الشروط الجعلية في عقد الزواج

عمران عائشة
أستاذ محاضر ب
جامعة الأغواط

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مسألة الاشتراط في عقد الزواج، هذا الأخير الذى تولي الله آمر تنظيمه وتحديد آثاره .فاستنبط قانون الأسرة تلك الأحكام من الشريعة الإسلامية التي سمح فقهاؤها لمبدأ الإرادة ليعدل من آ ثار هذا العقد زيادة أو نقصانا، ذلك في حدود و ضوابط معينة. وتماشيا مع ذلك تطرق المشرع الأسري في المادة 19من قانون الأسرة لهذه الاشتراطات، وخص بالذكر شرطي تعدد الزوجات وعمل المرأة ، وقد يكون ذلك راجعا إلى أن المشرع يرى أنهذه المسألتين من تطبيقات الاشتراط الأكثر إثارة بين للنزاعات الزوجين. ولهذا خصهما المشرع بالذكر كخطوة استباقية لتجنب النزاعات بعد الزواج

Abstract

This study aims at shedding light on the question of the requirement of marriage contract, the latter, which is entrusted by Allah to regulate and determine its effects. The Family Code is governed by the provisions of the Islamic Shariah, which allowed the jurists to impose the principle of willing to redress the effects of this contract, in terms of certain limits and limitations. In line with this, the family legislator referred to these provisions in article 19 of the Family Code, especially the polyglot and women's labor. This may be due to the fact that the legislator considers these issues to be the most controversial application that may lead to marital disputes. This is why legislators singled out them as a pre-emptive step to avoid post-marital conflicts.

الكلمات المفتاحية:الشروط الجعلية ، عقد الزواج

مقدمة

نظرا لما يتمتع به عقد الزواج من عظيم الأهمية فإن أي مساس بأحكامه وآثاره، قد يشكل من الخطورة ما يهدد أمن واستقرار المجتمع ولذلك تولى الشارع الحكيم ضبط هذا العقد بضوابط شرعية لا يمكن تجاوزها.

ومع ذلك فإن الزواج كعقد لا يمكن أن يغيب عنه مبدأ سلطان الإرادة بصورة كلية، إذا يبقى هذا المبدأ حاضرا وبقوة لاسيما عند تكوين العقد، خاصة وأنّ الرضا هو الركن الوحيد لهذا العقد.

وإذا كان الأصل أن مبدأ سلطان الإرادة العقدية يقتضي أربع حريات، تتمثل في حرية التعاقد، وفي حرية إنشاء العقود لمجرد التراضي، ودون التقيد بشكلية معينة، وفي حرية مباشرة كل أنواع العقود في حدود الحقوق الشخصية ودون التقيد بالعقود المسماة، التي تولى المشرع تنظيمها، ورابعا الحرية في تحديد آثار العقد المسمى وتعديلها زيادة أو نقصانا.[1]

هذه الأخيرة هي ما يعنينا في هذه الدراسة، بما أن الاشتراط يستهدف أساسا آثار العقد ليعدّلها بالزيادة، أو النقصان ومن هنا تبرز أهمية الشروط الجعلية في عقد الزواج نظرا لتأثيرها الكبير على آثار هذا العقد، اعتبارا على أنّ تلك الأخيرة يقصد بها:" كل قيد يأتي في طريق إطلاق العقد ويحدد من عمومه سواء من حيث الأحوال والزمان والصفات، فيدخل فيه العقد المعلق والمؤقت والمشروط بصفات أو حالات معينة غير التي عرفت بالشرع وعموم أحكامه."[2]

انطلاقا من هذه النقطة نحاول معالجة الإشكالية التي تثيرها مثل هذه الشروط، والمتمثلة في مفهوم الشروط الجعلية، وحكمها وأثرها.

ولأجل الإجابة عن هذه الإشكالية تم تقسيم الدراسة إلى قسمين:

الأول بعنوان مفهوم الشروط الجعلية وحكمها، والثاني خصص لدراسة آثار هذه الشروط.

المبحث الأول: مفهوم الشروط الجعلية وحكمها

للاقتراب من مفهوم الشروط الجعلية سنعمد إلى بيان خصائصها وأنواعها وذلك من خلال المطلب الأول.

على أن نتطرق في المطلب الثاني إلى حكم هذه الشروط.

المطلب الأول: مفهوم الشروط الجعلية

مصطلح الشرط الجعلي هو تركيب لفظي من كلمتي الشرط والجعل، فإذا كان الشرط يعني " ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن جزء من حقيقته."[3]

وإذا كان الجعل لغة يعني الصنع والوضع، وإيجاد الشيء من الشيء[4] فإن الشرط الجعلي من وضع المتعاقدين على خلاف الشرط الشرعي، وبناء على تعريف الشروط الجعلية كما ورد في المقدمة سنعمد إلى استخلاص الخصائص التي نميز الشروط الجعلية وذلك من خلال الفرع الأول، على أن نتطرق إلى أنواعها وذلك من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: خصائص الشرط الجعلي

يتمتع الشرط بمجموعة من الخصائص تتمثل خاصة فيما يلي:

أولا- هو أمر زائد على أصل العقد

القاعدة تقضي بكون العقود مفضية إلى نتائجها، فهي تفضي إلى آثارها بذواتها بجعل الشارع لها، حيث تكون أسبابا لمسبباتها[5]، وهو ما يعني أن آثار العقد تترتب بصفة تلقائية دون أن تحتاج إلى اشتراط، ومن باب أولى ينفصل انعقاد العقد عن الشرط[6]، إذا لا يمثل ركنا، فهو مستبعد من دائرة العناصر الجوهرية المكونة للعقد ذاته ، ومن هنا تبرز خاصية الزيادة ، فالأصل أن العقد ينعقد بدون الشرط، ويرتب آثاره أيضا ، ولكن الشرط إذا ورد كان مقصده تعديل تلك الآثار، فيؤدي إلى نشوء التزام زائد عن الالتزام الأصلي كما قد يؤدي إلى زوال هذا الأخير بحسب الحالات.

ثانيا-انه أمر مستقبل

فالشرط يتضمن أمرا مستقبليا يطالب به بعد انعقاد العقد، يستوي في ذلك أن يكون موجودا ورغب العاقد في بقائه مستقبلا، على غرار الموظفة المقبلة على الزواج والتي تشترط ممارسة وظيفتها بعد الزواج، أو كان غير موجود وطلب العاقد وجوده في

المستقبل، أو عدم حصوله مستقبلا كاشتراط الزوجة ألا يخرجها الزوج من بلدها.

وفي كل الحالات يبقى ارتباط الشرط بالمستقبل أمر جوهري لا يمكن ان ينفك عن الالتزام المشروط، لأن تخلف هذه الخاصية بأن يكون الشرط قد وقع وتحقق فعلا فلا معنى ساعتها للاشتراط ويصبح تبعا لذلك التزاما منجزا لا مشروطا.

ثالثا-هو شرط تقيد أو تعليق أو إضافة

يأتي الشرط الجعلي لأجل أن يقيد عقد الزواج بقيود تعدل من آثاره الأصلية عن طريق إيجاب التزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا عن ذلك الشرط ومن هنا أمكن القول بالوظيفة التقييدية للشرط الجعلي و على هذا الأساس جاءت هذه الخاصية وقد يأتي الشرط الجعلي في صورة تعليق يقتضي تعليق العقد على شرط لا ينعقد قبل وقوعه، أو حتى قد يزول هذا العقد بتحقق هذا الشرط، كما يأتي شرطا إضافيا.

رابعا- هو شرط مقارن للعقد أولا حق به

كذلك من الخصائص التي تميز الشرط الجعلي على أساس زمني بحت، كونه مقارنا لعقد الزواج ويطلق عليه الشرط المقترن بالعقد وهو الذي يقع حال العقد، ويضاف إلى صلبه وصيغته عند إنشائه [7]

ولكن هذا لا يمنع من أن يكون الشرط لا حقا للعقد أو حتى سابقا عنه، ويكون كذلك في الحالات التي يتفق فيها العاقدان على الشرط قبل التعاقد، ثم لا يذكر هذا الشرط عند ابرام العقد؛ وقد اختلف الفقهاء في مدى لزوم هذين النوعين من الشروط[8].

الفرع الثاني: أنواع الشروط الجعلية

الشروط الجعلية بأنواعها تختلف مفهوما وأثرا؛ وبالتالي حكما، وهو ما يستدعي الوقوف على أنواع تلك الشروط وهذا ما سنتعرف عليه من خلال هذا الفرع خلال الفرع، حيث تنقسم بالنظر إلى وظيفتها إلى أنواع ثلاثة هي: الشرط التقيدي، الشرط المعلق، وأخيرا الشرط الإضافي.

أولا- الشرط التقييدي

الشرط التقييدي هو «التزام المتعاقد في عقده أمرا زائدا عن أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه، أم كان مؤكدا له، أم كان منافيا له، وسواء كان فيه منفعة لمن اشترط الشرط لصالحه، أو كانت المنفعة لغيره، أو لم تكن هناك منفعة لأحد»[9]

ويعرّف أيضا بأنه «التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعا»[10]

ويقتصر هذا التعريف على الشرط التقييدي المقترن أو المقارن، وهو المستشف من عبارة «عند تكوينه» الرامية إلى إخراج الشرط السابق أو اللاحق للتصرف، حتى لو تضمن تكليفا.

وسمي هذا النوع مقيدا على اعتبار أنّ الشرط يوجب التزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا عن ذلك الشرط.

ثانيا- الشرط التعليقي

الشرط التعليقي هو ذلك الشرط الذي يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر كلاهما غير موجود في الحال.»[11]

أو هو ما علق فيه مضمون جملة على مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات التعليق، كأن حضر ابني من سفر فقد زوجتك له[12]

والتعليق عكس التنجيز حيث يكون العقد مطلقا مرتبا لآثاره فور صدوره.

والشرط التعليقي هو بمعنى السبب عند الأصوليين الذين يقولون في تعريفه:» ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم.» وتعليق الزواج لا يصح، يستثني من ذلك صورتان هما: أن يعلق على شرط ماض كائن أي محقق ومستمر إلى وقت التعليق، وتأتي الصورة الثانية في حال التعليق على شرط تحقق وجوده في مجلس العقد، حيث يكون التعليق في الصورتين تعليقا صوريا لا حقيقيا.[13]

وقد ذهب المالكية والحنابلة إلى عدم صحة التعليق هنا وبينوا أن الإيجاب المعلق على شرط لا وجود له قبل وجود الشرط،[14] إلا أن المالكية قد حكموا بصحة التعليق، في الحالة التي يعلق فيها الأب المريض مرض الموت زواج ابنته من شخص على موته من هذا المرض، فإن مات تم العقد بعد قبول الخاطب [15]

وعلى خلاف ذلك ذهب الشافعية إلى أن التعليق يبطل عقد النكاح مطلقا؛ لأنه ينافي جوهر عقد النكاح في الشريعة الإسلامية.[16] ويظهر الفرق بين الشرطين؛ التقييدي والتعليقي في أن هذا الأخير لا عمل له في آثار العقد وأحكامه، إذ عند تحقق الشرط الذي علق عليه العقد يصبح هذا الأخير كأنه لم يكن به شرط وينتج جميع آثاره وأحكامه، على خلاف الشرط المقيد للعقد الذي يكون عمله في المرحلة التي تلي تمام العقد[17]؛ فيقيده بعد أن كان مطلقا، أما الشرط المعلق فلا عمل له في أثر التصرف كالشرط المقيد، وإنما يعمل في أصل التصرف فيؤخره انعقاده، فإذا ما تحقق الشرط عمل التصرف عمله وانقضى عمل الشرط حينئذ.[18]

ثالثا- الشرط الإضافي

الشرط الإضافي يتمثل في تأخير حكم التصرف القولي، بإسناده إلى زمن مستقبل معين[19] بمعنى أنه يفيد إرجاء أثر التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل معين[20].

فيكون بذلك المقصود بالشرط الإضافي تأخير سريان أحكام العقد لاحقا، ويتحقق ذلك بإضافة صيغة الإيجاب إلى المستقبل.

ومنه يمكن القول بأن كل هذه الشروط هي مما يقترن بالعقد، غير أن الشرط التقييدي هو كما سبق بيانه ذلك الشرط الذي يعدل من آثار العقد زيادة أو نقصانا، على خلاف كل من الشرطين الإضافي والتعليقي مما يجعلهما يختلفان عن الأول مفهوما وأثرا. [21]

المطلب الثاني: حكم الاشتراط في الزواج

تباينت مواقف فقهاء الشريعة من حكم الاشتراط في عقد الزواج كمبدأ تراوحت المواقف بشأنه بين الحظر والإباحة.

وقد انعكس هذا التباين على التشريعات المختلفة، فما بين نظرية مقتضى العقد التي يتمسك أصحابها بأن الأصل في الاشتراط هو المنع، وبين مبدأ سلطان الإرادة الذي يرى أصحابه أن الأصل هو الإباحة تعددت أراء الفقهاء والشريعة وتباينت، فكان لزاما على التشريعات أن تختار ما تراه ملبيا لحاجات الناس، ومستجيبا لمتطلبات العصر، وهو ما سيتم تناوله من خلال الفرعين، الأول والثاني على التوالي.

الفرع الأول: حكم الاشتراط شريعة

حكم الشرط الجعلي يختلف تبعا لطبيعة الشرط وعلاقته بالعقد، وبناء على ذلك جاءت آراء الفقهاء لتؤصل لهذه المسألة على النحو الآتي:

أولا- لا خلاف بين الفقهاء في أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز

مما لا خلاف فيه أن الزواج كعقد له حكمه الأصلي الذي شرع من أجله ، هو ذاته المقصود الأصلي من شرعيته ، وهو ما يطلق عليه مقتضى العقد أو غايته النوعية ، و التي تولي الشارع الحكيم أمر تحديدها بيانا وفرضا، فهي ثابتة هنا عن طريق الشريعة لا عن طريق الاشتراط الذي لو تطرق إليها بالنص لا يزيد شيئا عما تم فرضه من قبل الشارع ومن خلال ذلك لم ير الفقهاء بأسا في هذا النوع من الاشتراط ، لكونه غير مخالف لمقتضى عقد الزواج ، لكن يبقى من الضروري الإشارة إلى أن ما يثبت بمقتضى العقد يستوي فيه الاشتراط وعدمه، نظرا لكون ما يوجبه الاشتراط هنا يثبت بالعقد ابتداء، فلا زيادة يأتي بها الشرط وإن بدا ذلك مع الشرط فيبقى زائدا صورة لا معنى[22] .

وهو ما ذهب إليه الأحناف حيث رأوا أن الشروط التي يقتضيها العقد تترتب عن هذا الأخير بغض النظر عن الشرط [23]لأن مقتضى العقد ما هو في الحقيقة إلا تلك الأحكام المقررة مسبقا من الشارع، والتي نص عليها صراحة، ويكلف العاقد بها، دون حاجة إلى اشتراطها.

ثانيا-لا خلاف بين الفقهاء في بطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد

الفيصل في هذه المسألة هو القاعدة الفقهية القاضية بأن: «ما يثبت الشرع مقدم على ما يثبت بالشرط»[24] وهذا عند التعارض، ولذلك لم يختلف الفقهاء في بطلان كل شرط جاء مناقضا لمقتضى عقد الزواج.

ثالثا- اختلاف العلماء في ضابط الشرط المشروع

اختلف جمهور الفقهاء في مدى سلطان الإرادة العقدية في تحديد آثار العقد تبعا لاختلافهم في ضابط الشرط الجائز، أو الشرط الغير جائز مما أدّى إلى اختلافهم حول مختلف الشروط التقييدية، ومدى آثارها على التصرف القولي صحة وبطلانا، ويمكن إرجاع هذا الاختلاف إلى أن أمر الاشتراط نظمه الاجتهاد استنادا على نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها، حيث لم يرد من الشارع معيارا محددا لمشروعية الشرط[25].

وعليه اجتهد الفقهاء في وضع ضوابط الاشتراط فوضعوا له قواعد، كان من أبرزها قاعدة الأصل في الاشتراط هو الحظر وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية، وانفرد الحنابلة بنقيض القاعدة القاضي بأن الأصل في الاشتراط الإباحة وليس الحظر[26].

ويأتي الظاهرية في مقدمة الفقهاء المانعين للشروط الجعلية، استنادا لمجموعة من الأدلة نذكر منها قوله تعالى: «اليوم أكملت لكم دينكم»[27] وقوله تعالى «تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون»[28]وبذلك لم يصححوا من الشروط، إلا ما ورد نص بجوازه أو انعقد بشأنه الإجماع.[29]

واتفق الشافعية مع الظاهرية في أن الأصل في الشروط الحظر غير أنهم وسّعوا دائرة الشروط الصحيحة، وأضافوا إلى ما يستثني من ذلك الأصل، أمرين هما: اشتراط ما يكون ملائما لمقتضى العقد، وموثقا له، ومحققا لمصلحته، واشتراط ما يتضمن معنى من معاني البر.[30]

واتفق الحنفية مع الشافعية فيما ذهبوا إليه، وأضافوا عليه تصحيح الشروط التي أسس لها العرف كأن تشترط المرأة تعجيل

نصف المهر[31] وبإقرارهم للعرف في تصحيح الشروط يكون الحنفية قد وسعوا في دائرة الشروط الصحيحة، وهو ما يعني أن ضابط الشروط الباطلة عندهم هو ما يؤدي إلى ما هو محظور شرعا، أو أن يكون مما لا يقتضيه العقد ولا ملائم له، ولا مما تعارف الناس التعامل به.[32]

واتفق المالكية مع الشافعية في تصحيح الشرط الذي يتضمن معنى من معاني البر عملا بقاعدة < المصلحة المرسلة> مما أدى إلى اتساع نطاق الشروط الصحيحة في المذهب المالكي على غرار الحنفية والشافعية؛ وهذا الاتساع الذي يأتي على حساب الأصل هو في الحقيقة ما جعل المبدأ عند هؤلاء الفقهاء ينحصر لصالح الاستثناء ، فأصبح بالتالي الأصل الذي هو الحظر محدود الأثر على أرض الواقع، فآل الأمر تطبيقا إلى أن الأصل في الشروط الإباحة وليس الحظر مما استدعى القول أن تمسك جمهور الفقهاء بنظرية مقتضى العقد أو أن الأصل هو المنع أضحى صوريا ، بسبب توسعهم في تفسير الدليل المسوغ ، بحيث يشمل العرف و الاستحسان ، المصالح المرسلة[33].

و في المقابل يصرح الحنابلة بأن الأصل في الشروط الإباحة كما سلف ذكره واستثنوا من ذلك ما ورد الدليل الشرعي بحظره وإبطاله ، وبذلك يكون المذهب الحنبلي من أكثر المذاهب توسعا في الاشتراط ، وخاصة في باب النكاح.[34]

وعليه يمكن أن نلخص موقف الفقهاء بالنسبة الاشتراط حيث اختلفوا حول جواز ذلك من عدمه: كما اختلفوا في وضع الحدود لذلك المبدأ، ويرجع ذلك إلى سببين، يتمثل الأول في اختلاف نظراتهم إلى مسألة موافقة الشرط لمقتضى العقد أو الملائمة لحكمه، ويرجع الأمر الثاني إلى اختلافهم في مسألة الأخذ بالأدلة الشرعية، فالظاهرية مثلا اعتبروا أن ضابط الشرط الباطل هو مالم يرد فيه النص من قرآن أو سنة أو إجماع ، وهم في ذلك ، متفقين كل الاتفاق مع مذهبهم الذي يقف في مصادر الأحكام الشرعية عند الإجماع ، ولا يتعداه إلى الرأي و القياس و الاستحسان و المصالح المرسلة ، لما يعرف عنهم من إنكار لأصل الرأي و التعليل[35] فأدى ذلك إلى تبني حظر الاشتراط كقاعدة أصيلة.

الفرع الثاني: حكم الاشتراط تشريعا

سنتناول في نقطة أولى حكم الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري، على أن نخصص النقطة الثانية لحكم الاشتراط عند بعض التشريعات العربية المقارنة.

أولا- حكم الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الأسري في المادة 19[36] على أنه: «للزوجين أن يتشرطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية...».

يتضح من النص أن المشرع الأسري قد تبنى فكرة أن الأصل في الاشتراط الإباحة، وهو ما يوافق مذهب الحنابلة في المسألة.

غير أن النص أعلاه وإن أسس لسلطان الإرادة كمبدأ في الاشتراط، إلا أنه لم يصحح كل الشروط، بل وضع لها ضابط أحكام قانون الأسرة، كقيد على مبدأ سلطان الإرادة في الاشتراط

كما أن المشرع قيد الاشتراط من خلال نصوص أخرى غير النص المذكور أعلاه، ويتعلق الأمر بالنصين 32 و35 من نفس القانون، أين برز معيار موافقة مقتضى العقد لضابط آخر لصحة الشرط في عقد الزواج.[37]

وهكذا ستظهر من مجموع هذه النصوص أن ضابط الشرط الصحيح عدم منافاة قانون الأسرة ومقتضي العقد.

ولنا أن نتساءل عن المعيار الأول المتعلق بقانون الأسرة هل قصد به المشرع أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة لعقد الزواج؟ خاصة مع وجود قراءات فقهية تذهب إلى النقيض تماما حيث تؤكد أن النص 19 أسقط أحكام الشريعة واقتصر على أحكام القانون فحسب[38] وهي القراءة التي لا يمكن الركون إليها مع وضوح وصراحة الإحالة التي تضمنتها المادة222 من قانون الأسرة، و التي تؤكد على كون الشريعة ، هي المصدر الموضوعي الوحيد لقانون الأسرة[39] ، وبالتالي المكمل الوحيد له في حالة القصور، وهو ما يعني أن قراءة المستشار أحمد نصر الجندي للنص 19 ،كانت قراءة قاصرة تأثرت بفردية النصوص بدل مبدأ تكاملها، وذلك على الرغم من أن المادة 19 كانت واضحة الدلالة في ضرورة احترام كل أحكام قانون الأسرة ، بما في ذلك من إحالة نصوصه دون استثناء أي نص ، لاسيما نص المادة 222 منه التي تقدم أحكام الشريعة الإسلامية كمكمل ومفسر لما نقص أو غمض في قانون الأسرة ، ثم إنه حتى في ظل القراءة المنفردة لنص المادة 19 لا يمكن التسليم أن مراعاة قانون الأسرة هي القيد الوحيد على مبدأ سلطان الإرادة في الاشتراط، إذ أورد النص قيدا آخر هو كتابة الشرط من خلال عبارة «أو في عقد رسمي لاحق ».

ثانيا- حكم الاشتراط في بعض القوانين المقارنة

فتحت التشريعات العربية المجال أمام الاشتراط، فاعتبر ذلك من حيث المبدأ صحيحا؛ من قبيل ذلك ما نص عليه المشرع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية، حيث نص في المادة 20 منه على أنّ:» الأزواج عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما، أو حرم حلالا» و يقابل هذا النص في قانون الأحوال الشخصية العماني المادة 5 وبنفس الصياغة،.

كما نص المشرع العراقي في المادة 6/3 على أنّ:» الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة.....»

و تناول الاشتراط المشرع الكويتي من خلال المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية، وصحح الشرط الذي لا ينافي أصل الزواج ولا مقتضاه ولا يخالف الشريعة الإسلامي كذلك،

المبحث الثاني: أثر الاشتراط

للشرط أثر على العقد، وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط فاسدا، كما له أثر على العقد في حال الامتناع عن الوفاء، وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط صحيحا؛ وهما المسألتان اللتان سيتم التطرق إليهما من خلال الفرعين الأول والثاني على التوالي

المطلب الأول: أثر الاشتراط على صحة الزواج

انقسم الفقهاء بشأن أثر الشرط الفاسد على العقد أيفسده أم لا؟ بين من غلّب فساد الشرط على العقد فأفسده، وبين من غلّب قوة العقد، فصحّح العقد غير معتبر بالشرط، وانعكس هذا الاختلاف على التشريعات.

الفرع الأول - أثر الاشتراط على صحة الزواج شريعة

اختلفت آراء الفقهاء بشأن تأثير الشرط على صحة العقد كما سلف ذكره، هذا وقد برزت صور من الأنكحة تحت تأثير الشروط الجعلية؛ وهي المسائل التي سيتم التفصيل فيها على النحو الآتي بيانه:

أولا- آراء الفقهاء بشأن أثر الاشتراط على صحة الزواج

1-المالكية[40] ذهبوا إلى أن تعليق النكاح أو إضافته إلى أجل مع اقتران ذلك بالصيغة يؤدي إلى بطلان عقد الزواج ، كما ذهبوا

في حال الشروط المخالفة للعقد أو بعض ما يترتب عليه إلى فسخ الزواج قبل الدخول وتثبته بعده، في حين صححوا العقد في الحالات التي لا يمس فيها الشرط بمقتضاه منافاة و لا مجاراة، وبتعبير أخر حيث لا يكون الشروط مما يقتضي العقد ذاته ولا مما ينافيه في نفس الوقت ، يمكن أن نلخص موقفه المالكية بأن الاشتراط قد ينال من صحة العقد مطلقا فيقتضي ببطلانه، وقد يجعله موقفا على الدخول ، كما لا يكون له أي أثر ذلك على حساب التفصيل السابق بيانه.

2-وذهب الحنفية إلى أن القيود الجعلية تنقسم إلى تعليق وشرط ، أما التعليق فإما أن يكون على ماض أو مستقبل ، فإن كان على أمر ماض واقع ، صح النكاح وانعقد في الحال ، لأن التعليق هنا شكلي، وإن كان التعليق على مستقبل ، فإن كان أمرا محقق الوقوع فالعقد صحيح أيضا على أساس أن التعليق هنا أمر صوري، أما إذا كان خلاف ذلك أي غير محقق الوقوع فالعقد باطل[41] وأما عن الشرط فلا تأثير له على عقد الزواج ، حيث أنه إذا كان الشرط مفسدا لعقود المعارضة فإنه لا يفسد عقد الزواج، بل يبطل الشرط دون العقد[42]، وتأسيسا على ذلك نجد أن الزواج المقترن بشرط الخيار صحيح عند الحنفية.[43]

3-ورأى الشافعية بطلان النكاح التعليق مطلقا،[44] وقسموا الشروط إلى أقسام الشرط الذي تقضيه العقد وهذا الشرط لا يضر العقد ذكره، و لا ينقصه إهماله لثبوت موجبه ومقتضاه في الحالتين.

والشرط الذي لا يقتضينه العقد ، ولكن في اشتراطه مصلحة تعود على العقد أو العاقدين أو أحدهما ، وحكم هذا النوع أنه يتقيد العقد به، ويثبت فيه، أما بالنسبة للنوع الثالث و المتمثل في الشرط المخالف لمقتضى العقد ولم يرد الشرع بجوازه وكان فيه منفعة مقصودة للشارط في عرف الناس وعاداتهم، وأثر هذا النوع في الجملة أنه يبطل العقد الذي يشترط فيه ويجعله كأن لم يكن ، وأخيرا بالنسبة للنوع الرابع و المتمثل في الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ولكنه لا يتضمن منفعة تقصد في عرف الناس وعاداتهم فهو لا أثر له في العقد والشرط يلغو وحده[45]

4-في حين ذهب الحنابلة إلى أن الشروط الباطلة منها ما يبطل العقود منها ما لا يبطله، وهذه الأخيرة هي تلك المنافية لمقتضى العقد وأما الباطلة التي تبطل العقد وهي ثلاثة أنواع تتمثل في اشتراط عقد في عقد، واشتراط شرطين[46] فاسدين في العقد، وأخيرا اشتراط ينافي مقصود العقد[47]، أما الشروط الصحيحة كالتي تكون من مقتضى العقد، أو من مصلحته، أو فيها منفعة فيتبقى العقد معها صحيحا.

ثانيا- أبرز صور الأنكحة المتأثرة بالاشترط

نتيجة الاشتراط في الزواج اشتهرت عدة صور من الأنكحة يمكن أن نورد بعضا منها على النحو الآتي:

1- زواج المتعة

ويكون بلفظ مشتق من مصطلح المتعة مثل أستمتع وأتمتع، وهو باطل بالكتاب والسنة والإجماع وإنّما يطلق عليه لفظ نكاح أو زواج مجازا، والدليل على ذلك أنه يرتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا توارث فيه؛ فقام الدليل على أنه ليس بنكاح.[48]

2- الزواج المؤقت

يكون بلفظ النكاح والتزويج وما يقوم مقامهما مع التأقيت؛ كأن يتزوج الرجل امرأة ويشترط أن يطلقها بعد فترة معينة، أو يقول تزوجتك شهرين مثلا.

3– زواج المحلل

وهي صورة تندرج ضمن أبرز الأمثلة على الشرط الفاسخ في عقد الزواج وذلك بأن يتزوج شخص المطلقة ثلاثا على أنه متى أحلها للأول طلقها، أو يتزوجها بشرط أنه متى أحلها لمطلقها فلا نكاح بينهما، وقد ذهب الفقهاء إلى حرمة هذه الصورة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لعن الله المحلل و المحلل له » رواه ابن ماجه وأبو داود و الترمذي ، وقد قرروا فساده للشرط وأدخلوه ضمن النكاح المؤقت[49] و المؤقت في معنى المتعة[50] .

4-زواج الشغار

وصورته أن يزوج رجل من هي في ولايته لشخص آخر مقابل أن يزوجه الآخر ممن هي في ولايته على أن تكون كل واحدة منهما مهرا للأخرى وهيأته أن يقول أحدهما للآخر زوجتك أختي مثلا على أن تزويجي ابنتك ولا مهر بيننا ويقبل الآخر: وحكم هذا العقد أنه صحيح عند الحنفية، غير صحيح في رأي الجمهور.[51]

الفرع الثاني- أثر الاشتراط على صحة الزواج تشريعا

نص المشرع الأسري في المادة 32 على أنه :»يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد»

كما ينص في المادة 35 على أنه: «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا»

والحقيقة أن ظاهر النصين يثير غموضا كبيرا بسبب التناقض بين الحكمين بشأن أثر فساد الشرط على العقد صحة وبطلانا؛ حيث ذهب النص الأول إلى بطلان عقد الزواج بسبب منافاة الشرط لمقتضيات العقد، في حين ذهب النص الثاني إلى بطلان الشرط المنافي للعقد، دون هذا الأخير؛ والذي يبقى بمنأى عن البطلان هذه المرة.

ويبقى السؤال المطروح أمام هذا التناقض كيف يحكم القاضي؟ أيغلب نظرية العقد على فساد الشرط، أو يغلب فساد الشرط على قوة العقد؟ خاصة مع اختلاف فقهاء العلم الشرعي في المسألة، مع ما يثيره النصان معا من تبني المشرع الأسري للرأيين معا؛ مع أن هناك من يرى أن المشرع قد حسم الموقف في نص المادة 35، حجته في ذلك ورود هذا النص لاحقا للنص 32، ثم تخصيصه لهذه المسألة دون سواها، مما يوحي باستقرار المشرع على رأي تغليب نظرية العقد.[52]

ولهذا الرأي سلبيات لا يمكن إغفالها، لأن الفقهاء أجمعوا على أن تعليق عقد الزواج وكذلك إضافته إلى أجل، مع اقتران ذلك بالصيغة يؤدي إلى بطلان عقد الزواج، كما أجمعوا على بطلان العقد بشروط غيرها مع اختلافهم في تفاصيل ذلك، لكنهم لم يقولوا أبدا بعدم تأثر العقد بالشرط مطلقا، وهو الأمر الذي أدركه المشرع الأسري فترك المسألة بين الرأيين حتى يترك السلطة التقديرية للقاضي، فيحكم حسب الحالات إما بمقتضى المادة 32 أو المادة 35، ووفقا لما يترجح لديه من آراء فقهاء الشريعة، الذين لم ينكر منهم أحد بطلان العقد بسبب فساد الشرط.

وفي نفس السياق يطالعنا المشرع السوري بحكم غريب، حيث يقضي في المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية بأنه:» إذا قيد عقد الزواج ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا.....»[53]

وهو نفس موقف المشرع العماني في المادة 5 حيث قضى في الفقرة ب منها على أنه:» إذا اقترن العقد بشرط ينافي غايته أو مقاصده فالشرط باطل والعقد صحيح.....»[54]

في حين نص المشرع الكويتي على أنه:» إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد»[55]

وتميز المشرع الإماراتي عن هؤلاء جميعا بأن فصل في المسألة تفصيلا وافيا؛ حيث نص في المادة 20 [56] ، والتي قضت في فقرتيها الثانية والثالثة بأنه:» ...إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد.

_ إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أوكان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.....»

وهو تفصيل يمّكن القاضي من بناء رأي لا يبتعد فيه عن أحكام الشريعة، ولا تتضارب بشأنه الآراء.

المطلب الثاني: أثر الاشتراط من حيث الوفاء

كما يؤثر الشرط على صحة الزواج، فإن له أثر آخر، يتمحور حول الوفاء من حيث وجوبه من عدمه؛ وهو ما سيتم تناوله من خلال النقاط الموالية:

الفرع الأول - أثر الشروط الجعلية من حيث الوفاء شريعة

الشروط هي التي تبين حدود الحقوق التي يجب الوفاء والأخذ بها؛ وهو الأثر الذي تم الاتفاق عليه بين فقهاء العلم الشرعي، والأخذ به كقاعدة، هذا هو الأصل فيها، ولكنهم اختلفوا في كيفية تطبيق تلك القاعدة.

وفي هذا الصدد ذهب الفقهاء إلى أن الشرط الموافق لمقتضى العقد يلزم صاحبه، حيث اتفقوا على اعتبارهذا الشرط ولزومه. في المقابل اتفقوا على عدم لزوم الشرط الذي يكون منافيا لمقتضى العقد.

غير أنهم اختلفوا بالنسبة للشرط الذي لا يناقض عقد الزواج ولا يوافقه: بين من يرى عدم لزوم هذا الشرط، وبين من يراه لازما أي واجب الوفاء، وقد تبنى هذا الرأي الأخير من الفقهاء الحنابلة، الذين قالوا بصحة هذا الشرط وبالتالي لزومه أي وجوب الوفاء به، بحيث إذا أخلّ العاقد ، كان للمشترط حق طلب التفريق، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط.

وذهب المالكية إلى تقسيم الشروط في العقد إلى نوعين: صحيحة وفاسدة، و الصحيحة نوعان مكروهة وغير مكروهة فأما غير مكروهة فهي تلك التي تتفق مع مقتضى العقد، فهي واجبة الوفاء لما سبق بيانه ، وهذا على خلاف الصحيحة و المكروهة وهي التي لا تتعلق بالعقد ، أو لا تنافي المقصود من العقد، وإنما فيها تضيق على الرجل، فهذه لا يجب فيها الوفاء ، إلا إذا كان فيها يمين بعتق ، أو طلاق فإنها تلزم الرجل حجتهم في ذلك أن الشروط التي فقدت كل صلة لها بالعقد نفيا أو اقتضاء تعتبر مما ليس في كتاب الله ، و بالتالي فهي ليست مما رتبه عقد الزواج من أحكام ، ولذلك لا يجبر الطرف الآخر على الوفاء بها قضاء، لكن هذا لا يمنع من الوفاء بها بل يسن ديانة.

أما الشافعية فقد اعتبروا هذه الشروط لاغية [57]ومن ثم لا يلزم الوفاء بها، وقد سايروا الحنابلة في تقسيم الشروط إلى صحيحة وفاسدة، وهذه الأخيرة إن كانت تخالف مقتضى عقد النكاح دون أن تخل بمقصود الأصلي فهي باطلة، دون العقد؛ أما إذا أخل الشرط بمقصود النكاح الأصلي فأبطله كان باطلا وامتد للعقد فأبطله.

وفيما عدا ذلك من الشروط الصحيحة التي توافق مقتضى عقد النكاح فهي واحيه الوفاء.[58]

أما الحنفية فقد قسموا الشروط بحسب الوفاء إلا ثلاثة أصناف، يتمثل الأول في الشروط التي لا يجوز الوفاء بها، وهي تلك الشروط المخالفة لنظام الزواج وطبيعته، كاشتراط ألا ينفق عليها، وصنف أخر، متمثل في الشروط التي يجب الوفاء بها، وهي

تلك التي تتفق مع طبيعة العقد ونظامه مثل اشتراط، ألا تخرج من البيت إلا بإذنه، وأخيرا يأتي الصنف الثالث من الشروط التي لا مانع من الوفاء بها، بل الشارع يبحث عن الوفاء بالعهود، وهي تلك الشروط التي لا علاقة لها بالنظام الزواج، ولكنها تتفق مع إرادة المشترط ومصلحته الخاصة كاشتراط ألا يخرجها من بلدها، وعلى هذا الأساس، لا يكلف الزوج بتنفيذ أي شرط من الأقسام المذكورة، باستثناء ما اتفق مع طبيعة الزواج ونظامه، ولكنهم استثنوا من ذلك اشتراط المرأة أن يكون لها حق تطليق نفسها ، فقد صنفوا هذا الشرط ضمن الشروط التي يجب الوفاء بها[59].

وذهب الحنابلة إلى أن كل شرط يشترطه الزوجان أو أحهما شفاهه أوكتابة في عقد الزواج، هو شرط واجب الوفاء به ويبقى لمن اشترط[60] لنفسه عند الامتناع عن الوفاء طلب فسخ العقد مالم يقم دليل شرعي على بطلان الشرط.

عملا بقوله تعالى «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا».

هذا وقد اختلف الفقهاء في الوفاء بالشرط السابق على العقد، حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعية (على ظاهر المذهب) والظاهرية إلى أن الشرط السابق على العقد لا يلحق العقد فلا يؤثر فيه ولا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إذا كان شرطا فاسدا؛ بينما ذهب الرأي الثاني إلى أنه يلحق بالعقد فيبطله إذا كان فاسدا، ويلزم الوفاء به إن كان صحيحا[61] أما الشرط اللاحق فقد اتفقوا على لزوم الوفاء به إذا كان صحيحا، وعدم الوفاء به إذا كان فاسدا.[62]

الفرع الثاني أثر الاشتراط من حيث الوفاء تشريعا

مبدئيا لا يمكن تصور انفكاك أمر صحة الشرط، عن أمر وجوب الوفاء به على الأقل من الناحية المنطقية، فكون الشرط صحيحاً ومعتبرا، يوجب أن يكون واجب الوفاء أيضًا، وهذا ما يجعلنا نجزم أن المشرع لمّا اعتبر الشروط بين الزوجين صحيحة، إلا ما تم استثناؤه، فإنه جعلها واجبة الوفاء، وفي هذا السياق نجد أن بعض التشريعات العربية قد نصت صراحة على وجوب الوفاء من قبيل ذلك ما ذهب إليه المشرع الكويتي في المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية والتي نص فيها في الفقرة ج على أنه:» ..وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله، ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء».

غير أن سؤالا ملحا يطرح بهذا الخصوص يتمحور حول مدى إمكانية إجبار الممتنع من الزوجين عن الوفاء لإعطاء هذا الوجوب فعاليته التي ينبغي أن يحظى بها، وبالقدر الذي لا يهدر قدسية عقد الزواج؟

في الحقيقة أنه في ظل المعطى القانوني القاضي بانعدام إمكانية اجبار المعني على التنفيذ، خاصة إذا كان الوفاء يتطلب تدخل هذا الأخير، لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية، فالجواب لن يكون معززا لأثر الشرط من حيث الوفاء.

وأمام هذه الوضعية لم يكن في وسع المشرع الأسري إلا أن يتيح للزوجة إمكانية طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بالشرط، وذلك من خلال المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها التاسعة، وهو ما يمكن اعتباره نوعا من الجزاء الذي يقابل إخلال الزوج بواجب الوفاء، في الوقت الذي لم يمكّن الزوج من أي إجراء يواجه به امتناع زوجته عن الوفاء، وكان حريا بالمشرع ألا يغفل أمرا كهذا، طالما كان الاشتراط من حق كل من الزوجين، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن التطليق في القانون الجزائري يظل من حق الزوجة وحدها، ولو أن المشرع تطرق لفسخ عقد الزواج كجزاء لربما كان أورده في مواجهة الزوجة كما فعل مع التطليق في مواجهة الزوج، وهو الحل الذي أخذ به المشرع الكويتي في نهاية الفقرة ج من المادة 40 المذكورة أعلاه والتي نصت على أنه:»

فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ»، بل لقد ذهب المشرع العماني إلى تعميم مصطلح التطليق على الزوجين من خلال ما نص عليه في الفقرة د من المادة 5 والتي قضت بأن:» للمتضرر من الزوجين عند الإخلال بالشرط حق طلب التطليق». وذهب المشرع الإماراتي إلى أكثر من ذلك، حين أعطى الزوج إضافة إلى حق طلب الفسخ، حق اعفاءه من نفقة العدة، وذلك في الحالة التي تخل فيها الزوجة بواجب الوفاء بالشرط.

الخاتمة

بعد إتمام هذه الدراسة يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية:

1- ينسب الشرط الجعلي لإرادة العاقد، وهو يختلف عن شروط الزواج التي تنسب إلى الشارع ولا دخل للإرادة فيها.

2- انفراد الحنابلة بأن الأصل في الاشتراط الإباحة وهو الرأي الذي سارت عليه التشريعات العربية لأنه الأكثر مسايرة للتطورات الاجتماعية.

3- اتفق الفقهاء على أن الشروط التي يقتضيها العقد يتوجب الوفاء بها، ويثبت للزوجين خيار الفسخ عند الإخلال بها وهو الموقف الذي تتبعه التشريعات العربية أيضا، وتطرق المشرع الأسري إلى حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الوفاء بالشرط، وأهمل حق الزوج في حالة امتناع الزوجة عن الوفاء بالشرط، إذا كان الشرط لصالح الزوج، أي إذا كان هو المشترط، وهو الموقف الذي اتفق فيه مع المشرع العراقي.

4- اتفق الفقهاء في أن الشرط المنافي لمقتضى العقد باطل، واختلفوا في تأثيره على العقد، فمنهم من اكتفي ببطلان الشرط، ومنهم من سحب البطلان على العقد أيضا، وكذا فعلت التشريعات العربية التي تأثرت باختلاف المذاهب

5- اختلف الفقهاء في الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ولا تلائمه، ودار خلافهم حول مدى صحة هذه الشروط، وكذلك مدى وجوبها، واتبعت التشريعات العربية الحنابلة الذين قالوا بصحة هذه الشروط وكذلك لزومها، أي وجوب الوفاء بها.

قائمة المراجع

1. أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009.
2. بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون-الزواج والطلاق-ج1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ب ت.
3. بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ج8، مجموعة من المحققين، دار الهداية، ب ت، ص206
4. حسين علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي – دارسته مقارنة ط1، دار كنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية، 1430هـ /2009 م.
5. رشدي شحاته أبوزيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الفك العربي للنشر، 2001.
6. رمضان على السيد الشرنباصي، محمد كمال الدين إمام جابر عبد المعادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة في الفقه

الإسلامي و القانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية – الزواج الفرقة بين الزوجين الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ن الإسكندرية ، 2009 ، 2010.

7. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، رسالة مقدمة للحصول على الشهادة العالية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

8. نبيل صقر ، قانون الاسرة نصا وفقها و تطبيقا ، دار المهدي عين مليلة ، الجزائر 2006

9. السيوطي، الأشياء و النظائر، مصطفى البابلي الحلبي 1356هـ – 1909 م

10. صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الوراق، عمان،2005.

11. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1429هـ/2008م.

13. محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1981.

14. محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة، بالعقد وأثرها فيه في الفقه الاسلامي، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة قطر، ب ت.

15. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، داربن حزم للطباعة والنشروالتوزيع، ط1، لبنان، 2003.

16. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، طبعة خاصة بالجزائر، بإذن من دمشق، 1992.

التشريعات الوطنية

1. قانون رقم 11-84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ 27 فبراير 2005.

التشريعات العربية

1. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953

2. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.

3. قانون الأحوال الشخصية العماني رقم 32 لسنة 1997

4. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 25 لسنة 2005.

المقالات

1. تقية عبد الفتاح ، مقال بعنوان : الإشكالات القانونية بين النظرية و التطبيق في القانون 11-84، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و الأساسية ، دج 41 ، ع 2 كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2003 .

الهوامش:

1- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، داربن حزم للطباعة والنشروالتوزيع، ط1، لبنان، 2003، ص36-35.

2- محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1981، ص 80.

3-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، طبعة خاصة بالجزائر، بإذن من دمشق، 1992، ص36.

4- بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ج8، مجموعة من المحققين، دار الهداية، ب ت، ص206

5 فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالةلبنان،1429ه/2008م، ص 370.

6 محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة، بالعقد وأثرها فيه في الفقه الاسلامي، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة قطر، ب ت، ص 62

7 محمد عتمان شبير، المرجع السابق، ص 64

8حسين علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي – دارسته مقارنة ط1، داركنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية، 1430ه /2009 م، ص 720

9 رشدي شحاته أبوزيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، 2001، ص 45.

10فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 373.

11_فتحي الدريني، نفس المرجع، نفس الصفحة.

12صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الوراق، عمان، 2005، ص75.

13_صلاح محمد أبو الحاج، نفس المرجع، ص 76.

14_وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص53.

15 _حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص95.

16_ محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 93.

17 حسن علي الشاذلي، المرجع السابق ص 67

18 زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، رسالة مقدمة للحصول على الشهادة العالية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968 ص 32

19محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص63

20 فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 373

21 فتحي الدريني، نفس المرجع ، ص 373

22 فتحي الدريني، المرجع السابق ، ص 371 - 374

23/ رمضان على السيد الشرناصي ، محمد كمال الدين إمام جابر عبد المعادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء ، دراسة لقنوين الأحوال الشخصية – الزواج الفرقة بين الزوجين الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ن الإسكندرية ، 2009 ، 2010، ص 101

24- السيوطي ، الأشباه و النظائر ، مصطفى اليابني الجلي 1356ه – 1909 م ، ص 102

25 فتحي الدريني ، نفس المرجع، ص 371 - 375

26 محمد عثمان شبير ، المرجع السابق ، ص 78

27 سورة المائدة ، الآية 03

28 سورة البقرة الآية 229

29 فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ص 375

30 محمد عثمام شبير ، المرجع السابق ، ص 69

31 رمضان علي السيد الشرنباصي ، محمد كمال الدين همام المرجع السابق ، ص 101

32محمد عثمان شبير ، نفس المرجع ، ص 72-71

33 محمد عثمان شبير ، نفس المرجع ص 88-75

34 بدران ابو العسيف بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون-الزواج والطلاق-ج1،دار النهضة العربية، بيروت، ب ت، ص. 52

35 محمد عثمان شبير ، المرجع السابق ص 69

36الأمر 05 -02 المتضمن قانون الأسرة وكان نص المادة في القانون الأسرة وكان نص المادة في القانون 84/11كالتي :«للزوجين أن يشترط في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها مالم تناف مع هذا القانون »

37 تقية عبد الفتاح ، مقال بعنوان : الإشكالات القانونية بين النظرية و التطبيق في القانون 11-84، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و الأساسية ، دج 41 ، ع 2 كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2003 ، ص 96

38 احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 62

39 تنص المادة 222 على انه: «كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»

40محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 91-90

41 محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 86-85

42 نبيل صقر، قانون الاسرة نصا وفقها و تطبيقا، دار المهدي عين مليلة ، الجزائر 2006، ص 56-55 وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي و ادلته، المرجع السابق ، ص 54

43 بدران ابو العنيق بدران، المرجع السابق ص 54

44حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص100

45 زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 117 -120

46 محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 83

47 حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص 331

48 صلاح محمد أبو الحاج، المرجع السابق، ص 81

49 صلاح محمد أبو الحاج، نفس المرجع ، ص 83

50حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص 692 .693

51 بدران أبو العيني بداران، المرجع السابق، ص 53

52_تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 96.

53._ قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953.

54_ قانون الأحوال الشخصية العماني رقم 32 لسنة 1997.

55_ قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.

56_ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 25 لسنة 2005.

57 محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 91

58 زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 117 -120

59 محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص 87-86

60 بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 54

61 _حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص 720

62 _ نفس المرجع، ص 727