفسخ العقد.

إضافة إلى ذلك فإن الشرط الشرعي لا يجوز التنازل عنه من العاقدين أو أحدهما بخلاف الشرط الجعلي فإنه يصح التنازل عنه[1].

المطلب الثالث: ضوابط الشروط الجائزة في عقد الزواج

أدى تطور المجتمعات إلى ظهور مشارطات جديدة يسعى من خلالها. الزوجين لتحقيق مصالح ومنافع ضرورية لتجنب العديد من المشاكل والخلافات الزوجية التي يمكن تفاديها إذا تم الاتفاق عليها مسبقا الأمر الذي جعل القانون والشريعة يعطيان لكلا الزوجين الحق في وضع الشروط التي يريانها ضرورية ومناسبة لضمان حقوقهما وقيام علاقة زوجية وطيدة[2]، لكنهما وضعا في نفس الوقت لهذه الشروط مجموعة من الضوابط لتحديد الشروط الجائزة، وعليه سنتعرف في الفرع الأول على ضوابط الشروط الجائزة في الفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني على ضوابط الشروط الجائزة في القوانين الوضعية.

الفرع الأول: ضوابط الشروط الجائزة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن الشرط الصحيح هو الذي يوافق مقتضى العقد أو يؤكد مقتضاه أو ورد به نص من الشارع، واتفقوا أيضا على أن الشرط الباطل هو الذي ينافي مقتضى العقد أو ورد نص بتحريمه[3].

---

[1] محمد بن أحمد بن حاسر الساهلي، الشروط في العقود عند الحنابلة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، ص 79.

[2] عشاش نهاد، بولطيف فاتن، الاشتراط في عقد الزواج، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2021-2022، ص 2.

[3] ربحي سليمان، دور القاضي في فك الرابطة الزوجية لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2015-2016، ص 08.

أما فيما عدا ذلك من الشروط فقد اختلف الفقهاء فيها نظرا لاختلافهم في ضابط الشروط المشروعة، وذلك أنه لم يرد معيار محدد لمشروعية الشرط وإنما هي اجتهادات فقهية مستخلصة من قواعد الشريعة ومقاصدها. وتبعا لذلك فقد انقسموا ما بين موسع ومضيق لحرية الاشتراط، فالذين يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود[1]، فيجعلون للعاقد أن يشترط عند إنشاء العقد ما يشاء من الشروط وعلى العكس من ذلك فإن الذين يقولون بأن الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقود* التي أقرها الشارع والآثار التي اعتبرها، لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضيات العقود[2]،

وتبعا لذلك فقد انقسم الفقهاء ما بين مضيق ومتوسط وموسع، مما يدعونا للنظر في هذا الموضوع من خلال التطرق لحكم الاشتراط أولا ثم الشروط الجائزة في المذاهب الفقهية ثانيا.

أولا. حكم الاشتراط

اختلف الفقهاء في حكمهم على الشروط المقترنة بالعقد بين مضيق ومتوسط وموسع على النحو التالي:

مذهب المضيقين: وهو مذهب ابن حزم الظاهري، ويرى أن الأصل في الشروط الحظر إلا ما ورد به نص خاص أو إجماع بجوازه، فإرادة الإنسان في التعاقد مقيدة بما ورد به الدليل الشرعي[3]. واستدلوا على ذلك:

– قال الله عز وجل: «ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون»[4].

---

[1] ربحي سليمان، المرجع السابق، نفس الصفحة.

* *تقوم نظرية مقتضى العقد على أساس أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقدا بقدر ما تحقق انضمامها إلى نظام قانوني بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام.*

[2] حداد فاطمة، مرجع سابق، ص 244.

[3] عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة رسالة ناشرون، دمشق سوريا، طبعة 2012، ص375.

[4] سورة البقرة، الآية 225

فالله عز وجل يخبر بأنه من تعدى حدود الله يعد ظالما ومن ثمة فإن من اشترط شرطا لم يرد فيه الدليل يكون متعديا لحدود الله ومخالفا لشرعه.

ومن السنة ما رواه مسلم والبخاري عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «ما بالُ أقوامٍ يشترطون شروطًا ليست في كتابِ اللهِ من اشترطَ شرطًا ليس في كتابِ اللهِ فهو باطلٌ، وإن كانَ مائةَ شرطٍ، كتابُ اللهِ أحقُ وشرطُ اللهِ أوثقُ»[1] وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[2] ففي هذين الحديثين دليل على أنه ما لم يرد دليل باعتباره كان اشتراطه باطلا.[3]

مذهب الموسعين:

وهو مذهب الحنابلة الذين توسعوا في إطلاق إرادة المتعاقدين في وضع ما يشاؤون من الشروط إلا ما يمنعه المشرع بنص خاص أو ما ينقص من الحقوق والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح واستدلوا بقوله عز وجل: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»[4]، وقوله تعالى: «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا»[5].

إن هاتين الآيتين تفيدان وجوب التزام الإنسان بما التزم به في العقد والأمر بوجوب الوفاء دليل على جوازها وإباحتها فيكون الأصل في العقود والشروط الإباحة.

ومن السنة النبوية ما رواه أبو داوود عن عقبة بن عامر عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج»[6] فهذا تأكيد أن الشروط المتعلقة بالنكاح أحق من غيرها في وجوب الوفاء بها.

والشروط عند الحنابلة قسمان:

---

[1] محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الشعب، طبعة 1، سنة 1987، ج 9، ص 93.

[2] مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار الجيل بيروت، ج 5، ص 132.

[3] عدلان مطروح، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 09، ص 105.

[4] سورة المائدة الآية 1

[5] سورة الإسراء الآية 34

[6] سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 2، ص 209.

- شروط صحيحة: تتمثل في:

– ما يقتضيه العقد.

– مالا يقتضيه العقد ولا ينافيه.

- شروط باطلة: وهي الشروط التي تتنافى مع مقتضى العقد أو تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده أو ورد بها نهي من الشارع وهي نوعان:

- شروط باطلة مبطلة للعقد: كاشتراط التأقيت في الزواج كنكاح المتعة، نكاح الشغار، نكاح المحلل، أون أن يعلق النكاح على شرط كأن يقول ولي الزوجة زوجتك ابنتي إذا وافق فلان.

- شروط باطلة غير مبطلة للعقد: كأن يشترط الرجل ألا مهر للمرأة أولا ينفق عليها أو تنفق عليه أو أن تشرط المرأة ألا تسلم نفسها إليه أو أن لا ميراث بينهما.

مذهب المتوسطين:

وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية حيث وقفوا موقفا وسطا بين مذهب المضيقين والموسعين فلم يقولوا بتحريم الشروط مطلقا ولم يبيحوها مطلقا، وإنما قبلوها بضوابط اختلفوا فيما بينهم في تحديدها على النحو التالي:

أ- مذهب الحنفية: يقسمون الشروط إلى:

- شروط صحيحة: هي ما كانت من مقتضى العقد أو ملائمة لمقتضى العقد، أو أجازها الشارع أو جرى بها العرف.

- شروط باطلة: الشروط الباطلة عند الحنفية هي التي لم ينص عليها الشرع ولم يجر بها العرف وليست من مقتضى عقد الزواج ولا مؤكدة له وهي نوعان:

– الشروط المخالفة للشريعة مثل اشتراط الزوجة إباحة خروجها من بيت الزوجية في أي وقت تشاؤه أو طلاق ضرتها وقد ورد نهي عنها.

– شروط مسكوت عنها وهي التي لم يرد فيها نص أمر أو نهي ومثاله اشتراط الزوجة عدم السفر بها.[1]

[1] فتيحة يعقوبي، ربيعة حزاب، الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، ص 548.

وقد ذهب الحنفية إلى تغليب قوة العقد على فساد الشرط فيظل العقد صحيحا، لأن الزواج عندهم لا يبطل بالشروط الفاسدة وإنما يبطل الشرط فقط باستثناء حالة إصابة الرجل بإحدى العيوب التالية: الخصاء، الجب، العنة، أين يثبت للمرأة الخيار[1].

ب- مذهب المالكية: الشروط عندهم 3 أنواع:

- الأول: ما يقتضيه العقد.
- الثاني: ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ولكن فيه تضييق على الطرف الآخر، كشرط المرأة عدم الزواج عليها، أو السفر بها.
- الثالث: وهو الشرط الذي يناقض مقتضى العقد أو المقصود من الزواج كشرط أن أمرها بيدها، وهذه الشروط يفسخ بها النكاح قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل[2] ويلغى الشرط.

جـ- مذهب الشافعية: تنقسم الشروط عندهم إلى:

- شروط صحيحة: وهي ما كانت موافقة لمقتضى عقد الزواج أو الشروط التي لم يتعلق بها غرض أو منفعة تقصد في عرف الناس.
- شروط فاسدة: يميزون بين نوعين:

- الشرط المخالف لمقتضى العقد ولم يخل بمقصوده الأصلي ولكن في اشتراطها مصلحة تعود لأحد المتعاقدين كشرط ألا يتزوج عليها، أو لا نفقة لها صح النكاح وفسد الشرط والمهر لأنها لم ترض بالمهر المسمى إلا بشرط ألا يتزوج عليها ولم يرض بالمهر المسمى إلا بشرط ألا نفقة لها.

- الشرط المخل بمقصود النكاح: كشرط ألا يطأها أو بشرط أن يطلقها بعد الوطء، كما في نكاح المحلل فالعقد هنا باطل.[3]

الترجيح: إن الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة يمتاز بالمرونة والملائمة مع واقع الناس ومتطلباتهم وهو اتجاه سليم، إذ الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على حرمته، كما

---

[1] زغدودي عز الدين، سعدي زهير، الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2019-2020، ص 51.

[2] شهاب الدين القرافي، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، 1994، ج 4، ص 405.

[3] أبو الحسن بن عبد السلام التسولي، البهجة، شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1998، ص391.

أنه يسمح للزوجين بوضع شروط تهدف إلى ضمان مستقبلهم وحماية مصالحهم المشتركة وتقوية أواصر المودة والرحمة بينهما.

ثانيا. الشروط الجائزة في الفقه الإسلامي

سنتناول الشروط الصحيحة في المذاهب الأربعة الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة.

أ-الشروط الصحيحة عند الحنفية:

الشروط الصحيحة عند الأحناف 4 أنواع:

- الشروط التي يقتضيها العقد وتعد حكما من أحكامه، كاشتراط الزوجة النفقة وحسن المعاشرة واشتراط الزوج الطاعة وعدم الخروج إلا بإذنه، فهذه الشروط صحيحة لزم الوفاء بها ولا حاجة في اشتراطها.[1]

- الشروط المؤكدة لما يقتضيه العقد ومثالها اشتراط الزوجة أن يكون والد الزوج ضامنا للمهر أو النفقة، وكلاهما من مقتضيات عقد الزواج وآثاره.[2]

- الشروط التي أجازها الشرع كاشتراط الزوج أن تكون العصمة بيده، أو اشتراط التوارث.[3]

- الشروط التي جرى بها العرف كأن تشترط الزوجة بتعجيل المهر، وهو شرط صحيح لزم الوفاء به.[4]

وتجد الإشارة إلى أنه في حالة عدم الوفاء بالشروط الصحيحة فإن حسب الأحناف لا يترتب عليه أي أثر في العقد ولا يعطي صاحب الشرط الحق في الفسخ لعدم الوفاء.[5]

---

[1] فتيحة يعقوبي، مرجع سابق، ص 547.

[2] عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة 2004، القاهرة، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، ص 103.

[3] نفس المرجع، ص 104.

[4] محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة، طبعة 2005، القاهرة، دار المعرفة الجامعية، ص 126.

[5] سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح، مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد 10، العدد 02، ص 28.

ب- الشروط الصحيحة عند المالكية:

الشروط الصحيحة عند المالكية نوعان:

• شروط صحيحة غير مكروهة: وهي الشروط التي يقتضيها العقد وهي تكون حكما من أحكام عقد النكاح أو تكون أثرا من آثاره، فالرجل يشترط على المرأة أن تطيعه، وللزوجة أن تشترط أن ينفق عليها، ويحسن معاشرتها[1]، وهذه الشروط جائزة وجب الوفاء بها.

• شروط صحيحة مكروهة: وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تنافيه ولكن فيها تحجير على الزوج كشرط ألا يتزوج عليها أولا يخرجها من بلدها، وهذه الشروط يندب الوفاء بها ولا يلزم، وإذا لم يف بها فلا شيء عليه[2] ولا يكون سببا لفسخ العقد لا قبل الدخول ولا بعد الدخول.

ويرى المالكية بأفضلية عدم الاشتراط في عقد الزواج حتى لا يفتح باب الطلاق، حيث كان الإمام مالك بن أنس يشير على القضاة أن ينهوا الناس عن الاشتراط في عقود الزواج وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته[3].

ولو حدث أن اشترطوا شروطا صحيحة فيندب لهم الوفاء بها وعند عدم الوفاء لا حق للمشترط في الفسخ.

جـ- الشروط الصحيحة عند الشافعية: وهي نوعان:

• الشروط الموافقة لمقتضى العقد كشرط أن ينفق عليها أو يكسوها أو اشترط عليها ألا تخرج إلا بإذنه.

• الشروط التي لا تخالف مقتضى العقد ولكن لم يتعلق بها غرض ومنفعة تقصد في عرف الناس، كشرط ألا تأكل إلا كذا، أو لا تلبس إلا كذا، وهذه الشروط لا يترتب عليها أي أثر في العقد.

---

[1] طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج -الأحكام والآثار- مذكرة نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015، ص 16.

[2] سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص 30.

[3] محمد حيدرة، الشروط التقييدية بعقد الزواج ودورها في أحداث التوازن العقدي، ص 117.

د- الشروط الصحيحة عند الحنابلة:

الشروط الصحيحة عند الحنابلة هي التي يقتضيها عقد الزواج أو لا يقتضيها العقد ولكن فيها منفعة لأحد الزوجين ولا تخل بالمقصود من العقد ولم يرد نهي عنها، وفقا لما سبق فهي تنقسم إلى نوعين:

- شروط يقتضيها العقد: كأن تشترط المرأة على الرجل أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها أو يشترط عليها تسليم نفسها له وتمكينه من الاستمتاع بها، وهذه الشروط وجودها كعدمه، فهي بمثابة التوكيد على الحق.

- الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها مما يعود نفعها وفائدتها للزوجة، وكذا الشروط التي يشترطها أحد الزوجين في الآخر ويكون مضمونها صفة يصح قصدها، كأن تشترط المرأة ألا يخرجها من بلدها أو لا يسافر بها أولا يتزوج عليها، أو يشترط الرجل في المرأة أن تكون بكرا أو متعلمة أو جميلة.

وهذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها لما فيها من منفعة وفائدة لأحد الطرفين فإن لم يوف بها كان للمشترط حق الفسخ لأنه لم يرض بالعقد إلا على أساسه.[1]

الترجيح:

لم يرتب فقهاء المالكية والشافعية والحنفية أي جزاء على الإخلال بالشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج لأن الإخلال بها حسبهم لا يخل بمقاصد النكاح، بل نجد أن المالكية يرتبون على الالتزام الكراهة لما في ذلك من التحجير على الزوج، وقد خالفهم في ذلك الحنابلة حيث أعطوا للمرأة الحق في طلب فسخ النكاح إذا خالف الزوج ما تم اشتراطه، فلا يمكن تصور انفكاك أمر صحة الشرط عن أمر وجوب الوفاء به، فكون الشرط صحيحا يوجب أن يكون واجب الوفاء.

ونحن نرجح رأي الحنابلة في مسألة الاشتراط نظرا لعدم مساواتهم في الأثر للشرط الصحيح والشرط الباطل فلا بد أن تؤثر صحة الشرط وعدم صحته على العقد عند الإخلال به وترتيب حق الفسخ للمشترط انطلاقا من أن عدم الوفاء يفوت رضا العاقد في عقد الزواج.

[1] الضويني، مرجع سابق، ص 46.

الفرع الثاني: ضوابط الشروط الجائزة في القانون الجزائري

تناول المشرع الجزائري موضوع الاشتراط في عقد الزواج في المواد 19 و32 و35 من قانون الأسرة الجزائري مما يدعو لتحليل هذه المواد لتحديد ضوابط الاشتراط التي وضعها المشرع الجزائري.

أولا. نص المادة 19

عدلت هذه المادة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، وتنص على: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدد تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون». وقد كان النص القديم على النحو التالي: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع هذا القانون».

يتضح من استخدام الشرع لعبارة كل الشروط أن موقف المشرع جزائري يتفق مع ما ذهب إليه الحنابلة من أن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم يقم الدليل على المنع وهذا يبدو واضحا من عبارة "ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أطلق سلطان الإرادة للزوجين في اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية لتحقيق مصالحهما ما لم تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

وبهذا يتبين أن المشرع لم يأخذ بالمذهب المالكي السائد في الجزائر، لأن المالكية أشاروا على القضاة أن ينهوا الناس على الشروط وأن يتزوجوا على صلاح الرجل ودينه، وفي حالة الاشتراط حُبب الوفاء به دون الالتزام بذلك.

أما القضاء فقد تبنى مذهب المالكية في الشروط وهو أن ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه حكمه الكراهة لما فيه من التحجير على الزوج ولا يلزم به.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 49575 بتاريخ 20-06-1988 «من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه

من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بما خالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية»

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بالعاصمة يكون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيد هو مخير فيه. ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.[1]

والملاحظ أن القضاء خالف ما أقره التشريع في نص المادة 19، وعليه فإنه لا عبرة به لأنه اجتهاد في معرض النص الصريح الواضح.

وقد أضاف المشرع الجزائري من خلال التعديل جواز الاشتراط في عقد رسمي لاحق عند عقد الزواج أمام الموثق. بعد أن كان يتم بموجب عقد الزواج فقط وأثناءه حتى يوسع من إجراءات الاشتراط فقد يغفل الزوجان عن الاشتراط ثم يرغبان بعد ذلك في المشارطة وهو ما يتحقق من خلال العقد الرسمي اللاحق. وأضاف التعديل أيضا للشرط عدم التعدد وعمل المرأة فهما حسب المشرع سبب أغلب الخلافات الزوجية.

ثانيا. نص المادتين 32 و35

جاءت هاتان المادتان تحت عنوان النكاح الفاسد، وهذا المصطلح من مصطلحات فقه الشريعة ولا نجد له مجالا في القوانين الوضعية، حيث جاء في نص المادة 32: «يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»

أما المادة 35 فقد نصت على: «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا»

إذن نجد أن نص المادة 32 يجعل العقد باطلا إذا اشتمل على شرط ينافي مقتضيات عقد الزواج، أما نص المادة 35 فإنه يجعل العقد صحيحا والشرط باطلا إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد

[1] المجلة القضائية للحكمة العليا، الصادرة 1991، العدد 2، ص 54.

وعليه فهناك تناقض بين نص المادة 32 و35 وبأيهما يمكن العمل خاصة أنها جاءت تحت عنوان واحد.

لقد انقسم رجال القانون إلى اتجاهين:

• الاتجاه الأول: يرى أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض في أثر الشرط المخالف لمقتضى العقد فنص في المادة 32 على بطلان العقد وفي المادة 35 على أن الشرط المخالف لمقتضى العقد يعد لاغيا، وأن العقد يبقى صحيحا، فقد خلط المشرع هنا حالات الفساد والبطلان وجعلها ذات حكم واحد يؤدي إلى فسخ العقد وإبطاله، فالبطلان يجعل العقد منعدما ولا يمكن تصحيحه، بينما الفسخ فقد يصحح فيه العقد.[1]

• الاتجاه الثاني: يرى أنه لا وجود لأي تناقض بين النصين، حيث يرى الأستاذ بن شيخ أث ملويا أن البطلان المنصوص عليه في المادة 32 هو نتيجة الشرط المتنافي مع عقد الزواج، كأن يبرم الزواج لمدة محددة، أو أن يشرط فيه أحد الزوجين أن يحظر عليه طلب الطلاق، كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه هناك فرق في الصياغة، حيث نجد أن المشرع في نص المادة 32 أورد عبارة "إذا اشتمل" أما المادة 35 فقد استخدم عبارة "إذا اقترن"، والاشتمال يختلف عن الاقتران فالاقتران يمس حقوقا ثابتة في الزواج ليست داخلة في العقد، أما الشروط المشتملة فتنصرف لما هو داخل في عقد الزواج.[2]

فإذا خالفت الشروط مقضى العقد وكان العقد يشتملها كتأقيت النكاح بطل الزواج لكن إذا اقترنت هذه الشروط بالعقد بعد انعقاده صحيحا بطل الشرط وصح العقد.[3]

[1] لمياء شافع، حق اشتراط المرأة (في عقد الزواج بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، 2021، العدد 03، ص 35.

[2] إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد النكاح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، 2014، ص 40.

[3] عدلان مطروح، مرجع سابق، ص 108.

الرأي الراجح:

نرى أن الرأي الراجح هو الرأي الأول الذي يرى أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض في أثر الشرط المخالف لمقتضى العقد بالرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تحيل لمبادئ الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء يقسمون مقتضيات عقد الزواج إلى نوعين:

- إذا كان الشرط داخلاً في حقيقة العقد وتفسد صيغته كأن تكون الصيغة على سبيل التأقيت كان العقد باطلاً.
- إذا كان الشرط غير داخل في حقيقة العقد كأن يشترط عدم النفقة فإن الشرط يبطل ويصح العقد.[1]

وعليه يمكننا القول بأن العبرة ليست بأن يقترن العقد بالشرط الفاسد أو يشتمل عليه حتى يحكم على العقد بالإبطال، وإنما العبرة بأن يكون الشرط منافيا للأصل والمقصود من الزواج أو يؤثر في صحة العقد حتى يحكم على العقد بالإبطال.

لذلك فإننا نرى ضرورة تعديل المادة 32 والمادة 35 لإزالة التناقض بينهما بالتمييز بين الشروط التي تبطل العقد من أصله فيجب أن تخضع لنص المادة 32، أما الشروط التي لا تبطل العقد وإنما يبطل الشرط فقط فتخضع لنص المادة 35، وذلك حتى لا يتيه القاضي بين المذاهب الفقهية المختلفة أصلاً.

والنقد الثاني الذي يوجه للمشرع الجزائري أن المادة 19 لم تتضمن على الجزاء في حالة عدم الوفاء بالشرط، وإن كان قد نص بالنسبة للمرأة أن تطلب التطليق بناء على نص المادة 53 من قانون الأسرة فقرة 9 التي تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، ولها أن تطلب التعويض وفقا لنص المادة 53 مكرر.

من خلال دراستنا لنصوص المواد 19، 32 و35 من قانون الأسرة الجزائري، يمكن تحديد ضوابط الاشتراط في عقد الزواج بما يلي:

---

[1] عمرو خليل، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 420.

أولا: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة.

ثانيا: عدم مخالفة قواعد النظام العام والآداب العامة.

ثالثا: جدية المصلحة.

وسنتناولها بالتفصيل على النحو التالي:

أولا. عدم مخالفة قانون الأسرة

الأصل العام أن المشرع الجزائري أباح للزوجين أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية، غير أن هذه الشروط مقيدة بعدم مخالفة أحكام قانون الأسرة، والإشكال الذي يطرح حول ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة والتي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها يطرح بعض الصعوبات بالنسبة لمحاولة حصر أحكام قانون الأسرة التي لا يجوز للزوجين تعديلها يبدو عسيرا بعض الشيء، إلا أنه يمكن القول بأن المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد وتتمثل هذه الأحكام فيما يلي:

حل الاستمتاع بين الزوجين، استحقاق الزوجة الصداق، حسن المعاشرة بين الزوجين، التوارث، ثبوت نسب الأولاد[1].

ومن أمثلة الشروط المخالفة لقانون الأسرة ما يلي:

- اشتراط حرمان الزوجة من الصداق مخالف للمادة ومكرر.
- وجوب توافر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الولي، الصداق، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية.
- اشتراط الزوج عدم زيارة الزوجة لأبويها مخالف للفقرة 7 من المادة 36.
- اشتراط عدم إثبات نسب الأولاد.
- اشتراط الزوجة التبني مخالف للمادة 46 التي تمنع التبني شرعا وقانونا.
- اشتراط عدم التوارث المادة 126 التي تحصر الإرث في كل من القرابة والزوجية.

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، ص 253.

وقد أثار شرط عدد التعدد حفيظة العديد من رجال القانون على اعتبار أن هذا الشرط يعد تحريما لشيء محلل شرعا وكذلك تنافيه مع نص المادة 08 من قانون الأسرة التي تسمح بتعدد الزوجات، إلا أن المشرع قد حسم هذا الأمر بنص المادة 19، حيث اعتبر كل من شرط عدد التعدد وشرط عمل المرأة شرطين جائزين وبذلك رفع الحرج عن القاضي والمتقاضي.[1]

ويرى بعض فقهاء الشريعة أن اشتراط المرأة لهذا الشرط تحقيق لمصلحة جدية للمرأة في الاستئثار بزوجها وعلى ذلك فلا تعارض بين شرط ألا يتزوج عليها ومبدأ تعدد الزوجات، فتنازل الزوج عن حقه في التعدد لا يبطل المبدأ من أصله بل يبقى التعدد في أصله مباحا.[2]

فالشرط لا يكون محرما للحلال بمجرد الالتزام بتركه فترك المباح شيء، واعتقاد تحريمه شيء آخر، فإذا التزم الزوج لزوجته ألا يتزوج عليها فليس معنى هذا أنه اعتقد تحريم ذلك، والمسلمون جميعا وفي عصورهم يلتزمون ترك بعض المباحات إما مروءة أو تعففا، ولم يقل أحد على هؤلاء أنهم قد حرموا الحلال.[3]

فالتعدد من المباحات التي يجوز منعها أو تقييدها لمصلحة.[4]

وهنا يتجلى دور الشروط التقييدية المقترنة بعقد الزواج في إحداث التوازن العقدي، حيث يظهر من خلالها أن كل حق منحه الشارع الحكيم لأحد أطراف العقد، منح في مقابله الحق للطرف الآخر في أن يشترط ما يقيد هذا الحق ويحفظ لعقد الزواج توازنه.[5]

ثانيا. مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة

يعتبر قيد النظام العام والآداب العامة من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج وهذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام، فلا يجوز للزوجين الاتفاق على خلافها،

[1] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص 203.

[2] وحيد الدين السوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 58.

[3] شاكر جمعة بكري، مرجع سابق، ص 74.

[4] الضويني، مرجع سابق، ص 50.

[5] محمد حيدرة، مرجع سابق، ص 121.

لذلك يقع باطلا كل اتفاق بينهما على التنازل عن أبوتهما مثلا، لكن الإشكال المطروح هو صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام، ومع ذلك يمكن القول بأنه مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت سياسية ومجالها القوانين الدستورية والإدارية أو اجتماعية ومجالها قوانين الأحوال الشخصية.[1]

أما الآداب العامة فيقصد بها احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع وعصر معين بحيث يفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الأخلاقي، غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية لحد ما، وذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به الآداب العامة حتى في نفس المجتمع من عصر لآخر، فلا يجوز أن يتضمن عقد الزواج شروطا تمس بالآداب العامة، كاشتراط الزوجة العمل في الملاهي الليلية في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية.[2]

ثالثا. جدية المصلحة

تعرف المصلحة في الشريعة بأنها جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة، والمصلحة المعتبرة هي مصلحة تؤدي للحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل.[3]

أما المقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما، وتقدير جدية المصلحة يتحدد بالموازنة بينها وبين الأضرار التي تنتج عنها، فإذا بلغت المصلحة حدًا من الأهمية يزيد في قيمته عن الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق أو استعمالها كانت المصلحة الجدية.[4]

فلو اشترطت الزوجة على الزوج ألا يتزوج عليها فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بالزوج، لكن إذا كان هذا الشرط يلحق ضررا بالزوج ويفوت عليه مصلحة حقيقية كأن

---

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين، مرجع سابق، ص 252.

[2] حداد فاطمة، حجاب ياسين، المرجع نفسه، ص 251.

[3] محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص 149.

[4] شوقي محمد، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، مجلة الدراسات القانونية، الجزائر، 2003، العدد 08، ص 14.

تكون الزوجة غير قادرة على الإنجاب، فلا يكون الزوج ملزما بالوفاء بهذا الشرط، ولا يعد مخلا بشرطه في هذه الحالة وهذا لظهور مصلحة أخرى حقيقية.

الفرع الثالث: ضوابط الشروط الجائزة في التشريعات العربية

تعطي التشريعات العربية للزوجين حق الاشتراط في عقد الزواج، وكلها تقسم الشروط إلى صحيحة وباطلة ولكنها تختلف في الضوابط المعتمدة في تحديد تلك الشروط.

وسنتناول فيما يلي مواقف التشريعات العربية التالية:

أولا. قوانين المشرق العربي: سنتناول فيها:

القانون القطري

تنص المادة 53 من القانون رقم 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة على ما يلي: «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد،

– وإذا اقرن عقد الزواج بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أركان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد،

– وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعًا صح الشرط ووجب الوفاء به، فإذا لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ».

إذن فالمشرع القطري يقسم الشروط إلى 3 أنواع:

- شروط باطلة مبطلة للعقد: وهي الشروط التي تنافي الأصل والمقصود من عقد الزواج.
- شروط باطلة غير مبطلة للعقد: وهي الشروط التي تنافي مقتضى عقد الزواج أو الشروط المحرمة شرعا ولكنها لا تنافي أصل عقد الزواج وهنا يبطل الشرط ويصح العقد.
- شروط صحيحة وهي التي لا تنافي أصل الزواج ولا مقتضاه وليست محرمة شرعا وهذه الشروط واجبة الوفاء وإذا لم يوف بها كان للمشترط حق الفسخ.

القانون الإماراتي

تنص المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على:

«الأزواج عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو شرط حرم حلالا

– إذا اشترط في عقد الزواج شرطا ينافي أصله بطل العقد.

– إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله، ولكنه ينافي مقتضاه أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.

– إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله، ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به.

– إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفا معينا»

–يتبين من نص الفقرة الأولى من هذه المادة على أن موقف المشرع الإماراتي يتفق مع المذهب الحنبلي الذي يرى أن الأصل في الشروط الإباحة مالم يرد منعها شرعا فهم الذين يستدلون بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»[1]

أما الفقرات الثانية والثالثة والرابعة فهي نفسها التي تضمنها المشرع القطري وقد سبق شرحها.

أما الفقرة الخامسة فقد أعطت لكل واحد من الزوجين حق اشتراط صفة معينة وهو ما ذهب إليه الحنابلة، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون بشأن هذه الفقرة: أن تكون الزوجة شابة أو الزوج طبيبا، وعلى ذلك فإنه لم تتوفر هذه الصفة واختار الزوج الفسخ فإن قام بفسخ العقد قبل الدخول فلا يجب عليه شيء من المهر، وإن كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل[2].

[1] أبو عيسى الترمذي، الجامع صحيح سنن الترمذي، ت.ح فؤاد عبد الباقي، ج 3، لبنان، دار الكتب العلمية، ص 410.

[2] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 48.

القانون الكويتي

تناول المشرع الكويتي الشروط المقترنة بعقد الزواج في المواد من 40 إلى 42 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الذي أورد نصا مماثلا إلى حد ما للقانون الإماراتي.

القانون السعودي

تناول المشرع السعودي الاشتراط في عقد الزواج في المواد 27، 28، 29 من المرسوم الملكي رقم (م 73) الصادر بتاريخ 1443/08/06هـ المتضمن نظام الأحوال الشخصية، ونصت هذه المواد على:

– المادة 27: الزوجان عند شروطهما، لا يكون الشرط مثبتا لخيار الفسخ في عقد الزواج إلا إذا نص على الشرط كتابة في وثيقة عقد الزواج أو أقر به الزوجين.

– المادة 28: إذا لم يف أحد الزوجين بما شرطه للآخر وفقا لما تضمنته المادة 27 من هذا النظام فللمشترط طلب فسخ عقد الزواج متى شاء إلا إذا أسقط حقه صراحة، فإذا كان عدم الوفاء من الزوج يكون الفسخ بلا عوض وإذا كان من الزوجة يكون بعوض لا يزيد عن المهر.

– المادة 29: إذا اشترط في عقد الزواج ما ينافي استمراره أو جعل عقد الزواج مقابل عقد زواج آخر فالعقد باطل، مع مراعاة ما تضمنته الفقرة 1 من هذه المادة يصح عقد الزواج ويبطل الشرط إذا كان منافيا لمقتضى العقد.

يتضح من نص المادتين 27 و28 من نظام الأحوال الشخصية أن المشرع السعودي يأخذ بموقف الحنابلة الذي يرى أن الأصل في الشروط الإباحة وأنها ملزمة ويتضح هنا جلياً من عبارة "الزوجان عند شروطهما" فإذا لم يف أحدهما بالشرط كان للطرف الآخر خيار الفسخ بشرط أن يكون مثبتا كتابة في عقد الزواج أو أقر به الزوجان، وهو يميز بينما إذا كان عدم الوفاء من الزوج فيكون الفسخ هنا بلا عوض، أما إذا كان عدم الوفاء من الزوجة فيكون الفسخ بعوض لا يزيد عن المهر.

ونستنتج من نص المادة 29 أن المشرع السعودي يعتبر الشروط كلها صحيحة ما عدا نوعين من الشروط هي:

• الشروط التي تنافي استمرارية عقد الزواج كنكاح المتعة ونكاح المحلل، وعقد الزواج مقابل عقد زواج آخر وهو نكاح الشغار، فهذه الشروط باطلة مبطلة للعقد.

• الشروط التي تنافي مقتضى العقد، فهنا يصح العقد ويبطل الشرط ومن أمثلتها شرط عدم الإنفاق، شرط خروجها بغير إذنه.

وهذا هو نهج الحنابلة في التعامل مع الشروط الباطلة.

القانون السوري

نصت المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية السوري على الشروط المقترنة بعقد الزواج وتحتوي هذه المادة على 3 فقرات:

• الفقرة الأولى: «إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحا»

حسب هذه المادة فإن الشروط التي تخالف مقتضى العقد والشروط التي يحرمها الشارع تكون باطلة والعقد صحيحا.

إلا أن المشرع السوري قد خالف بعض التشريعات العربية فيما يخص الشروط التي تنافي أصل ومقاصد الزواج فهو يعتبر العقد صحيحا والشرط باطلا وهو يكون بذلك قد أخذ بالمذهب الحنفي الذي لا يبطل العقد بالشروط الفاسدة بل يغلبون قوة العقد على فساد الشرط.

• الفقرة الثانية: وقد نصت على: «وإذا قيد بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كان الشرط صحيحًا ملزما»

• الفقرة الثالثة: «وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحا ولكن ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة طلب فسخ النكاح»

نجد أن نص الفقرتين 3.2 يقسمان الشروط الصحيحة إلى نوعين:

1-شروط صحيحة ملزمة للزوج: وهي الشروط التي تكون فيها مصلحة مشروعة للمرأة ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج فهذه الشروط ملزمة يجب الوفاء بها جبرا على الزوج.

2-شروط صحيحة غير ملزمة للزوج: وهي التي تقيد حرية الزوج في أعماله أو فيها مساس بحقوق غيرها، فلا يلزم الزوج بالوفاء بها، وإنما يكون للزوجة فقط حق طلب الفسخ ولا تنفذ على الزوج جبرا.

القانون الأردني

نصت عليه المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 تحت الفصل الرابع بعنوان الاشتراط في عقد الزواج بـ «إذا اشترط حين العقد شرطا نافعا لأحد الزوجين، ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، وسجل في وثيقة العقد، وجبت مراعاته وفقا لما يلي:

إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه ألا يخرجها من بلدها، أو ألا يتزوج عليها، أو أن يسكنها في بلد معين، أو ألا يمنعها من العمل خارج البيت، أو أن تكون عصمة الطلاق بيدها، كان الشرط صحيحا، فإن لم يوف به الزوج فسخ العقد بطلب من الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

إذا اشترط الزوج على زوجته شرطا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق غيره، كأن يشترط عليها ألا تعمل خارج البيت، أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه، كان الشرط صحيحا ملزما، فإذا لم تف به الزوجة، فسخ النكاح بطلب من الزوج، وسقط مهرها المؤجل ونفقة عدتها.

إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر ألا يساكنه، أو لا يعاشره معاشرة الأزواج أو أن يشرب الخمر، أو يقاطع أحد والديه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا»

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الأردني يقسم الشروط إلى نوعين:

1-**شروط صحيحة:** وهي التي يكون فيها نفع لأحد الزوجين ولا تكون منافية لمقاصد الزواج وأحكام الشرع ولا تمس حقوق الغير ويجب أن تكون الشروط مسجلة في وثيقة عقد الزواج وهو يميز بين الشروط التي يضعها الزوج والشروط التي تضعها الزوجة:

أ- بالنسبة للشروط التي تضعها الزوجة: ذكر مجموعة من الشروط، على سبيل المثال وهي ألا يخرجها من بلدها، أن يسكنها في بلد معين، ألا يمنعها من العمل خارج البيت، أن تكون عصمة الطلاق بيدها، وكل هذه شروط صحيحة يجب الوفاء بها، فإن لم يوف بها الزوج كان للزوجة طلب الفسخ والحصول على سائر حقوق الزوجية.

ب- بالنسبة للشروط التي يضعها الزوج: ذكر على سبيل المثال: ألا تعمل خارج البيت، أن تسكن معه في البلد الذي يعمل فيه، وهذه الشروط صحيحة فإذا لم تف بها الزوجة كان للزوج فسخ العقد ويسقط المهر المؤجل ونفقة العدة للزوجة.

ونلاحظ هنا أن المشرع الأردني مقابل كل حق أعطاه للزوج أعطى مقابله حق للزوجة وهو ما يحقق التوازن العقدي ويحافظ على الاستقرار الأسري.

لكن النقد الذي يوجه إليه أنه حرم الزوجة من حقوقها الثابتة المتمثلة في المهر والنفقة عند عدم وفاءها بالشرط خلافا للمشرع السعودي الذي يعطي للزوجة عوضا لا يزيد عن المهر في حالة قيام الزوج بفسخ عقد الزواج بسبب عدم وفاء الزوجة بالشرط بنص المادة 28 نظام الأحوال الشخصية السعودي.

2-**شروط باطلة:** وهي الشروط التي تنافي مقاصد الزواج أو تكون محرمة شرعا بالنسبة للشروط التي تنافي مقاصد الزواج أورد المثالين التاليين: عدم المساكنة وعدم المعاشرة.
وبالنسبة للشروط المحرمة أورد مثال شرب الخمر ومقاطعة الوالدين.

ثانيا. قوانين المغرب العربي:

القانون المغربي

تعرض المشرع المغربي للشروط المقترنة بعقد الزواج في المواد من 47، 48، 49، من مدونة الأسرة المغربية، حيث نصت المادة 47 على: «الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا»

ونصت المادة 48 على: «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 للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة مع مراعاة أحكام المادة 40»، أما نص المادة 49 فإنه يتعلق بالذمة المالية للزوجين.

من خلال تحليلنا لنص هذه المواد نجد أن المشرع المغربي يميز بين نوعين من الشروط:

1-شروط باطلة: وهي التي تخالف أحكام العقد ومقاصده وتخالف القواعد الآمرة وهنا يعتبر الشرط باطلا والعقد صحيحا

2-شروط صحيحة: وهي الشروط التي تحقق مصلحة مشروعة لمشترطها ولا تكون مخالفة للأحكام العقد ومقاصده ولا تخالف القواعد الآمرة وهي شروط ملزمة يجب الوفاء بها، إلا أن المشرع المغربي استثنى من ذلك حالتين:

إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها الوفاء مرهقا حيث أعطي للملتزم الحق في اللجوء للقضاء للإعفاء منه أو تعديله.

منع القاضي من التدخل في شرط عدم التعدد الذي أقرته المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية والتي نصت على: «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التعدد»[1]

[1] عمرو خليل، مرجع سابق، ص 422.

القانون التونسي

جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد نص الفصل 11 على خيار الشرط والفصل 21 على الزواج الفاسد، حيث نص الفصل 11 الذي جاء تحت عنوان خيار الشرط ما يلي: «يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بالطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء.

من خلال تحليلنا لهذا النص نجد أن المشرع التونسي قد أجاز للزوجين حق الاشتراط في عقد الزواج وأن الجزاء المترتب على عدم الوفاء به هو الفسخ بالطلاق بدون غرم قبل الدخول وبمفهوم المخالفة إذا كان الفسخ بالطلاق بعد الدخول فإنه يجوز طلب التعويض نتيجة مخالفة الشرط.

أما نص المادة 21 والذي جاء تحت عنوان الزواج الفاسد فقد نص: «الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد». والزواج الفاسد وفقا لنص المادة 22 فإنه يبطل قبل الدخول وبعده.[1]

من خلال دراستنا لنصوص الاشتراط في تشريعات الدول العربية نجد أنها قد أخذت بمذهب الحنابلة الذي ذهب إلى حرية الاشتراط في عقد الزواج، وحددت هذه التشريعات ضوابط الشروط الصحيحة واعتبرتها ملزمة يجب الوفاء بها، فالشرط الصحيح هو الذي لا ينافي أصل العقد ولا مقتضاه وليس محرما شرعا حسب القانون القطري والكويتي والإماراتي، أما القانون السوري فالشرط الصحيح حسبه هو الذي لا ينافي النظام الشرعي للزواج ومقاصده وليس محرما شرعا وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الأردني فالشرط الصحيح هو الذي لا ينافي مقاصد الزواج وليس محرما شرعا وفيه نفع لأحد الزوجين.

أما القانون المغربي فالشرط الصحيح حسبه هو الذي لا يخالف أحكام العقد ومقاصده ولا يخالف القواعد الآمرة، أما المشرع التونسي فالشرط الصحيح هو الذي لا ينافي جوهر العقد، أما المشرع الجزائري فيعتبر الشرط صحيحا ما لم ينافي أحكام قانون الأسرة ومقتضى عقد الزواج، وبالنسبة

[1] عمرو خليل، مرجع سابق، ص 423.

للقانون السعودي فقد حدد الشرط الصحيح بأنه الشرط الذي لا ينافي استمرارية عقد الزواج ولا يجعل عقد الزواج مقابل عقد زواج آخر ولا ينافي مقتضى العقد.

الفصل الثاني

تطبيقات عملية للشروط الجائزة في عقد الزواج وآثار تخلفها

سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول صور عن الشروط الجائزة في عقد الزواج، ونخصص الثاني لآثار عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج.

المبحث الأول: صور عن الشروط الجائزة في عقد الزواج

تعد المشارطات بين الزوجين من أهم العوامل التي تؤدي إلى اجتناب النزاعات والخلافات التي قد تهدد الحياة الزوجية مستقبلا وقد ركزنا في هذه الدراسة على أهم الشروط التي تتمحور حولها أكثر القضايا المطروحة أمام القضاء، كشرط السكن المنفرد، وعمل المرأة وعدم التعدد وشرط إكمال التعليم واشتراط البكارة واشتراط ألا يخرجها من بلدها واشتراط الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين.

المطلب الأول: اشتراط الزوجة السكن المنفرد

تعتبر نفقة الزوج على زوجته واجبة شرعًا وقانونا ومن النفقة إيجاد المسكن المناسب، والمقصود بشرط المسكن المنفرد اشتراط الزوجة على الزوج إعداد مسكن مخصص لإقامتها بصفة مستقلة دون أن يشاركهما فيه أهله أو ضرتها، ويصنف من الشرط من مقتضيات عقد الزواج فهو لا ينافي العقد ولا يخالف الشرع وسنتولى في هذا المطلب موقف الفقه الإسلامي والقانون منه.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

يعد انفراد الزوجة بسكن منفرد من أهم حقوقها المقررة في الشريعة الإسلامية ومن ثمة فإن هذا الشرط يكون جائزاً وسنتناول في هذا الصدد استقلال الزوجة عن الضرة واستقلال الزوجة عن أهل الزوج،

أولاً. استقلال الزوجة عن الضرة

بالرجوع لمذاهب الفقهاء الأربعة نجد أنهم يتفقون على حق المرأة في اشتراط السكن المنفرد، لأن اسم الضرة مشتق من المضارة المنهي عنها فوجود الضرة في المنزل يثير عوامل الغيرة والبغضاء ويؤذيها في شعورها، وسنتناول آراء المذاهب الأربعة في هذا الصدد:

أ) المذهب الحنفي:

يرى الأحناف بوجوب توفير سكن منفرد أو مستقل للزوجة والمراد بالمنفرد عندهم ما كان مخصصا بها ليس فيه ما يشاركها به أحد، وعلى هذا الأساس أجاز الأحناف للزوجة اشتراط السكن المنفرد عن الضرة في عقد الزواج، فهم يؤكدون على ضرورة تجنب الجمع بين الزوجات حتى ولو كانت كل واحدة منهما مستقلة بحجرة لأنه من شأنه أن يسبب المشاكل[1].

ب) المذهب المالكي:

يرون أن اشتراط الزوجة للسكن المنفرد شرط صحيح فهو من مقتضيات عقد الزواج حتى ولو كان محصورا في حجرة مستقلة في بيت وكانت هذه الأخيرة مكتملة من حيث مرافقها، وبما أن المالكية أجازوا للزوجة اشتراط ممانعة السكن مع أهل الزوج فتكون بذلك ممانعتها من السكن مع الضرة من باب أولى لما فيه من احتمال الضرر.

ج) المذهب الشافعي:

منح الشافعية للزوجة حق اشتراط السكن المنفرد عن الضرة والملائم باعتباره من مقتضيات العقد مع ضرورة مراعاة حالة الزوج من اليسار والإعسار.

د) المذهبي الحنبلي:

يعد اشتراط الزوجة للسكن المنفرد عندهم من الشروط الصحيحة الواجب الوفاء بها، أما فيما يخص السكن المستقل عن الضرة فيرى الحنابلة أنه ليس للرجل أن يجمع بين الزوجات في مسكن

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص ص 102-103.

واحد بغير رضاهما صغيرا كان أم كبيرا، لأنه يشكل عليهما ضررا لما يسبب بينهما من عداوة وبغضاء وغيرة ومخاصمة، فإن رضيتا بذلك جاز لأن الحق لهما فلهما المسامحة بتركه[1].

وهو ما ذهب إليه أيضا الفقهاء المحدثين حيث يرى الإمام أبو زهرة بوجوب أن يكون السكن خالياً من الضرة، لأن وجود الضرة في حد ذاته إيذاء لها[2].

ثانيا. استقلال الزوجة عن أهل الزوج

إن حق اشتراط الاستقلال عن أهل الزوج هو مقرر شرعًا إلا أنه محل نظر في حالة كون الأبوين عاجزين أو عدم وجود من يكفلهما ويرعاهما، وكذلك الأمر بالنسبة لأبنائه غير المميزين من غيرها.

ونتناول موقف المذاهب الأربعة في هذا الصدد.

أ) المذهب الحنفي:

يرى الأحناف أنه متى أراد الزوج أن يسكن زوجته مع أقاربه، واشترطت الزوجة سكنا منفردا مخافة الأذى والإضرار أو لكونه يحد من حريتها ويمنع وجودهم المعاشرة مع زوجها، تَعَيّن على الزوج الوفاء بشرطها إذ جاء في بدائع الصنائع "لو أراد أن سكنها مع أحمائها كأمه وأخته وبنته فعليه أن يسكنها في دار مفردة لأن إباءها دليل على الأذى والضرر"[3].

إذ يقول ابن همام "على الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله"[4] بل ويمنع الأحناف من مشاركة أهل الزوج للزوجة في البيت حتى ولو كانت أمه إذ يقول ابن عابدين "ليس للزوج أن يسكن امرأته وأمه في بيت واحد لأنه يكره أن يجامعها وفي البيت غيرهما"[5]

وإذا كان الأحناف يؤكدون على ضرورة استقلال دار الزوجة عن الضرة استقلالا تاما، فإن الأمر يختلف بالنسبة لأهل الزوج إذ أنهم يشترطون في اطار مفهوم الانفراد في السكن عدم وجود أحد في البيت وليس في الدار، فيجوز العيش في حجرة واحدة لكن مما يغلق ويفتح بالمفتاح ولو كانت المرافق

---

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص ص 103-104.

[2] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط ح، 1985، مصر، ص 260

[3] الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، 1998، لبنان، ص 23.

[4] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 104.

[5] ابن عابدين، رد المحتار، دار الكتب العلمية، ج 5، ط 1994، ص 321.

الضرورية الأخرى مشتركة بينهم كالمطبخ والحمام، أو يكون لها بيت في الدار مع أهله لكن البيت به كل المرافق الضرورية من مطبخ وحمام مستقلين، حيث جاء في رد المحتار لابن عابدين: "إذا كانت دار فيها بيوت وأعطي لها بيت يغلق ويفتح، لم يكن لها أن تطلب بيتا آخر، اذا لم يكن ثمة أحد من أحماء الزوج يؤذيها"[1].

لكنهم يفرقون بين الزوجة ذات اليسار إذ يتعين على الزوج أن يخصص لها دار مستقلة، أما متوسطة الحال فيكفي أن يوفر لها الزوج بيتا واحدا من الدار.

أما فيما يخص ولد الزوج من غيرها فليس له أن يسكنه معها إلا أنهم استثنوا طفله الذي لا يفهم الجماع لأنه لا يضر وجوده، إلا أن تختار لأنها رضيت بانتقاص حقها[2].

ب) المذهب المالكي:

يؤكد المالكية أيضا حق الزوجة بالانفراد بمسكن مستقل عن أهل الزوج ولكنهم في نفس الوقت يأخذون بعين الاعتبار حال الأبوين ويفرقون في وجوب السكن بين الزوجة الشريفة والوضعية، فإذا كانت الزوجة شريفة كان لها الحق في أن تمتنع عن السكن مع أهل الزوج حتى ولو كان أبواه في شقة واحدة ولكنهم يستثنون إذا كان الزوج قد اشترط ابتداء عند عقد الزواج إسكان الزوجة مع أقاربه، فهنا لا يحق لها أن تعارض سكناها مع أقاربه إلا إذا نتج عن الإسكان إضرار بها.

ويتلخص رأي المالكية أنه في حالة اشتراط المرأة عدم مساكنة أهل الزوج في دار واحدة عند العقد هو شرط جائز، وكذلك إذا لم تشرط فحصل لها ضرر من السكن معهم وذلك كالاطلاع على عوراتها، أو على شؤونها أو ثبت ضررها بغير ذلك، كالمشاجرة معهم فمن حقها الامتناع عن مساكنتهم.

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 105.

[2] إيمان لعريبي، المرجع السابق، ص 107.

أما فيما يخص أولاد الزوج، فنجد أن المالكية لا يفرقون بين أولاد الزوج وأولاد الزوجة من غيره، وإنما ألزموا كل من الزوجين بالسكنى مع الأولاد الصغار للزوج الآخر في حالة إذا لم يكن لهم من يحضنهم، وهذا بخلاف أولاد الزوج الكبار من غيرها فلا يجوز إسكانهم مع الزوجة.

جـ) المذهب الشافعي:

يقول الشافعية بجواز اشتراط الزوجة مسكنا مستقلا عن أهل الزوج حتى ولو كانا والديه فالمسكن حق من حقوقها، فالسكن مع أهل الزوج يحد من حريتها ولا تأمن على متاعها في وجودهم وقد يمنعها وجودهم من معاشرة زوجها.

د) المذهبي الحنبلي:

يعتبر الحنابلة اشتراط المرأة السكن المنفرد عن أهل الزوج من الشروط الجائزة، فهي من الشروط التي يقتضيها عقد الزواج ويلزم الزوج بالوفاء بها، ما لم يكن عاجزاً عن توفير سكنى منفردة فلا يلزمه ما عجز[1].

الفرع الثاني: موقف القانون

سنتطرق لموقف المشرع الأردني والسوري والكويتي والمصري والجزائري فيما يلي:

أولاً. موقف القانون الجزائري:

حسب نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يمكن للزوجين اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتناف مع أحكام قانون الأسرة، وبما أن السكن يدخل ضمن مشتملات النفقة حسب نص المادة 78 من قانون الأسرة، فهو واجب على الزوج سواء تم اشتراطه أم لا، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن اشتراط الزوجة السكن المستقل عن الأهل والضرة هو شرط جائز لأنه يعد من مقتضيات عقد الزواج، وإن كان المشرع الجزائري لم ينص عليه صراحة إلا أنه بالرجوع لنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري، التي تحيل للشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص صريح

[1] أحمد بن حنبل، الإقناع في فقه الإمام أحمد، ج 3، دار المعرفة، بيروت لبنان، ص 194.

في قانون الأسرة، نجد أن المذاهب الفقهية الأربعة يتفقون بوجه عام على أن السكن المستقل هو حق للمرأة وهذا ما يبدو جليا في أحكام القضاء الجزائري، حيث نلاحظ أن القضاة قد أعملوا نصوص الشريعة الإسلامية على القضايا المعروضة عليهم فيما يتعلق بالسكن المستقل حتى وإن لم تشترطه الزوجة، حيث استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بإقرار أحقية الزوجة في السكن المنفرد عن أهل الزوج أو الضرة استناداً لأحكام الشريعة الإسلامية، وأعطاها حق المطالبة به في أي وقت حتى ولو لم تشترطه في العقد ولم تطلبه وسكنت مع أهله، حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 "من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل عن أهل الزوج ولها أن تمتنع عن السكن مع أقاربه وهذا لما فيه من إضرار وسوء معاملة واحتمال الشجار مع الأهل وكذا الاطلاع على أمورها، وهذا دون أن تشكل المطالبة بالسكن المنفرد عن الضرة، وعن أهل الزوج نشوزا في حال رفض الزوجة الرجوع لبيت الزوجية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن"[1].

كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1985/11/14: "من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين أبرم عقد الزواج أو سبق وأن 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 بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة"[2].

في حين أن القرار الصادر بتاريخ 1987/02/23 قد راعى حال الزوج ورفض الطلاق لمجرد عدم قدرة الزوج على توفير السكن نظرا لعجزه إذ جاء فيه: "لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيدا عن

[1] المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/02/06، ملف رقم 213669، عدد خاص، ص 219.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1985/11/14، ملف رقم 653383، المجلة القضائية، 1989، عدد 01، ص 101.

أهله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية الذي زفت فيه ورفض الطلبات الأخرى اعتماد على عجز الزوج وعدم قدرته على تلبية رغبتها طبقوا أحكام الشريعة تطبيقا صحيحا[1].

أما فيما يخص أحقية الزوجة في السكن المستقل عن الضرة حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1988/04/13: "حيث أنه لا مجال لإجبار الزوجة على العودة إلى السكن الذي يسكنه وخاصة مع الضرة، ولو لم يثبت ضرر لها بمشاجرة ونحوها.

وحيث أن الطاعن ينادي بإرجاع المطعون ضدها في سكنى تجمعها مع ضرتها وهو أمر رفضته هذه، ومع هذا الاختلاف فلا سبيل لحل سوى ما سلكه القرار المطعون فيه، بإسكان الزوجة منفردة واجب لها كوجوب النفقة[2].

مما سبق يتضح أن المشرع الجزائري يعتبر شرط السكن المنفرد شرطا صحيحا واجب الوفاء، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أكد أحقية المرأة في السكن المنفرد بغض النظر عن اشتراطه أو عدمه إذا كانت قد سكنت مع أهله ابتداء ثم تضررت وطالبت الانفراد بسكن مستقل، ولكنه راعى في نفس الوقت عجز الزوج وإعساره حفاظا على كيان الأسرة. وفي بعض الحالات قد يكون الزوج موسرًا يستطيع توفير سكن مستقل إلا أنه لا يوجد من يكفل والديه غيره، مما يستدعي مراعاة ظروفه أيضا فحق الوالدين أهم وأولى من الزوجة وبالتالي على الزوج أن يتحرى الصدق من البداية ويترك للزوجة الخيار بدلا من الموافقة على الشرط ثم الإخلال به.

ومما يحب التنبيه عليه أن سكن الزوجة مع أهل الزوج مما هو شائع في المجتمع الجزائري نظرا لأزمة السكن أو لإعسار الزوج أو لجهل غالبية الزوجات بهذا الحق لا يمكن اعتباره من قبيل العادة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987/02/23، ملف رقم 44994، المجلة القضائية، عدد 3، ص 58.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/01/13، ملف رقم 39390 (غير منشور)، أشارت إليه لعريبي إيمان، مرجع سابق، ص 115.

أو العرف بل هو في الحقيقة وضع أجبرت الزوجة على الرضى به في ظل الظروف المادية الصعبة حيث لا خيار غيره، ولا يمكن القول بأن العرف يجوز له مخالفة الشريعة الإسلامية.

ثانيا. القانون الأردني:

نص القانون الأردني صراحة على حق الزوجة في السكن المنفرد تماشيا مع أحكام الشريعة حيث جاء في نص المادة 74 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يلي: "ليس للزوج أن يسكن أهله وأقاربه أو ولده المميز معه، بدون رضا زوجته في المسكن الذي هيأه لها، ويستثنى من ذلك أبناءه غير البالغين وبناته، أبواه الفقيرين العاجزين، إذا أمكنه من الإنفاق عليهما استقلالا، وتعين وجودهما عنده دون أن يحول ذلك من الزوجة بشرط عدم إضرارهم بالزوجة وألا يحول وجودهم في المسكن دون المعاشرة الزوجية"

وبهذا يكون المشرع الأردني قد وفق بين حق الزوجة في السكن المستقل وبين حق الوالدين العاجزين الفقيرين، وحق رعاية أبناء الزوج غير البالغين.

واعتمادا على ما سبق فإن اشتراط السكن المنفرد في القانون الأردني هو شرط جائز لأنه يتفق ومقتضيات عقد الزواج وفقا لما نصت عليه المادة 74 السالفة الذكر.

ثالثا. القانون السوري:

ربط المشرع السوري حق الزوجة في السكن المستقل عن أهل الزوج بتضرر الزوجة وأذاهم لها حيث نصت المادة 69 من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث جاء فيها: "ليس للزوج إسكان أحد أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها".

وقد استقر الاجتهاد القضائي السوري على أن للزوج إسكان زوجته مع أهله إذا لم يثبت إيذاؤهم لها بشرط أن يكون لها بيت مستقل ولا يشترط في الإيذاء أن يتضمن جرما يعاقب عليه القانون بل يكفي أن يكون منغصا للحياة الزوجية[1].

[1] بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، 1961، ط 2، مصر، ص 189.

أما فيما يخص السكن المستقل عن الضرة فالقانون السوري يعتبره حقا مقررا للزوجة، إلا إذا رضيت الزوجة بأن تسكن في غرفة مجاورة لها في الدار وفق نص المادة 68 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

رابعا. القانون المصري:

يعتبر القانون المصري اشتراط السكن المنفرد شرطا جائزا تأكيدا على حق الزوجة في السكن المنفرد ويستثني من ذلك ولد الزوج غير المميز، والسكن المستقل بمفهوم القانون المصري هو البيت الذي يكون له مرافق فتح وغلق على حدة وحمام ومطبخ، ويشترط ألا يكون في الدار أحد أحماءها يؤذيها.

كما أكد القانون المصري على ضرورة استقلال الزوجة عن الضرة، حيث ذهب في هذا السياق أنه متى أسكن الرجل زوجته في مسكن على حدة وكانت الضرة في مسكن آخر، فإذا كان التضرر من الضرة فيجاب إلى طلبها سواء آذتها الضرة أو لم تؤذها لأن محل وجود الضرة قريبا من ضرتها إيذاء لها[1].

خامسا. القانون الكويتي:

يعتبر القانون الكويتي أن السكن المنفرد حق للزوجة بحيث نصت المادة 185 على: "ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد بغير رضاها".

كما نصت المادة 86 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على: "ليس للزوج أن يسكن أحدا مع زوجته سوى أولاده غير المميزين، ومن تدعوا الضرورة سكناه معه من أولاده الآخرين ووالديه، بشرط ألا يلحق الزوجة من هؤلاء ضرر".

يتضح من نص هاتين المادتين أن المشرع الكويتي يعتبر شرط السكن المنفرد هو جائز شرعا لأنه يتفق مع مقتضيات العقد، فبالنسبة للسكن مع الضرة يجوز للزوجة اشتراط عدم السكنى معها

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 112.

ما لم تتنازل عن حقها وترضى بالسكن مع ضرتها، أما بالنسبة للسكن مع أهل الزوج فإنه يستثنى من ذلك أولاده غير المميزين ووالديه وأولاده الآخرين في حالة الضرورة، كأن يكون والديه عاجزين أو فقيرين أو أولاده البالغين في حالة عدم وجود سكن آخر لهم بشرط ألا يلحق بالزوجة ضررا من هؤلاء.

المطلب الثاني: شرط عدم تعدد الزوجات

يعد شرط عدم التعدد من بين الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، حيث يلتزم الزوج بعدم الزواج على زوجته بامرأة أخرى، وسنتطرق لموقف الفقه الإسلامي والقانون من هذا الشرط.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

إن شرط عدم التعدد ليس من الشروط التي يقتضيها عقد الزواج ولا مؤكدة له، ولذلك فقد كانت محل خلاف بين الفقهاء، حيث انقسموا في حكمها إلى 3 اتجاهات:

الاتجاه الأول: عدم جواز اشتراط منع التعدد

يعد هذا رأي جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والمالكية.

أولا. المذهب الحنفي:

بما أن شرط التعدد عندهم لا يندرج ضمن ما يقتضيه عقد الزواج وليس مؤكدا له ولم يرد به نص من الشارع ولم يجر به العرف وإنما فيه منفعة لأحد الزوجين، فحكم هذا الشرط أنه فاسد وبما أن الحنفية لا يبطلون عقد الزواج بالشروط الفاسدة فإنه يصح العقد ويبطل الشرط.

ثانيا. المذهب الشافعي:

يعد هذا الشرط من الشروط المخالفة لمقتضى العقد عند فقهاء الشافعية وإنما به منفعة تعود على أحد الزوجين وعلى هذا الأساس فهو شرط فاسد وعليه يصح العقد ويبطل الشرط لأنه لا يخل بالمقصود من النكاح.

ثالثا. المذهب المالكي:

يعتبره المالكية من الشروط الصحيحة المكروهة لأن فيها تضييقا وتحجيرًا على الزوج وعليه يستحب الوفاء به ولا يلزم فإن شاء وفى به وإن شاء لم يوف إلا إذا علق الشرط على طلاق أو عتق أصبح لازما.

الاتجاه الثاني: شرط باطل مبطل للعقد

يرى الظاهرية أن شرط عدم التعدد هو من الشروط التي لم يرد الدليل بجوازها في الكتاب والسنة والإجماع وهو يخالف الشرع الذي يسمح التعدد وعليه فهو شرط باطل، إلا أنهم يميزون بين وجوده عند العقد وبعد العقد، فإذا كان عند العقد فالعقد باطل، وإن كان اشتراطه بعد العقد فالعقد صحيح ويبطل الشرط.

الاتجاه الثالث: جواز اشتراط منع التعدد

وتبنى هذا الرأي كل من الحنابلة والإباضية حيث يرون أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه هو شرط جائز، ومن ثمة يلزم الوفاء به ومتى أخل به الزوج كان للزوجة حق فسخ عقد الزواج.

الفرع الثاني: موقف القانون

سنتعرف في هذا الفرع على موقف القانون الجزائري وبعض التشريعات العربية.

أولاً. موقف القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري على شرط عدم التعدد صراحة واعتبره شرطا جائزا بنص المادة 19 من قانون الأسرة بقوله: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات..."

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنابلة لأنهم يعتبرونه من الشروط الصحيحة الواجب الوفاء بها وإلا كان للزوجة حق الفسخ، وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

إلا أن المشرع قد تعرض لكثير من النقد من طرف رجال القانون حيث يرونه أنه قد وقع في تناقض مع نص المادة 08 من قانون الأسرة التي تسمح بالتعدد، إلا أنه من وجهة نظرنا أن الله عز وجل عندما منح للزوج حق التعدد قد منح في مقابله للزوجة اشتراط عدم التعدد فقد أكد الله عز وجل أن الرجل لا يستطيع العدل بين النساء ولوكان حريصا. لذلك كان لا بد من إحداث نوع من التوازن العقدي بإعطاء الزوجة اشتراط عدم التعدد وهو ما من شأنه الحفاظ على استقرار العلاقة الزوجية وتجنب المشاكل.

ثانيا. موقف القانون التونسي:

وفقا لأحكام الفصل 8 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإن المشرع التونسي يمنع التعدد وعليه فلا مجال لاشتراط عدم التعدد أصلاً لأن التعدد ممنوع بنص القانون.

ثالثا. موقف القانون المغربي:

أكد المشرع المغربي بحق الزوجة في اشتراط عدم التزوج عليها واعتبره من القيود الواردة على التعدد إذ نصت المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية على: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حال وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

رابعا. موقف القانون الأردني:

أجاز المشرع الأردني صراحة اشتراط المرأة عدم التعدد حيث جاء في نص المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية الأردني "إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا، كأن تشترط عليه ألا يخرجها من بلدها أو لا يتزوج عليها أو ... كان الشرط صحيحا".

خامسا. موقف القانون المصري

نصت المادة 1 من القانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي: "يجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر عليها معه دوام العشرة بين أمثالها، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها. فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب يمضي سنة من

تاريخ علمها بالزواج بأخرى، وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج سواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك[1].

انطلاقا من هذه المادة نجد أن المشرع المصري يعتبر قيام الزوج بالزواج بامرأة أخرى سببا لطلب التطليق متى ثبت الضرر حتى ولو لم تشترط عند الزواج عدم التعدد، وبالتالي فهو يعتبر شرط عدم التعدد من الشروط الجائزة.

المطلب الثالث: شرط المرأة إكمال تعليمها

يقصد به اشتراط الزوجة الالتحاق بالتعليم بعد الزواج، أو لا يوقفها منه إن كانت تدرس من قبل، ويعد هذا الشرط من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها ولكنها تحقق مصلحة ومنفعة معتبرة للزوجة. وسنتناول فيما يلي موقف الفقه والقانون من هذا الشرط.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

طلب العلم في الإسلام له مرتبة عالية وقيمة سامية فقد حث الإسلام على طلب العلم خلال كافة مراحل الحياة من المهد إلى اللحد، ومرتبة طالب العلم لا يضاهيه فيها أحد، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك به طريقا من طرق الجنة وإن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم لرضى الله عنه" وإن العالم ليستغفر له من في السماوات ومن في الأرض حتى الحيتان في جوف الماء وإن فضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب وإن العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما، وإنما ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ وافر" أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة، والدارمي في سننه عن أبي الدرداء رضى الله عنه وصححه ابن حبان.

هذا ما دعى الفقهاء إلى القول بأن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة فالمرأة لها الحق في التعلم تماما كالرجل وخصوصا العلوم التي تحتاج إليها النساء في الصحة والطبابة والولادة والتمريض ومن

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 134.

جهة أخرى فالأمة بحاجة إلى زوجات وأمهات متعلمات حتى يستطعن إمداد الأمة بالذرية الصالحة المتعلمة القادرة على القيام بنهضة الأمة، ومن ثمة فمن حق المرأة أن تتعلم ولا يتعارض تعليمها مع كونها زوجة وأما.

ويثور التساؤل حول ما إذا كانت الزوجة لم تتم تعليمها قبل الزواج، فهل لها أن تشترط هذا الشرط عند زواجها؟

اختلف الفقهاء فيما يخص شرط إكمال المرأة تعليمها عند عقد الزواج على اتجاهين:

الاتجاه الأول: شرط فاسد

حيث يرى الشافعية والحنفية أن هذا الشرط فاسد ولكنه لا يؤثر على العقد فيصح العقد ويبطل الشرط.

الاتجاه الثاني: شرط صحيح

يرى المالكية أن اشتراط المرأة إكمال تعليمها هو شرط صحيح مكروه لا يلزم الزوج به، وإنما يستحب الوفاء به. وفي حالة عدم الوفاء به لا يعطى للمرأة حق الفسخ.

أما الحنابلة الإباضية فيعتبرونه شرطا صحيحا ملزما للزوج فهو من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وفيها مصلحة معتبرة للزوجة، فإذا أخل الزوج بالشرط كان للزوجة حق طلب الفسخ.

الفرع الثاني: موقف القانون

يعد هذا الشرط جائزا، فقد نص عليه المشرع الإماراتي صراحة في نص المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "حقوق الزوجة على زوجها:

1-النفقة.

2-عدم منعها من إكمال تعليمها..."

أما باقي التشريعات العربية كالجزائري، السعودي، القطري، الكويتي، السوري، المغربي، التونسي والأردني فرغم عدم النص عليه صراحة في هذه التشريعات إلا أنه بالرجوع للنصوص القانونية الواردة في هذه التشريعات نجد أنها قد أخذت بالمذهب الحنبلي الذي يعتبره من الشروط الجائزة، فضابط الشرط الصحيح في هذه القوانين كما هو الحال في المذهب الحنبلي هو أن يكون غير مخالف لمقتضى العقد وأصل العقد ولا محرمًا شرعًا ويحقق مصلحة معتبرة للزوجة ولا يمس حق غيرها، وبما أن اشتراط التعليم هو ما لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه فهو من الشروط الجائزة.

المطلب الرابع: اشتراط المرأة العمل

يقصد به أن تشترط المرأة عند عقد زواجها على الزوج ألا يمنعها من العمل متى أرادت البحث عن وظيفة في المستقبل، أو لا يوقفها عن العمل إذا كانت تعمل قبل الزواج.

وسنتعرف على موقف الفقه والقانون من هذا الشرط.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

أولا. المذهب الحنفي:

الأصل عند فقهاء الحنفية هو قرار المرأة في البيت إلا أنه واستثناء عن القاعدة العامة فقد أجازوا للمرأة الخروج للعمل إذا اقتضت الظروف ضرورة ذلك، أو إذا كانت تحترف عملا من فروض الكفاية كالطبيبة أو الممرضة أو القابلة فليس له منعها من الخروج، أما إذا اشترطت المرأة على الزوج الخروج للعمل من غير ضرورة فالشرط باطل والعقد صحيح وللزوج أن يمنعها من العمل.

ثانيا. المذهب الشافعي:

لا يجيز الشافعية للمرأة الخروج من البيت إلا بإذن زوجها بشكل عام سواء للعمل أو لغير ذلك حتى ولو اقتضت الضرورة، أما في حالة إذا اشترطت الزوجة الخروج للعمل فإنهم يميزون بين حالتين:

- إذا اشترطت الزوجة الخروج للعمل وكان الزوج موسراً إن الشرط فاسد والعقد صحيح.

– إذا اشترطت الزوجة الخروج للعمل وكان الزوج معسراً كان للزوجة الخروج للعمل دون إذن منه، وليس له منعها سواء كانت فقرة أم غنية، لأن التمكين والطاعة في مقابل النفقة ويعتبر الشرط في هذه الحالة صحيحا لا تأثير له على صحة عقد الزواج.

ثالثا. المذهب المالكي:

يرى المالكية أن اشتراط المرأة العمل هو شرط صحيح مكروه فهو من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، لذلك لا يلزم الوفاء به إنما يستحب، ويحق للزوج أن يمنع زوجته بعد ذلك متى شاء من العمل، فإن عصته وخرجت معتمدة على ما كان وافق عليه عدت ناشزاً.

رابعا. المذهب الحنبلي:

يتفق الحنابلة مع المذاهب السابقة بأن الأصل هو قرار المرأة في البيت وعدم الخروج إلا بإذن زوجها ويحرم عليها الخروج بلا إذنه فإن فعلت فلا نفقة لها.

غير أنه إذا اشترطت الزوجة العمل في عقد الزواج، كان الشرط صحيحا لأنه من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وتحقق مصلحة معتبرة للزوجة وبالتالي يلزم الزوج بالوفاء به حتى لو كانت الزوجة موسرة[1].

وهذا ما يتفق مع موقف الفقهاء المحدثين حيث جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 144 (02/16) من الدورة السادسة عشر ما يلي: "يجوز للزوجة أن تشترط في عقد النكاح أن تعمل خارج البيت فإن رضي الزوج بذلك ألزم به ويكون الاشتراط عند العقد صراحة".

ولقد قيد الإسلام عمل المرأة بمجموعة من القيود نذكر منها:

– أن العمل يكون فيه ما يصون كرامة المرأة.

– أن يناسب العمل الطبيعة الجسدية والنفسية للمرأة.

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 138.

- ألا تكون مثيرة في تصرفاتها وملابسها ومظهرها.
- ألا يؤثر عملها على حقوق زوجها وأولادها.
- أن يكون عملها مباحا.

الفرع الثاني: موقف القانون

أولا. القانون الأردني:

أجاز المشرع الأردني للزوجة اشتراط أن تعمل خارج البيت صراحة بنص المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، حيث جاء فيها: "إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق غيرها كأن تشترط عليه ألا يمنعها من العمل خارج البيت، كان الشرط صحيحا فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب من الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية".

ثانيا. القانون الجزائري:

يعد شرط عمل المرأة من الشروط التي استحدثها المشرع بموجب تعديل قانون الأسرة 05-02، حيث نصت المادة على هذا الشرط فجاء فيها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة..."

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اتبع منهج الحنابلة وأجاز عمل المرأة ويهدف هذا التعديل إلى تمكين الزوجين من حل المشاكل التي قد تقع بينهما بعد الزواج لا سيما فيما يتعلق بعمل الزوجة.

كذلك يعتبر شرط العمل من الشروط الجائزة في القانون القطري، الإماراتي، الكويتي، والسوري المغربي، المصري والسعودي لأنها تتفق مع ضوابط الشروط الصحيحة التي تضمنتها النصوص القانونية لهذه التشريعات.

المطلب الخامس: اشتراط المرأة على الزوج ألا يخرجها من بلدها

الأصل أن الزوجة تسكن حيث يسكن زوجها وتقيم معه وتنتقل معه ولا يجوز لها أن تمتنع عن الانتقال معه إلى بيت الزوجية بدون عذر شرعي وإلا عدت ناشزا.

ولكن قد تشترط المرأة عند عقد الزواج ألا يخرجها الزوج من بلدها أو دارها أو لا يسافر بها، وهذه الشروط لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها ... فما هو حكم الفقه الإسلامي والقانون من هذه الشروط؟

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

انقسم الفقه بشأن هذه الشروط إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن هذه الشروط جائزة، يجب الوفاء بها، فإذا لم يوف بها الزوج كان للزوجة حق الفسخ وهذا هو موقف الحنابلة.

الاتجاه الثاني: أن الزواج صحيح، وأن هذه الشروط فاسدة، لا يجب الوفاء بها وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، ومع أن الجمهور يقول بعدم وجوب الوفاء بها، إلا أن بعضهم ذهب إلى استحباب الوفاء بها دون إلزام، حيث أن المالكية يقولون بكراهة اشتراط هذه الشروط ومن ثم فلا يلزم الوفاء بها بل يستحب.

الفرع الثاني: موقف القانون

يعتبر اشتراط المرأة عدم إخراجها من بلدها شرطا جائزا في القوانين التي أخذت بالمذهب الحنبلي كالقانون الجزائري، السعودي، القطري، المغربي، التونسي والكويتي، وقد تم النص عليه صراحة في القانونين الأردني والإماراتي، لذلك سنتناولهما بشيء من التفصيل.

أولا. القانون الإماراتي:

اعتبره المشرع الإماراتي شرطا جائزا بنص المادة 75 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، حيث جاء فيها: "تسكن الزوجة مع زوجها وتنتقل منه بانتقاله، إلا إذا اشترطت في العقد خلاف ذلك أو قصد من الانتقال الإضرار بها"

كما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي في الفقرة 4 على بعض الأمثلة للشروط الصحيحة ما يلي:

"أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو دارها ... ونحو ذلك من الشروط التي فيها منفعة مقصودة لأحدهما ولا تنافي غاية الزواج ومقاصده".

ثانيا. القانون الأردني:

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على هذا الشرط في المادة 37 منه بقوله: " ... إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه ألا يخرجها من بلدها ... كان الشرط صحيحا..."

نستنتج من هذا النص أن المشرع الأردني يعتبر اشتراط المرأة على الزوج ألا يخرجها من بلدها شرطا جائزا إذا لم يف به الزوج فللزوجة حق طلب الفسخ ومطالبته بسائر حقوقها.

ولكن ما تجدر الإشارة إليه أنه على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار إذا صار تنفيذ الشرط مرهقا للزوج وإذا ما كان تمسك الزوجة بهذا الشرط من باب التعسف والإضرار بالزوج، فهنا ليس للزوجة حق طلب الفسخ.

ثالثا. القانون الجزائري:

بالرجوع لنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي تجيز للزوجين اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية على أن تكون غير مخالفة لأحكام قانون الأسرة، نجد أن اشتراط المرأة على الزوج ألا يخرجها من بلدها شرط صحيح جائز رغم التباين الملاحظ في قرارات المحكمة العليا، فتارة نجدها تعبره شرط ملزما وتارة أخرى تعتبره غير ملزم للزوج، حيث جاء في قرارها بتاريخ 13-02-1971: "حيث من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا، وبشرط ألا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع، أو من الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي

تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي"[1].

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا كذلك على حق المرأة في اشتراط ألا يخرجها الزوج من بلدها وهو ما أقره قرار المحكمة العليا بتاريخ 12-04-2006 "تقيم الزوجة كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها، ويحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام الزواج"[2].

المطلب السادس: اشتراط صفة من الصفات

ونعني بها الصفات الكمالية، مما لا يعد خلافها عيبا في المرأة والرجل في عرف الناس، فقد يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو شابة، وقد تشترط الزوجة في زوجها أن يكون شابا أو طبيبا، فهل هذه الشروط صحيحة بحيث إذا دلس الزوج على زوجته أو العكس في بعض الصفات فيكون من حق المشترط طلب الفسخ أم أنها شروط باطلة؟ وما أثرها على العقد؟ سنتعرف على حكم هذه الشروط في الفقه الإسلامي والقوانين فيما يلي.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

انقسم الفقهاء في هذا الصدد إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب الشافعية في الراجح من مذهبهم والحنابلة في قول لهم إلى صحة هذا النوع من الشروط مطلقا، أي سواء كان من الرجل أو المرأة فإن تخلف الشرط بأن اشترطها جميلة فظهرت غير ذلك، أو اشترطته جميلا فظهر على خلاف ما اشترطت ثبت لصاحب الشرط حق الخيار، فإن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 03-02-1971، نشرة القضاء، 1972، عدد 02، ص 41.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 12-04-2006، ملف رقم 358665، المجلة القضائية 2006، عدد 1، ص491.

وذهب الحنابلة في الراجح من مذهبهم إلى صحة هذه الشروط إذا كانت من الرجل على المرأة، فإن كانت من المرأة على الرجل لم تصح ولم يكن لها الخيار إذا تخلف شرطها، ووجه هذا القول أن صفة الجمال إنما يرغب فيها بجانب المرأة، أما بجانب الرجل فالرغبة فيها نادرة فلم تعتبر[1].

الاتجاه الثاني: وذهب المالكية والحنفية إلى عدم صحة هذه الشروط مطلقا، أي سواء كانت من الرجل أو المرأة، وحجتهم في ذلك أن الزواج مبني على المكارمة وتعريض الزوج أو الزوجة للرد بمثل هذه الصفات يعتبر امتهانا لهما فلا يصح اشتراطه[2].

إن ما يؤخذ على هذا الرأي بأن الزواج مبني على المكارمة صحيح، ولكن المكارمة تقتضي الصدق والأمانة فإذا اشترط أحد الزوجين صفة معينة في الآخر وكان هذا الأخير يعلم عدم وجودها فقبوله النكاح بهذا الشرط يعد من أقبح الكذب وكان مهانا في نفسه قبل الرد بالخيار، لأن الخداع سبيل للمخاصمة والمشاحنة.

أما قول الراجح من الحنابلة بأن الشرط يصح من الرجل ولا يصح من المرأة فيتعارض مع قوله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"[3]، وما قصة يوسف عليه السلام مع النسوة إلا دليل على أن جمال الرجل محل رغبة لدى المرأة.

الفرع الثاني: موقف القانون

يعتبر اشتراط صفة معينة في الزوج أو الزوجة من الشروط الصحيحة الجائزة فهو من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وفيها مصلحة لأحد الزوجين، وهو ما يتفق مع النصوص القانونية المتعلقة بالاشتراط التي تضمنتها تشريعات الدول العربية، وسنتناول في هذا الصدد موقف كل من المشرع الجزائري والمشرع الإماراتي، حيث نص عليها هذا الأخير صراحة.

[1] شاكر جمعة بكري، مرجع سابق، ص 58.

[2] شاكر جمعة بكري، نفس المرجع، ص 59.

[3] سورة البقرة، الآية 228.

أولاً. موقف القانون الجزائري:

اتبع المشرع الجزائري منهج الحنابلة فيما يتعلق بالشروط حيث أعطت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري الحق للزوجين في اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وبالتالي فاشتراط صفة معينة في الزوج أو الزوجة هو من اشتراط الجائزة وهو ما أكده أيضا موقف القضاء من خلال قرارات المحكمة العليا، حيث أكدت حق الزوج أن يشترط على الزوجة ما شاء من الشروط ومنها شرط البكارة على أن يكون قبل البناء.

فقد جاء في القرار الذي صدر بتاريخ 11-02-2009: " يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي ما دام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة[1]"

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 23-05-2000 "متى تبين في قضية الحال أن المطعون لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار"[2].

ثانيا. موقف القانون الإماراتي:

إذا اشترط الزوج في زوجته أن تكون بكرا، أو أن تكون شابة أو تكون جميلة أو نسيبة أو متعلمة أو غنية أو اشترطت الزوجة في زوجها أن يكون شابا أو طيبا فإن هذه الصفات وفقا لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي لا تخالف مقتضى العقد ولا تنافي مقاصد النكاح، بل فيها ما يساعد على المودة والعشرة ومن ثمة فإنها تعد شروطا صحيحة، فإذا فات أي شرط منها فإنه يثبت للمشترط حق خيار الفسخ وهذا ما صرحت به الفقرة الخامسة من المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والتي تنص على: "إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفا معينا فتبين خلافه كان للمشترط طلب فسخ الزواج".

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 11-02-2009، المجلة القضائية 2009، عدد 1، ص 283.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 23-05-2000، ملف رقم 243417، المجلة القضائية، ص 109.

وفقا لذلك فقد ساوى القانون بين الزوج والزوجة في حق الفسخ عند فوات الصفة التي اشترطت في العقد، فكما يثبت حق الفسخ للزوجة عند تخلف شرطها، يثبت كذلك هذا الحق للزوج عند تخلف الصفة التي اشترطها ولا يكتفي بإمكانية تخلصه من الزواج بالطلاق، كما نصت المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على "إذا ادعى الرجل الكفاءة أو اصطنع ما يوهم بها أو اشترطت الكفاءة في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان للزوجة أو وليها حق طلب الفسخ".

ومن ثمة لو أخبر الزوج زوجته أو وليها أنه يعمل في وظيفة معينة فإذا تبين كذبه وتدليسه، كان للزوجة أو وليها حق طلب الفسخ لفوات الصفة التي أخبر بها أو التي اشترطت عليه في العقد[1].

المطلب السابع: اشتراط الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين

يقصد بشرط الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين كل شرط اتفاقي يدرج في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق مضمونه أن تكون الأموال المكتسبة بعد الزواج مشتركة بينهما مع تحديد النسب التي تؤول لكل واحد[2].

وقد عرف خليفة علي الكعبي عقد اشتراك الأموال بين الزوجين بأنه: "مجموعة القواعد التي تنظم المصالح المالية للزوجين وتحدد الشروط التي تكمل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة بعد الزواج وطريقة التصفية والقسمة بينهما بالتساوي"[3].

ويجدر التمييز بين نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين والملكية الشائعة من جهة وبين عقد الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين وعقد الشركة من جهة ثانية.

---

[1] محمد الضويني، مرجع سابق، ص 210-212.

[2] إيمان لعريبي، مرجع سابق ص 89.

[3] خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 78.

يختلف نظام الاشتراك المالي بين الزوجين عن الملكية الشائعة من حيث أن إدارة المال الشائع تتم بتراضي جميع الأطراف الشركاء أو أغلبيتهم على الأقل، بينما في نظام الاشتراك المالي يستقل الزوج بالإدارة والانتفاع[1].

كما أن عقد الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين ينشأ بعقد الزواج وينتهي بانتهائه، أما الملكية الشائعة فتنشأ بتوفر سبب من أسباب نشوء الملكية وتنتهي بانتهائه.

أما الفرق بين عقد الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين وعقد الشركة، أن الشركة غايتها تحصيل ربح مالي بخلاف عقد الاشتراك في الأموال المكتسبة، حيث يهدف الزوجين من خلاله إلى تحسين وضعيتهما المعيشية ورعاية مصالحهما المالية حفاظا على كيان الأسرة واستقرارها وحماية حقوق الأولاد في الرعاية والنفقة.

كما أن عقد الاشتراك ينشأ بعقد الزواج وينتهي بانتهائه، بينما تنشأ الشركة عن عقد يعبر عن إرادة الشريكين في تكوين الشركة التي تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها ويكون لها ذمة مالية مستقلة، بينما لا يمكن أن يكون للأموال المشتركة شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الزوجين، كما أن عقد الشركة يخضع للقانون التجاري وليس للقانون المدني[2].

وحتى يتسنى لنا الإحاطة بحكم اشتراط الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين، نستعرض لموقف كل من الفقه والقانون.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

توجب الشريعة الإسلامية النفقة على الزوج فإذا اشترطت المرأة أو الرجل إسقاط حق أحدهما في النفقة بطل الشرط وصح العقد، فما بالنا إذا اشترطنا قسمة أمواله أو أموالها عند الطلاق فإن ذلك لا

[1] عمر صلاح الغزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة 1، منشورات الجليس الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 293.

[2] أحمد دادة فاطمة، النظام القانوني لعقد الاشتراك في الأموال بين الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2017-2018، ص 08.

يحتاج إلى عميق الفهم لبيان مخالفة ذلك لقواعد الشريعة الإسلامية التي تقوم على أساس مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، كما أن الشروط الاتفاقية تكون متعلقة بالزواج أي الحقوق والواجبات لكن أموال الزوجين ليست من الحقوق والواجبات وبالتالي فإن إدراجها في الاشتراط لا يستقيم.

وذهب القائلون بجواز اشتراط الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين تأسيسا على مبدأ حرية الاشتراط في الشريعة الإسلامية[1] وفقا للمذهب الحنبلي، وهذا الموقف هو الذي يتماشى مع تطور الحياة، فلا يمكن أن ننفي أن العشرة الزوجية تستتبع اختلاطا في المصالح، فالزواج لا ينشئ ارتباطا بين الزوجين في نطاق الأسرة فحسب وإنما ينشئ أيضا ارتباطا آخر يتصل بالمصالح المالية للزوجين، إذ يقول الدكتور حسن بغدادي في هذا الصدد: "من الخطأ أن نعتبر أن انفصال أموال الزوجين كما هو معروف في الشريعة الإسلامية ينفي التداخل بين هذه المصالح"[2].

كما أن هذا الرأي يساير مقاصد الشريعة الإسلامية من حيث إقامة العدل وعدم بخس الناس أشياءهم.

الفرع الثاني: موقف القانون

وسنتعرض لموقف كل من القانون الجزائري والتونسي والمغربي حيث تم النص عليه صراحة في هذه القوانين.

أولا. موقف القانون الجزائري:

اعتمد المشرع الجزائري نظام استقلال الذمة المالية للزوجين بموجب الفقرة الأولى من نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن الآخر".

وهذا يعد تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا الأصل أدخلت عليه استثناءات فرضت بشدة وجوب تداخل أموال الزوجين، حيث جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة

[1] أحمد دادة فاطمة، المرجع السابق، ص 10-11.

[2] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 90.

" غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، وهذه المادة قد تم استحداثها بموجب الأمر 05-02 وتعديلها راجع للأسباب التالية:

– النمط الجديد للحياة المعاصرة الذي أصبح يقتضي تعاون الزوجين لتغطية متطلبات وأعباء الأسرة في ظل الغلاء المعيشي.

– دخول المرأة الحياة العملية وتكسبها من مالها أدى إلى المساهمة التطوعية للكثير من الزوجات في النفقة من مأكل ومشرب وعلاج ونفقة الدروس الخصوصية في ظل عجز الزوج أو مرضه.

– مساهمة الزوجة في الثروة العائلية بمعية الزوج كشراء السكن العائلي من خلال دفع راتبها في بناء عقار في حالة استفادة الزوج من قطعة أرضية ومشاركة الزوجة ببيع مجوهراتها أو راتبها أو في حالة ما إذا منحت الدولة للزوج السكن التساهمي.

إلى جانب مساهمة الزوجة في المنقولات كالسيارة وأثاث البيت، والأدوات الكهربائية (آلة الغسيل، الثلاجة).

– المعاناة التي عرفتها الكثير من الزوجات فكثيرا ما تساهم في إنماء وزيادة الثروة العائلية من مسكن سيارة وغيرها دون إثبات حقوقها في حال الانفصال، حيث تحرم من حقوقها باعتبار أن الأملاك باسم الزوج، كل هذه الأسباب دعت المشرع الجزائري إلى اعتماد حق الزوجين في اشتراط الاشتراك في الأموال المكتسبة بعد الزواج وفي هذا الصدد أشارت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 07-12-1987 على إمكانية اشتراط الزوجة على الزوج اقتسام المسكن الزوجي إذ جاء فيه: " من المقرر قانونا أن العقد تم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقته باقتسامه المنزل الزوجي معها، فإن قضاة المجلس

بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون[1].

وفي آخر قرار أقرته المحكمة العليا بحق المرأة في اشتراط البقاء في السكن في حالة الطلاق وعدم مغادرته إلا في حالة ما إذا أعادت الزواج مرة أخرى واعتبرته صحيحا، فقد جاء فيه: "حيث أنه يستخلص من دراسة عقد الزواج المبرم بين الطرفين أمام الموثق أن المطعون ضدها اشترطت ألا تغادر السكن إلا في حالة إعادة زواجها وما دام الطاعن قد وافق على هذا الشرط، فعقد الزواج يعد شريعة بين الطرفين، بالإضافة إلى ذلك فالحق في السكن لصالح الزوجة يعتبر وصية بمنفعة لمدة غير محددة، وهذا الحق يعد عمري في الشريعة[2].

ثانيا. القانون المغربي:

أخذ المشرع المغربي بمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين كأصل عام، لكنه أعطى للزوجين الحق في اشتراط الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين في إطار الاتفاق على الاشتراك المالي بين الزوجين حيث نصت المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية على: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب في أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج ويقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر". هذا ما أكده القضاء المغربي في الحكم الصادر عن محكمة ماسة بتاريخ 1987/07/28 حيث جاء فيه: "المرأة التي تثبت أنها تعمل سعايتها في المستفاد خلال فترة الحياة الزوجية بقدر عملها لها الحق فيما اشتراه الزوج ولو باسمه الخاص وحده"[3].

---

[1] المحكمة العليا، قرار بتاريخ 07-12-1987، ملف رقم 45658، المجلة القضائية 1990، عدد 4، ص 61.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 17-10-2000، رقم 25311، المجلة القضائية 2003، عدد 2، ص 280.

[3] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 100.

ثالثا. القانون التونسي:

أقر المشرع التونسي بأن الأصل العام هو استقلال الذمة المالية للزوجين إلا أنه أضاف نظاما اختياريا هو نظام الاشتراك بين الأملاك وهذا نظرا للتطور الذي اقتضى ضرورة اشتراك الزوجين في الأموال المكتسبة وألزم ضابط الحالة المدنية على تدوين هذا الاختيار في سجلاته، والمميز للنظام المالي الجديد بين الزوجين أنه نظام يشمل العقارات دون المنقولات وبالتحديد مسكن العائلة الذي تم اقتناءه أثناء الحياة الزوجية نظرا لأنها تتطلب أموالا باهظة[1].

المبحث الثاني: آثار عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج

لقد منح القانون والفقه الإسلامي للزوجين الحق في الاشتراط في عقد الزواج وقيداه بضوابط تتمثل في عدم مخالفة مقتضى العقد وأحكام الشرع والقانون، وبالتالي فإنه متى كان الشرط صحيحا أصبح ملزما يجب الوفاء به وفي حالة مخالفته تترتب جزاءات على الطرف المخالف.

فبالنسبة للفقه الإسلامي نجد أن الحنابلة يرتبون على مخالفة الشروط المقترنة بعقد النكاح حق المشترط في فسخ عقد الزواج.

أما التشريعات العربية فقد تباينت نصوصها القانونية فمنها من ساير الحنابلة ورتب على مخالفة الشروط الحق في الفسخ، كالقانون العراقي والسوري والأردني والكويتي والقطري والإماراتي، وهناك بعض القوانين التي منحت للزوجة الحق في طلب التطليق، كالقانون الجزائري والمغربي.

ولكن قبل لجوء الطرف المشترط لفسخ عقد الزواج أو طلب الزوجة التطليق يمكن اللجوء أولا للدفع بعدم التنفيذ وفقا للقواعد العامة للقانون المدني الذي يقابله حق الحبس في الشريعة الإسلامية،

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 101.

كوسيلة للضغط وإجبار الزوج على الوفاء بالشرط، لذلك سنتناول بداية الدفع بعدم التنفيذ ثم طلب الفسخ ثم طلب التطليق.

المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ يعتبر وسيلة يستعملها المتعاقد للضغط على المتعاقد الآخر من أجل استيفاء حقه، وذلك بوقف تنفيذ الالتزامات المستمدة من العقد الملزم للجانبين، ولكي يرتب الدفع بعدم التنفيذ أثره المتمثل في تعطيل نفاذ العقد مع بقاء العقد قائما، يجب أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين، وأن يكون الالتزام المحبوس التزاما يتأخر تنفيذه عن الالتزام المقابل، حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ التزامه دون أن يتحلل منه وإنما يستعمل ذلك كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر، ويمكن أن يترتب على عدم الوفاء بالشرط، الدفع بعدم التنفيذ كجزاء على عدم الوفاء بالشرط.

ويجب التفريق هنا بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ، حيث أن الدفع بعدم التنفيذ ينحصر أثره في وقف تنفيذ الالتزامات المستمدة من العقد الملزم للجانبين، دون أن يؤدي لانقضاء الالتزامات التعاقدية بخلاف الفسخ الذي يؤدي لانقضائها.

ويجد الدفع بعدم التنفيذ أساسا له في الفقه الإسلامي، فيما يعرف بحق الحبس وهو مبدأ ثابت في عقود المعاوضات المالية، ولما كان عقد الزواج عقد معاوضة يختلف عن باقي المعاوضات المالية، فهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر، وعلى هذا الأساس يقوم الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي، أي أن عدم تنفيذ أحد الالتزامين، يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل.

وكمثال على هذه الحالة اشتراط الزوجة السكن المنفرد، وموافقة الزوج عليه ثم يتبين بعد ذلك عدم التزامه به، أو ممانعته عن إسكانها مستقلة عن أهله، أو وافق على تركها تكمل عملها، ثم منعها من ذلك بعد الزواج، ففي كلتا الحالتين يعد الشرطان صحيحان ملزمان للزوج يستوجب عليه الوفاء بهما، وإلا كان امتناعها عن الدخول على وجه قانوني صحيح مستمد من الشريعة الإسلامية والقانون.

كما يجد تطبيقا له في حالة اشتراط الزوجة تعجيل صداقها، ولكن الزوج لم يحترم هذا الاتفاق، فقد احتاط الفقه الإسلامي لحفظ حق الزوجة في مهرها، وأجاز لها حق حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفى المعجل من المهر[1] وهذا يعني أنه بإمكان الزوجة أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها معجل المهر مع ثبوت هذا الحق حتى لو كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها.

والغرض من إعطاء الزوجة هذا الحق هو حث الزوج ودفعه للوفاء بشرط الزوجة، ولها في سبيل ذلك أن تمنع أيضا عن الالتزام بما كانت ستلتزم به، لو دخل بها الزوج، وليس للزوج أن يمنع زوجته من السفر، أو زيارة أهلها قبل الوفاء بالمهر، 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 انتفى ركن من هذه الأركان، يسقط عن الزوجة واجب الطاعة.

وحق الزوجة في حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر أخذت به مذاهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، باستثناء الظاهرية الذين يرون أنه يلزم الزوج بتسليم المهر أولا ولا تلزم الزوجة بتسليم نفسها إن لم يعطها شيئا.

ونجد أن موقف الفقه الإسلامي يتفق مع ما ذهب إليه القضاء الجزائري الذي منع حق الزوج في الاستمتاع بالزوجة إلى غاية تنفيذ الشرط حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1983/01/14 "إذا كان المهر معجلا بشرط من الزوجة أو عرف متعارف، ففي هذه الحال ليس للزوج إجبارها على البناء، حتى يمكنها من حال صداقها المعجل، وعليه إن لم يقدم الزوج ما يجب تعجيله، فإن امتنعت عن الانتقال إلى بيته، فقد امتنعت بحق شرعي[2].

كما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2008/03/13: "لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول، حيث أن الزوجة صرحت بأنها لا تمانع في إتمام

[1] أبي الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، ص 301.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1983/01/14، المجلة القضائية لسنة 1986، العدد 04، ص 50.

مراسيم الدخول، شريطة أن يسكنها بمدينة سطيف من جهة، وألا يعترض على بقاءها تزاول عملها بالعلمة، وتدعي أنها اشترطت عليه هذين الشرطين قبل إبرام عقد الزواج"[1].

وقد اختلف الفقهاء في حالة اشتراط المرأة أن يكون المهر مؤجلا، هل يؤدي ذلك إلى سقوط حقها في الحبس؟ ذهب الحنابلة إلى أن رضا الزوجة بتأجيل المهر لا يترتب عليه تأخير حق الزوج ويجب عليها تسليم نفسها، وعلى العكس من ذلك يرى الشافعية بأن رضا الزوجة بتأجيل قبض المهر لا يسقط حقها في الحبس، وهذا رأي ضعيف لأن رضا الزوجة بتأجيل المهر يترتب عليه سقوط حقها في الحبس، قياسا على سقوط حق البائع في الحبس، إذا بادر بدفع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن.

واختلف الفقهاء حول حق المرأة في حبس نفسها بعد أن يطأها الزوج، فذهب كل من فقهاء المالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة إلى القول بسقوط حقها في الحبس، بينما يرى الإمام أبو حنيفة بأنه يبقى من حق الزوجة الاستمرار في حبس نفسها، حتى ولو كانت قد سلمت نفسها ما دامت لم تستوف كامل مهرها.

أما إذا وطأها مكرهة فلا يترتب على ذلك سقوط حقها في الحبس.

المطلب الثاني: طلب الفسخ

إن الجزاء المترتب على عدم وفاء أحد الزوجين بالشرط المقترن بعقد الزواج في الفقه الإسلامي هو الفسخ، مما يقتضي تعريفه وبيان آثار ومسقطاته فيما يلي:

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2008/03/12، المجلة القضائية لسنة 2008، العدد 01، ص 277.

الفرع الأول: تعريف الفسخ

أولا. الفسخ لغة:

الفسخ في اللغة بمعنى النقض، فيقال فسخ البيع أي نقضه وأزاله، وفسخت الثوب ألقيته وفسخت العقد فسخا أي دفعته[1]. وفسخت الشيء فرقته وفسخت المفصل عن موضعه أزلته، وفسخ رأيه أفسده[2]. ومن المجاز انفسخ النكاح أي انتقض[3].

ثانيا. الفسخ عند الفقهاء:

الفسخ عند الفقهاء هو حل وإنهاء عقد الزواج، لظهور مانع يتنافى مع مقتضياته، أو لقيام طارئ يمنع استمراره شرعا. وقد اختلف الفقهاء في تعريف الفسخ على 3 أقوال:

- القول الأول: مذهب الحنفية والمالكية وقول للشافعية، وذهبوا بأنه رفع للعقد من الأصل[4].
- القول الثاني: قول ابن نجيم من الحنفية والسيوطي من الشافعية، وقالا بأنه حل ارتباط العقد[5].
- القول الثالث: مذهب الشافعية رفع العقد في حاله لا من أصله[6].

واتفق الحنابلة مع الشافعية في تعريفهم، لكن الإشكال الذي يثار بصدد الحديث عن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط، يتمحور حول ما إذا كان يتعين على الزوج المشترط الذي له حق الفسخ، أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم الفسخ؟ وإذا وقع النزاع من الزوجين بصدد الوفاء بالشرط هل يكون للقاضي الاجتهاد في ثبوت الفسخ؟ أم يكتفي بمجرد الحكم به والإعلان عنه؟

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة 13، ص 180.

[2] الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، ص 280.

[3] الزبيدي، تاج العروس، مطبعة الحكومة، الكويت، الجزء 7، ص 319.

[4] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1406 هـ، الجزء 02، ص 336.

[5] ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1406 هـ، الجزء 02، ص 336.

[6] النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة 02، المكتب الإسلامي، 1405 هـ، الجزء 3، ص 489.

يرى الإمام ابن تيمية أن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط لا يحتاج إلى حكم القاضي، ولكن إذا وقع النزاع بين الزوجين حول هذا الشرط ورفع الأمر إلى القاضي فعندئذ يخضع لسلطته التقديرية، فإما أن يرى إثباته أو إبطاله[1].

ولكن الرأي الراجح في هذه المسألة هو أنه لا بد من رفع دعوى الفسخ إلى القضاء لفسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط، حتى ولو لم يكن هناك نزاع قائم بين الزوجين حول مشروعية الشرط، لأن تحديد الشروط المشروعة وغير المشروعة مسألة خلافية بين الفقهاء، ولا شك أن حكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف. ثم إنه لا يجوز للزوجة التي اشترطت على زوجها شرطا معينا ولم يف به أن تكون هي الخصم والحكم في النزاع، بل لا بد أن ترفع أمرها إلى القضاء وتثبت ما ادعته، لأن القاضي أقدر من غيره على تحديد مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته[2].

كما أن الحكمة من جعل الفسخ قضائيا بدلاً من فسخه بإرادة المتعاقدين هي تفادي ما قد يقع من ظلم من طرف أحد الزوجين، إذا استعمل الفسخ بإرادته، فيكون قد فصل لنفسه بنفسه، وهذا ينطوي على خطورة كبيرة فيسعى لتحقيق مصلحته على حساب الطرف الآخر، فيفسخ العقد ويتخلص من التزاماته، في حين لو رفع الأمر إلى القضاء، قد لا يقع الفسخ في بعض الحالات، فالقاضي يكون أدرى من الناحية القانونية بتوافر الحق في الفسخ من عدمه.

وفي هذا الصدد قال منصور البهوتي: "لا يصح فسخ في خيار العيب وخيار الشرط إلا بحكم حاكم لأنه فسخ يجتهد فيه"[3].

---

[1] ابن تيمية، ابن تيمية، مجموع فتاوي ابن تيمية، المجلد الثاني والثلاثون (النكاح)، مكتبة المعارف، المغرب، ص 168.

[2] محمد عبد الله قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 200، ص 167-168.

[3] البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، الطبعة 1، بيروت، لبنان، عالم الكتب، 1997، ج 5، ص 112-113.

وقال ابن المفلح في المبدع: "ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم في الأصح لأنه فسخ مختلف فيه، كالفسخ للعنة والإعسار والنفقة"[1].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الفسخ

أولا. وجوب العدة:

من الآثار المترتبة على الفرقة الحاصلة بين الزوجين بسبب عدم الوفاء بالشرط وجوب العدة إذا حدث الفسخ بعد الدخول.

والعدة اصطلاحا هي تربص المرأة زمانا معلوما، قدره الشارع علامة على براءة الرحم مع ضرب من التعبد، أما إذا حصل الفسخ قبل الدخول، فلا عدة على المرأة، طالما أنه لم يحصل دخول[2].

ثانيا. عدم وجوب النفقة والسكنى والمتعة:

يرى فقهاء الحنابلة وكذلك الجمهور أنه ليس للمرأة التي فسخت نكاحها لعدم الوفاء بالشرط نفقة ولا سكنى ولا متعة إلا أن تكون حاملاً فتجب النفقة لها، وذلك لأن السكنى والنفقة إنما تجب للمرأة التي يملك زوجها عليها الرجعة. أما هذه الزوجة فلا يملك الزوج نكاحها إلا بعقد جديد.

كما صرح الفقهاء أيضا أن إتلاف البضع موجوب للضمان أي التعويض فمن فوت على المرأة منفعة بضعها بنكاح فاسد أو وطء شبهة فيجب عليه مهر مثلها[3].

الفرع الثالث: سقوط الحق في الفسخ عند الإخلال بالشرط

بناء على مذهب الحنابلة القائلين بصحة الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تنافيه، وثبوت الحق في فسخ العقد عند إخلال الزوج بالشرط. فإن هذا الحق لا يسقط إلا بإحدى المسقطات التالية:

---

[1] أبو إسحاق برهان الدين بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، الطبعة 1، دمشق، المكتب الإسلامي، 1979، ج 8، ص 177-178.

[2] لمياء شافع، مرجع سابق، ص 39.

[3] نشوة العلواني، مرجع سابق، ص 123-124.

– الرضا بإخلال الزوج بالشرط المتفق عليه في عقد الزواج، لأن خيار الزوجة في فسخ النكاح لعدم وفاء الزوج لا ينقضي إلا برضاها، سواء كان هذا الرضا بالقول أو الفعل.

– زوال سبب الشرط المتفق عليه في عقد الزواج، فلو شرط لها ألا يخرجها من منزل أبويها، فمات الأبوان بطل الشرط، وبالتالي فإن زوال الشرط يسقط حق الزوجة في الفسخ[1].

– استحالة تنفيذ الشرط المتفق عليه في عقد الزواج، فلو شرطت الزوجة على الزوج ألا يخرجها من منزلها، فتعذر سكن المنزل بسبب خراب أو دمار سقط حقها لأن الشرط عارض وقد زال[2].

ولقد أجاب ابن تيمية على ذلك بأنه لا يجب على الزوج الوفاء بما هو عاجز عنه، وليس للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أخل الزوج بهذا الشرط[3].

الفرع الرابع: موقف القانون

أقرت أغلب التشريعات العربية بجواز الاشتراط في عقد الزواج وحددت ضوابط للشروط الصحيحة، حيث يترتب على عدم الوفاء بها حق المشترط في طلب الفسخ، وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في المادة 6 فقرة 4 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن: "للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج".

يستفاد من نص هذه المادة أنه إذا كان الزوج هو صاحب الشرط فليس له حق المطالبة بالفسخ، إلا أن الدكتور الصابوني وجه له اقتراحات في هذا الصدد تتمثل في:

كان الأولى أن يمنح الزوج أيضا الحق في الفسخ ولا يكون مقتصراً على الزوجة فقط تحقيقا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ولا يمكن الاحتجاج بأن الزوج يملك الحق في الطلاق.

[1] لمياء شافع، مرجع سابق، ص 41.

[2] علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 175.

[3] ابن تيمية، مرجع سابق، ص 183.

وذلك لأنه في حالة الفسخ قبل الدخول يعفى الزوج من المهر كله أما في حالة الطلاق قبل الدخول فإنه يعفى من نصف المهر، كما أن الفسخ لا يحتسب طلاقا ولا ينقص من عدد الطلقات.

أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة 20 فقرة 4 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على: "إذا أخل ... من شرط عليه كان لمن شرط طلب فسخ الزواج سواء من جانب الزوجة أو من جانب الزوج"، وهذا ما أخذ به أيضا المشرع الأردني حيث أعطى لكلا الزوجين الحق في طلب فسخ العقد، فإذا كان طلب الفسخ من الزوجة كان لها الحق في مطالبته بسائر حقوقها الزوجية، أما إذا كان الفسخ من الزوج سقط مهرها المؤجل ونفقة عدتها.

لكننا نرى أن هذا لا يحقق العدالة فقد يكون المهر كله مؤخرا فيأخذه الزوج كله، لذا يجب إعادة النظر في هذه المادة على نحو يراعي حقوق الطرفين.

أما المشرع السعودي فقد أعطى هو أيضا للزوج والزوجة الحق في طلب الفسخ، إلا أنه ميز بين ما إذا كان عدم الوفاء من الزوج فيكون الفسخ هنا بلا عوض، أما إذا كان عدم الوفاء من الزوجة فيكون الفسخ بعوض لا يزيد عن المهر وهذا ما نصت عليه المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية السعودي.

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون القطري الذي أعطى هو الآخر لكلا الزوجين الحق في طلب الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط أما بالنسبة للمشرع الإماراتي فهو أيضا منح للزوجين الحق في طلب الفسخ، فإذا قام الزوج بفسخ العقد قبل الدخول فلا يجب عليه شيء من المهر، وإن كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل.

أما المشرع السوري فقد أعطى للزوجة فقط الحق في طلب فسخ عقد الزواج إذا لم يف الزوج بالشرط.

المطلب الثاني: طلب التطليق

يعرف التطليق لعدم الوفاء بالشرط، على أنه إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء، بناء على طلب الزوجة للإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج.[1]

وسنتناول في هذا الصدد موقف كل من القانون الجزائري وتشريعات المغرب العربي.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، نجد أنه نص في المادة 53 على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة، والحياة الزوجية.
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر، ولا نفقة.
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
- ارتكاب فاحشة مبينة.
- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- كل ضرر معتبر شرعًا.

يتضح من خلال نص الفقرة 9 من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري، أن المشرع رتب على مخالفة الزوج الشرط المتفق عليه في عقد الزواج حق الزوجة في طلب التطليق وهو حالة مستحدثة بموجب

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 74.

الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، وينصرف معنى الشروط إلى ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة التي أجازت للزوجين حق الاشتراط في عقد الزواج، ما لم يتنافى مع أحكام قانون الأسرة.

وعلى المستوى التطبيقي قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1971/03/03 الذي جاء فيه: "إن إصرار الزوج على إخراج الزوجة من بلدها، يعتبر إخلالا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج، والتي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة"[1].

وبهذا يكون التعديل الأخير لقانون الأسرة بخصوص التطليق لعدم الوفاء بالشروط قد جاء مؤكدًا للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ويجب التنبيه إلى أن المشرع الجزائري لم يبين إذا كان التطليق لعدم الوفاء بالشرط يعد طلاقا أم فسخا، إنما اكتفى بذكر حالات طلب التطليق على سبيل الحصر، وعند والرجوع لنص المادة 48 قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على أنه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي تم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53 أو 54 من هذا القانون، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي الذين يرون أنه يجوز للقاضي أن يحكم بالطلاق بناء على طلب الزوجة، ومنه نستخلص أن التطبيق لعدم الوفاء بالشرط يعد طلاقا.

يتفق الطلاق والفسخ أن كلاهما إنهاء للعلاقة الزوجية ويختلفان في النقاط التالية:

- الفسخ قطع للعقد من أصله، أما الطلاق فهو أثر لأمر شرعي وقع وتثبت له الأحكام الشرعية المبينة له إن كان بائنا أو رجعيا.

- اختلاف حكم المهر بينهما، قبل الدخول فللمطلقة الحق في نصف المهر، أما في الفسخ فليس لها الحق في المهر.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1971/03/03.

– الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح، أما الفسخ فيكون في عقد الزواج الصحيح، وفي عقد الزواج الفاسد فهو نقض لعقد الزواج ظهر فيه خلل حين نشوئه، أو طرأ عليه عارض منع بقاءه صحيحا.

– الطلاق ينقص عدد الطلقات، أما الفسخ فلا ينقص.

– الطلاق يؤدي إلى انقطاع الرابطة الزوجية في الحال، أما الطلاق فلا يؤدي إلى انقطاع الرابطة الزوجية في الحال كما هو الأمر بالنسبة للطلاق الرجعي.

أولا. آثار التطليق لعدم الوفاء بالشرط:

وتتمثل فيما يلي:

أ) العدة: تتعلق العدة بحق الله عز وجل فهي من النظام العام في الشريعة الإسلامية، والهدف منها هوا استبراء الرحم، وهي واجبة في حالة الدخول بالمرأة، وعدة الزوجة التي تطلب التطليق لعدم الوفاء بالشرط تبدأ من تاريخ تصريح القاضي بالتطليق، حيث تنص المادة 58 من قانون الأسرة على وجوب أن تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر[1].

ب) النفقة: النفقة من أهم الحقوق المالية المستحقة للمرأة بالزواج، ويظل هذا الحق قائما ببقاء العدة، لأنها وجبت لها بالزواج، وعليه يلزم الزوج بإعطاء الزوجة مبلغا ماليا يتم تحديده من قبل القاضي، مراعيا في ذلك حال الزوج من الإعسار واليسار.

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/10/22: "متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[2].

[1] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 77–78.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/10/22 ملف رقم 34327.

وقرار آخر بتاريخ 1989/12/25 والذي جاء فيه: "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد، وهي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج، وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقته، فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية، يتعين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا[1].

ثانيا. مسقطات حق التطليق عند الإخلال بالشرط:

تم التطرق لها سابقا عند تناول مسقطات الحق في الفسخ وهي الرضا بالإخلال بالشرط وزوال سبب الشرط استحالة تنفيذ الشرط.

ثالثا. التعويض عن الامتناع عن الوفاء بالشرط

منح المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة بالقرار رقم 05-02 للزوجة الحق في طلب التطبيق جزاء عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، كما راعى حالات الضرر المترتب على هذا الإخلال لذلك فقد أعطى للمطلقة الحق في طلب التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الوفاء بالشرط بموجب نص المادة 53 مكرر: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق، أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وعلى هذا الأساس، إذا أخل الزوج بالشرط المقترن بعقد الزواج، وطلبت الزوجة التطليق وحكم لها القاضي بتطليقها، إضافة إلى التعويض عن الضرر اللاحق بها، ففي هذه الحالة يلزم الزوج بتعويض الضرر سواء كان ماديا، كما لو كانت الزوجة عاملة قبل الزواج ثم تركت منصب عملها لإجبار الزوج لها وإخلاله بالشرط، أو كان الضرر معنويا يمس كرامة الزوجة كما لو تزوج عليها بعد اشتراطها عدم الزواج، وإن كان تقدير الضرر المعنوي من طرف القاضي ليس بالأمر الهين، ويجب تقدير التعويض طبقا لمبدأ تناسب الضرر والتعويض، وذلك تطبيقا لفكرة عدالة التعويض[2].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 57752، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 01، ص 68.

[2] إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 81.

وفيما يلي بعض قرارات المحكمة العليا التي تقر بحق الزوجة في التعويض إذ جاء في القرار بتاريخ 23-12-1997: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ... ومن المقرر أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ... ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه، ومتعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة، نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج لأحكام المواد 52، 53 مكرر، و55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون"[1].

كما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15: "متى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل بتوفير سكن منفرد، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"[2].

الفرع الثاني: موقف تشريعات المغرب العربي

تناول المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية آثار عدم الوفاء بالشروط، بنص المادة 98 الفقرة 1 حيث أعطى للمرأة الحق في طلب التطليق عند الإخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج. واعتبرت الإخلال بالشرط من الأضرار المبررة لطلب التطليق، حيث نصت على: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررًا مبررا لطلب التطليق، يعتبر ضررا مبررا للتطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة".

ويحدد المشرع المغربي مدة شهرين من تاريخ الإخلال بالشرط للتقدم للمحكمة والمطالبة به.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/12/23، ملف رقم 181648، المجلة القضائية 1997، عدد 01، ص 49.
[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 224655 (غير منشور).

أما القانون التونسي فقد تطرق للشروط المقترنة بعقد الزواج في الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية حيث نصت على: "يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق، من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

ما يلاحظ أن المشرع التونسي اعتبر الفسخ طلاقا رغم أن هناك فرق بين الفسخ والطلاق، هذا من جهة ومن جهة ثانية فهو لا يرتب أي تعويض في حالة ما إذا تم الفسخ قبل الدخول، فهل يفهم من ذلك أنه إذا تم الفسخ بعد الدخول يلزم الزوج بالتغريم؟

بعد التطرق لمواقف التشريعات العربية نجد أن بعضها يمنح حق طلب الفسخ لكلا الزوجين، كالقانون الإماراتي، القطري والكويتي والأردني، في حين نجد البعض الآخر يعطى حق طلب الفسخ للمرأة فقط على أساس أن الرجل يستطيع التخلص من عقد الزواج بالطلاق، وهو ما أخذ به المشرع السوري والعراقي، في حين خالفت دول أخرى مذهب الحنابلة وأقرت بحق الزوجة في طلب التطليق كالقانون الجزائري والمغربي.

الخاتمة

الخاتمة

يعد موضوع الاشتراط في عقد الزواج من أهم المواضيع الفقهية والقانونية المتجددة تماشيا مع ما يقتضيه الواقع الاجتماعي المعاصر الذي أدى إلى تزايد ملحوظ في مسألة الاشتراط فأصبح كل زوج يرغب في تأسيس حياته وفق ظروفه الخاصة، كما أن سوء معاملة المرأة من طرف الزوج أدى إلى رغبتها في حماية حقوقها من خلال الاشتراط في عقد الزواج حفاظا على حياتها الزوجية من النزاعات مستقبلا.

فكان لابد من إبراز أهمية الاشتراط في عقد الزواج وحكم الشرع والقانون منها لتحديد الشروط الجائزة وما يترتب على مخالفتها من جزاءات، ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا للنتائج التالية:

– اتفق الفقهاء على أن الشروط الصحيحة هي الشروط الموافقة لمقتضى العقد أو المؤكدة لمقتضى العقد أو نص عليها الشرع وأضاف الحنفية الشروط التي جرى عليها العرف، ولكنهم اختلفوا حول الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، فاعتبرها الظاهرية شروطا باطلة مبطلة للعقد إذا اقترن بها، أما الحنفية والشافعية فيرون أنها شروط باطلة ولكنها لا تبطل العقد فيظل العقد صحيحا وإنما يبطل الشرط فقط. أما المالكية فاعتبروها شروطا صحيحة مكروهة لما فيها من تضييق على الزوج لذلك فهي حسبهم غير ملزمة للزوج أما الحنابلة فاعتبروها شروطا صحيحة جائزة ملزمة للزوج، وفي حالة عدم الوفاء بها كان للطرف المشترط الحق في فسخ عقد الزواج.

– أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد تبنت أغلب نصوصها القانونية موقف الحنابلة فيما يتعلق بالاشتراط في عقد الزواج وبالتالي فقد أباحت للزوجين اشتراط كل الشروط التي يريانها تحقق مصالحهما ما لم تحل حراما أو تحرم حلالا.

– أجاز القانون الجزائري للزوجين بصريح النص في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على حرية الزوجين في الاشتراط ما لم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة ومقتضى العقد.

– كما أجاز قانون الأسرة الجزائري أن يكون الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فربما يغفل الزوجان عن الاشتراط في العقد ثم يرغبان فيه بعد ذلك وحسنا فعل المشرع بذلك.

– فصل المشرع الجزائري في مسألة شرط عدم التعدد وشرط العمل واعتبرهما شرطين جائزين بصريح النص رافعا اللبس عن القاضي والمتقاضي وهدف المشرع من ذلك هو منع المشاكل بين الزوجين مستقبلا باعتبارها سببا لأغلب الخلافات بين الزوجين ومن خلال دراستنا لموضوع الشروط الجائزة خرجنا بالاقتراحات التالية:

– تعديل المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري بإدراج معايير واضحة للتمييز بين الشروط الصحيحة وغير الصحيحة.

– تعديل المواد 32 و35 لإزالة الغموض بينهما بالتمييز بين الشروط التي تؤدي إلى بطلان العقد وبين الشروط التي لا تؤثر على العقد فيبقى العقد صحيحا ويبطل الشرط.

– إدراج نص قانوني خاص يتضمن الأثر المترتب على عدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج وعدم الاكتفاء بالتعريض عليه بنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- القرآن الكريم.

- القانون 84-21 المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 1 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

- أبو عيسى الترمذي، الجامع صحيح سنن الترمذي، ت.ح فؤاد عبد الباقي، ج 3، لبنان، دار الكتب العلمية.

- أحمد بن حنبل، الإقناع في فقه الإمام أحمد ج 3، دار المعرفة، بيروت لبنان.

- محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الشعب، طبعة 1، سنة 1987، ج 9.

- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة 02، المكتب الإسلامي، 1405 هـ، الجزء 3.

- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار الجيل بيروت، ج 5.

- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، الطبعة 1، بيروت، لبنان، عالم الكتب، 1997، ج 5.

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

ثانيا: المراجع

1-كتب الفقه

- ابن تيمية، ابن تيمية، مجموع فتاوي ابن تيمية، المجلد الثاني والثلاثون (النكاح)، مكتبة المعارف، المغرب.

- ابن عابدين، رد المحتار، دار الكتب العلمية، ج 5، ط 1994.

- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة 13.

- ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1406 هـ، الجزء 02.

- أبو إسحاق برهان الدين بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، الطبعة 1، دمشق، المكتب الإسلامي، 1979، ج 8.

- أبو الحسن بن عبد السلام التسولي، البهجة، شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1998.

- أبي الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان.

- الزبيدي، تاج العروس، مطبعة الحكومة، الكويت، الجزء 7.

- الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت.

- الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، 1998، لبنان.

- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر.

- بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار التأليف، 1961، ط 2، مصر.

- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

– رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للنشر، مصر، الطبعة الأولى، 2001.

– سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 2.

– شهاب الدين القرافي، الذخيرة، دار القرب، بيروت، 1994، ج 4.

– صبحي المحمصاني، الطريقة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج 2، دار العلم الإسلامي، بيروت، 1972.

– عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة 2004، القاهرة، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية.

– عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة رسالة ناشرون، دمشق سوريا، طبعة 2012.

– عمر صلاح الغزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة 1، منشورات الجليس الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

– محمد تقية، المختصر الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، 2000.

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

– وحيد الدين السوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة 2، 1998.

2-كتب القانون

- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط ح، 1985، مصر.

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

- د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية للنشر، الكويت، 1975.

- د. محمد الضوينى، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها، معهد دبي القضائي، الطبعة الأولى.

- سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح، مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد 10، العدد 02.

- سعيد خنوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

- على محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

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

- محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة، طبعة 2005، القاهرة، دار المعرفة الجامعية.

ثالثا: المقالات

- حداد فاطمة، حجاب ياسين، (الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة)، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع.
- شوقي محمد، (ضوابط المصلحة والموازنة بينها)، مجلة الدراسات القانونية، الجزائر، 2003، العدد 08.
- عدلان مطروح، (الشروط المقترنة بعقد الزواج)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 09.
- عمران عائشة، (الشروط الجعلية في عقد الزواج)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 04.
- عمرو خليل، (الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
- فتيحة يعقوبي، ربيعة حزاب، (الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 7.
- لمياء شافع، (حق اشتراط المرأة في عقد الزواج بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، 2021، العدد 03.
- م. د سجى عمر شعبان، (ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشرع والقانون)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد 37، 2021، ص 322.
- محمد حيدرة، (الشروط التقييدية بعقد الزواج ودورها في إحداث التوازن العقدي).

رابعا: الرسائل الجامعية

- أحمد دادة فاطمة، النظام القانوني لعقد الاشتراك في الأموال بين الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2017-2018.

- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد النكاح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، 2014.

– د. دغيش حملاوي، (الشرط الجزائي) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017–2018.

– ربحي سليمان، دور القاضي في فك الرابطة الزوجية لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2015–2016.

– زغدودي عز الدين، سعدي زهير، الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2019–2020.

– شاكر جمعة بكري، الشروط في النكاح، رسالة ماجستير في الشريعة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية.

– طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج –الأحكام والآثار– مذكرة نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014–2015.

– عبد السلام أبيكر، الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2016–2017، ص ب.

– عشاش نهاد، بولطيف فاتن، الاشتراط في عقد الزواج، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2021–2022.

– محمد بن أحمد بن حاسر الساهلي، الشروط في العقود عند الحنابلة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى.

– ويس مليكة، غلاب اسمهان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2022/2021.

خامسا: المجلات القضائية للمحكمة العليا

- المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/02/06، ملف رقم 213669، عدد خاص.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 03-02-1971، نشرة القضاء، 1972، عدد 02.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1971/03/03.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1983/01/14، المجلة القضائية لسنة 1986، العدد 04.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/10/22 ملف رقم 34327.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1985/11/14، ملف رقم 653383، المجلة القضائية، 1989، عدد 01.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/01/13، ملف رقم 39390 (غير منشور)، أشارت إليه لعريبي إيمان.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987/02/23، ملف رقم 44994، المجلة القضائية، عدد 3.

- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 07-12-1987، ملف رقم 45658، المجلة القضائية 1990، عدد 4.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 57752، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 01.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/12/23، ملف رقم 181648، المجلة القضائية 1997، عدد 01.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/06/15، ملف رقم 224655 (غير منشور).

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 23-05-2000، ملف رقم 243417، المجلة القضائية.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 17-10-2000، ملف رقم 25311، المجلة القضائية 2003، عدد 2.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 12-04-2006، ملف رقم 358665، المجلة القضائية 2006، عدد 1.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2008/03/12، المجلة القضائية لسنة 2008، العدد 01.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 11-02-2009، المجلة القضائية 2009، عدد 1.

الملخص

هذه الدراسة الموسومة بالشروط الجائزة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، كان الإشكال الرئيسي فيها **ما مدى حرية الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية؟**

وقد حاولت الدراسة من خلال فصلين الإجابة على ذلك، وتوصلت من خلال هذه الدراسة إلى جملة من النتائج من أهمها: أخذت أغلب التشريعات العربية بالمذهب الحنبلي الذي يعطي الحرية للزوجين في الاشتراط في عقد الزواج ما لم تخالف مقتضى العقد وما نهى عنه الشرع والقانون، ويعتبرها شروطا صحيحة ملزمة يجب الوفاء بها.

ضرورة مراعاة الزوجين للشروط الجائزة الموافقة لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

Abstract

This study, entitled the permissible conditions in the marriage contract in Islamic jurisprudence and positive laws, the main problem in which was: What is the extent of the freedom of the spouses to stipulate in the marriage contract in light of Islamic jurisprudence and positive laws?

Through the two chapters, the study attempted to answer this, and through this study, it reached a number of results, the most important of which are:

Most of Arab legislation followed the Hanbali doctrine, which gives freedom to the spouses to stipulate in the marriage contract, unless it violates the requirements of the contract and what is forbidden by Sharia and the law, he considers it valid and binding that must be fulfilled.

It is necessary for the spouses to observe the permissible conditions that are consistent with the provision of Islamic Sharia and laws

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق
Ministry of High Education and Scientific Research
Mohamed Khider University of Biskra
Faculty of Law and Political Science
Law Department

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز بحث

أنا الممضي أدناه، السيد(ة): دبله حفيزة

الصفة: طالب (ة)

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية/ رخصة سياقة رقم: 203009457

الصادرة بتاريخ: 04/06/2018 عن دائرة / بلدية: بسكرة

المسجل بكلية: الحقوق والعلوم السياسية، قسم: الحقوق.

والمكلف بإنجاز أعمال بحث : مذكرة ماستر، خلال الموسم الجامعي: 2023 - 2024

تحت عنوان: الشروط الحائزة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية

اشراف الاستاذ(ة): الدكتور دغيش جملاوي

اصرح بشرفي اني التزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير النزاهة الأكاديمية المطلوبة في انجاز البحث وفق ما ينص عليه القرار الوزاري رقم 1082 المورخ في 2020/12/27 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها.

التاريخ: 30 ماي 2024

إمضاء المعني بالأمر