الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة

أ / حداد فاطمة
كلية الحقوق
جامعة العربي التبسي تبسة
Haddadfatma1200@gmail.com

أ / حجاب ياسين
قسم الحقوق
جامعة محمد بوضياف المسيلة
hadjab_yacine@yahoo.com

ملخص

تتجدد حاجات الناس تبعا لتطور المجتمعات مما يقتضي معه ظهور مشارطات جديدة، لم يحدد الشارع تنظيمها، وبالتالي يكون وضع الشروط هو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع ومصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، الأمر الذي جعل الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة تعطي لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة وذلك لضمان حقوقهما، وقيام علاقة زوجية خالية من المشاكل، إلا أن ذلك لا يعني أن للزوجين مطلق الحرية في الاشتراط، وذلك لوجود حدود لهذه الشروط. و على ذلك فالإشكال المطروح يتمثل في:ما مدى معالجة المشرع الجزائري لمسألة الاشتراط في عقد الزواج ؟ و فيما تتمثل الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط؟

الكلمات المفتاحية: الشرط، الزوجين، التعويض.

Résumé

Renouvelé les besoins des gens en fonction du développement des sociétés qui lui nécessite l'apparition d'une nouvelle chartes-parties,

la rue n'a pas précisé l'organisation, et donc des conditions fixées est la seule façon pour le couple de réaliser les avantages et les intérêts nécessaires ne peut être atteint dès la conclusion d'un contrat de mariage, qui a fait la loi islamique et le droit de la famille donne à chaque conjoint le droit d'inclure leurs modalités contractuelles qui voyant approprié de manière à garantir leurs droits, et la relation conjugale sans problèmes, mais cela ne signifie pas la liberté absolue du couple dans l'exigence, car il y a des limites à ces conditions. Et ils question se pose sont les suivantes:
Comment aborder la question de l'exigence de législateur algérien dans le contrat de mariage? Et comme ce sont les conséquences de la non-réalisation de la condition?
Mots clés: Condition, couple, compensation **.**

مقدمة:

إن عقد الزواج ليس بعقد تمليك لعين، أو منفعة كالبيع والإيجار، بل هو أسمى من ذلك لأنه غير مبني على المشاحنات والرغبة في كسب المال أو تحقيق أهداف دنيوية محضة، بل هو مبني على معان خاصة فهو رباط مقدس يجمع بين الرجل والمرأة ويربط بينهما برباط المودة والرحمة، و على ذلك تتجدد حاجات الناس تبعا لتطور المجتمعات مما يقتضي معه ظهور عقود ومشارطات جديدة، لم يتول الشارع تنظيمها وتحديد آثارها، وبالتالي يكون وضع الشروط هو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع ومصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، بل لابد من اشتراطها مسبقا والنص عليها في العقد، هذا ومن جهة أخرى فإن الشروط في عقد الزواج قد تكون كفيلة بتجنيب الأسرة وقوع خلافات ومشاكل زوجية لو اتفق الزوجان مسبقا على تنظيم بعض المسائل الهامة في حياتهما الزوجية.

الأمر الذي جعل الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة تعطي لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة وذلك

لضمان حقوقهما، وقيام علاقة زوجية خالية من المشاكل مادام أن باب الاشتراط مفتوح، إلا أن ذلك لا يعني أن للزوجين مطلق الحرية في الاشتراط، وذلك لوجود ضوابط وحدود لهذه الشروط. و على ذلك فالإشكال المطروح يتمثل في:

ما مدى معالجة المشرع الجزائري لمسألة الاشتراط في عقد الزواج ؟ و فيما تتمثل الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط؟

نحاول الاجابة على هذه الاشكالية بالاعتماد على المنهج التحليلي لنصوص المواد القانونية،و كذا المنهج المقارن بين مذاهب الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري لاستخلاص منحى المشرع الجزائري في اعتماد مبدأ الاشتراط في عقد الزواج، وذلك بالاستناد على الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج

المطلب الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج

المطلب الثاني: الاشتراط في عقد الزواج بين الحظر و الاباحة

المبحث الثاني: أحكام الاشتراط في عقد الزواج

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على الاخلال بالاشتراط في عقد الزواج

المبحث الأول: ماهية الشرط المقترن بعقد الزواج

تشمل العقود من حيث الإطلاق والتقييد، حالتان عامتان: فإما أن تصدر من المتكلم منجزة ومطلقة، وخالية عن كل قيد وشرط وعندئذ يرتب العقد آثاره فور إنشاءه، وإما أن تصدر صيغة العقد مربوطة بأمر يقصد به إما: تعليق وجود العقد بوجود شيء آخر، أو تأخير مفعوله إلى زمن معين أو تقييد حكمه و آثاره، وهو محل الدراسة.[1] ومن ثم فإننا نستبعد من نطاق البحث كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ وكذا فكرة الأجل، لأنها تعتبر

من أوصاف الالتزام، ليتم التركيز على الشرط المقترن بالعقد أي الذي يدخل في ماهية العقد ويقصد به المتعاقدان تقييد آثاره، وسنتناول في هذا المبحث مفهوم الشرط، و الخلاف القائم حوله ثم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج

نتطرق لتعريف الشرط، ثم بيان خصائصه كالآتي:

أولا: تعريف الشرط

نوضح تعريف الشرط لغة ثم قانونا فيما يلي:

***التعريف اللغوي للشرط:** يقصد به: "إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه." [2] ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته اتجاه نفسه أو غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان.[3]

***التعريف الاصطلاحي للشرط** هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشرط. كقول الرجل لامرأته: إن خرجت من الدار فأنت طالق، فإن وقوع الطلاق هنا يتوقف على خروج المرأة. وقيل أن الشرط: هو "ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط " [4]، ومثال ذلك الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود، كشرط الأهلية، فإنها إلزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده.[5]

ويمكن تعريف الشرط المقترن بالعقد أو شرط التقييد لا شرط التعليق بأنه: " التزام العاقد في عقده أمرًا زائدًا على أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكداً له، أو كان منافيا له، أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط.[6]

وحسب الشيخ منصور البهوتي فإن المعتبر من الشروط هو ما يرد في صلب العقد كأن يقول فلان زوجتك بنتي بشرط ألا تخرجها من بلدها ويقبل الزوج بذلك.[7]

ثانيا: خصائص الشرط

***الشرط أمر زائد على أصل العقد** أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي تطلبها المشرع دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد، لأن هذا الأخير يدخل على العقد بعد تمامه وتوافر أركانه وشروطه، فلو اشترطت المرأة في عقد الزواج كفيلا لضمان المهر وقبل بذلك الزوج، فإن اشتراط الكفيل لضمان المهر أمر زائد عن عقد الزواج لأنه ينعقد بدون هذا الشرط، ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط، ونفس الحكم ينطبق على بقية أنواع العقود

* **الشرط أمر مستقبل** أن يكون الشرط متعلقا بالتزام سيوجد في المستقبل غير موجود في الماضي ولا في الحال، حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام بالشرط تجاه المشترط وإذا كان الشرط واقعا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل، فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا، فإنها تطلق في الحال.[8]

* **الشرط أمر محتمل الوقوع** أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشترط عليه تنفيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل، لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلاً. 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 على عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمناطها نص القانون حيث يعتبر

الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم.[9]

المطلب الثاني: الاشتراط في عقد الزواج بين الحظر و الاباحة

إن حرية الاشتراط في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد، بدليل أن من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود؛ فيجعلون للعاقد أن يشترط عند إنشاء العقد ما شاء من الشروط. وعلى العكس من ذلك، فإن الذين يقولون بأن الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع والآثار التي اعتبرها؛ لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضيات العقود.[10]

وتفريعاً لذلك اختلف الفقهاء مابين مضيق وموسع فيما يتعلق بحرية التعاقد، وبالتالي حرية الاشتراط، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى أن الأصل في الاشتراط الحظر، وذهب رأي آخر إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة،ومن هنا يثور التساؤل حول مدى حرية الزوجين في تحديد الشروط المقترنة بعقد الزواج التي من شأنها أن تؤثر في آثار عقد الزواج ؟

أولا: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر

يمثل هذا الرأي مذهب الظاهرية المتمثلون في أتباع داوود بن علي وابن حزم الأندلسي، اضافة إلى رأي كل من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، فإرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاؤه، وإن فعلته كان باطلا، فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط الحظر ويتمسك أصحابها جميعاً بهذا المبدأ إجمالاً، وإن اختلفوا في التفصيلات.[11]

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته.[12] فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد وتلائم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية. و استدلوا على ذلك بقوله تعالى:" ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"[13]، ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه وتعالى بين لنا الحدود التي لا يصح لعباده أن يتجاوزوها، ومن ثمة فإن كل شرط لم يرد به دليل معين يكون تعدياً لحدود الشريعة لا يجب الوفاء به.[14]

وتقوم نظرية مقتضى العقد على أساس أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقداً بقدر ما تحقق انضمامهما إلى نظام قانوني؛ بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام. [15]لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط، ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقاً تبعاً لاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعاً لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمته وانتفاء ذلك.[16]

في الحقيقة، إن الفقه الإسلامي ليس قاصراً على مذهب الظاهرية وبقية أنصار هذا الرأي، بل يشمل أيضاً ما يعبر عن شمولية الفقه الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان بما يحمل من آراء وأفكار وحلول ناجعة، وهذا ما سيتضح لنا جلياً من خلال آراء وأدلة الرأي الثاني المتمسك بحرية الاشتراط.

ثانيا: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة

يمثل أصحاب هذا الرأي مذهب الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[17] وطائفة من فقهاء المالكية[18]، وهو الرأي ذاته القائل بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي؛ لأن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد والعقود مركبة على الشروط. وحسب أنصار هذا الرأي، فإن للأفراد أن يبتدعوا صوراً جديدة من العقود والشروط على أن يكون ذلك في دائرة معينة هي دائرة الحلال والمباح ولا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام. لأن الإرادة في نظرهم كافية وحدها لتحقيق الالتزامات؛ فالله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والنذور والعهود على وجه العموم ولم يستثني منها إلا ما كان محرماً بنصوص الكتاب والسنة، بل إن الله تعالى أمر المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين، وهذا كله دليل على أن إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها.[19] واستدلوا على ذلك في الآية الكريمة التي أوجبت الوفاء بالعقود، وهي قوله تعالى: " يأيها الذين امنوا أوفوا بالعقود".[20] ووجه الدلالة أنها توجب الوفاء بما أحل الله من عقود[21] و جاء الخطاب في هذه الآية بلفظ الإيمان والتكريم والتعظيم على وجوب الوفاء بكل عقد وعهد سواء كان بين الإنسان وربه، أو بين الناس فيما بينهم.[22]

ثالثا: الرأي الراجح

إن الأخذ برأي الحنابلة في حرية الاشتراط في عقد الزواج يكون هو الرأي الأرجح، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقتضى عقد الزواج. وهكذا نجد أن حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج تنعدم عند مذهب الظاهرية، فالأصل عندهم هو المنع التام؛ لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب والسنة، ثم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء المذهب الحنفي والشافعي والمالكي، وهذا لإقرارهم الأخذ ببعض الأدلة

الشرعية كالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف[23]، إلى أن تتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، حيث أجاز الحنابلة للزوجين اشتراط الشروط التي تحقق منفعة مقصودة، ولا تتعارض مع مقتضى عقد الزواج ونصوص الشريعة؛ وراعى الحنابلة في إباحة هذه الشروط ما للزواج من جانب كبير من القدسية، وكذلك الدور الذي تقوم به هذه الشروط في الحفاظ على استقرار الأسرة؛ لذلك كانت رعاية الشروط التي ترد في عقد الزواج وفيها منفعة للزوجين أو أحدهما أوجب وألزم من العقود الأخرى.[24]

وأخيراً يجمل بنا أن نشير إلى أن الرأي الثاني الذي يقضي بأن الأصل في الاشتراط الإباحة يمتاز بالمرونة والملاءمة مع واقع الناس ومتطلباتهم وروابطهم العقدية، وهو اتجاه سليم إذ الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة. كما أنه يسمح للزوجين باشتراط شروط تهدف إلى ضمان مستقبلهم وحماية مصالحهم المشتركة وتقوية أواصر المودة والرحمة بينهما.

رابعا: موقف قانون الأسرة الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج

لا يختلف موقف المشرع الجزائري عما ذهب إليه الفقه الحنبلي من أن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم يقم الدليل على المنع؛ وهذا ما يبدو واضحا من أحكام نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري،[25] والتي تنص على أنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون." وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أطلق السلطان لإرادة الزوجين في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحهما، ما لم تتعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة. و

باستقراء نص المادة 19 نجد المشرع الجزائري أكد على شرطي عدم تعدد لزوجات، و شرط عمل المرأة ، حيث اعتبرت المادة 67 من قانون الأسرة أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل.

يمثل عمل المرأة في حالات كثيرة صوناً لها من المهانة وطلب الناس، كما أنه لا يمكن للمجتمعات العربية أن تنمو اقتصاديا أو تنهض حضارياً إذا ما ظلت نصف القوة الإنتاجية في المجتمع – المتمثلة في المرأة – قوة معطلة أو مهمشة أو محظوراً عليها المشاركة في تنمية القطاعات الاقتصادية.[26]

استدل العلماء على أحقية المرأة في العمل بآيات من القرآن، منها قوله تعالى: " ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض، للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن وسئلوا الله من فضله إن الله كان بكل شيء عليما."[27] وقوله تعالى: " من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون. " [28]

ولقد سلك الدستور الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية في التأكيد على أحقية المرأة في العمل، إذ نصت المادة 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016 أنه:" لكل المواطنين الحقّ في العمل." اضافة لاستحداث نص المادة 36 التي تقر بما يعرف بالتناصف بين الجنسين في تولي المناصب التي جاء فيها:" تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل. تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات. [29]

فمن المعروف أن المناصفة بين الرجل والمرأة تعتبر مرحلة أكثر تقدما في إطار أحكام اتفاقية القضاء على مختلف أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، [30] وذلك بتحقيق المساواة التامة بين الجنسين، علما أن نظام الكوتا أو الحصص الإجباري تعتبره الاتفاقية المذكورة آنفا تمييزا إيجابيا بين المواطنين،وهو مجرد إجراء مرحلي للوصول إلى المساواة التامة بين الجنسين، ولعل هذا التعديل يحاول استشراف أقصى ما يمكن أن يصل إليه مبدأ المساواة بين الجنسيين على الخصوص؛ أمر كهذا يبدو صعب التحقيق في مجتمع محافظ يقوم على قيم تقر بعض التمييز بين المرأة والرجل؛ كما أن المناصفة تتعارض أصلا مع نظام الحصص الإجباري الذي احتفظ به في مشروع التعديل الدستوري المقترح.[31] ويتبين لنا من هذه النصوص أن حق المرأة في العمل ثابت ومقرر لها بموجب نصوص القانون، ولا يتوقف ذلك عند التشريعات الداخلية، بل يتعداه إلى الاتفاقيات الدولية، حيث أكدت المادة 10 من اتفاقية القضاء على كافة أوجه التمييز ضد المرأة على احترام حق المرأة في العمل.[32]

غير أن الزوجة قد ترغب في التأكيد على ضمان زوجها لحقها في العمل وعدم منعها من ممارسة عملها، فتلجأ إلى تضمين هذا الشرط في عقد الزواج، وقد أولى المشرع الجزائري هذا الشرط أهمية خاصة بالنص عليه في نص المادة 19. ومتى قبل الزوج بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به، ولا يكون من حقه منع زوجته من العمل ما دام قد أذن لها بذلك، لأن هذا الإذن يعتبر إذناً دائماً يدوم بدوام العلاقة الزوجية بينهما، فإذا طلب منها أن تمتنع ورفضت ذلك فلا تعد ناشزاً ولا تسقط نفقتها عليه.

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

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

2) منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ويراعي في ذلك مدى تأثير عمل المرأة على صحة الزوجة وأيضاً مدى تأثير عملها على أداء واجباتها الزوجية، أو حاجة الأسرة إليها بسبب مرض أحد أقاربها، وغير ذلك من الأسباب التي تدعو القاضي إلى إبطال شرط عمل المرأة لمنافاته لمصلحة الأسرة، ودرءاً للأضرار والمفاسد الناجمة عن تقديم المصلحة الخاصة للزوجة على مصلحة الأسرة. [33]

وهذا يعني أنه ليس للزوج أن يرجع عن موافقته التي أبداها لزوجته بالسماح لها بالعمل إلا لسبب مشروع، ودون أن يلحق ضرراً بالزوجة عملاً بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار).

أما إذا كان الداعي وراء رجوع الزوج عن موافقته للعمل، هو أن تتفرغ زوجته لرعاية أطفاله الصغار أو مرض أحدهم، فلا شك أن الرجوع عن الموافقة في هذه الحالة يكون مبرراً، ولكن يجب أن يقيد ذلك بعدم إلحاق الضرر بالزوجة كما لو كانت الزوجة مشرفة على التقاعد، فإنه يكون في تركها للعمل ضرر كبير لها بحرمانها من حقوق التقاعد، ويكون للقاضي هنا دور كبير في الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة عن رجوع الزوج عن موافقته لزوجته بالعمل. [34]

المبحث الثاني: أحكام الاشتراط في عقد الزواج

نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج وقررت الآثار المترتبة عليه؛ والتي الأصل فيها أن تكون بحكم الشارع، واستثناءا من ذلك يجوز لأحد

الزوجين اشتراط شروط في العقد لا تنافي طبيعة عقد الزواج ولا تخالف أحكام قانون الأسرة، وهذه الشروط إما أن تكون مرتبطة بحقوق الزوجة على زوجها، أو حقوق الزوج على زوجته، أو تتعلق بحقوق مشتركة بينهما.[35] سنتطرق في هذا المبحث إلى القيود الواردة على الاشتراط في عقد الزواج، ثم نبين الجزاء المترتب على مخالفته كالآتي:

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في استنباط حدود الشروط المقترنة بعقد الزواج، وتعددت مذاهبهم، فكان أضيقها مجالا مذهب الظاهرية وأوسعها مذهب الحنابلة، في حين احتل المالكية والشافعية موقعاً وسطاً بين موقفي فقهاء كل من الظاهرية والحنابلة. أما القوانين الوضعية تجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الاشتراط، ولا يخفى بأن هذا المفهوم يقبل التوسع والتضييق بسبب مرونة ونسبية النظام العام.[36] و نشير هنا إلى أن قانون الأسرة الجزائري اكتفى في (المادة 19) بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على اشتراط الزوجين هو: عدم مخالفة أحكام هذا القانون.و سنبين أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط:

أولا: مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة

لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج شروط وبنود تمس بالآداب العامة،يقع باطلاً اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية، وذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية، في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية. [37]

وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على ألا يرتب عقد الزواج آثاره الشرعية، والحكمة في ذلك أنه لو ترك الشارع الناس وشأنهم في ترتيب ما

يحلو لهم من آثار وشروط في العقود، وخاصة في عقد الزواج لخرجوا عن حدود الله وطغى الظلم والفساد في الأرض، بسبب الأنانية الطاغية على الإنسان التي تجعله يسعى إلى تحقيق مصالحه على الطرف الآخر، فكان من اللازم تقييد إرادة المتعاقدين بعدم مخالفة قواعد النظام الشرعي العام.[38]

يعتبر قيد النظام العام والآداب العامة من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج،وهذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام،[39] فلا يجوز للزوجين تعديلها باتفاقات فيما بينهم. وعلى هذا الأساس يقع باطلاً كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لابنهما، أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته و العكس صحيح.[40]

و الإشكال المطروح يكمن في: صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام؟ ومع ذلك يمكن القول بأن النظام العام على وجه الإجمال هو عبارة عن مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية وهذا هو مجال القوانين الدستورية والإدارية، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية.وعلى هذا الأساس فليس للزوجين الاتفاق على مخالفة أحكام وقواعد النظام العام حتى ولو كانت هذه الاتفاقات تحقق لهم مصالح شخصية، وتبرير ذلك يكون بتغليب المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة.[41]

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

حتى في نفس المجتمع من عصر لآخر. غير أن هذه الميزة التي يتمتع بها النظام العام تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني لمجتمع ما والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية، بشرط ألا يكون هذا على حساب قيم ومبادئ المجتمع[42]، فالمفاهيم الخلقية تعتبر المحدد الأساسي لمفهوم الآداب العامة كما جرى على ذلك التطبيق العملي.[43]

ثانيا: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

الأصل العام أباح المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية، وأورد استثناءا يقيد العموم السابق؛ وهذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط، غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد في قانون الأسرة.[44] و الاشكال يطرح حول: ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري، والتي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفها بعض الصعوبات؟

بالنسبة لمحاولة حصر أحكام قانون الأسرة التي لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد، قد يبدو للوهلة الأولى عسيراً بعض الشيء، إلا أنه يمكن القول بأن المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد. وهذا ما يتضح جلياً من خلال نص المادة 32 من قانون الأسرة بنصها على بطلان الزواج الذي أشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد. وتتمثل أهم هذه الأحكام فيما يلي: حل الاستمتاع بين الزوجين، استحقاق الزوجة الصداق والنفقة وحسن المعاشرة بين الزوجين والتوارث بينهما ثم ثبوت نسب الأولاد.

أما بالنسبة للإشكال المتمثل في تضمين عقد الزواج بعض الشروط التي قد تخالف أحكام قانون الأسرة، كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها

وحول ما إذا كان هذا الاشتراط يعد في مضمونه تحريما لشيء محلل شرعاً؟ يعتبر هذا الشرط باطلاً لتنافيه مع نص المادة 08 التي تسمح بتعدد الزوجات، لذلك فإن الزوج لا يلزم بالوفاء بأي شرط ورد في العقد وكان مخالفاً لأحكام قانون الأسرة، ولا يجوز مطالبته بالوفاء بذلك أمام القضاء وليس للزوجة أن تطلب التطليق اعتمادا على عدم الوفاء بهذا الشرط.[45]

وتزداد أهمية طرح هذا الإشكال في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة حيث خصت المادة 19 بالذكر شرط عدم تعدد الزوجات إلى جانب شرط عمل المرأة باعتبارهما شرطين ضروريين لتأثيرهما الهام على حياة الأسرة. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعياً، وتم بذلك رفع الحرج عن القاضي والمتقاضين.[46] غير أنه وبهذا التخصيص لشرط عدم تعدد الزوجات يصبح التعارض والتناقض بين نص المادتين 19 و 08أكثر وضوحاً من السابق على الأقل من ناحية صياغة المادتين.

وفي اعتقادنا أنه كان في وسع المشرع الجزائري تفادي وقوع هذا التعارض في صياغة نص كل من المادتين لو نص على هذا الشرط في المادة 8 كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات، كما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المغربي حيث نص في المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه:"يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها"، فالموضع الصحيح لإدراج شرط عدم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري يكون هو نص المادة 8 وليس نص المادة 19. ومن ناحية أخرى فإن صيغة التعبير التي أوردها المشرع الجزائري بخصوص شرط عدم تعدد الزوجات في نص المادة 19 تعتبر غير سليمة، لأنها تتجه بذهن القارئ نحو تحريم مبدأ التعدد أصلاً، والتعبير السليم يكون باستبدال عبارة "... ولاسيما شرط عدم تعدد

الزوجات... " بعبارة "... ولا سيما شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها." والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدد الزوجات إلا بشرط العدل، أما جعله بيد القاضي وموافقته ومطالبة الرجل بإبداء المبرر الشرعي واقتناع القاضي بذلك هي شروط ما أنزل الله بها من سلطان، كما أن إعطاء ولاية غير مشروعة للقاضي على الرجل من شأنه أن يعمق ويوسع مساحات الزواج العرفي والعلاقات غير المشروعة.[47]

وانطلاقا من هذا فلا حرج في وضع قيود على تعدد الزوجات وإحاطته بإجراءات اجتهادية من وضع المشرع، إذا كان الغرض منها هو حماية التعدد وتنظيمه وتحقيق العدل فيه، وحماية المرأة من تعسف الزوج وضمان حقوق الزوجة.[48]

رجوعا للشريعة الإسلامية وتحديداً الفقه الحنبلي نجده يبيح للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من منزل أبيها... وغيرها من الشروط التي لا توافق مقتضى عقد الزواج ولا تنافيه، ولم يرد بها أمر أو نهي من الشارع ويكون في اشتراطها تحقيق غرض مشروع لمن اشترطها. فالحنابلة يرون بإلزامية الوفاء بمثل هذه الشروط، ويمنحون لمن تضرر من جراء عدم الوفاء بها حق فسخ عقد الزواج.[49] بينما نجد كل من فقهاء الشافعية والمالكية والحنفية يعتبرون بأن كل شرط خالف الشرع أو يزيد على مقتضى العقد من غير ورود نص في الشرع باقراره، شرط فاسد لا يؤثر على العقد بحيث يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا، كاشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها.[50] وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي على خلاف حول شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، وواضح أيضاً أن المشرع الجزائري قد استوحى تنظيمه لهذا الشرط من الفقه الحنبلي الذي يعتبر أكبر المذاهب توسعاً في تصحيح الشروط.

إن تبني المشرع الجزائري لرأي الحنابلة فيما يخص اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها له ما يبرره، فما كان للزوجة أن تلجأ إلى ذلك إلا منعاً لمفسدة، وما سميت الضرة بهذا الاسم لدى العرب إلا لاشتقاق اسمها من الضرر.[51]

كما أن في اشتراط الزوجة لمثل هذا الشرط تحقيق لمصلحة جدية للمرأة ورغبة أكيدة لديها في الاستئثار بزوجها. على ذلك فلا تعارض بين شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ومبدأ تعدد الزوجات، فتنازل الزوج عن حقه في التعدد لا يبطل المبدأ من أصله، بل يبقى التعدد في أصله مباح دون أن ينفي ذلك إعطاء الحق للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها كلما كان في ذلك تحقيق لمصلحة جدية.[52]

ثالثا: جدية المصلحة

تعرف المصلحة في الشريعة الإسلامية: جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة، والمصلحة المعتبرة هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل. [53] أما المقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج:أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد عقد الزواج، فإذا كان الشرط موافقاً لغايات ومقاصد العقد ومحققاً لمصلحة مقصودة فيجب الوفاء به. أما إذا كان الشرط منافياً للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط.[54]

وتقدير جدية المصلحة وأهميتها مرجعه إلى الموازنة بينها وبين الأضرار التي تنتج عنها، أو عن عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة حداً من الأهمية يزيد في قيمته على الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق أو استعمالها كانت المصلحة جدية.[55]

وتفسير ذلك أن الحقوق لا تعد غايات في حد ذاتها وإنما هي وسائل لتحقيق غايات ومصالح مشروعة يحميها القانون. فإذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبرر ما ينجم عن التصرف من أضرار اعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق[56]، فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها، فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت تلك الغاية غير ذات جدوى بسبب أن الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها يلحق الضرر بالزوج ويفوت عليه مصلحة حقيقية، فإن مثل هذا الشرط يبطل لأن الغاية شرع والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع فما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط.[57]

وعلى ذلك فإذا كانت الزوجة ولود وتقوم بجميع واجباتها الزوجية، فإنه ليس للزوج مخالفة شرطها بألا يتزوج عليها، بل يجب عليه الوفاء بهذا الشرط لأنه يحقق مصلحة مقصودة للزوجة، أما إذا كانت الزوجة عاجزة عن القيام بحقوق الزوج أو كانت غير قادرة على الإنجاب بسبب العقم، فهنا تظهر للزوج مصلحة جدية من أجلها شرع عقد الزواج وهي حفظ النسل، وبناءا على هذا فلا يكون الزوج ملزماً بالوفاء بالشرط السابق، ولا يكون للزوجة حق فسخ الزواج، إذ لا يمكن اعتبار الزوج مخلاً بشرطه في هذه الحالة، وهذا لظهور مصلحة أخرى حقيقية يجب على الزوجين السعي نحو تحقيقها.[58]

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على الاخلال 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.

أولا: الدفع بعدم التنفيذ

لكي يرتب الدفع بعدم التنفيذ أثرة 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، وإنما 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.[59]

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[60]؛ وهذا يعني أنه بإمكان الزوجة أن تمنع 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، وهذا لأن طاعة الزوجة لزوجها لا تقوم إلا إذا توافرت أركان الطاعة وهي المسكن الشرعي وأمانة الزوج على نفس ومال الزوجة، وإيفاء الزوج معجل صداق الزوجة، أما إذا انتفى ركن من هذه الأركان يسقط عن الزوجة واجب الطاعة.[61]

وإذا كان المهر مؤجلاً فإنه يؤدي إلى سقوط حق الزوجة في حبس نفسها ويعلل 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 تستوفي كامل مهرها. أما إذا وطأها الزوج مكرهة فلا يترتب على ذلك سقوط حقها في الحبس؛ لأنه لا يجوز لأحد أن يبطل على غيره حقاً من حقوقه. [62]

ثانيا: الفسخ

يعرف الفسخ في نظرية الالتزام بأنه: " حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال العاقد الآخر بالتزامه[63]. فالفسخ يفترض قيام عقد صحيح

تتوافر فيه الأركان والشروط، ولكن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية.[64] فلو أن الزوجة هي التي اشترطت على الزوج شرطاً لمصلحتها، لكن الزوج أخل بهذا الشرط، فيكون للزوجة طلب فسخ العقد لإخلال الزوج بالتزامه العقدي،[65] 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.[66]

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 التي توجب 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.[67]

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؟ وإذا وقع نزاع بين الزوجين بصدد الوفاء 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 وَ رُفِع الأمر به إلى القاضي، فعندئذ يخضع لسلطته التقديرية فإما أن يرى إثباته أو إبطاله.[68]

ولكن 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 أن 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 شرط معين 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.[69]

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.[70]

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 إليها 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.

واستثناءا 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؛ اضافة لزوال سبب الشرط: فإذا زال سبب الشرط ولم يعد له موجب، كما لو توفي والدي الزوجة، وكانت الزوجة قد اشترطت على زوجها ألا يخرجها من بلدها.[71] و كذا 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 متعذراً.[72] 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.[73]

وقد برر الفقهاء سقوط حق الزوجة في الفسخ في هذه الحالة بأن الشرط أمر عارض، وباستحالة تنفيذه يزول حق الزوجة في الفسخ.[74]

ثالثا: التعويض

إن الغرض من التعويض هو حماية المضرور 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.[75]

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، وتأسس دعواها على أساس أحكام المسؤولية العقدية. ويقدر القاضي التعويض بناءاً على الضرر الذي لحق بالمضرور وقت صدور الحكم القضائي، كما يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض الإجمالي عن الأضرار التي أصابت المضرور، ولكن بشرط أن يحدد عناصر الضرر ومدى أحقية التعويض عنها.[76]

وبالنسبة للضرر المعنوي فيعود للقاضي تقدير مدى هذا الضرر، وإن كان يصعب تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود، لأن الشرف والمكانة الاجتماعية لا يقدران بالمال، وإنما يأتي التعويض عنهما كوسيلة إرضاء وتطييب لخاطر الشخص المضرور.[77]

الخاتمة:

نخلص في الأخير إلى القول أن التشريع الأسري الجزائري قد أكد على حق الاشتراط بين الزوجين، مع اعطاء مثالين حاول من خلالهما حماية حق المرأة في العمل و في عدم التعدد عليها بدون رضاها.

- تبنى المشرع الجزائري مذهب الحنابلة في الإشتراط، حيث أعطى

للزوجين الحرية التامة في إنشاء الشروط المقترنة بعقد الزواج، ما لم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وبنوا تأصيلهم الشرعي لهذا الموضوع على أسس موضوعية تحقق رغبات ومصالح الزوجين بما لا يتعارض مع المصلحة العامة للمجتمع.

-إن التوسع في الاشتراط لا يعني فتح الباب على مصراعيه والسماح للزوجين باشتراط ما يحلو لهما من شروط دون فرض قيود أو ضوابط معينة، فهم مقيدون في حريتهم العقدية بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وعدم منافاة أحكام قانون الأسرة. كما يجب أن تتوافق الشروط المقترنة بعقد الزواج مع مقاصد الشريعة الإسلامية من الأسرة وعدم مناقضاتها.

أما بالنسبة للتوصيات تكمن في:- ضرورة تحديد سلطة كل من الموثق وضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج بموجب نصوص تنظيمية خاصة تحدد معايير التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة.

- ضرورة تعديل كل من المادتين(35/32) من قانون الأسرة الجزائري، وإزالة التناقض القائم بينهما، بالتمييز بين الشروط التي تبطل العقد من أصله كشرط عدم الإنجاب، فيجب أن تخضع هذه الشروط لأحكام نص المادة 32. أما الشروط التي تؤثر في العقد ولا تبطله، وإنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً كشرط ألا مهر أو ألا نفقة، فيجب أن تخضع لأحكام نص المادة 35.

- ضرورة انشاء قانون اجرائي خاص بالأحوال الشخصية: يسمى بقانون اجراءات الأحوال الشخصية ينظم منازعات الأسرة، بدلا من البحث في

اجراءات التقاضي المبعثرة بين طيات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المثقل بالقوانين.

قائمة المصادر و المراجع:

المصادر:

الأمر (02/05) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الصادر في 02/27/ 2005 الجريدة الرسمية رقم 15، الصادر بتاريخ 2005/02/27

القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري

انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22يناير 1996

المراجع:

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

ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد الثاني والثلاثون،(النكاح)، مكتبة المعارف، المغرب، بدون سنة

أبو سعد محمد شتا ، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000

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

إمام محمد كمال الدين، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998

أبو زهرة محمد، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988

بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة

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

بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، 1979

بـن داود عبـد القـادر، الـوجيز فـي شـرح قـانون الأسـرة الجديـد، دار الهـلال للخـدمات الإعلامية، 2004

البكري محمد عزمي ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984

تقية محمد ، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994

جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2000

حمودة محمود محمد، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن ، 2000

فرج توفيق حسن ، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، 1988

زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968

الزرقاء مصطفى، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء، الطبعة التاسعة، سوريا، 1967

فرج الصده عبد المنعم ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974

عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، 2001

علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، دار البشائر الإسلامية الطبعة الثانية، 2002

علي محمد قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 2000

صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997

الصابوني محمد علي ، صفوة التفاسير، الجزء الأول، شركة الشهاب، الجزائر، بدون سنة

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

زيدان عبد الكريم ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، بدون سنة

العلواني نشوة ، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003

القاسمي محمد جمال الدين ، محاسن التأويل، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997

ناصيف إلياس ، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، لا توجد دار النشر، الطبعة الثانية، 1997

كوثر كامل علي ، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، تونس، 1983

سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996

السعدي عبد الرحمان ، الفتاوى السعدية، عالم الكتب، 1995

سوار وحيد الدين ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998

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

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

المذكرات و الرسائل:

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

مجيدي العربي ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، السنة الجامعية 2002/2001

المجلات و الدوريات:

أبو سراج الذهب فاروق ، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر 2004، العدد 08

لدرع كمال ، نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، العدد01

عباس عمار، التعديلات الدستورية في الجزائر من التعديل الجزئي إلى الإصلاح الدستوري الشامل دراسة لإجراءات التعديل القادم ومضمونه، مجلة الاكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية، العدد12، جوان 2014

عباسي نور الدين ، إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر 1995،العدد 04

شوقي محمد، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، 2003، العدد 08

المواقع الالكترونية:

سالمان عبد المالك ، نحو رؤية جديدة لحقوق المرأة في المجتمعات العربية، www.amanjordan.org

واصف البكري، تعديلات قانون الأحوال الشخصية الأردني، www.mizaangroup.org/studies.htm

الهوامش:

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

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

[3] رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 28

[4] نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر 1995،العدد 04، ص 352

[5] كوثر كامل علي ، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، تونس، 1983، ص 36

[6] رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 3

[7] علي محمد قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، 2000، ص305، ص 11

[8] رشدي شحاتة، نفس المرجع ، ص 47

[9] محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000، ص 50

[10] محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1994، ص 103

[11] عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، بدون سنة، ص 393

[12] كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص 18

[13] سورة البقرة، الآية 227

[14] نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003، ص 95

[15] محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 72

[16] زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 62

[17] رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 94

[18] مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء، الطبعة التاسعة، سوريا، 1967، ص 480

[19] محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1994، ص 106

[20] سورة المائدة، الآية1

[21] محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 5

[22] محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الجزء الأول، شركة الشهاب، الجزائر، بدون سنة، ص 226

[23] محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكرالعربي، القاهرة، 1988، ص 282

[24] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر،الجزائر، 1986، ص 210

[25] الأمر(02/05) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الصادر في 02/27/ 2005 الجريدة الرسمية رقم 15، الصادر بتاريخ 2005/02/27

[26] عبد المالك سالمان، نحو رؤية جديدة لحقوق المرأة في المجتمعات العربية، www.amanjordan.org

[27] سورة النساء، الآية 32

[28] سورة النحل، الآية 97

[29] القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري

[30] انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22يناير 1996

[31] عمار عباس، التعديلات الدستورية في الجزائر من التعديل الجزئي إلى الإصلاح الدستوري الشامل دراسة لإجراءات التعديل القادم ومضمونه، مجلة الاكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية، العدد12، جوان 2014، ص 94

[32] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004.، ص 179

[33] محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص 357

[34] واصف البكري، تعديلات قانون الأحوال الشخصية الأردني، www.mizaangroup.org/studies.htm

[35] بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة الجزائر، 2005 ، ص 158

[36] علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، دار البشائر الإسلامية الطبعة الثانية، 2002 ، ص 59

[37] محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن ، 2000، ص 53

[38] صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 63

[39] إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، لا توجد دار النشر، الطبعة الثانية، 1997، ص 43

[40] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 79

[41] زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 97

[42] عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 339

[43] جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2000، ص 128

[44] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996، ص 169

[45] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 172

[46] بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 103

[47] فاروق أبو سراج الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر 2004، العدد 08، ص 116

[48] كمال لدرع، نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، العدد01 ص201

[49] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة، ص 51

[50] كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص72

[51] بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص145

[52] وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص58.

[53] محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994، ص149

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

[55] شوقي محمد، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، 2003، العدد08، ص 14

[56] العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، السنة الجامعية 2002/2001، ص105

[57] سعيد فكرة، المرجع السابق، ص 633

[58] سعيد فكرة، نفس المرجع ، ص634

[59] عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 243

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

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

[62] رشدي شحاتة، المرجع السابق ، ص 435

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

[64] توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، 1988، ص 233

[65] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 172

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

[67] أحمد شوقي، المرجع السابق، ص 242

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

[69] علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص167، ص 168

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

[71] علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص174، ص175

[72] عبد الرحمان السعدي، الفتاوى السعدية، عالم الكتب، 1995، ص363

[73] ابن تيمية، المرجع السابق، ص 168

[74] علي محمد قاسم، مرجع سابق، ص 176

[75] نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 124

[76] أحمد شوقي، المرجع السابق، ص353

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