جامعة الشهيد حمه لخضر –الوادي–
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

الاشتراط في عقد الزواج و ضوابطه

بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

(دراسة مقارنة)

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة و قانون

إعداد الطلبة: – إبراهيم قوي
– التجاني عماري
– علي تريش

المشرف : الأستاذ : طيب بن شهرة

لجنـــة المناقشـــة

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د.محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر .أ	جامعة الوادي	رئيسا
أ.طيب بن شهرة	أستاذ مساعد .أ	جامعة الوادي	مشرفا و مقررا
د.السعيد أبختي	أستاذ متعاقد	جامعة الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية :(1442–1443هـ/2021–2022م)

جامعة الشهيد حمه لخضر –الوادي–
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

الاشتراط في عقد الزواج و ضوابطه

بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

(دراسة مقارنة)

اعداد الطلبة: – إبراهيم قوي
– التجاني عماري
– علي تريش

المشرف : الأستاذ : طيب بن شهرة

لجنـــة المناقشـــة

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د.محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر .أ	جامعة الوادي	رئيسا
أ.طيب بن شهرة	أستاذ مساعد .أ	جامعة الوادي	مشرفا و مقررا
د.السعيد أبختي	أستاذ متعاقد	جامعة الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية :(1442–1443هـ/2021–2022م)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى التي سهرت الليالي تترقب عودتي، وكتمت آهاتها لتفجر بوتقة الأمل بداخلي

.... أمي الحبيبة التي أنجبتني وأمي الحبيبة التي ربتني.

إلى الذي أدمت كفيه أظافر السنين لئلا نجوع ولا نظمأ، إلى الذي غرس في كياني

روح المسؤولية ولقنني أسمى المعاني ..... أبي العزيز.

إلى جميع أفراد عائلتي من الكبير إلى الصغير كل واحد باسمه وإلى كل زملاء

الدراسة في معهد العلوم الإسلامية جامعة الوادي

إلي كل الطاقم العلمي و الإداري بالجامعة

إلي كل من يعرفني من قريب أو بعيد

إبراهيـــــــم قـوي

عـــلي تريـــش

التجاني عماري

شكر و تقدير

- لا يطيب الشكر إلا به ولا تطيب اللحظات إلا بذكره سبحانه وتعالى نحمده على توفيقه ونستعين به الذي منحنا القوة والوقت لإنهاء مذكرتي وإخراجها حيز الوجود.

– تقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الدكتور (طيب بن شهرة) على قبول الإشراف على هذا العمل، ولما منحه لي من وقت وجهد و توجيه و إرشاد و تشجيع .

– كذلك أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من أشرف على تكويننا و تطيرنا

طيلة مرحلة الدراسات الجامعية من إداريين و مدرسين و مشرفين، كما أتقدم بخالص الشكر لهيئة المناقشة لقبول مناقشة هذه المذكرة.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلي كل من صنع لي معروفا و مد لي يد العون من قريب أو بعيد.

إبراهيـــــــــم قــوي

التجاني عماري

علي تريش

ملخص البحث:

لقد أثار موضوع الاشتراط في عقد الزواج جدلا كبيرا في أوساط المجتمعات الإسلامية، باعتبار الشروط الجعلية الناجمة عن اختيار الطرفين أمرا غير أصلي في عقد الزواج وقد سلمت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري بمشروعية الاشتراط ولكن بقي الخلاف عند فقهاء الشريعة الإسلامية في الضوابط التي تحكمه بين مؤيد ومعارض، وكذلك فعل المشرع الجزائري حينما نص على عدم مخالفة الشروط لأحكام الأسرة.

ويرى الفقه الإسلامي أن تكون الشروط متماشية ومقتضى عقد الزواج ، وإلا اعتبرت باطلة، بينما رتب لها قانون الأسرة الجزائري ثلاثة عقوبات : الفسخ أو التعويض أو الدفع بعدم التنفيذ.

كلمات المفتاحية : الشرط، الضابط، الزواج، العقد.

ملخص باللغة الإنجليزية

Abstract

The issue of setting conditions in the marriage contract has sparked great controversy among Islamic societies, considering that the statutory conditions resulting from the choice of the two parties are not part of the marriage contract.Islamic Sharia and Algerian family law have recognized the legitimacy of the conditions, but the controversy remained among the jurists of Islamic Sharia regarding the controls that govern it between supporters and opponents,as well as settingit a set of restrictions,the same was done by the Algerian legislator when he stipulated that the conditions should not violate the provisions of the family.

Islamic jurisprudence considers that the conditionsshould be in line with the requirements of the marriage contract, otherwise it is considered invalid, while the Algerian Family Code arranged for it three penalties: annulment, compensation, or non-implementation.

مقـــــدمـــــــة

الحمد لله رب العالمين ، الملك الحق المبين والصلاة و السلام على خاتم النبيين و إمام المرسلين ورحمة الله للعالمين سيدنا محمد عليه وعلى آله وأصحابه أفضل الصلاة و أزكى التسليم.

أما بعد: فإن الله عز وجل أرسل محمدا صلى الله عليه وسلم إلينا هاديا ومعلما فكشف به الغمة وأتم به النعمة ورسم به الأحكام، فحثنا على التفقه في دين الله تعالى وطلب العلم الشرعي، فانه من أكرم ما أُنفقت فيه نفائس الأوقات، وبين أنه من سلك هذا الطريق يسعد في الدارين الدنيا و الآخرة.

خلق الله سبحانه البشر حتى يكونوا خلفاء له في الأرض يعبدونه ويقيمون حدوده ويعمرون أرضه، فبدأ الخلق بزواج سيدنا آدم عليه السلام بأمنا حواء حتى وصل عدد البشرية إلى المليارات اليوم، ووضع الله سبحانه وتعالى إطارا محددا لتكاثر البشر؛ وهو النكاح وهو الوسيلة الشرعية التي أباحها الله سبحانه و تعالى ليتناسل بني البشر، والنكاح هو عقد يجمع بين رجل و امرأة في حياة مشتركة، سياجها مجموعة من الشروط والضوابط ليكون صحيحا.

لقد اهتم الإسلام بعقد الزواج اهتماما كبيرا وجعل له مكانة مميزة وذا طبيعة خاصة يختلف بها عن سائر العقود فهو ميثاق غليظ وذلك لما وضع له من مقاصد يجب أن يحققها ولما يترتب عليه من آثار اجتماعية واقتصادية وسياسية وفوائد روحية لا تتحقق إلا من خلال عقد النكاح، بالإضافة إلى أنه أساس تكوين الأسرة الذي إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع وتمتد آثاره مع الإنسان في الحال والمآل ولهذا جعلت له أركان و شروط لا يتحقق العقد بدونها كما جعلت له مقاصد و غايات وأهداف إذا روعيت حقوق الزواج وآثاره في المجتمع في شتى مناحي الحياة وإذا أهملت تلك المقاصد وأخل بها لم يتحقق المعنى والغاية المقصودة من عقد الزواج، وليتمشى ذلك العقد مع صيرورة تغير الزمان والمكان للحياة البشرية وتحقيق أحقية صلاح الشريعة الإسلامية لكل زمان ، وفي خضم الجدلية الحضرية التي واكبت العصر الحديث بين مشكك ومنبهر بالعولمة و طغيان الحياة المادية أردنا أن نعرج في بحثنا ولو من خلال نافذة تحت طائلة ما أبيح للزوجين في عقد النكاح من شروط مقترنة بالعقد والتي

نعني بها مجموعة التدابير والاحترازت التي يتخذها الزوجان من محض اختيارهما وفي حدود ما أباحته الشريعة الإسلامية.

الإشكالية الرئيسية:

ما طبيعة الاشتراط وضوابطه في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟

التساؤلات الفرعية:

- ❖ فيما تتمثل الأسس التي يقوم عليها الشرط المقترن بالعقد ؟
- ❖ ما مفهوم الاشتراط ومدى مشروعيته ؟
- ❖ ما هي الضوابط التي حددتها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ؟
- ❖ ما هو جزاء عدم الوفاء بالشروط في عقد الزوج ؟

أهمية البحث :

– توضيح الأحكام العامة لشروط المقترنة بعقد الزواج وهذا من أجل قطع كل الخصومات التي تقع بين الزوجين،بسبب جهل كثير من الأزواج لهذه الأحكام فيحصل الشقاق بدل الوفاق .

– مسايرة التطورات الحاصلة في الحياة مما يؤدي إلى تعقيدات كثيرة ومشاطرات مختلفة ضمانا للمصالح الفردية والمشتركة فالشروط تعتبر حلا أمام الزوجين لتحقيق مصالح ومنافع ضرورية لا يمكن تحققها بمجرد إبرام هذا العقد.

– توضيح الصورة لكل مقبل على هذه الخطوة المهمة في الحياة وذلك بتوضيح الشروط التي يمكن النص عليها والالتزام بها والمنهي عنها.

– إبراز أهمية هذه الشروط وإلزامية الوفاء بها وحكم الشرع فيها و القانون.

– تعود علاقة البحث في الأصل إلى قاعدة الالتزام في الشريعة الإسلامية.

أسباب :اختيار الموضوع

الدافع الذي دعانا للبحث في هذا الموضوع يعود إلى أسباب كثيرة يمكن سردها فيما يلي:

- ❖ إيضاح مدي قابلية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل عصر و زمان.
- ❖ تبصره الزوجين لطبيعة الشروط حتى يكونا على بينة من أمرهما مستقبلا.

❖ التفصيل في أهم ما جاء به تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 مع الالتزام بالرجوع في كل جزئية إلى موقف الفقه الإسلامي.

❖ إبراز دور الاجتهاد القضائي، في مسايرة المسائل المستجدة في مسالة الاشتراط لمدى مراقبته لتطبيق القانون.

❖ الحاجة إلي بيان أراء العلماء قديما وحديثا في الأمور المستجدة في موضوع الاشتراط.

الدراسات السابقة:

لقد جاءت الدارسات السابقة متعددة فمنها ما جاء خاصا ومنها ما جاء يعالج الاشتراط بصفة عامة في كامل العقود، وأهم الدارسات التي وقفنا عليها واعتمدنا عليها في بحثنا هذا هي:

❖ الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية،سي ناصر بوعلام، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير شريعة وقانون،كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران:1432-1433هـ/2011-2012م.

لقد ذكر الباحث وركز على عقد النكاح و آثاره بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وبعض التشريعات العربية، بينما كان تركيزنا على ضوابط الاشتراط في عقد النكاح واقتصرنا على الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

❖ الشروط في عقد الزواج أحكام وآثار، طرشي سمية، مذكرة مستر في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية جامعة محمد خيضر بسكرة،2014-2015م.

تطرقت الباحثة إلى آثار الاشتراط في عقد الزواج، و اعتمدت في دراستها على الجانب القانوني ،وعرجت على أحكام الشريعة الإسلامية، بينما قمنا في بحثنا بدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري مركزين على الأسس و الضوابط .

❖ نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا دراسة فقهية مقارنة، سامي عدنان العجوري مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة لزهر- غزة،1434هـ/2013م.

لقد اعتمدت هذه الرسالة على دراسة العقد من جمع نواحيه وجوانبه ، من عقود مالية وغير مالية، بينما أخذنا منها ما يخدم بحثنا مما يختص به عقد الزواج ونستطيع تطبيقه عليه.

- ❖ الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،زغدودي عز الدين،سعدي زهير، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون الخاص،جامعة 8 ماي 1945قالمة، 2020/2019م.
- ❖ نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ،دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، د:علي الشاذلي،الطبعة الأولى -1330هـ-2009م، دار كنوز أشبليا المملكة العربية السعودية- الرياض.

تحدثت هذه الدراسة على نظرية الشرط بصفة عامة ،ومقارنتها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بشكل عام، بينما كان بحثنا حول الاشتراط في عقد الزاج مقتصرين على مقابلة الشريعة الإسلامية بالقانون الجزائري، بحيث أننا درسنا منها التعريفات الأولية للشرط وما يتعلق به من مصطلحات بشكل عام.

مناهج البحث:

اتبعنا في إعداد هذا البحث ثلاثة مناهج:

- ❖ المنهج الاستقرائي:لقد تبين هذا المنهج جليا في بحثنا ،باستقراء الجزيئات وربطها بالكليات المنبثقة منها.
- ❖ المنهج الاستدلالي:وهذا بربط الجزئيات بكليتها،ويكون هذا بإرجاع وربط الفروع بأصولها عن طريق الاستدلال على هذه الفروع، متبعين النصوص الشرعية والمتمثلة في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، محاولين الاستشهاد بهذه النصوص في موضعها الصحيح.
- ❖ المنهج المقارن فهو المنهج الأساس المشكل لهذا البحث حيث أننا قارنا ضوابط الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

خطة البحث :

سيكون المخطط الذي سنسير عليه في كتابة هذا البحث ، بعون الله تعالى مكونا من ثلاثة مباحث مبحث تمهيدي ومبحثين آخرين يتكون كل مبحث من مطلبين أو ثلاثة يتخللها مجموعة من الفروع، وهي بالتفصيل على النحو التالي:

مقدمة: وتشمل التعريف بموضوع البحث،وأهمية البحث وأسباب اختيار الموضوع، والدراسات السابقة، منهجية البحث، وإشكاليات البحث الرئيسية و الثانوية.

- المبحث التمهيدي: مفاهيم الدراسة و المصطلحات المشابهة
- المطلب الأول: تعريف الشرط
- المطلب الثاني: علاقة الشرط والمصطلحات المشابهة
- المبحث الأول: الاشتراط في عقد الزواج
- المطلب الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج و أنواعه
- المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها الشرط.
- المبحث الثاني: ضوابط اشتراط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.
- المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في شريعة الإسلامية.
- المطلب الثاني: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.
- المطلب الثالث: الجزاء المترتب على الإخلال بالاشتراط في عقد الزواج.

المبحث التمهيدي :مفاهيم الدراسة و المصطلحات المشابهة

المطلب الأول: تعريف الشرط

المطلب الثاني: علاقة الشرط والمصطلحات المشابهة

المبحث التمهيدي: مفاهيم الدراسة و المصطلحات المشابهة

كثيرا ما يحدث أن يشترط أحد الزوجين على الآخر شروطا يريد بها تحقيق منفعة لنفسه وحماية مصالحه أثناء سريان عقد الزواج و نفاذه،وهذا نظرا للحوادث التي يسيء فيها أحد الزوجين للآخر والتي تعتبر حافزا للتفكير في وضع الشروط، فسيقبل بها الطرف الآخر طواعية بغير إكراه، ومن أهم المصطلحات التي سنتطرق لدراستها في هذا المبحث هو مفهوم الشرط من الناحية الشرعية والقانونية وبعض المصطلحات الشبيهة له أو القريبة منه كالعلة والسبب والوعد و الركن.

المطلب الأول: تعريف الشرط

الفرع الأول: التعريف اللغوي

الشرْط بسكون الراء إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع أشراط، وشرائط ،وقد شرط له وعليه كذا شرط وشرط وشرطا .[1]

واشترط عليه والشرطية كالشرط ،وقد شارطه وشرط له في ضيعته وشرط للأجير شرطا والشرط بالتحريك أي بتحريك الراء العلامة والجمع اشرطا ، ومنه أشرط الساعة أي علامتها وقد جاء في كتاب الله العزيز قوله تعالى : (**فهل يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ انْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ**) **سورة محمد:الآية 18**

والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، وأشرط فلان نفسه لكذا وكذا أعلمها له ومنه سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها و أشراط الشيء أوله،قال بعضهم:ومنه أشراط الساعة وذكرها النبي صلى الله عليه وسلم الإشتقاقان متقاربان لأن علامة الشيء أوله ومشارط الأشياء أولها كأشراطها .

---

[1] لسان العرب،بن منظور،طبعة مراجعة ومصححة بمعرفة نخبة من الأساتذة المتخصصين، دار الحديث،القاهرة، 1423هـ2000م، مختار الصالح، ،الرازي تحقيق :محمود خاطر، طبعة الجديدة بدون رقم الطبعة 1415هـ،1995 م ،مكتبة لبنان، ناشرون، بيروت، ص354.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

يعتبر مصطلح الشرط من المصطلحات الأصولية ولذا قمنا بتقديم تعريف الأصوليين على تعريف الفقهاء ،لأنه غالبا ما نجد علماء الأصول يذكرون الشرط في كتبهم وهذا في مباحث الحكم الشرعي.

قال صاحب شرح الكوكب المنير (الأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط تنتفي بوجود المانع وانتفاء الأسباب والشروط)[1]

أولا : تعريف الأصوليين

الشرط اسم لما يضاف الحكم إليه وجودا عنده لا وجوبا به.[2]

فإن قول القائل لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق، يجعل دخول الدار شرطا حتى لا يقع الطلاق بهذا اللفظ إلا عند الدخول، ويصير الطلاق عند وجود الدخول مضافا إلى الدخول موجودا عنده، لا واجبا به، ومن حيث أنه مضاف إليه وجودا كان الدخول شرطا فيه.

ثانيا : تعريف الفقهاء

لقد استعمل الفقهاء الشرط استعمالا لا يخرج عن أصل المعنى الأصولي، إلا أن استعماله فقها هو شكل من أشكال الفروع .

والشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ،ولا يكون مؤثرا في وجوده[3] أو هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند عدمه أو هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند عدمه .

من خلال تتبع تعريف الفقهاء للشرط نجد أنهم لا يختلفون كثيرا عن تعريف علماء الأصول لكن إعطاء تعريفات ومفاهيم كثيرة لضبط هذا المصطلح هو الذي جعلهم يختلفون في

---

[1] ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الطبعة الثانية، 1418هـ 1997م ،مكتبة العبيكان، الجزء01 ص435.

2 السرخسي، أصول السرخسي، الطبعة الأولى،1414هـ/ 1993م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الجزء02 ص303.

[3] –التعريفات الجرجاني، تحقيق:نصر الدين تونسي،الطبعة الأولى،2000م القاهرة،ص 209.

التكييف لمفهوم الشرط لكن النتيجة واحدة وهي أنه المشروط لا يمكن أن يوجد دون الشرط ولكن وجود الشرط لا يعني وجود المشروط ،فالفقهاء كثيرا ما يتطرقون إلى حقيقة الشرط عند ذكر شروط عبادة أو معاملة،كشروط الصلاة مثلا،وشروط البيع، لأن غايتهم في ذالك ليس ضبط حقيقته ومفهوم الشرط بقدر ما يعنيهم تطبيقه على فروع الفقه.

ومن هنا نلاحظ بأن جميع تعريفات الشرط لها معنى واحدا ولو اختلفت صياغتها إلا أن القائل بان الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده باعتباره أعم وأشمل التعريفات المذكورة.

ثالثا : تعريف الشرط قانونا

بعد أن تعرضنا إلى تعريف الشرط لغة واصطلاحا مع تحليل بعض التعريفات سوف نتطرق في هذا الفرع للتعريف القانوني للشرط وبما أن الدراسة في هذه الرسالة تقوم على أساس المقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وحتى نضبط تعريفا للشرط عند القانونين، نعرج على بعض النصوص والقوانين الجزائرية والعربية الخاصة بالشرط ثم نذكر تعريف الشرط قانونا مع الشرح والتحليل.

1 القانون المدني الجزائري

نصت المادة203 منه على ما يلي (يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتب على أمر مستقيل وممكن وقوعه)[1] يقصد المشرع الجزائري من هذا النص أن الالتزام المطالب بأدائه من طرف الشخص المدين يبقى معلقا أي يرتب وقوعه على أمر آخر في الأجل إن وقع الأول وجب الثاني.

2 قانون المعاملات المالية الإماراتي:

نصت المادة 420 من هذا القانون على ما يلي "الشرط أمر مستقبلي يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه"[2] نستطيع أن نفهم من هذا النص أن الشرط الإماراتي أمر مستقبلي أي مؤجل التحقيق واقترانه بالحكم زواله أو تحققه.

---

[1] الأمر 75-58المورخ في 26سيبتمبر 1975المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

[2] قانون المعاملات المالية، الإمارات الجزء 05صفحة 1985.

3 مجلة الالتزامات و العقود التونسية

جاء في الفصل 116 من هذه المجلة ما يلي: "الشرط تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يتعلق وجود الالتزام وانقضاؤه بأمر مستقبلي غير متحقق الوجود والأمر المتحقق الوجود وقت التعاقد أو قبله لا يعد شرطا ولو جهل المتعاقدان وجوده"[1] وقد ذكر المشرع التونسي في نصه تعريفا مجملا لشرط وحالات وقوعه وطريقة تعلقه بالحكم أو زواله.

وفي الأخير ومع تقارب التعريفات وتشابه محتواها نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وضح الشرط ووقت إنفاذه بطريقة شاملة وواضحة بقوله (يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتب على أمر مستقبلي وممكن وقوعه).

لقد لاحظنا من خلال هذا المطلب أن للشرط العديد من التعريفات في مجموعة من المجالات لكنها في الأغلب تصب في مجرى واحد، ولا تختلف عن بعضها البعض إلا صياغة فقد عرف اللغويون الشرط استمدادا من القران الكريم، وقد ذكره فقهاء الشرع بأنه مصطلح أصولي، وتبعهم في تعريفهم ذالك قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: علاقة الشرط والمصطلحات المشابهة

يستعمل الشرط للدلالة على معان أخرى تختلف عن معنى الوصف الذي يلحق الالتزام و يعدل آثاره، وقد يشتبه ببعض المصطلحات القريبة منه أو التي تلازمه وهو ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: التمييز بين الشرط و الركن

إن ركن أي تعريف من التعريفات القانونية هو جزؤه الذي لا يتحقق وجوده إلا به، و يعرف الركن في اللغة بأنه: أحد الجوانب القوية التي يستند إليها الشيء و يقوم به، وهو أقوى جوانب الشيء.[2]

---

[1] قانون العدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 اوت 2005 يتعلق بالمصادقة على اعداد تنظيم بعض أحكام المجلة الالتزامات والعقود التونسية، عدد 68.

[2] حسن حسنين، أحكام الأسرة المسلمة فقها و قضاءا، دار الأفاق العربية، 2110، ص 92.

أما الركن في اصطلاح الفقهاء فهو: "ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءا من حقيقته فالرضا و المحل و السبب كلها أركان متطلبة لقيام العقود"[1].

أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الحكم ويكون خارجا عن حقيقته وماهيته، ويتفق الشرط مع الركن في أن كل منهما يتوقف عليه وجود الحكم، فإذا تخلف الركن بطل الحكم، وإذا تخلف الشرط فسد الحكم؛ أي أن الحكم يتوقف وجوده على وجودهما، فعدم وجود المحل في العقد يستلزم بطلان العقد، فالوضوء باعتباره شرطا لصحة الصلاة يترتب على تخلفه تخلف الصلاة[2].

و يكمن الفرق بين الشرط والركن في أن الركن يعتبر جزءا من حقيقة الشيء المشروط أو ماهيته، بينما يعتبر الشرط خارجا عن ماهية المشروط وحقيقته وليس جزءا منه، فالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء من حقيقتها، والوضوء شرط صحة في الصلاة لأنه أمر خارج عن ماهيتها. و يترتب على ذلك حصول خلل في الماهية إذا وقع خلل في ركن من الأركان، أما إذا حصل خلل في شرط من الشروط فيترتب على ذلك حصول خلل في أمر خارج عن حقيقة الشيء.

الفرع الثاني: التمييز بين الشرط و العلة

العلة أو السبب هو كل حادث ربط به المشرع أمرا آخر وجودا وعدما، وهو خارج عن ماهيته،[3] أو هو ما يلزم من وجوده الوجود و عدمه العدم، فعلى سبيل المثال يعتبر العمل الضار سببا موجبا للتعويض.

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

---

[1] رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 12.ص، 2010.

[2] نور الدين لمطاعي، الشر ط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992/1992، ص 21.

[3] رشدي شحاتة، المرجع سابق الذكر 12.ص5.

و السبب أيضا هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معروفا لحكم شرعي، كجعل زوال الشمس أمارة لمعرفة لدخول وقت صلاة المغرب.[1]

فالشرط والسبب يلزم من عدمهما العدم، فيلزم من زوال الشمس دخول وقت الصلاة، ويلزم من عدم زوالها، عدم دخول وقت الصلاة.[2]

أما الشرط ما كان عدمه مشتملا على حكمة مقتضاها نقض حكم السبب عليه، فالشرط والسبب من خلال تعريفهما، نجد أنهما في حالة العدم أي أنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، وإذا انعدم السبب انعدم المسبب، و يفترقان من حيث أن السبب متى وجد يلزم من وجوده الوجود، و الحكم ما لم يوجد ما يمنع ذلك[3].

مثال ذلك وجود الحول الذي هو شرط لوجوب الزكاة، مع النصاب الذي هو سبب للوجوب، فالزكاة وجبت لوجود السبب،الذي هو النصاب، و ليس لذات الشرط، إذ وجود الحول دون النصاب، لا يوجب حكما شرعيا، و لا يتعلق به حكم شرعي.[4]

الفرع الثالث: التميز بين الشرط و السبب

يفرق بين الشرط والسبب بالحد[5]وقد سبق حد الشرط باعتباره موضوع البحث ولذا سوف نقتصر على بيان حد السبب فقط، فقد عرفه أهل الأصول بأنه جعل وصفا ظاهرا منضبطا مناطا لوجود الحكم أي يستلزم وجوده، و بيانه كجعل الزنا سببا لوجوب الحد لان الزنا لا يوجب الحد بعينه وذاته بل بجعل الشرع،لكن الشرط يستلزم عدم السبب لحكمة في عدمه تنافي الحكم أو السبب ومثاله الإحصان شرط في سببية الزنا للرجم فعدمه يستلزم عدمها.[6]

---

[1] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الجزء5 ،ط 5، ،92 19،ص 92.

[2] الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج،1ط5،592،ص572.

[3] علاء الدين الحنبلي، التحبير في شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، ج5، 599، ص104.

[4] القرافي، الفروق مرجع سبق ذكره، ص 22

[5] أبو حامد الغزالي، المصتصفي في علم الأصول، تحقيق: حمزة ابن زهير حافظ، بدون رقم ودار طبع (الجزء الأول ص 36،37).

[6] الشوكاني، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى، ،1419هـ، 1999م دار الكتاب العربي الجزء الأول، ص 26 / 27

وبهذا يظهر الفرق بين الشرط والسبب، وهذا في حالة الوجود فإذا وجد الشرط لا يلزم من وجوده وجود الحكم أما السبب فيلزم من وجوده وجود الحكم، لكن هذا لا ينفي بعدم وجود علاقة بينهما وهي أنهما لا يتفقان بل فالعلاقة بينهما هو أن الشروط الشرعية تكمل السبب وتجعل أثره يترتب عليه و هو المسبب وإذا وجد السبب ولم يتوفر الشرط فلا يوجد المسبب فالسبب يلزم منه وجود المسبب عند تحقق الشرط وانتفاء المانع وإذا لم يتحقق الشرط فلا أثر له.

فهناك فرق بين توقف الحكم على سببه وبين توقفه على شرطه، فالسبب ما كان مناسبا لذاته والشرط ما كان مناسبا في غيره.[1]

الفرع الرابع: الفرق بين الشرط و المانع

المانع في اصطلاح الأصوليين هو ما لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم،لكنه يلزم من وجوده عدم الحكم أي بمعنى أنه هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره.[2]

بحيث إذا حضر المانع وهو مقتضى العلة انتفت تلك العلة،وارتفع ذلك الحكم وبطلت تلك العلة، لكن من الشرط كونه مانعا أن يكون مخلا بالعلة والسبب الذي نسب له المانع فيكون رافعا لحكمه، فإنه إن لم يكن كذلك؛ لكن حضوره مع ما هو مانع له من باب التعارض لسببين أو حكمين متقابلين، فإذا قلنا الدين مانع الزكاة فمعناه أنه سبب يقتضي افتقار المدين إلى ما يؤدي به الدين،وقد تعين فيما بيده من نصاب، فحين تعلقت به حقوق الغرماء انتفت حكمة وجوب النصاب، وهي الغنى الذي هو علة وجوب الزكاة فسقطت[3] وبذلك يكون الشرط عكس المانع ووجه العكس فيه أن الشرط ينتفي الحكم لانتفائه،والمانع ينتفي الحكم لوجوده، فوجود المانع و انتفاء الشرط سواء في استلزامهما انتفاء الحكم، وانتفاء المانع ووجود الشرط سواء في أنهما لا يلزم منهما وجود حكم ولا عدمه.

---

[1] القرافي الفروق تلخيصها و الاستدلال عليها، البوقري ، تحقيق الميلودي بن جمعة و الحبيب بن طاهر، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ص 78.

[2] محمد أمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، جمعها عطية سالم،دار الإتقان، الإسكندرية، ص 53.

[3] الشاطبي، الموافقات،في أصول الشريعة تحقيق محمد عبد القادر الفاضلي، بدون رقم طبعة 1428هـ2007م ،المكتبة العصرية،صيدا بيروت لبنان،ص186

ومن المقرر في حكم المانع أن السبب مع وجود المانع يبقى سببا صحيحا في ذاته،وإنما وجود المانع كالحائل دون ثبوت الحكم المسبب وذلك بخلاف السبب الذي لم يتحقق شرطه الشرعي إذ لا تنعقد السببية ما لم تتوافر شرائطه، ومن ثم يظهر الفرق بين فقدان الشرط ووجود المانع، ولذا وضعت القاعدة "إذا زال المانع عاد الممنوع. "[1]

فالمانع يوجد مع وجود السبب وتوفر الشرط، ويمنع ترتب المسبب على سببه فترتب الأحكام يكون عند وجود السبب والشرط انتفاء المانع، وعدم وجوب الأحكام أو عدم وجوبها عند انتفاء السبب والشرط، وجود المانع وعليه يظهر جليا تأثير كل من المانع والسبب والشرط، فالمعتبر من المانع وجوده لأنه لا عبرة بعدمه، فتأثيره مع وجوده، والمعتبر من السبب وجوده وعدمه معا لان تأثير السبب في وجوده و عدمه و المعتبر من الشرط هو عدمه لا وجوده فلا عبرة لوجوده وتأثيره على الحكم في عدمه.[2]

الفرع الخامس: التميز بين الشرط و الوعد

الوعد في اللغة: من وعد يعد من باب ضرب يضرب، عدة و وعدا، فأما العدة فتجمع على عادات، وأما الوعد فلا يجمع، و المواعدة مفاعله وهي ما بين طرفين ولا يجوز في رأي الجمهور جمع الوعد.[3]

أما في اصطلاح الفقهاء، فالوعد معناه الالتزام بما لا يلزم ابتداء، وقد ورد لفظ الوعد في القرآن الكريم في آيات كثيرة، منها قوله تعالى: في مدح إسماعيل عليه الصلاة و السلام و الثناء عليه: **(وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَبِيًّا) سورة مريم آية 54**

و من السنة فقد وردت عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أحاديث كثيرة تحث على الوفاء بالعهد، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله قال: " آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا أؤتمن خان وإذا وعد أخلف"[1]، ومن ثم فليس للمسلم التشبه بصفات المنافقين.

---

[1] مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية ،1425هـ/2004م دار القلم دمشق 01 ص396.

[2] نجم الدين الطوفي،شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله التركي، الطبعة الثانية، المملكة العربية السعودية، الرياض 01،ص433.

[3] إبراهيم الباجزي، نجعة الرائد وشرعة الوارد في المترتدف و المتوارد،لا طبعة، بدون سنة نشر، الجزء الأول، ص 396.

ويتميز الوعد عن الشرط في كون الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء و إن كان الوفاء به مطلوبا ديانة، فلو وعد إنسان شخصا آخر ببيع منزل معين فلا ينشأ بذلك حق للموعود له، و ليس له أن يجبره على تنفيذه بقوة القضاء، إلا إذا صدر الوعد معلقا على شرط، فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، و يكتسي ثوب الالتزام و التعهد فيصبح عندئذ ملزما لصاحبه كما ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية.

إن الفقهاء وإن كانوا قد فرقوا بين الوعد والشرط من حيث أثر كل منهما فإنهم لم يضعوا ضابطا لتحديد ما يعد شرطا وما يعد وعدا، وتركوا تحديد ذلك، إلى أعراف

الناس و عاداتهم، و إلى قرائن الاحوال إذا كان الإخبار عن العقد بصيغة المضارع، أما إذا كان بصيغة الماضي فلا يحتاج إلى قرينة.[2]

إن التطرق لمثل هذه المصطلحات وضبط الفرق بينها وبين الشرط مهم وضروري في مثل هذه الدراسات والبحوث لإزالة اللبس بينها.

نستنتج من هذا المطلب بأن الشرط لاتساع مفهومه ومجالاته،صار يلامس بعض المصطلحات الأخرى، التي تتشابك معه وقد تقترن به في كثير من الأحيان، وقد ذكرنا منها السبب و الركن و العلة و الوعد، مما أوجب علينا ذكرها وتوضيح علاقتها بموضوع الدراسة.

---

[1] أخرجه البخاري، كتاب الإيمان، باب علامة المنافقين، رقم 3178.

[2] أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، د س ن، ص 202.

المبحث الأول: الاشتراط في عقد الزواج

المطلب الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج و أنواعه

المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها الشرط

المبحث الثاني: الاشتراط في عقد الزواج

لقد جاء الدين الإسلامي الحنيف والقوانين التي أنشاها الإنسان لمراعاة مصالح الناس في الدنيا والآخرة، ولذا بنيت أحكامها على جلب المنافع ودرء المفاسد، و قد أحيط نظام التعاقدات بضوابط ومعايير لابد من التزام المكلفين بها، حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجو تحقيقها بين المتعاقدين.

وعقد الزواج هو أهم عقد ممكن أن يبرمه الشخص في حياته، لذا أجيز له أن يشترط فيه كل الشروط التي يرى أنها في مصلحته [1] مع انه يجب أن يلتزم كلا الطرفين بحقوقه وواجباته المنصوص عليها في الشرع والقانون، أي إذا رأى الجانبان أنها تفي بحاجياتهما، فلا يكونان بحاجة إلى أي شرط خاص يضاف إلى العقد بالزيادة أو النقصان، و في هذه الحالة يكون العقد خال من أي شرط .

ولكن إن رأيا العكس لجأ إلى زيادة شروط تضمن في العقد من أحد الزوجين أو منهما معا، و هذا ما يسمى بالشروط المقترنة بالعقد و التي نصت عليها معظم التشريعات العربية، ومنها التشريع الأسري الجزائري الذي أجاز للزوجين اشتراط أي شرط يريانه ضروريا في العقد حسب نظر كل واحد منهم، وذلك من أجل المحافظة على رباط العلاقة الزوجية على أن لا تخالف هذه الشروط مقتضيات العقد، أي تكون في إطار الشرع والقانون أي أن الاشتراط لم يرد على إطلاقه بحسب أهواء الأزواج ورغباتهم الشخصية، بل ينظم بحسب ما يزيل [2] الحرج عنهما و يحقق مصالحهما دون تصادم مع النصوص القانونية، ولا يتعارض مع

[1] سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الإنسانية، الفقه الإسلامي، العدد 2 ،المجلد 01 ،مجلة جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2008، ص .11

أحكام الشريعة الإسلامية، و بالتالي يمكن القول إن الشروط منها ما يكون جائزا، ومنها ما يكون غير جائز.[1]

المطلب الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج و أنواعه

الفرع الأول:مفهوم الاشتراط

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

الفرع الثاني:أنواع الاشتراط

لقد قسم الفقهاء الشرط بعدة اعتبارات كتقسيم الشرط من حيث الوظيفة مثلا،أو من حيث الموضوع، والذي نحن بصدد البحث فيه هو تقسيم الشرط من حيث المصدر، لأن هذا التقسيم يناسب موضوع البحث.

أولا: من حيث جهة الاشتراط

قسم الفقهاء الشرط من حيث جهة الاشتراط أو من حيث المصدر إلى شروط شرعية وشروط جعلية.

[1] - فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2021/2020 ص 12.

1- الشروط الشرعية: وهي على نوعين

ما كان راجعا إلى خطاب التكليف إما مأمور بتحصيلها كالطهارة للصلاة وأخذ الزينة لها،أو ما شابه ذلك إما منهيا عن تحصيلها كنكاح المحلل وما شابه ذلك،فهذا الضرب واضح قصد الشارع فيه فالأول مقصود الفعل والثاني مقصود الترك.[1]

وما يرجع إلى خطاب الوضع كالحول في الزكاة والإحصان في الزنا وشبه ذلك فهذا الضرب ليس للشارع قصد في تحصيله من حيث هو شرط ولا في عدم تحصيله، فالشرط الشرعي هو

ما يتوقف عليه وجود الشيء في الواقع أو بحكم الشارع حتى لا يصح الحكم بدونه، وهذا كالشهود للنكاح،فقد أراد الله تعالى أن يحوط عقد النكاح، بضمانات تكفل استقراره وتضمن عدم إنكاره، نظرا لهذا العقد من أهداف كبيرة تتمثل في الحفاظ على الأنساب وكرامة الأسرة،فجعل الشارع الحكيم الشهادة شرطا لصحة عقد النكاح، فإذا تغيب الشهود لا يصح عقد النكاح، وهذا الارتباط بين الشهود وعقد النكاح ارتباط أوجبه الشارع و أراده لمصلحة الجماعة وهو ارتباط شرعي،ومثل هذا الشرط يسمى شرطا شرعيا ويجري هذا في كل ما أوجبه الشارع من شروط لصحة الصلاة أو الحج، أو صحة التصرفات كالبيع أو هبة أو وصية أو نكاح.[2]

2 – الشروط الجعلية

هي تلك الشروط التي أباح الشارع فيها للعاقدين أن يشترطها في العقود لتترتب أحكامها عليها وهي شروط تثبت لتحقيق الأحكام التي نيطت بالعقود، فهي شروط أحكام وضعية كاشتراط معجل المهر في الزواج[3] فهذا النوع من الشروط ينشيها الإنسان بتصرفه فيجعل بعض

---

[1] الإمام الشاطبي، نظرية المقاصد، أحمد الريسوني،الطبعة الأولى 1418هـ، 1997م دار الكلمة المنصورة، مصر، ص 237/236.

[2] حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص 59.

[3] محمد أبو زهرة، أصول الفقه، بدون رقم وسنة طبع،دار الفكر العربي، ص61

عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به، بحيث أنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات، فمصدر هذه الشروط هي إرادة الشخص،وقد سميت جعلية

لأن الأمر الذي صار شرطا للإلزام لم يكن له هذه الصفة شرعا،وإنما جعله الشخص شرطا معلقا عليه في أمر كان له فيه حق التنجيز والتعليق، وهذا النوع من الشروط له شبه بالسبب من حيث ارتباط مشروطة به وجودا وعدما [1]

وهذه الشروط الجعلية التي تكون بعمل العاقدين بإباحة من الشارع الحكيم تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: تتصل بوجود العقد،فهي شروط مكملة للسبب كتعليق العقد على شرط، ومثاله كأن يكفل شخصا آخر إذا عجز عن الأداء،فإن الشرط المعجز عن الأداء شرط لتحقيق الكفالة، فهو شرط مكمل للسبب، وهو عقد كفالة.

القسم الثاني:شروط تكمل المسبب والتي تقترن بالعقد فتزيد في التزاماته، أو تقوي هذه الالتزامات،كالبيع بشرط أن يقدم المشتري كفيلا بالثمن، أو يقدم البائع كفيلا بالضمان رد الثمن، إذا استحق المبيع، أي يتبين أن المبيع لم يكن ملكا للبائع، فان هذين الشرطين ثابتان في المسبب وهو أثر العقد[2]

الفرق بين هذين القسمين هو الفرق بين التعليق و التقييد فالقسم الأول مؤثر على السبب و القسم الثاني مؤثر على المسبب غير أنهما في الأصل يصدران عن إرادة العاقدين .

لقد ولجنا في هذا المطلب إلى الجانب المهم في موضوعنا حيث أننا بينا مفهوم الاشتراط في عقد الزواج، فاستنتجنا أن الشرط أمر إضافي في عقد ناشئ عن إرادة الطرفين، وبينا أيضا أنواع الاشتراط في العقد من حيث انقسامها إلى شرعية في أصل العقد وأساس في إنشائه وأخرى جعلية لاحقة.

---

[1] المدخل الفقهي العام ،مصطفى الزرقا،الجزء الأول ص394و395،وقد ذكر الشاطبي،أن الشرط صيغة للمشروط أصول الفقه، محمد أبو زهرة،ص62/61.

[2] أصول الفقه ،محمد أبو زهرة، ص 61 /62.

المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها الشرط

نتناول أولا: الأسس التي يقوم عليها الشرط المقترن بعقد الزواج في الفرع الأول، ثم مصادر الشرط في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها الشرط المقترن بالعقد

من خلال الاستناد إلى تعريف الشرط في اللغة والفقه الإسلامي والقانون، يمكن استنتاج أهم الأسس التي يقوم عليها الشرط والتي سوف نقوم بذكرها كالتالي:

أولا:الشرط أمر غير محقق الوقوع

بمعنى أن يكون الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام أو زواله غير محقق الوقوع، أما إذا كان الأمر محقق الوقوع إن عاجلا أو آجلا، سواء كان موعد تحققه معلوما أو غير معلوم فلا يكون شرطا، وذلك أن مثل هذا الأمر المحقق الوقوع يفتقر إلى عنصر الجهالة والشك، وهو عنصر يلازم الشرط فلا يقوم بدونه، فإذا قلت لشخص مثلا أعطيك ألف دينار إذا حل الصيف، فلا يكون تصرفي تصرفا موقوفا على شرط، لأن حلول الصيف أمر آتي في موعده بل إن تصرفي هذا يعتبر تصرفا مقرونا بأجل يتأخر التنفيذ إلى الميعاد الذي يحل فيه الصيف.

على أن الأمر المحقق الوقوع قد يقترن بملابسات تجعل فيه أمرا غير محقق الوقوع، فإذا قلت لشخص مثلا أعطيك ألف دينار إذا توفي فلان خلال السنة الجارية، يكون تصرفي مقرونا بشرط لأن الموت وإن كان محقق الوقوع في ذاته، إلا أن حصوله خلال السنة الجارية هو أمر مشكوك فيه، وبذلك يصبح الموت في نطاق الملابسات التي أحاطت به شرطا لا أجلا[1]

ويذهب رأي في الفقه إلى أن كل ما يجعل وجود الالتزام أمر غير محقق الوقوع فهو شرط، و لو كان عنصرا جوهريا في الالتزام ذاته، و إنما يراد بأن الشرط أمر عارض في الالتزام و ليس حتما أن يكون معلقا على شرط، بل أن الأصل في الالتزام هو أن يكون غير مشروط، بمعنى أن يكون بسيطا منجزا، وهذا هو الأصل في كل الالتزامات، فإن وصف الشرط يستوي أن يلحق عنصرا جوهريا أو غير جوهري في الالتزام.[2]

---

[1] تعريف الشرط و خصائصه واصنافه https://:estifada.com/، تاريخ الاطلاع 2022/5/10.

[2] إسماعيل غانم، النظرية العامة التزام، أحكام الالتزام، ج 2،الدار الجامعية للنشر، مصر، د س ن، ص 291.

ومن هنا يتضح التمييز بين الحق المشروط والحق الاحتمالي، فالوصف في الحق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره، أما الوصف في الحق الاحتمالي فأمر غير عارض، لأن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصر تكوينه والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري، ومثاله حق الشفيع قبل أن يعلن إرادته في الأخذ بالشفعة، إذ أن الشفيع قبل الإعلان عن هذه الإرادة ليس له حق كامل، ولا يصبح كاملا إلا إذا أعلن الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، فالحق الاحتمالي نقصه عنصر من عناصر تكوينه، وهو إعلان هذه الإرادة، ولا يعتبر هذا شرطا و إنما عنصر في تكوينه.

ثانيا : الشرط أمر مستقبلي

حتى يكون الالتزام المعلق على شرط موصوفا و صحيحا من الناحية القانونية و مرتبا لآثاره، لابد أن يكون أمرا مستقبلا، و يظهر ذلك جليا في نص المادة 302 من القانون المدني التي تنص على أنه " يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل و ممكن وقوعه." [1]

فيشترط المشرع بمقتضى هذه المادة أن الواقعة التي تصلح شرطا في الالتزام أن تكون أمرا مستقبلا، لا أن تكون قد تحققت وقت التعهد لأن الالتزام في هذه الحالة يكون منجزا لا معلقا على شرط.

فالشرط كوصف يرد على الالتزام لا يصح أن يكون إلا أمرا مستقبلا، بمعنى أن يكون متعلقا بواقعة لم تحصل، أي غير ماضية و لم تتحقق بعد، مثاله الأستاذ الذي يعد بالعلامة الجيدة عند نهاية الفصل في حالة بقاء التلميذ على سلوك جيد، و كذلك الشخص الذي يعلن إن عثر على حاجته المفقودة أنه يعطي مكافأة، فالالتزام بإعطاء المكافأة معلق وجوده على شرط أي أن نشوء الالتزام بدفع المكافأة النقدية يتوقف على تحقق الشرط مستقبلا، أما عن مصدر الالتزام فهو الإرادة المنفردة.[2]

---

[1] الآمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975،المعدل و المتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 13 ماى 2007، المتضمن القانون المدني.

[2] منذر الفضل، النظرية العامة لالتزامات، أحكام الالتزام، الجز 2 ،مكتبة الثقافة للنشر، عمان، د س ن، ص152.

والواضح أنه لا يوجد اختلاف في الحكم بين ما إذا كان الشرط أمرا إيجابيا أو أمر سلبيا، إلا من ناحية تقدير الوقت الذي يكون فيه الشرط قد تحقق أو تخلف، كما ذكرنا سابقا، مثال ذلك لو أن شخصا قال لشخص آخر بعتك هذه الدار بشرط أن يعطيه رهنا أو كفيلا معينا بالثمن، فعقد البيع اقترن بشرط يلزم أحد المتعاقدين بأمر يحدث في المستقبل وهو تقديم الكفالة أو الرهن بعد إتمام العقد، فالشرط هنا التزام أمر لم يوجد في الماضي أو في الحال، بل الالتزام سيوجد في المستقبل في أمر قد يوجد بالفعل.[1]

ثالثا:الشرط أمر ممكن الحدوث

إن الالتزام المعلق على أمر مستحيل الحدوث لا يصلح أن يكون شرطا، حيث إذا كانت الواقعة محل الشرط مستحيلة يبطل العقد و الشرط معا، لأن الاستحالة تمنع نشوء الالتزام قانونا وفقا للقاعدة الكلية " لا التزام في المستحيل، " و قد أشارت إلى ذلك المادة 302 من القانون المدني صراحة على أن"لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف الآداب أو النظام العام." [2] والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية،وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط كتعليق الهبة على الطيران في الهواء بغير طائرة أو عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمنطها نص القانون، حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم.[3]

الفرع الثاني: أقسام الشرط مقترن بعقد الزواج

نتناول في هذا الفرع وظائف وأصناف الشرط المقترن بعقد الزواج مصادره وبعض موضوعاته

---

[1] محمد عبد الله علي طلاحفة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن، 01. ص، 2111

[2] الآمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المعدل و المتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 13 ماى 2007، المتضمن القانون المدني.

[3] محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2111،ص 21.

أولا: وظيفة الشرط

قد يكون العقد مضافا إلى شرط فيسمى بذلك " شرط الإضافة " أو قد يكون معلقا على شرط فيسمى حينئذ " بشرط التعليق " أو قد يكون مقترنا بالعقد ومقيدا له و يسمى حينها " بشرط التقييد، وكل هذه الشروط سنقوم بدراستها فيما يلي:

1- شرط التعليق

التعليق على الشرط هو" أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفا من تصرفاته، " مثل إن دخلتي الدار فأنت طالق[1]

وعليه فإنه يفهم من ذلك أن التعليق على شرط عكس التنجيز، الذي يكون فيه العقد مطلقا مرتبا لأثاره فور صدوره، و يصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين نحو "إن" و" إذا " و " متى " و" كلما "، كأن يقول إنسان لآخر إن سافر مدينك أنا كفيل بمالك عليه، هنا يكون القائل قد ربط انعقاد الكفالة بتحقيق سفر المدين وهذا تعليق للكفالة ولكي يكون العقد مطلقا يجب أن يتوفر فيه شرطان أساسيان:

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

ب- ألا يكون الشيء المعلق عليه مستحيلا، وإلا كان العقد باطلا.

و عليه يمكن القول بأن الشرط المعلق التزام التزمه العاقد بقوله وربطه بسببه وعلقه بشرطه فإذا وجد الشرط الذي علق عليه وجب الالتزام له،[2]حيث لا نستطيع العقد إلا بتحقق الشرط و هذا ما يتنافى ومقتضى عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة غير المتراخية التنفيذ، و لهذا يكون حكم الزواج المعلق على شرط هو البطلان، وبالتالي فإن هذا النوع من الشرط يخرج عن نطاق بحثنا.

---

[1] حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة، د س ن، ص 21.

[2] حمودة بدرة، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر أكاديمي، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،الجزائر 2020 ص، 2102/2107.

2 –شرط التقييد

عرفه الحموي [1]بأنه" التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة، "والمقصود من ذلك اقتران التصرف بالتزام أحد الطرفين أوكلاهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد، و يكون ذلك بورود عبارات في العقد مثل بشرط كذا، أو على أن يكون كذا وغيرها من الألفاظ الدالة على الاشتراط.[2]

ويسمى عند الفقهاء بالشرط الاقتراني أو المقيد، ذلك أنه يقترن بالعقد ساعة إنشائه ويقيد إطلاقه، و هو زائد على أصل التصرف العقدي أصلا،كأن يشتري ثوبا بشرط أن يخيطه البائع، ويسمى العقد: عقدا مقيدا بشرط.[3]

و يعرف أيضا أنه " الشرط الذي يقترن بالعقد فيزيد من التزاماته أو يقويها، " ومقتضاه التزام لا يوجد في العقد أصلا، مثال أن يزوجه بشرط أن لا يخرجها من بلدها.

ويمكن إبراز الفوارق بين شرط التعليق وشرط الإضافة وشرط التقييد، فالشرط المعلق ما كان بصيغة ترتب وجوده على وجود أمر في المستقبل، فلا تترتب آثار العقد إلا إذا وجد الأمر المعلق عليه، و يسمى هذا الشرط في القانون الوضعي بالشرط الواقف، وإذا تخلف الأمر المعلق عليه زال الالتزام الناتج عن العقد ويسمى هذا بالشرط الفاسخ، وأما الشرط المقيد فهو موجود بين الطرفين حيث يتولى المتعاقدان تعديل آثار العقد بموجب حكم زائد عن الالتزام الأصلي[4]

3– شرط الإضافة

يعرف الشرط الإضافي أنه تأخير حكم التصرف القولي المنشئ إلى زمن مستقبل معين كما لو قال: شخص لآخر أجرتك هذه الدار سنة بألف دينار من أول الشهر القادم، فهذا شرط

---

[1] شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي أديب و مؤلف موسوعات و خطاط من أصل رومي اشتغل بالعلم و أكثر من دراسة الأدب ن سكن بمدينة بغداد حتى وفاته، ولد سنة 1179م ، بالقسطنطينية، وتوفي سنة 20 أغسطس 1229 بحلب سوريا .– احمد بن مهدي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله، دار الكتب العلمية بيروت، تحقيق: مصطفي عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، الجزء، 24، ص2253.

[2] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الجزء 5،ط 5،922، ص 101.

[3] ابن النجار، شرح الكوكب المنير، المملكة العربية السعودية، المجلد 5،101هـ/1991م، ص 453.

[4] يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، الجزائر، 2017/2012، ص27.

إضافي لا يوجب التزاما زائدا عن مقتضى العقد، وإنما يؤخر سريان آثار العقد إلى زمن مستقبل معلوم.[1]

و يعرف أيضا هو ما يتضمن إضافة إنفاذ العقد إلى زمان قادم، كأن يقول: أجرتك هذه الدار اعتبارا من أول الشهر القادم، فهو لا يؤثر في شيء من أحكام الإجارة، و إنما يجعل حصول العقد مضافا إلى زمن قادم هو مطلع الشهر.[2]

وبخصوص حكم العقد المضاف فإنه ينعقد في الحال، أي أنه عقد قائم بين العاقدين منذ إنشاء الإضافة، و لكن لا يترتب على العقد آثاره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه العقد، و لهذا نجد كثيرا من القوانين الوضعية تعبر عن هذا الشرط، باصطلاح الأجل، 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.[3]

ثانيا: موضوع الشرط

قد يتخذ الشرط عدة مواضع وذلك حسب وقت اتفاق الأطراف عليه، فهناك الشرط المتقدم، والشرط المقارن، وأخيرا الشرط المتأخر.

1- الشرط المتقدم

إن الشرط المتقدم هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدان قبل إبرام العقد، ولا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا من قريب ولا من بعيد، و يسمى أيضا بالشرط السابق، وسنوضح ذالك بالتطرق إلى الآراء الفقهية التي تضاربت فيما بينها، ثم إلى النصوص القانونية الوضعية.

فمن الآراء الفقهية المتعارضة :

-المالكية والحنابلة، ذهبوا إلى القول بإلحاق الشرط المتقدم بالشرط المقارن وتأثيره عليه.

---

[1] محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و آثارها فيه في الفقه الإسلامي، قطر، د س ن، ص 21.

[2] جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه و القانون، رسالة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2119، ص 21.

[3] يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 22.

-الشافعية و الإمام أحمد[1] في رواية عنه، إلى انه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد، بل يكون مجردا و غير لازم الوفاء لأن ما قبل العقد لغوا فلا يلتحق به.

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

و يرى الإمام ابن القيم[3] "بأن الراجح من هذه الأقوال هو التسوية بين الشرط المتقدم والمقارن، لأن القول بعدم التسوية بينهما يفتح باب التحايل على الشروط المحرمة، حيث يتفق المتعاقدان على شرط غير مشروع قبل العقد، ثم يسكتا عنه عند إبرام العقد ليتما غرضهما غير المشروع"[4]

و يبدو أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لقد تبنى رأي الحنفية والشافعية القاضي بعدم تأثير الشرط المتقدم على العقد، و هذا ما يظهر جليا من نص المادة 19 التي أباحت للزوجين الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق وأن هذا الموقف له ما يبرره، إذ لا يوجد ما

---

[1] أبو عبد الله احمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي الفقيه المحدث مسلم، ورابع الأئمة الأربعة عند أهل السنة و الجماعة، وصاحب المذهب الحنبلي في الفقه الإسلامي ولد سنة 780م ببغداد وتوفي سنة 855م ببغداد العراق .- شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الغرنؤوط و آخرون، دار النشر مؤسسة الرسالة، الطبعة 3، 1405ه/1985م، الجزء 11، ص 178.

[2] تقي الدين أبو العباس احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النمري الحراني المشهور باسم ابن تيمية، وهو فقيه و محدث و مفسر و فيلسوف ومتكلم و عالم مسلم مجتهد من علماء أهل السنة، ولد سنة 22 يناير 1263حران تركيا، وتفي سنة 26 سبتمبر 1328 بدمشق سوريا .- محمد بن علي بن فارس الكرزلي الدمشقي، كتاب الأعلام، دار العلم للملاين،الطبعة 15،جزء1ص 144.

[3] أبو عبد الله شمس الدين محمد ابن أبي بكر أيوب بن سعد بن حرير الزرعي الدمشقي الحنبلي المعروف باسم "ابن القيم الجوزية "ولد سنة 28 يناير 1292بحوران، وتوفي سنة 15 سبتمبر 1350، دمشق .- سير أعلام النبلاء، الطبقة الخامسة و الثلاثون، الجزء 23 ص 372

[4] فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي،، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2021/2020م، ص23

يمنع المتعاقدين من إدراج الشرط السابق في صلب العقد، إلا أن يكونا قد قصدا بذلك التحايل على القانون، فالأجدر لهما النص على هذا الشرط المتقدم في العقد حتى يصبح مقترنا به وذلك يأخذ حكم الشرط المقترن بالعقد.[1]

2- الشرط المقارن

الشرط المقارن يتم الاتفاق عليه وقت إبرام العقد، ويتم تدوينه في وثيقة الزواج ولهذا سمي بالمقارن لأنه يدخل أثناء العقد مقارنا له، إذ أنه ليس متقدما عن إنشاء العقد ولا متأخرا عنه، فهو شرط تترتب آثاره في العقد فلا خلاف فيه[2].

ويعرفه الدكتور زكي الدين شعبان بأنه: " التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة، أو هو التزام في التصرف القولي لاستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه، أو أنه ما جزم فيه بالأصل وشرط فيه أمر آخر.[3]

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

فالعقد المقترن بالشرط مقيد به، و الشرط المقارن هو التزام جديد زائد على أصل العقد، ينشئه العاقدان ليزيدا أو يقويا التزامات العقد، كمثال قول الزوجة: أتزوجك على شرط أن تكون العصمة بيدي.[4]

---

[1] يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 29.

[2] -فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، المرجع السابق ذكره، ص 21

[3] يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 11.

[4] فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي،مرجع سبق ذكره، ص 22.

3- الشرط المتأخر

يقصد به الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام عقدهما، ولذلك سمي هذا الشرط باللاحق أو المتأخر، فبمجرد إبرام العقد والانتهاء منه تترتب عليه آثاره،[1] و قد اختلف الفقهاء حول حكم هذا الشرط و مدى تأثيره على العقد إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: الحنفية

ذهب أبو حنيفة[2] إلى القول بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقا.

الرأي الثاني: المالكية

ذهب فقهاء المالكية إلى أن الشرط المتأخر يلتحق بالعقد مطلقا، صحيحا أو فاسدا، و سواء شرط بعد لزوم العقد أو قبل لزومه.

الرأي الثالث: الشافعية و الحنابلة

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد إذا اشترط قبل لزوم العقد، و إن كان بعد لزوم العقد فلا يلحق الشرط اللاحق بالعقد السابق ولا يؤثر فيه.

ولكن الراجح من هذه الآراء هو التحاق الشرط المتأخر بالعقد، لأن الإقرار بذلك يسمح للمتعاقدين بتحقيق منافع ومصالح مختلفة، قد يكونا غفلا عنها وقت التعاقد بشرط أن يتم إدراج الشرط المتأخر في عقد رسمي، و يعتبر ذلك تعديلا للعقد السابق[3]

ويبدو أن المشرع في قانون الأسرة قد اشترط ضمنيا ضرورة كتابة الشروط المقترنة بعقد الزواج كما أشارت إلى ذلك المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري، وإن كانت الشريعة الإسلامية تعتد

---

[1] يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري،مرجع سبق ذكره، ص 30

[2] أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن مرزوبان الكوفي الفقيه و العالم المسلم، أول الائمة الأربعة عند أهل السنة و الجماعة، صاحب المذهب الحنفي في الفقه الإسلامي، يلقب بالتراث العربي الإسلامي "الإمام الأعظم، ولد 5سبتمبر 699م الكوفة العراق، و توفي سنة 14 يونيو 767 م ببغداد بالعراق – ابن سعد،الطبقات الكبرى تحقيق محمد عبد القادر دار الكتاب العالمية، بيروت،الطبعة الأولى، 1410هـ/1990م، جزء السادس ص 328.

[3] فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي، مرجع سبق ذكره، ص 22.

بالشرط العرفي،و الحقيقة أن هذه الكتابة ليست متطلبة للتعبير عن الإرادة، و إنما جاءت دلالة الكتابة هنا كأداة لإثبات العقد.

وعليه فموضع الشرط المقترن بعقد الزواج في قانون الأسرة، الأصل فيه اقترانه بالعقد،والاستثناء من ذلك وروده في عقد لاحق، بينما يتسع نطاقه في الشريعة الإسلامية ليشمل أيضا الشرط المتقدم، كما ذهب إلى ذلك فقهاء كل من المذهب المالكي والحنبلي.[1]

[1] يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 12.

المبحث الثاني : ضوابط اشتراط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

مطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني : ضوابط الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثالث: الجزاء المترتب على الإخلال بالاشتراط في عقد الزواج

المبحث الثاني: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

قبل الشروع في هذا المبحث لابد أن نتطرق لتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بالضابط وعلاقته بالاشتراط في عقد الزواج،ولكي يتسنى لنا الفهم الصحيح والجيد لهذا المبحث، يجب الإشارة إلى توضيح مفهوم الضابط حيث أن اللغويين ذكروا بان الضابط مأخوذ من الضبط وقال الليث[1] ضبط الشيء لزومه لا يفارقه يقال ذالك في كل الشيء [2]وأما فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا الضابط على أنه حكم كلي فقهي ينطبق على فروع متعددة من باب واحد، [3]وسنذكر في هذا المبحث ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وما يقابله من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

لقد اختلف الفقهاء في ضوابط الاشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة، فمنهم من قال بأن الأصل في الاشتراط هو الجواز فهذان الاتجاهان توجه إليهما الفقهاء في هذه المسألة فهل الأصل الإباحة أم الحظر ؟

---

[1] الليث ابن المظفر بن نصر بن سيار الكناني وقيل الليث بن رافع بن نصر بن سيار كان احد أساطير اللغة في النصف الثاني من القرن الثاني الهجري صاحب الخليل بن احمد إمام اللغة كتابه العين .- معجم الأدباء، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، تحقيق إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي بيروت، طبعة الأولى، جزء 7، ص 2877.

[2] محمد مرتضي الحسيني الزوبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد العليم الطحاوي، سنة 1980م/1400هـ، الجزء 19،ص439

[3] ناصر ابن عبد الله الميمان القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية، كتاب الطهارة والصلاة، سلسلة البحوث والدراسات الإسلامية مكة المكرمة، مملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية ،1436هـ /2005م ، ص 129.

الفرع الأول: الأصل في الاشتراط الجواز

لقد جاءت آيات كثيرة تضمنت الوفاء بالعهود والمواثيق،كما جاءت أحاديث كثيرة تضمنت حكم الاشتراط في أنها واجبة الوفاء بها، ما لم تخالف كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فمنها ما جاء عاما في جميع شروط عقود المعاملات،ومنها ما جاء خاصا في الشروط المقترنة بعقد النكاح فقط، وسوف نقتصر على ما يخدم بحثنا.

ذهب جمهور العلماء إلى القول بأن الأصل في الاشتراط هو الجواز والصحة ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشارع على تحريمه وإبطاله، نصا أو قياسا عند من يقول به، لكنهم ليسوا على درجة واحدة في الإباحة فنجد الموسعين وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم،[1] ونجد المالكية يتوسعون في تصحيح الشروط التي يكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين وأن لا يناقض مقتضى العقد،ولا يؤدي إلى الغرر الفاحش لا اليسير،[2] على نحو يقربهم زلفى إلى مذهب متأخري الحنابلة،[3] فضوابط الشروط عندهم هي:

1-أن تكون مكملة لحكمة المشروط بحيث لا تكون منافية له على أي حال.

2-أن تكون ملائمة لمقصود المشروط.

3 -أن لا تكون منافية للمشروط ومصلحته. [4]

وبعدهم الحنفية والشافعية يتوسطون القول الأول والقول الثاني فلا يشترطون لإباحة الشرط نصا خاصا كما اشترط أصحاب الرأي الأول، ولا يجعلون الأصل في العقود والشروط الإباحة كما ذهب إلى هذا الحنابلة، بل يميلون إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء،[5]فاستثنوا مجموعة من الشروط حكموا بصحتها،وهي أربعة كما فصلوها في كتبهم.

---

[1] مجموع الفتاوى شيخ الإسلام،احمد ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، بدون رقم طبعة، 1425هـ، 2004 م الجزء29 ،ص137-138،

[2] أبي الوليد محمد ابن احمد بن محمد بن راشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،تحقيق:هيثم جمعة هلال،ط،1،مؤسسة المعارف،بيروت،2006م،ص555

[3] الدربي، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله،الجزء 2 ص 428.

4محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي،1986ص275/274

[5] مصطفى شلبي، المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي، 1382هـ /1962م دار التأليف الإسكندرية ص428

– الشرط الذي يقتضيه العقد – الشرط المؤكد لمقتضي العقد – الشرط الذي ورد به الشرع – الشرط الذي جرى به العرف [1] وقد استدلوا بأدلة من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة والأثر والمعقول ،نوردها فيما يلي :

–أدلة الجمهور

–أولا :القران الكريم

–قال تعلى (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**)ُ سورة المائدة آية / 1.

–وجه الاستدلال :

اختلف أهل التأويل في معنى العقود فقد جاء في بعض معانيها أنها العقود التي يتعاقدها الناس بينهم ويعقدها المرء على نفسه، والإيفاء بالعهد يقتضي إتمامه على ما عقد عليه من شروطه الجائزة[2]

فقد تضمنت هذه الآية حكم الأمر بالوفاء بالعقود،وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظرا مراعا في المستقبل من الأوقات،فيسمى البيع والنكاح عقودا وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، فعلى المسلمين أن يلتزموا الوفاء بعهودهم وشروطهم إلا أن يظهر فيها ما يخالف كتاب الله فيسقط.[3]

وقد استدل الموسعون للاشتراط في عقد الزواج من الجمهور بقوله تعالى: (**الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ**) **سورة البقرة آية رقم (27)**

وجه الاستدلال:

في هذه الآية دليل على أن الوفاء بالعهد والتزامه، وكل عهد جائز ألزمه المرء نفسه،فلا يحل له نقضه، وقد قيل العهد على قسمين من بينها العقد الذي يرتبط به المتعاقدان على وجه يجوز في

---

[1] شمس الدين أبو بكر محمد بن سهل السرخسي، المبسوط ،دراسة وتحقيق خليل محي الدين، الجزء 13، طبعة 1 دار الفكر بيروت ن لبنان1421هـ2000م ، ص22.

[2] تفسير الطبري، حققه وعلق حواشيه محمود محمد شاكر،راجعه واخرج أحاديثه : احمد محمد شاكر، الطبعة الثانية ، بدون سنة طبع ، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، جزء التاسع ص، 453 ،455

[3] – المرجع السابق نفسه، الجصاص، أحكام القران الجزء 3 ص245.

الشريعة ويلزم الحكم، إما على الخصوص بينهما وإما [1]على العموم على الخلق فلا يجوز حله ولا يحل نقضه.[2]

ثانيا: السنة النبوية الشريفة

- عن عقبه بن عامر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج."[3]

- **وجه الاستدلال:**

دل هذا الحديث على أن أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط وبابه ضيق،فدل عامة على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن أليق الشروط بالوفاء هي الشروط التي قد يشترطها الزوجان في عقد النكاح،[4] فإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به،علم أن الأصل صحة العقود والشروط،إذا لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره،وحصل به مقصوده،ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود،دل أن الأصل فيها الصحة والإباحة. [5]

و عليه مادام جاء الأمر بالوفاء بالشروط التي يشترطها الزوجان، سواء كان الأمر على وجه الالتزام أو الندب أي الأولى ،فالأصل في الاشتراط هو الصحة والجواز وهذا عليه جمهور الفقهاء.

1-حديث عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما وحرم حلالا،والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"[6] وقوله صلى الله عليه وسلم "والمسلمون على شروطهم " أي ثابتون عليها واقفون

---

[2] أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بان العربي، أحكام القرآن—راجع أصوله واخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا ، طبع الثالثة ،2003 م 1420هـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الجزء الأول ص 372

[3] -أخرجه الشيخان،البخاري،الجامع الصحيح،كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح،حديث رقم(5151)،مسلم، الجامع الصحيح كتاب النكاح،باب الوفاء بالشروط في النكاح،حديث رقم (1418)،(1035/02)

[4] – ابن حجر،فتح الباري، 272/09،شرح سنن النسائي المسمى:ذخيرة العقبى في شرح المجتبى،جمعه محمد بن علي الولوي، الطبعة الأولى، 1424هـ2003م ،دار البروم، المملكة العربية السعودية، الجزء 27ص، 245.

[5] –القواعد النورانية الفقهية أبو عباس تقي الدين لابن تيمية، تحقيق: د: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي ص272

[6] –أخرجه البخاري، الجامع الصحيح،معلقا في كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة (92/3).

عندها، وفي تعدية على ووصفهم بالإسلام أو ألإيمان دلالة على علو مرتبهم وأنهم لايخلون بشروطهم،وفيه دلالة على لزوم الشرط إذا شرطه المسلم إلا ما استثناه في الحديث[1]

قال الشافعي رحمة الله: في سنة النبي صلى الله عليه وسلم أنه إنما يوفي من الشروط بما سن أنه جائز،ولم تدل السنة على أنه غير جائز.[2]

فا للمشترط له أنه يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما وعدم الإيجاب ليس نفيا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع،فما أباحه الله في حال مخصوصة ولم يبحه مطلقا،فإذا حوله الشرط عن تلك الحال لم يكن الشرط قد حرم ما أحله الله وكذلك ما حرمه الله في حال مخصوصة ولم يحرمه مطلقا، لم يكن الشرط قد أباح ما حرمه الله،وإن كان الشرط مصاحب حكم الإباحة والتحريم ولكن فرق بين ثبوت الإباحة والتحريم بالخطاب وبين ثبوته بمجرد الاستصحاب.[3]

3-حديث المسور بن مخرمة رضي الله عنه "...إن علي بن أبي طالب رضي الله عنه خطب بنت أبي جهل على فاطمة رضي الله عنها، فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يخطب الناس في ذلك،على منبره هذا وأنا يومئذ محتلم،فقال:"إن فاطمة مني وإني أتخوف أن تفتن في دينها."

قال:ثم ذكر صهرا له فأثنى عليه في مصاهرته إياه فأحسن قال: "حدثني فصدقني ووعدني فوفى لي، وإني لست أحرم حلالا،ولا أحل حراما، ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله صل الله عليه وسلم وبنت عدو الله مكانا واحدا أبدا.[4]

-وجه الاستدلال:

---

[1] الصنعاني،سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع الأحكام، تعليق وتخريج:أبي عبد الرحمان عادل بن سعد،بدون رقم الطبعة ،1428هـ2007م،الكتاب العالمي للنشر،بيروت،،لبنان،الجزء 3 ص 75،76

[2] – أبي بكر احمد بني الحسين بن علي البيهقي،السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر الطبعة الثالثة 2003م /1424هـ ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الجزء 7 ص 405

[3] – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع السابق نفسه الجزء 29 ص 148

[4] –أخرجه البخاري، جامع الصحيح،كتاب فرض الخمس، باب فيما ذكر في درع النبي صل الله عليه وسلم عصاه وسيفه وسيفه وقدحه ،وما استعمل الخلفاء بعده من ذلك، حديث رقم: (2449)،(1903/04)

قال: ابن حجر "والغرض منه هنا، أي ذكر هذا الحديث في باب الشروط في النكاح،ثناء النبي صلى الله عليه وسلم لأجل وفائه بما شرط له"[1].

ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام "حدثني فصدقني " لعله كان شرط على نفسه أن لا يتزوج على زينب،وكذلك علي فإن لم يكن كذالك فهو محمول على أن عليا نسى ذلك الشرط فأقدم على الخطبة. [2]

كما تضمن الحديث أيضا أنه صلى اله عليه وسلم أخبر أن ذالك يؤذي فاطمة رضي الله عنها ويريبها،وأنه يؤذيه صلى الله وسلم ويريبه ومعلوم قطعا أن صلى الله عليه وسلم إنما زوجه فاطمة رضي الله عنها على أن لا يؤذيها ولا يريبها، ولا يؤذي أباها صلى الله عليه وسلم ولا يريبه،وإن لم يكن هذا مشترطا في صلب العقد فإنه من المعلوم بالضرورة إنما دخل عليه وفي ذكره عليه الصلاة و السلام صهره الآخر وثنائه عليه

وفيه حث لعلي رضي الله عنه وتهييج له على الاقتداء به، وهذا يشعر بأنه جري منه وعد له بان لا يريبها ولا يؤذيها، فهيجه على الوفاء له،كما وفي له صهره الآخر.[3]

-ثالثا:إجماع الصحابة

لقد قال بصحة الشروط في النكاح جمع من الصحابة، وهذا مروي عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو ابن العاص و به قال شريح وعمر ابن عبد العزيز، وجابر ابن زيد وطاووس والأوزاعي وإسحاق، قال ابن قدامة: "ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم فكان إجماعا. "[4]

-رابعا:المعقول

---

[1] احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، طبعة منقحة اعتني بها : محمد فؤاد عبد الباقي الطبعة الثالثة ،1420هـ/2000م دار الفيحاء دمشق جزء 9 ص 271

[2] ابن حجر،فتح الباري، المرجع السابق نفسه، جزء 7 ص 110

[3] شمس الدين ابن القيم الجوزية ،زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: عماد زكي البارودي، بدون رقم الطبعة المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، الجزء 5 ص 116.

[4] ابن قدامه المقدسي، المغني (07/449،448)، الإشراف علي مذاهب العلماء، ابن المنذر النيسابوري،حققه و قدم له وخرج أحاديثه : أبو حماد الأنصاري، الطبعة الأولى، 1426 هـ، 2005م، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، الجزء 5 ص 68.

- الشروط في حق المكلفين كالنذر في حق رب العالمين، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر، وكذالك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط فمقاطع الحقوق عند الشروط، وان كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط.[1]
- إن العقود و الشروط من باب الأفعال العادية و الأصل فيها عدم التحريم فاستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، وقد قال الله تعالى: **(وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ) سورة الأنعام الآية /119**

وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة لان الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة. [2]

- الأصل في العقود رضا العاقدين، وموجبهما هو ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد لأن الله تعلى قال: **(إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) سورة النساء آية /29**
- فإذا كان البيع لا يجوز إلا بالتراضي فالنكاح أولى، و العاقد لم يرض بالعقد إلا مع الشرط فإلزامه بالعقد بلا شرطه إلزام بعقد لم يرض به وهو خلاف الأدلة والأصول وإبطالهما معا إبطال ما لم يبطله الشارع .[3]
- الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله تعالى، والالتزام به أوفي من الالتزام بالنذر.[4]

---

[1] ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبع الأولى –رجب 1423هـ – دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية الجزء 5ص379

[2] ابن تيمية القواعد النورنية ،مرجع السابق ص 276، مجموع الفتوي لابن تيمية، الجزء 29 ص 150

[3] احمد يوسف، أسباب انحلال العقود الغير مالية، الطبعة الأولى، 1430هـ ، 2009م، دار التدمورية الرياض، المملكة العربية السعودية ن، (163/01).

[4] ابن القيم ،(أعلام الموقعين عن رب العالمين،مرجع السابق 379/379/05).

-الفرع الثاني: الأصل في الاشتراط المنع

يعتبر مذهب الظاهرية أضيق المذاهب في اعتبار الشروط في العقود،حيث ذهبوا إلى القول بأن الأصل في العقود والشروط هو الحظر،إلا ما ورد الشرع بإجازته سواء كان بنص أو إجماع،وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه،واستحبوا الحكم الذي قبله،وطردوا ذلك طردا جاريا،وقد نجد هذا القول في كثير من أصول أبي حنيفة والشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد[1]

إن الأصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام،وهو الوقوف على ظواهر النصوص والجمود على ظاهر لغويتها وسد باب الاجتهاد في التشريع وهذا لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه أي تشريع كان.[2]

وبهذا يتضح لنا بأن الظاهرية في نظرهم ليس للإرادة أي سلطان في اشتراط أي شرط في صلب العقد وصيغته،إلا ما أجازه الشرع نصا وأيده الإجماع،وليس هذا إلا تحجيرا على إرادة العاقد واختياره،فهم بهذا يقيدون إرادة الإنسان ويضيقون عليها المجال في باب العقود والشروط،وهذا بسبب تمسكهم بظواهر النصوص وقصر الأدلة عليها.[3]

فقد تمسك أصحاب هذا الرأي بأنه لكل عقد في الشرع أحكاما أساسية تسمى مقتضى العقد نص عليها الشرع مباشرة أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظا للتوازن بين العاقدين في الحقوق،لأن مقتضيات العقود كلها في نظرهم إنما تثبت بدليل شرعي،وليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف إليها شيئا أو يقيدها بقيد إلا إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به.[4]

فالظاهرية لا اعتبار للشروط عندهم إلا ما ثبت بنص،وقام الدليل على وجوب الوفاء به لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما؛ ولكن مما يرتبه الشارع على

---

[1] – ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، مرجع سابق نفسه ص256 .

[2] – فتحي الدريني،بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق الجزء 2، ص 456

[3] – عبد الرحمان الصابوني،المدخل لدراسة التشريع الإسلامي،(153/02)،المدخل لدراسة الشريعة،عبد الكريم زيدان،ص393،المدخل في التعريف با لفقه الإسلامي،مصطفى شلبي،ص428.

[4] – الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع السابق الجزء01ص549،550

أقوالهم، ويحكم بأنه أثر،لتصرفاتهم فيما لا يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه.[1]

فهم يرون بأنه لا يصح الزواج على شرط أصلا، حاشا الصداق الموصوف في الذمة،أو المدفوع أو المعين وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها وإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان،وأما بشرط أن لا يتزوج عليها أو غير ذلك فإن وقع في نفس العقد فهو عقد مفسوخ،وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطل. [2]

وقد عنون الإمام ابن حزم رحمة الله عليه الباب الثالث والعشرين في كتابه الإحكام في أصول الأحكام:في استصحاب الحال،وبطلان جميع العقود، والعهود والشروط،إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتة[3]وساق أدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

أدلة الظاهرية:

-أولا: من الكتاب

قال تعالى: (**الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ**) سورة المائدة الآية /3

قال تعالى:(**ا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**)سورة البقرة الآية 229

قال تعالى:(**وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ**)سورة النساء:الآية/14.

توجيه الآيات:الشروط التي لم تشرع تعد لحدود الله وزيادة في الدين[4].

فقد أخبر الله عز وجل بظلم من يتعدى حدوده، ويجاوز ما شرعه لعباده،واشتراط الشروط التي لم يرد بها دليل معين تعد لحدود الله ومجاوزة لشرعه، وما كان تعديا لحدوده فلا يجوز ولا يجب الوفاء به[1].

---

[1] – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي القاهرة، ص236.

[2] – ابن حزم، المحلى، تحقيق:أحمد محمد شاكر،بدون رقم طبعة،1426هـ2005م،المطبعة الشرعية الوحيدة،مكتبة دار التراث،القاهرة،(02/05).

[3] – علي ابن احمد ابن حزم الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام ، حققه الشيخ احمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت الجزء 5 ص 2

[4] – ابن تيمية،القواعد النورنية الفقهية،مرجع سابق ص260

لقد بين الله تعالى في هذه الآيات بأنه قد أكمل الدين وأتم الشريعة،فجاءت مشتملة على جميع ما يحتاجه العباد في الأمور الدينية والدنيوية،فإحداث عقد أو تصرف بعد ذلك يكون زيادة في الدين،وخروجها عنه فلا يصح،كما بين أنه وضع الحدود والأسس ونهى عن مجاوزتها،وكل عقد لم يرد به دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية تعديا لحدود الشريعة فلا يجب الوفاء به.[2]

-ثانيا:السنة

1-عن عروة أن عائشة رضي الله عنها أخبرته "أن بريرة جاءت تستعين بها في كتابتها،ولم تكن قضت من كتابتها شيئا،قالت لها عائشة:ارجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت،فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا وقالوا:إن شاءت أن تحسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا،فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ابتاعي فأعتقي فإنما الولاء لمن أعتق، قال:ثم قام صلى الله عليه وسلم فقال:"مبال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله ؟من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له،وإن شرط مائة مرة،شرط الله أحق وأوثق.[3]

استدل الظاهرية بهذا الحديث من وجهين[4]

الوجه الأول:كل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع،فليس في كتاب الله بخلاف ما كان في السنة،أو في الإجماع فإنه في كتاب الله بواسطة دلالته على إتباع السنة والإجماع.

---

[1] – زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون ، الطبعة الأولى، 1968م ، دار النهضة العربية القاهرة ص69

[2] – دكتور نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، الطبعة الأولي 1424هـ – 2003م ، دار ابن حزم، بيروت، لبنان ص84

[3] –أخرجه البخاري،كتاب المكاتب،باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله،حديث رقم (2561)،تشرف بخدمته والعناية به :محمد زهير بن ناصر الناصر،الطبعة الأولى،1422هـ، دار طوق النجاة ،بيروت ،لبنان،(1529/03)،مسلم،كتاب العتق،باب إنما الولاء لمن اعتق،حديث رقم (1504)،تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،(1141/02).

[4] – ابن تيمية،القواعد النورنية الفقهية، مرجع السابق، ص 259،260.

الوجه الثاني:قياس جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء،لأن العلة فيه كونه مخالفا لمقتضى العقد،وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها با لشرع، فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجبه الشرع، بمنزلة تغيير العبادات،وهذه نكتة القاعدة، وهي أن العقود مشروعة على وجه،فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغييرا للمشروع.

قالوا:قد صح بهذا النص أن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو على غيره فهو باطل،لا يلزم التزامه أصلا،إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما،يجوز التزام ذلك الشرط بعينه بإلزامه،[1] فضابط الشروط المشروعة عند الظاهرية هو ما دل عليه القران أو السنة أو الإجماع دلالة صريحة.

2-عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"[2].

توجيه الحديث:

قال ابن حزم: وفي اشتراط المرأة أن لا يتزوج، أو أن لا يتسرى أو أن لا يغيب عنها أو أن لا يرحلها عن دارها،كل ذلك تحريم حلال،وهو وتحليل الخنزير والميتة سواء،في أن كون ذلك خلافا لحكم الله عز وجل.[3]

ولقد أحل الله عز وجل للرجل أن ينكح أربعا وما ملكت يمينه،فإذا شرطت عليه أن لا ينكح ولا يتسرى حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه وإبطال ماله عليها [4].

---

[1] - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، الجزء 5 ص 32

[2] -أخرجه البخاري،معلقا قي كتاب الإجارة،باب أجر السمسرة (92/03)،و أبوداود في كتاب الأقضية باب في الصلح، حديث رقم:(3594).

[3] - أبي محمد علي بن احمد ابن حزم،المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، بدون رقم الطبعة، 1426هـ /2005م مكتبة دار التراث القاهرة الجزء09ص674.

[4] - الشافعي، الأم، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب،الطبعة الأولى،1422هـ 2001م، دار الوفاء،المنصورة،الجزء06ص188،معالم السنن و أثار، أبي بكر البيهقي، تحقيق وتعليق وتخريج: عبد المعطي أمين، الطبعة الأولى،1411هـ1991م، دار الوفاء، المنصورة، القاهرة(235/05).

ثالثا :المعقول

1- كل عقد وشرط لم ينص قرآن ولا سنة على إباحته أو إنفاذه، فإنه ضرورة لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلا: إما أن يكون التزام فيه إباحة ما حرم الله تعلى في القرآن أو على لسان رسوله ،و إما أن يكون التزاما فيه تحريم ما أباحه الله تعالى ورسوله وإما أن يكون التزام إسقاط ما أوجبه الله ورسوله،وإما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه.[1]

2 -مقتضى العقد شرع ثابت، لأنه من وضع الشارع فليس للإرادة الإنسانية العقدية أن تتصرف في تغير هذه الحدود والأحكام زيادة أو نقصا،لأنه تغيير شرع [2]

3-لكل عقد غاية نوعية قد شرع هو وسيلة لتحقيقها،فلو أطلقت الإرادة حريتها في الاشتراط لجاوزت حدود الحق،ولأتت على تلك الغاية بالنقض والإلغاء وبذلك يصبح العقد بلا معنى من جهة،ويتحقق التعدي على حدود الله،وهذا غير مشروع،ومن ثم لا يباح شرط إلا إذا ثبتت صحته بدليل مستمد من مصادر الشريعة. [3]

4-إن الشريعة الإسلامية شاملة لكل شيء، وقد تكفلت بما يحقق مصالح الأمة ومنها العقود، على أساس العدل وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود،وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة. [4]

5-الشروط التي يشترطها العاقدان ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم تبن على التغليب، فكانت فاسدة وممنوعة.[5]

---

[1] ابن حزم، الأحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق نفسه الجزء05ص14/13

[2] - الدربي، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله مرجع السابق نفسه الجزء02ص415

[3] - وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق نفسه الجزء04ص448

4- مرجع سابق الجزء04ص3048

[5] - ابن الدين المقدسي المغني،موقف ،1403هـ1983مدار الكتاب العربي،بيروت،لبنان،الجزء07ص448

أما بالنسبة للحديث الثاني فقد خصص الشروط في عقد الزواج بالوفاء أوجب الوفاء بها، **الفرع الثالث: منشأ الخلاف و الترجيح**

أولا :منشأ الخلاف

إن السبب في الخلاف الحاصل بين الفقهاء يرجع إلى تعارض العموم والخصوص كما يرى ابن رشد:

فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط.

وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال(أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)،[1] إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط. [2]

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

ومنه فإن قوله صلى الله عليه وسلم: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)[4]، يقصد به عموم العقود، فبطلان الشرط يقصد به الشرط في أي عقد كان سواء عقد معاملة كبيع أو إيجار أو عقد زواج فلم تحدد طبيعة العقد
وبذلك يكون قد قيد العام بالخاص.

ثانيا :الترجيح

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

---

[1] صحيح البخاري، الباب الأول، الشبهات حول الإسلام، الجزء الثاني، ص 222

[2] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، بيروت، دار الفكر لطباعة والنشر والتوزيع، 8995،ص48.

[3] نعمان بن مبارك جغيم، "حكم الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي، مجلة الحكمة، عدد 86،د د ن، 8998 ، ص82.

[4] البخاري ،الجامع الصحيح ،كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم الحديث 2721ص 117

– تعارض العموم بالخصوص من خلال الأدلة، ومنه فالخاص يقيِّد العام.

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

المطلب الثاني: ضوابط الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

إذا كان الأصل في قانون الأسرة الجزائري هو إطلاق حرية الاشتراط في عقد الزواج كأصل عام، إلا أن هذا الأصل ليس بمطلق، إنما مضبوط بضوابط معينة تضبط حريتهم يمكن أن تستكشف من

–الفقرة 2 من المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي جاءت بالمبدأ العام في مجال الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقرة الأولى ثم بالاستثناء الذي يقييد عموم الفقرة الأولى في الفقرة الثانية التي تنص على ما يلي : "يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما...ما لم تتناف مع هذا القانون" وهو ما سنقوم بتبيينه.

الفرع الأول : مراعاة النظام العام والآداب العامة

يعتبر ضابط النظام العام، والآداب العامة ضابط يضبط حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لارتباط أغلب مواضيع قانون الأسرة بالنظام العام فهي تهدف لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع، و إن كانت في الحقيقة فكرة النظام العام فكرة مرنة قابلة للتطور والتغير من مكان إلى آخر، و على ذلك نجد أن ما يعد مخالفا للنظام العام في بلد قد لا يعد كذلك في بلد آخر غير أنه وفي أغلب الأحيان نجد أن فكرة النظام العام مقترنة بالآداب، ولاسيما في البلاد التي تدين بالإسلام كما هو الحال في الجزائر.

وهذا الأخير يعرف على أنه مجموع المصالح الأساسية التي ينهض بها كيان المجتمع، سواء كانتُ اقتصادية، سياسية، اجتماعية، وهذه المصالح تعلو على المصالح الفردية، وتقدم عليها عند التعارض فلا نحفل بأي اتفاق يتعارض مع المصالح العامة حتى ولو كانت مصلحة فردية، إذ أن رعاية الجماعة أولى من رعاية الفرد.[1]

[1] فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، 2004،مصر، ص450

أما الآداب العامة فتعرف على أنها مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، بحيث لا يجوز للأفراد تجاوزها.

وعليه وبشكل عام إذا كان العقد هو شريعة المتعاقدين يلزم بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد، مادام العقد نشأ صحيحا فإنه لا يكون ملزما إلا في الدائرة التي يجيزها القانون، وفي نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام، ولا مع الآداب[1]؛وعليه فإنه يحظر على الزوجين أن يضمنوا عقودهم بأي شرط يتناقض، مع النظام العام، ولا يمس المبادئ العامة، ولو كان هذا الأخير ينطوي على مصلحة خاصة تعود على الزوجين.

من أمثلة الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تعد مخالفة للنظام العام:

- اشتراط الزوج على الزوجة زواجه بشرط أن لا ترثه فهذا الشرط مخالف للنظام العام، وكذا لأحكام قانون الأسرة.
- اشتراط الزوج على الزوجة ألا تتزوج بعد موته خاصة إذا لم يكن يرمي به إلى هدف نبيل، كحيرته على من يربي أبناءه بعد موته.
- اشتراط الزوج الزواج بامرأة لمدة محددة، فهذا يناقض النظام العام، فالزواج الحقيقي ليس محدد المدة.
- اشتراط الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها، وإلا كان لها حق الطلاق.

أما الشروط المخالفة للآداب العامة فنجد منها: اشتراط الزوج على الزوجة الاستمرار في عمل غير مشروع كالاكتساب بالرقص والغناء،[2]أو أي شرط ينافي الأخلاق.

الفرع الثاني: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

إن من أهم الضوابط الواردة على حرية الاشتراط ضابط عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة،و عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة لا يعني على الإطلاق أن المشرع منع الاشتراط وإنما

[1] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: "نظرية الالتزام"، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص624

[2] مصطفى أحمد الزرقا: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليم المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، 126 ط1،دمشق، 1996، ص102. 1996،

ضبطه بضابط عدم المعارضة الزوجين عند إدراج شروط في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج قانون الأسرة.

فالمقصود بمخالفة أحكام قانون الأسرة الخروج عن كل ما أوجبه قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، كأن يكون الشرط يعارض مقاصد الشريعة الإسلامية التي من المفروض مراعاتها،وهذه لا نستطيع أن ندرك حقيقتها، إلا بعد مراجعة فحوى قانون الأسرة، والتمعن بمواده من أوله إلى آخره لتقصي جميع القواعد الأساسية وجمعها بقدر الإمكان، أو جمع أهمها على الأقل وترتيبها[1]حتى تتضح لنا بوضوح الشروط المخالفة لأحكام قانون الأسرة وبالتالي يتسنى لنا تحديدها ومنها نجد:

- اشتراط الزوج على الزوجة حرمانها من الصداق، فهذا الشرط مخالف لأحكام المادة (9)مكرر من قانون الأسرة "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدين عدل، انعدام الموانع الشرعية للزواج".
- اشتراط الرجل على المرأة زواجها بشرط عدم زيارة أبويها فهذا شرط مخالف لأحكام الفقرة 7من المادة (36) قانون الأسرة الجزائري "زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."
- اشتراط الزوج على الزوجة القاصرة الزواج دون ولي خروجا على أحكام المادة 11 فقرة2" يتولى زواج القصر أولياءهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأوليين، والقاضي ولي من لا ولي له."
- اشتراط عدم إثبات نسب الأولاد الذين حملتهم الزوجة منه، في حين أن الولد للفراش، والذي يعد هو الآخر شرطا يخالف أحكام المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص: "يثبت النسب بالزواج الصحيح".
- اشتراط الزوجة على الزوج تبني بنتا لتقوم برعايتها، والذي يعد شرعا مخالفا لحكم المادة 46 قانون الأسرة التي تمنع التبني شرعا وقانونا.

[1] عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3 ،الجزائر، ص169.

- اشتراط عدم التوارث بين الزوجين في حين المادة 126 قانون الأسرة، تحصر أسباب لإرث في كل من القرابة والزوجية.

في حين نجد أن البعض ذهب إلى القول، وخاصة قبل تعديل قانون الأسرة إلى اعتبار أن شرط الزوجة على الزوج أن لا يتزوج عليها شرط باطل يتعارض مع أحكام قانون الأسرة، وخاصة المادة 8 من قانون الأسرة التي تسمح بالتعدد. [1]

الفرع الثالث: ضرورة المصلحة المشترطة

يعد ثالث ضابط وارد على حرية الاشتراط ، وهذا الضابط يستشف من نص المادة 19 الذي منح بموجبه المشرع للزوجين حرية أن يشترطا الشروط التي يريانها ضرورية بمعنى الشروط التي فيها مصلحة ضرورية و جدية وتخدم أغراض مشترطها.

إذْ أن الأصل في العقود أن يباشرها المتعاقدان لتحقيق مصلحة لهما إما نوعية: وهي ما يترتب عادة عن العقود من نوع واحد كملك المبيع في عقد البيع، وملك المنفعة في عقد الإيجار، و إما الشخصية ما تتطلبها المصلحة الشخصية للعاقد كما في عقد الزواج.[2]

غير أن هذه المصلحة يجب أن تكون ضرورية وجدية في آن واحد بمعنى أن يكون تعليق العقد على شرط ضروري لا يمكن الاستغناء عنه، لما فيه من منفعة قد تزيد في انسجام الأسرة، أو لأنه يدفع عن مشترطه(الزوج أو الزوجة) ضرر متوقع قد يلحقه في العاجل أو الآجل، أو أن الحاجة إليه تفرض اشتراطه دون أن يمنع هذا الشرط صحة الزواج، أو يقيد الزوج فيما أعطاه الله تعالى من حقوق كأن تشترط عليه الزوجة أن لا يشتغل بأي عمل سياسي،أن تشترط عدم سفره إذا كان هو كثير السفر مراعاة لطبيعة عمله،أو تقيد حقوق الغير كأن تشترط الزوجة طلاق ضَرَّتها،أو عدم إنفاقه على أولاده،أو شرط يتعلق بالتزامات الزوج المادية والأدبية مع أهله وأقاربه، فهذا بلا شك يعد شرطا يهدد حق الغير من جهة، ويحد من حرية الزوج من جهة أخرى.

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 172

[2] مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، ط9،2001، بيروت، ص108/.محمد الشماع: المفيد في أحكام 127 الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، 1995، بيروت، ص74.

وعلى ذلك متى توفرت في الشرط المقترن بعقد الزواج هذه الميزات، يمكن القول أن المصلحة المرجوة من وراء اشتراط الشرط ضرورية و جدية، ومن ذلك على سبيل المثال اشتراط الزوجة مواصلة دراستها، أو عملها إن كانت تعمل قبل الزواج، أو اشتراط الزوج عدم ترك بلد عمله.

المطلب الثالث: الجزاء المترتب على الإخلال بالاشتراط في عقد الزواج

يتمثل الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في الدفع بعدم التنفيذ، وهو جزاء خاص بالشروط المؤثرة في المهر؛ حيث يجوز للزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها، وتستعمل ذلك كوسيلة ضغط منها لاستيفاء معجل مهرها وإذا لم يفلح الدفع بعدم التنفيذ في إلزام الزوج بالوفاء، يكون للمشترط اللجوء إلى طلب الفسخ أمام القضاء، وأخيراً طلب التعويض إذا ثبت الضرر، وسنتطرق في المطالب التالية لكل هذه الجزاءات.

الفرع الأول : الدفع بعدم التنفيذ

لكي يرتب الدفع بعدم التنفيذ أثره المتمثل في تعطيل نفاذ العقد دون فسخه، مع بقاء العقد قائماً وواجب النفاذ، يجب توافر الشروط الآتية: 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، و إنما يستعمل ذلك كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر، ولما كان عقد الزواج عقد معاوضة، يختلف عن باقي عقود المعاوضات المالية فهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر، وعلى هذا الأساس فإن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعاوضة هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي، أي أن عدم تنفيذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل، بخلاف الفسخ الذي هو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ.[1]

إذا كان حق الحبس في الفقه الإسلامي مبدأ ثابتاً في عقود المعاوضات المالية، فإنه يجد تطبيقاً له في عقد الزواج، فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها 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 تستوفي المعجل من المهر، وهذا يعني انه بإمكان الزوجة أن تمنع

[1] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 243

الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر، مع ثبوت هذا الحق لها حتى لو كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها.

والغرض من إعطاء الزوجة هذا الحق هو حث الزوج ودفعه للوفاء بحق الزوجة ولها في سبيل تحقيق ذلك أن تمتنع أيضاً عن أن تلتزم بما كانت ستلتزم به لو دخل بها الزوج. وليس للزوج أن يمنع زوجته من السفر أو زيارة أهلها قبل إيفاء المهر،[1] وهذا لأن طاعة الزوجة لزوجها لا تقوم إلا إذا توافرت أركان الطاعة وهي المسكن الشرعي وأمانة الزوج على نفس ومال الزوجة، و إيفاء الزوج معجل صداق الزوجة، أما إذا انتفى ركن من هذه الأركان يسقط عن الزوجة واجب الطاعة.[2]

و إذا كان المهر مؤجلاً فإنه يؤدي إلى سقوط حق الزوجة في حبس نفسها و يعلل الحنابلة ذلك بأن رضاها بتأجيل المهر لا يترتب عليه تأخير حق الزوج ويجب عليها تسليم نفسها، وعلى العكس من ذلك يرى بعض 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 قياساً على سقوط حق البائع في الحبس إذا بادر بدفع المبيع إلى المشتري 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 مادامت لم تستوف كامل مهرها. أما إذا وطئها الزوج مكرهة فلا يترتب على ذلك سقوط حقها في الحبس، لأنه لا يجوز لأحد أن يبطل على غيره حقاً من حقوقه.[3]

الفرع الثاني: الفسخ

---

[1] أبي الفرج عبد الرحمان، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة، 60 ص 301

[2] عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإشعاع، 61 الإسكندرية، 2001 ،ص 54

[3] رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001 ،ص435

يعرف الفسخ في نظرية الالتزام بأنه: "حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال العاقد الآخر بالتزامه .[1]فالفسخ يفترض قيام عقد صحيح تتوافر فيه الأركان والشروط، ولكن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية فلو أن الزوجة هي التي اشترطت على الزوج شرطاً لمصلحته،لكن الزوج أخل بهذا الشرط، فيكون للزوجة طلب فسخ العقد لإخلال الزوج بالتزامه العقدي،[2] ولها عليه سائر حقوق الزوجية من نفقة في زمن العدة،ومؤجل الصداق إن وجد وبالمثل لذلك فإذا كان الزوج هو الذي اشترط على الزوجة شرطاً لمصلحته وأخلت به الزوجة، فيكون للزوج حق فسخ العقد ويعفى من دفع مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها.[3]

ولقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه الفسخ، فذهب جانب من الفقهاء إلى أن الفسخ قائم على وجود شرط فاسخ ضمني، يفهم منه اتجاه نية المتعاقدين إلى فسخ العقد الملزم للجانبين في حالة عدم الوفاء بالشرط.

وذهب اتجاه فقهي آخر إلى اعتبار أن الفسخ مبني على أساس نظرية السبب الذي يوجب على المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه المقابل، وقد انتقد هذا الاتجاه بأن الجزاء المترتب على تخلف السبب هو البطلان وليس الفسخ، فضلاً عن وجوب توافر السبب عند إبرام العقد باعتباره أحد أركان العقد الأساسية والراجح من هذين الاتجاهين هو أن الفسخ قائم على أساس الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين؛ ولتحقيق هذا الترابط ينبغي تنفيذ العقد واحترام بنوده بغرض تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية.[4]

ولكن الإشكال الذي يثار بصدد الحديث عن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط يتمحور حول ما إذا كان يتعين على الزوج المشترط – الذي له حق الفسخ– أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم الفسخ، أم أنه لا يحتاج إلى ذلك؟ و إذا وقع نزاع بين الزوجين بصدد الوفاء

---

[1] أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ، ص241

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة 44 والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996 ،ص 172

[3] محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر للنشر والتوزيع، 66 الطبعة الثانية، 1996 ،ص 126

[4] أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص242.

بالشرط فهل يكون للقاضي الاجتهاد في ثبوت الفسخ؟ أم يكتفي بمجرد الحكم به والإعلان عنه؟

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

الرأي الراجح في هذه المسالة هو أنه لابد من رفع دعوى الفسخ إلى القضاء لفسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط، حتى ولو لم يكن هناك نزاع قائم بين الزوجين حول مشروعية الشرط.

ثم إن مسألة تحديد الشروط المشروعة وغير المشروعة مسألة خلافية بين الفقهاء، ولا شك أن حكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في مثل هذه الأمور، ثم أنه لا يجوز للزوجة التي اشترطت على زوجها شرطا معينا ولم يوف به أن تكون هي الخصم والحكم في هذا النزاع، بل لابد أن ترفع أمرها إلى القضاء وتثبت ما ادعته؛ لأن القاضي أقدر من غيره على تحديد مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته.[2]

ويجمل بنا أن نشير بخصوص هذه المسألة إلى موقف الدكتور محمد أبو زهرة المتمثل في اعتراضه على ما ذهب إليه مؤتمر تنظيم الأسرة من أن للمرأة حق فسخ عقد الزواج من غير الالتجاء إلى القضاء، وهذا لأن تخلف الشرط أو عدم تخلفه يحتاج إلى نظرة ومعرفة لسبب التخلف، ولا يكون ذلك إلا من اختصاص القضاء، هذا فضلاً عن أن كل أسباب الفسخ التي يقرها الشارع تحتاج إلى صدور حكم بالقضاء، ولهذا فلا يكون للزوج المشترط في حالة تخلف الشرط إلا حق تقديم طلب الفسخ وطالب أيضاً بتقييد الحق في طلب الفسخ إلى ما قبل الدخول، وتحديد مجاله في كل اشتراط يخص حالة الزوج المالية والاجتماعية، لأنه قبل الدخول تكون هناك فرصة للتحري.[3]

---

[1] ابن تيمية، ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد الثاني والثلاثون،(النكاح(، مكتبة المعارف، المغرب، بدون سنة، ص 168

[2] علي محمد قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 2000،ص305،ص168/167

[3] محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص87.

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

واستثناء من ذلك توجد حالات خاصة يسقط فيها حق الزوجة في الفسخ. وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

– الرضا بإخلال الزوج بالشرط: فمتى رضيت الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته عليه، يسقط حقها في فسخ النكاح.

– زوال سبب الشرط: فإذا زال سبب الشرط ولم يعد له موجب، كما لو توفي والدا الزوجة، وكانت الزوجة قد اشترطت على زوجها ألا يخرجها من بلدها.[1]

– استحالة تنفيذ الشرط: فإذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها بمنزل والديها، ثم تعذرت سكنى المنزل لسبب طارئ كحدوث زلزال أدى إلى انهياره، فإن الوفاء بالشرط يكون متعذرا قد تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها بمفردها، ثم يعجز الزوج عن الوفاء بالشرط لعدم كفاية موارده المالية أو نظراً لفقره المفاجئ، فهل يجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط؟ وهل للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أخل الزوج بالوفاء بهذا الشرط؟

أجاب الإمام ابن تيمية على ذلك بأن الزوج لا يلزم بالوفاء بما هو عاجز عنه، وليس للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أراد الزوج إبطال الشرط ما دام أن الزوج غير قادر على الوفاء بالشرط بسب فقره.[2]

وقد برر الفقهاء سقوط حق الزوجة في الفسخ في هذه الحالة بأن الشرط أمر عارض وباستحالة تنفيذه يزول حق الزوجة في الفسخ[3].

---

[1] علي محمد قاسم، المعتمد ،المرجع السابق، ص174، 175

[2] ابن تيمية،قواعد النورنية،المرجع السابق، ص 168

[3] علي محمد قاسم، مرجع سابق، ص 176

الفرع الثالث : التعويض

إن الغرض من التعويض هو حماية المتضرر من الضرر الذي أصابه، إذ تندرج قاعدة التعويض عن الضرر تحت ثبوت العوض بالإتلاف، وقد صرح الفقهاء أيضاً بأن إتلاف البضع موجب للضمان أي التعويض، فمن فوت على امرأة منفعة بضعها بنكاح فاسد أو وطء شبهة فيجب عليه مهر مثلها.[1]

تطبيقاً لذلك فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرطها في عقد الزواج، كفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط الذي وافق عليه والذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها، أن تلجأ إلى القضاء وتطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء ذلك، وتأسيس دعواها على أساس أحكام المسؤولية العقدية، ويقدر القاضي التعويض بناءاً على الضرر الذي لحق بالمتضور وقت صدور الحكم القضائي،كما يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض الإجمالي عن الأضرار التي أصابت المتضرر،ولكن بشرط أن يحدد عناصر الضرر ومدى أحقية التعويض عنها.[2]

وبالنسبة للضرر المعنوي فيعود للقاضي تقدير مدى هذا الضرر، و إن كان يصعب تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود، لأن الشرف والمكانة الاجتماعية لا يقدران بالمال،،و إنما يأتي التعويض عنهما كوسيلة إرضاء وتطييب لخاطر الشخص المتضرر[3].

نستخلص من هذا المطلب بان المشرع قد وضع عقوبات وجزاء لكل مخالف لشرط في مقتضي العقد، وقد رتبها و قسمها حسب كل مخالف، فهناك مخالفة تستوجب الفسخ وأخرى اكتفي فيها بالتعليق أو التعويض.

---

[1] نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، الجزء14، 2003. ص 124

[2] أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ، ص353.

[3] مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثالث، (المسؤولية المدنية)، منشورات 77 الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2004 ،ص 64.

الخـــــاتمـــــــة

الحمد لله الذي أكرمنا ويسر لنا إتمام بحثنا المتواضع الموسوم ب (**الاشتراط في عقد الزواج وضوابطه دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري**) حيث أننا تطرقنا إلى مفهوم الاشتراط في عقد الزواج وأغلب ما يحيط به من إشكالات، فقد ذكرنا تعريفه شرعا وقانونا ووضحنا الفرق بينه وبين المصطلحات المحيطة به، ثم تطرقنا إلى أنواعه و الأسس التي يقوم عليها،وبعد ذلك أهم الضوابط التي وضعتها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري للاشتراط،وختمنا بحثنا بالتطرق إلى الجزاء المترتب عن الإخلال بتلك الشروط ودور القضاء في البت فيها. .

ولقد خلصنا لبعض النتائج سنذكرها في ما يلي

- ❖ أن الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري قد وضعا ضوابط للاشتراط في عقد الزواج، لخلق التوازن والاستقرار في أوساط المجتمع الجزائري المسلم،
- ❖ لما كانت حاجة الناس و رغباتهم في تعاقدهم لا تنتهي ، رسمت الشريعة الإسلامية حدودا للاشتراط لتسود المعاملة العادلةبين الناس،وبسبب هذا اختلفت مذاهب الفقهاء لاختلاف النصوص في الاشتراط بين موسع و مضيق.
- ❖ أن قانون الأسرة أخذ بالرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة، حيث أجاز بصريح النص للزوجين حرية إنشاء الشروط في العقد ما لم تتناف مع أحكام قانون الأسرة، و ذلك لتحقيق مصالحهما المتجددة.
- ❖ أطلق المشرع العنان للزوجين في حرية الاشتراط وهذا وفقا للمادة 19 من قانون الأسرة الجزائري.
- ❖ أن الاشتراط في عقد الزواج هو حق لكل زوج يمارسه بحرية وفي إطار الشروط التي لا تتنافى مع هذا العقد ومع الأهداف التي يحققها.
- ❖ أن قانون الأسرة الجزائري اعتمد اعتمادا كبيرا في إنشاء نصوصه على أحكام الشريعة الإسلامية.
- ❖ أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

التوصيـــــات

- ❖ إتباع ضوابط الشريعة الإسلامية وتعاليم الدين الحنيف في مسألة الزواج وكل ما ينحدر منه.
- ❖ الأصل في العقود و الشروط هو الجواز والصحة، لكن على الزوجين عدم التوسع في الاشتراط و المحافظة على قدسية عقد الزواج،حتى لا تعصف أغراض وأهواء الزوجين بمقاصد النكاح النبيلة.
- ❖ تنظيم الاشتراط من الجانب الشرعي والقانوني وتوسيع دائرته، قصد مسايرة المستجدات في مسألة الاشتراط.
- ❖ تعديل المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري بإدراج معايير واضحة، للتمييز بين الشروط الصحيحة والشروط غير الصحيحة عند توثيقها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق.
- ❖ إضافة بعض المواد في قانون الأسرة الجزائري التي تجعل الاشتراط في دائرة محددة فعالة لديمومة عقد الزواج مثل إجبار الزوجين على تنفيذ ما اشترطاه وكانت تخدم مصلحتهما وتخدم العقد وهذا لقداسة عقد الزواج.

وختاما نحمد الله عز و جل أن وفقنا إلى إنجاز بحثنا، فإن أصبنا فبتوفيق من الله سبحانه وتعالى، و إن أخطأنا فبتقصير منا، و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلي اللهم وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس

- فهرس الآيات القرآنية الكريمة
- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
- فهرس الأعلام المترجم لهم
- قائمة المصادر و المراجع
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الآية	سورة	رقم	الصفحة
(الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ)	البقرة	29	33
(وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)	البقرة	229	29
(إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)	النساء	**29**.	33
(وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ)	النساء	14	35
(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)	المائدة	1	29
(الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ)	المائدة	3	35
(وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ)	الأنعام	**119**	33
(وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَبِيًّا)	مريم	54	**9**

(فهل يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أن تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّىٰ لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ)	محمد	**18**	2

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	راوي الحديث	الصفحة
" آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا أؤتمن خان وإذا وعد أخلف "	أبو هريرة رضي الله عنه	9
"أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"	عقبه بن عامر رضي الله عنه	30
"الصّلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما وحرم حلالا، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"	أبو هريرة رضي الله عنه	30-37
"...إن علي بن أبي طالب رضي الله عنه خطب بنت أبي جهل على فاطمة رضي الله عنها، فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يخطب الناس في ذلك، على منبره هذا وأنا يومئذ محتلم،فقال:"إن فاطمة مني وإني أتخوف أن تفتن في دينها"	المسور بن مخرمة رضي الله عنه	31
"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما وحرم حلالا،والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"	أبو هريرة رضي الله عنه	30
(كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)	عائشة رضي الله عنها	39

فهرس الأعلام المترجم لهم

العلم	الصفحة
أبو عبد الله احمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي توفي سنة 855م.	22
أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن مرزوبان الكوفي الفقيه، توفي سنة 14 يونيو 767 م ببغداد بالعراق.	27
أبو عبد الله شمس الدين محمد ابن أبي بكر أيوب بن سعد بن حرير الزرعي الدمشقي الحنبلي المعروف باسم "ابن القيم الجوزية ، وتوفي سنة 15 سبتمبر 1350، بدمشق .	22
الليث ابن المظفر بن نصر بن سيار الكناني وقيل الليث بن رافع بن نصر بن سيار.	27
تقي الدين أبو العباس احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النمري الحراني المشهور باسم ابن تيمية، توفي سنة 26 سبتمبر 1328م بدمشق سوريا.	22
شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي، وتوفي سنة 20 اغسطس 1229 بحلب سوريا.	27

قائمة المصادر و المراجع

أولا : القران الكريم برواية حفص عن عاصم

ثانيا : الكتب

1-أبي الوليد محمد ابن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي،بدية المجتهد ونهاية المقتصد تحقيق:هيثم جمعة هلال،ط،الأولى،مؤسسة المعارف،بيروت،2006م.

2-أبو حامد الغزالي، المصتصفى في علم الأصول، تحقيق: حمزة ابن زهير حافظ، بدون رقم ودار طبع ،جزء الأول.

3-أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي،أحكام القرآن—راجع أصوله وأخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة،2003 م 1420هـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الجزء الأول.

4-أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي،السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر الطبعة الثالثة 2003م /1424هـ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

5- أبي الفرج عبد الرحمان، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة.

6-أبو عباس تقي الدين بن تيمية،القواعد النورانية الفقهية تحقيق:د- أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي.

7- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج 2، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 5899

8-ابن قدامة المقدسي، المغني، (الإشراف علي مذاهب العلماء، ابن المنذر النيسابوري، حققه و قدم له وخرج أحاديثه: أبو حماد الأنصاري ، الطبعة الأوبي الجزء 7الصفحة 449،448

9- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى —رجب 1423هـ — دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية.

10- ابن حزم،المحلى، تحقيق:أحمد محمد شاكر،بدون رقم طبعة،1426هـ2005م،المطبعة الشرعية الوحيدة،مكتبة دار التراث،القاهرة.

11- ابن منظور، لسان العرب، طبعة مراجعة ومصححة بمعرفة نخبة من الأساتذة المتخصصين، دار الحديث،القاهرة، 1423هـ ،1423هـ ،2003م (05.79) ،مختار الصالح ، الرازي تحقيق: محمود خاطر، الطبعة الجديدة بدون رقم الطبعة 1415هـ ،1995 م، مكتبة لبنان،ناشرون،بيروت.

12- ابن النجار، شرح الكوكب المنير المملكة العربية السعودية، المجلد ،991/101م.

13- ابن النجار،شرح الكوكب المنير، تحقيق:محمد الزحيلي ونزيه حماد، الطبعة الثانية ،1418هـ 1997م، مكتبة العبيكان.

14- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، طبعة منقحة اعتني بها: محمد فؤاد عبد الباقي الطبعة الثالثة، 1420هـ/2000م دار الفيحاء دمشق .

15- أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، د س ن،

16- أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى شيخ الإسلام، جمع وترتيب:عبد الرحمان بن محمد بن قاسم ، وساعده ابنه محمد، بدون رقم طبعة ، 1425هـ ، 2004 م .

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

18- أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي ، تاريخ بغداد وذيوله ، دار الكتب العلمية بيروت ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى،جزء 24

19- أحمد يوسف، أسباب انحلال العقود الغير مالية الطبعة الأولى، 1430هـ ، 2009م، دار التدمورية، الرياض، المملكة العربية السعودية.

20- ابن سعد ،الطبقات الكبرى ،تحقيق محمد عبد القادر دار الكتاب العالمية، بيروت،الطبعة 1، 1410هـ/1990م، الجزء السادس.

21- السرخسي، أصول السرخسي، الطبعة الأولى،1414هـ 1993م،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

22- القرافي،الفروق تلخيصها والاستدلال عليها، البوقري، تحقيق الميلودي بن جمعة والحبيب بن طاهر ، الطبعة الأولى ، 1424هـ ، 2003م ، مؤسسة المعارف ، بيروت ، لبنان.

23- الشاطبي، نظرية المقاصد، أحمد الريسوني، الطبعة الأولى 1418هـ، 1997م دار الكلمة المنصورة، مصر .
24- الجصاص،أحكام القرآن،تحقيق:محمد الصادق، قمحاوي، 1412 هـ1992م،دار إحياء التراث العربي،بيروت.
25- الصنعاني،سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع الأحكام،تعليق وتخريج:أبي عبد الرحمان عادل بن سعد ،بدون رقم الطبعة ،1428هـ2007م،الكتاب العالمي للنشر،بيروت،لبنان.
26- الشافعي،الأم،تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب،الطبعة الأولى،1422هـ 2001م،دار الوفاء،المنصورة.
27- الشاطبي،الموافقات،في أصول الشريعة، 01تحقيق :محمد عبد القادر الفاضلي، بدون رقم طبعة 1428هن2007م ،المكتبة العصرية ، صيدا بيروت لبنان.
28- الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1999م دار الكتاب العربي الجزء الأول.
28-إسماعيل غانم، النظرية العامة الالتزام، أحكام الالتزام،ج 2،الدار الجامعية للنشر ، مصر، د س ن.
29- محمد بن علي بن فارس الكرزلي الدمشقي،الأعلام، دار العلم للملايين،الطبعة 15، الجزء 1.
30- نصر الدين التونسي،التعريفات الجرجاني،تحقيق: ،الطبعة الأولى،2007م القاهرة.
31- حققه وعلق على حواشيه محمود محمد شاكر تفسير الطبري،راجعه وأخرج أحاديثه : أحمد محمد شاكر، الطبعة الثانية، بدون سنة طبع، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الجزءالتاسع.
32- حسن حسنين، أحكام الأسرة المسلمة فقها و قضاء، دار الآفاق العربية.
33- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة، د س ن.
34- رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001م.

35- شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط
36- دار النشر مؤسسة الرسالة، الطبعة 3، 1405هـ/1985م، الجزء 11 .

37- سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الإنسانية، الفقه الإسلامي، العدد 2،المجلد 01،مجلة جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2008م.
38- شمس الدين ابن القيم الجوزية زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق :عماد زكي البارودي، بدون رقم طبعة ن المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر .
39- شمس الدين أبو بكر محمد بن سهل السرخسي، المبسوط ،دراسة وتحقيق خليل محي الدين، الجزء 13، طبعة 1 دار الفكر بيروت ن لبنان1421هـ2000م.
40- عبد الرحمان الصابوني،(المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، 153/02.
41- علي ابن أحمد ابن حزم الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام، حققه الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
42- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3،الجزائر.
43- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإشعاع، 61 الإسكندرية، 2001.
44- علي محمد قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 2000 م.
45- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة 44 والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996.
46- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: "نظرية الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
47- فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، 2004م ،مصر.
48- محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر للنشر والتوزيع الطبعة الثانية، 1996.

49- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية 1425هـ/2004م دار القلم دمشق.
50- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، بدون رقم وسنة طبع،دار الفكر العربي.
51- محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988 .
52- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج 2،مكتبة الثقافة للنشر، عمان، د س ن.
53- مصطفى شلبي، المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي، 1382هـ /1962م دار التأليف الإسكندرية.
54- محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة، 2011.
55- مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، ط9 ،2001 ،بيروت، ص108/.محمد الشماع: المفيد في أحكام 127 الزواج والطلاق والميراث،دار القلم، 1995،بيروت.
56- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثالث، (المسؤولية المدنية)، منشورات 77 الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 02004
57- محمد عثمان شبير،الشروط المقترنة بالعقد وآثارها فيه في الفقه الإسلامي، قطر،دس ن.
58- شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي،معجم الأدباء، تحقيق إحسان عباس،دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى،الجزء7.
59- نجم الدين الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله التركي، الطبعة الثانية،المملكة، العربية السعودية،الرياض.
60- نعمان بن مبارك جغيم، "حكم الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي،"مجلة الحكمة، عدد 86 ،د د ن، 8998.
61- نشوة العلواني عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، الطبعة الأولى 1424هـ – 2003م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.

62- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ج5،ط5

63- ناصر ابن عبد الله الميمان القواعد و الضوابط الفقهية عند ابن تيمية، كتاب الطهارة والصلاة ،سلسلة البحوث و الدراسات الإسلامية مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الثانية،1426هـ /2005م

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

ثالثا: الرسائل العلمية

65- جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه و القانون، رسالة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2019م

66- فتحية بوراق، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان،2021/2020م.

67- محمد أمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، جمعها عطية سا لم، دار الإتقان،ا الإسكندرية.

68-ور الدين لمطاعي، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992/1992

68- يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، الجزائر، 2017/2012.

رابعا: من القانون

69- الأمر 75-58المؤرخ في 26سبيتمبر 1975المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

70- قانون العدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بالمصادقة علي إعداد تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات و العقود التونسية، عدد 68 .

71- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975،المعدل و المتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 13 ماى 2007، المتضمن القانون المدني.

خامسا: المواقع الالكترونية

72- تعريف الشرط و خصائصه و أصنافه com.estifada://https/ ، تاريخ الاطلاع 2022/5/10.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	
الشكر و التقدير	
ملخص البحث	
ترجمة الملخص البحث	
المقدمة	ا
المبحث التمهيدي: مفاهيم الدراسة والمصطلحات المشابهة	2
المطلب الأول: تعريف الشرط	2
الفرع الأول: التعريف اللغوي	2
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي	3
أولا: تعريف الأصوليين	3
ثانيا: تعريف الفقهاء	3
ثالثا: تعريف الشرط قانونا	4
المطلب الثاني: علاقة الشرط والمصطلحات المشابهة	5
الفرع الأول: التمييز بين الشرط و الركن	5
الفرع الثاني: التمييز بين الشرط و العلة	6
الفرع الثالث: التميز بين الشرط و السبب	7
الفرع الرابع:الفرق بين الشرط و المانع	8
الفرع الخامس: التميز بين الشرط و الوعد	9
المبحث الأول: الاشتراط في عقد الزواج	12
المطلب الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج و أنواعه	13

الفرع الأول: مفهوم الاشتراط	13
الفرع الثاني: أنواع الاشتراط	13
الشروط الشرعية: وهي على قسمين	14
الشروط الجعلية	14
المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها الشرط	16
الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها الشرط المقترن بالعقد	16
أولا:الشرط أن يكون أمرا غير محقق الوقوع	16
ثانيا: الشرط أن يكون أمرا مستقبليا	17
ثالثا: الشرط أن يكون أمرا ممكن الحدوث	18
الفرع الثاني : أقسام الشرط مقترن بعقد الزواج	18
أولا: وظيفة الشرط	19
1 شرط التعليق	19
2 -شرط التقيد	20
3شرط الإضافة	20
ثانيا: موضوع الشرط	21
1- الشرط المتقدم	21
2- الشرط المقارن	23
3- الشرط المتأخر	24
الرأي الأول: الحنفية	24
الرأي الثاني: المالكية	24
الرأي الثالث: الشافعية و الحنابلة	24
المبحث الثاني: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.	27

المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية	27
الفرع الأول: الأصل في الاشتراط الجواز	28
الفرع الثاني: الأصل في الاشتراط المنع	34
الفرع الثالث: منشأ الخلاف و الترجيح	39
أولا: منشأ الخلاف	39
ثانيا: الترجيح	39
المطلب الثاني: ضوابط الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري	40
الفرع الأول: مراعاة النظام العام والآداب العامة	40
الفرع الثاني: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة	41
الفرع الثالث: ضرورة المصلحة المشترطة	43
المطلب الثالث: الجزاء المترتب على الإخلال بالاشتراط في عقد الزواج	44
الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ	44
الفرع الثاني: الفسخ	45
الفرع الثالث: التعويض	49
الخاتمة	50
فهرس الآيات القرآنية	53
فهرس الأحاديث النبوية	55
فهرس الأعلام المترجم لهم	56
قائمة المصادر و المراجع	57
فهرس الموضوعات	64