

إشكالات توثيق مشارطات الزواج المحررة من قبل الموثق

Problems of marriage conditions drawn up by notary

مزوزي أحمد بن يوسف¹Mazouzi Ahmed ben Youcef¹جامعة مصطفى اسطيمبولي، معسكر (الجزائر)،¹ ahmed.mazouzi@univ-msacara.dz

تاريخ النشر: 2021./06./01

تاريخ القبول: 2021./05./18

تاريخ الاستلام: 2021/03/02

ملخص:

نص المشرع الجزائري على حق الزوجين في وضع الشروط المتعلقة بالحياة الزوجية، سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، بشرط ألا تخالف النظام والآداب العامة وقانون الأسرة، لكن الموثق يصادف مشاكل كبيرة في هذا الصدد بسبب كون فكرة النظام العام مرنة وغير ثابتة، يختلف فهمها من موثق لآخر حسب ثقافته وخبرته، وكذلك عدم تقييد المشرع الجزائري بمذهب معين، لأن قانون الأسرة يحيل إلى الشريعة الإسلامية عند غياب النص القانوني، لذا قد يتهرب الموثق من تحرير العقد وبالتالي قد يفوت على الطرفين فرصة الزواج، أو يكون سببا في تضييع الحقوق، كما قد يحرر عقدا بخالف القانون أو النظام العام أو الشريعة، فيصبح سببا في فسخ الزواج أو إبطاله، أو سببا في الطلاق أو التطليق أو الخلع. كلمات مفتاحية: زواج، اتفاقية، توثيق، مشارطات، عقد، إشكالات.

Abstract:

The Algerian legislation allows the spouses to set conditions related to marital life provided they do not violate the public order and family law, but the notary faces big problems because the idea of public order is flexible and unstable, and its understanding varies from notary to notary. According to his culture and experience as well as the failure of the Algerian legislator to adhere to a certain religious belief, and therefore the notary evades from writing the contract. This occurs through the opportunity to marry or be a cause of loss of rights or a notarized releases a contract with conditions that violate law and public order or Sharia which makes it a reason to cancel or annul the contract

Keywords: Marriage; Convention; Notarization; Conditions; contract.

المؤلف المرسل: مزوزي أحمد بن يوسف، الإيميل : ahmed.mazouzi@univ-mascara.dz

مقدمة:

إن مشارطات الزواج هي ما يتفق الزوجين على إضافتها لعقد الزواج، سواء في ذاته، أو في عقد رسمي لاحق يحرره الموثق، حيث أعطى المشرع للزوجين حرية الاشتراط، بدون تجاوز قيد النظام العام وأحكام قانون الأسرة، لكن في الواقع العملي يتلقى الموثقون مشاكل كبيرة في إبرام مثل هذه العقود، بسبب أن الضوابط التي اعتمدها المشرع غير ثابتة وغير واضحة، يختلف فهمها وإدراكها من موثق لآخر حسب ثقافته واطلاعه وخبرته، لأن مفهوم النظام العام عبارة عن فكرة مرنة تختلف باختلاف المجتمعات، ولأن المشرع لم يتقيد بمذهب فقهي محدد، فنجد من يقر بشرط ما ونجد من يرفضه.

هذه المشاكل قد تدفع الموثق لرفض تحرير العقد، وبالتالي قد يتسبب في ضياع الحقوق، وربما إفشال مشروع إنشاء أسرة جديدة. وقد يحرر عقدا بشروط مخالفة للمعايير المذكورة سابقا، مما يعرض عقد الزواج للفسخ أو الإبطال، وما ينجر عن ذلك من آثار وخيمة على الأسرة والمجتمع.

وتتجلى أهمية الموضوع في كون الشروط المقترنة بالزواج أصبحت تفرض نفسها بقوة في العصر الحالي، حيث أصبحت المرأة تشتترط العمل، أو سكن فردي، أو تشتترط عدم الزواج عليها، بينما قد يشترط الزوج منعها من العمل، أو نصيب من راتبها، أو غير ذلك. هذه الشروط قد تكون قبل الزواج وبالتالي تكون سببا منشئا له، كما قد تكون خلال الحياة الزوجية وتكون سببا للمحافظة عليها وتنظيمها.

وسبب اختيارنا للموضوع كونه يمثل إشكالا حقيقيا في الواقع العملي، بهدف محاولة الوقوف على المشاكل التي تواجه الموثق في تحرير العقد المتضمن الشروط الاتفاقية للزواج، والآثار المترتبة عن ذلك. ومحاولة منا لإثارة الموضوع حتى يتوسع فيه الأساتذة المختصون لاقتراح الحلول المناسبة لذلك.

وللتفصيل في الموضوع طرحنا الإشكال التالي: فيما تتمثل صعوبات توثيق مشارطات الزواج؟ وللإجابة عنها تطرقنا في المحور الأول إلى ماهية الشرط المقترن بعقد الزواج، حيث أشرنا إلى مفهومه وموقف الشريعة والقانون منه، وفي المحور الثاني تطرقنا إلى الصعوبات التي تواجه الموثق من خلال الإشارة إلى العراقيل التي يتلقاها، والنتائج المترتبة عن ذلك.

الحدود الأولى: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج

تتنوع الشروط التي تقترن بعقد الزواج حسب طبيعتها، فمنها القانونية التي يقوم عليها العقد من الناحية الشرعية والقانونية؛ كالولي والشاهدين والمهر وغيرها، ومنها الإدارية كالشهادة الطبية، ورخصة التعدد وغيرها، ومنها الاتفاقية أو ما يسمى بالشروط الجعلية، هذه الأخيرة تباينت مواقف الفقهاء حولها بين رافض لها ومجيز، ولكل حججه، أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي المجيزين من خلال النص على جواز الاتفاق عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

أولاً: تعريف الشروط المقتترنة بعقد الزواج وأنواعها:

نتطرق إلى الشرط من الناحية الشرعية، الفقهية، والقانونية، هذا في النقطة الأولى، أما في النقطة الثانية سنبين أنواع الشروط التي تقترن بعقد الزواج، وهي الشروط الشرعية، الإدارية والاتفاقية (الجعلية).

1. تعريف شروط الزواج

أدخل الشرط عند فقهاء الدين هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده، أو هو ما لا يوجد المشروط من عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده (بوعلام، سي ناصر، 2011-2012، صفحة 16).

ويعرف فقهاء القانون الاشتراط في عقد النكاح بأنه: " ما يشترطه أحد الزوجين في العقد على الآخر مما له فيه غرض. ويراد بها الشروط المقتترنة بالإيجاب والقبول، أي أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط" (وهبة، الزحيلي، 2002، صفحة 540). وقالوا أيضاً بأنه: " ما يشترطه أحد أطراف العقد مما يريد به تحقيق منفعة لنفسه، أو تقليص حدود منافع غيره، ويرضى به الطرف الثاني عن طيب نفس منه مختاراً غير مكره" (عبد القادر، داودي، 2007، صفحة 158).

أما قانوناً لم يعرفه المشرع الجزائري تعريفاً دقيقاً، وإنما تطرق له في الباب الثالث من القانون المدني (القانون المدني) المعنون بالأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، حيث أقر بإرادة المتعاقدين في الاشتراط لتعديل العقد أو التصرف، فنص في المادة 203 على ما يلي: " يكون الالتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل وممكن وقوعه". وقد

تطرق فقهاء القانون لعناصره المتمثلة في كونه أمر مستقبلي، غير محقق الوقوع، ويتربط على وقوعه وجود الالتزام أو زواله.

أما قانون الأسرة الجزائري (قانون الأسرة) فنص على الاشتراط لكن لم يعط تعريفاً له، حيث بيّن عدة أنواع من الشروط، منها القانونية (الشرعية)، الإدارية، والشروط الجعلية (الاتفاقية) والتي هي موضوع بحثنا.

2. أنواع الشروط في قانون الأسرة

عند تفحص قانون الأسرة الجزائري نجده نص على عدة أنواع للشروط في عقد الزواج، منها الشرعية كالمذكورة في المادة 9 مكرر، والإدارية، والشروط الجعلية (الاتفاقية) في المادة 19.

1.2 الشروط القانونية (الشرعية)

نص المشرع في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة على شروط الزواج والمتمثلة في الأهلية، حيث تكتمل ببلوغ 19 سنة للرجل والمرأة حسب المادة 7، ويمكن أن يرخس القاضي قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة إذا تأكد من قدرة الطرفين على الزواج. والشروط الثاني يتمثل في الصداق وهو ما يدفع للزوجة من نقود وغيرها، لها حرية التصرف فيه بشرط أن يكون مباحاً شرعاً حسب المادة 14، وبينت المادة 15 وجوب تحديده في العقد وقد يكون معجلاً أو مؤجلاً. والشروط الثالث وهو الولي حيث نص المشرع في المادة 11 على حالة الولي للمرأة الراشدة المتمثل في الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره، أما القاصرة فولمها الأب أو أحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له، أما المادة 13 فمنعت الولي من إجبار القاصرة على الزواج، أو تزويجها دون موافقتها. والشروط الرابع هو الشاهدان سواء رجلان أو رجل وامرأتان (المحكمة العليا). أما الشرط الأخير هو انعدام الموانع الشرعية التي نص عليها المشرع في المادة 23، وبينت المادة 24 الموانع المؤبدة المتمثلة في القرابة، المصاهرة، والرضاع، والمادة 30 نصت على الموانع المؤقتة.

2.2 الشروط الإدارية

بالإضافة إلى الشروط الشرعية السالفة الذكر، نص المشرع على بعض الشروط الإدارية، كاشتراطه لشهادة طبية تثبت خلو المقبلين على الزواج من أي أمراض تحول دون تحقيق مقاصد الزواج أو تشكل خطراً عليه، لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر، وفق نص المادة

7 مكرر. كما اشترط المشرع على الرجل الراغب في تعدد الزوجات الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة حسب المادة 8، هذا الأخير قبل إصداره للترخيص يتأكد من علم الزوجة السابقة أو الزوجات السابقات والمرأة المقبل على الزواج بها، ويتحقق من قدرة الزوج على توفير العدل وشروط الحياة. أما المادة 7 من قانون الأسرة فنصت على وجوب الحصول على رخصة من القاضي من أجل زواج القصر، بعد تأكده من قدرة القاصر على تحمل الالتزامات التي تنشأ عن عقد الزواج.

كما اشترط المشرع تسجيل عقد الزواج في شكل رسمي حسب نص المادة 18 وذلك أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، ونصت المادة 22 على تطبيق أحكام قانون الحالة المدنية في ذلك. وأيضا شروط خاصة بزواج الأجانب و الزواج المختلط حسب المادة 31 والمتمثلة في استصدار ترخيص من الوالي (وزارة الداخلية والجماعات المحلية، 1980/02/11). وشروط تقديم شهادة تثبت إسلام الرجل القادم من دولة غير مسلمة تسلم من طرف مديرية الشؤون الدينية والأوقاف (وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 1983/08/13). بالإضافة إلى بعض الرخص الخاصة بأسلاك الأمن، حسب المادة 23 من المرسوم رقم 481/83 المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني (وزارة الداخلية والجماعات المحلية). وخصص خاصة بأفراد وزارة الدفاع الوطني.

3.2 الشروط الاتفاقية (الجعلية)

نص المشرع في المادة 19 على حرية اشتراط الزوجين ما بدا لهما؛ مادامت هذه الشروط غير خارجة على نطاق الزواج، " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

إذن فالمشرع الجزائري أجاز للطرفين الاشتراط، وركز على وجوب توثيقه في عقد رسمي، من أجل الإثبات في حالة التنازع، وقد جعل من مخالفة بنود هذه الاتفاقات سببا لفك الرابطة الزوجية، حيث نص في المادة 53 الخاصة بحالات التطليق في فقرتها التاسعة على حق الزوجة في طلب التطليق عند مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وأجاز للقاضي الحكم بالتعويض لها إذا تسببت هذه المخالفة في ضرر مادي أو معنوي حسب المادة 53 مكرر.

وبالنسبة لفقهاء الشريعة فقد قسموا شروط الزواج الاتفاقية إلى قسمين، الأول هي الشروط التي تتصل بوجود العقد، فهي شروط مكملة للسبب كتعليق العقد على شرط، والثاني يتضمن الشروط التي تكمل المسبب، وهي التي تقترن بالعقد فتزيد من التزاماته أو تقوي هذه الالتزامات (بوعلام، سي ناصر، 2011-2012، صفحة 26).

ثانياً: موقف الشريعة والقانون من مشارطات الزواج:

لكل عقد في الشريعة الاسلامية آثارها الشرعية سواء قبلها المتعاقد أم لم يقبلها، لأن الشارع هو الذي شرع العقود ونظم آثارها ورتبها عليها، حيث جعل كل عقد طريقاً إلى تحقيق أغراض معينة، فهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء، لكنهم يختلفون فيما وراء ذلك، حيث يختلفون في مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود والشروط المقترنة بها (بوعلام، سي ناصر، 2011-2012، صفحة 58)، واختلف الفقهاء بين مضيق وموسع، أي بين من قال بأن الأصل في الاشتراط الحظر، وبين من قال بأنه جائز ومباح.

1. موقف الشريعة الاسلامية من مشارطات الزواج.

انقسم فقهاء الشريعة بين رافض للاشتراط في عقد الزواج، وبين مجيز.

1.1 مسلك المضيقين (المانعين):

هم مذهب الظاهرية والجمهور باستثناء الحنابلة، فإرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشائها، وإن فعلته كان باطلاً. ويرى 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. واعتبروا الشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد وتلائم حكمه (ياسين، حجاب، 2017، صفحة 245)، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون" (سورة المائدة، الآية 227)، وقوله تعالى: "اليوم أكملت لكم دينكم" (سورة المائدة، الآية 3). واعتبروا أن إرادة الزوجين تقتصر على إبرام عقد الزواج وليس لهما حق مناقشة أو تعديل آثاره، وهذا من أجل تغليب مصلحة المجتمع وتحقيق استقرار النظام العام (زكي الدين، شعبان، 1968، صفحة 62).

كما استدلوا بالحديث الذي الشريف الذي روي عن عائشة أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: "فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق" (صحيح البخاري، حديث رقم 2729). وقوله عليه الصلاة والسلام: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد" (صحيح البخاري، حديث رقم 2697).

ولقد كان الأوائل من هذه الأمة على درجة عالية من الخلق والدين، وهذا ما أدى بالإمام مالك رحمه الله أن يستنكر أمر الشروط في الزواج، وأنه كتب في المنع من ذلك كتابا للخليفة، وصيحه به في الأسواق، حيث جاء في كتاب المنتقى للباجي: "قال مالك: ولقد أشرت منذ زمان أن أنهى الناس أن يتزوجوا بالشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته. (سعيد، خنتوش، 2013، صفحة 175)

2.1 مسلك الموسعين (المجيزين)

وهم الحنابلة، وطائفة من المالكية بدرجة أقل منهم في التوسيع، حيث يقولون بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي، ولأن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد. وأجازوا للأفراد وضع ما يشاؤون من الشروط بشرط البقاء في دائرة الحلال والمباح. وأدلتهم في ذلك قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (سورة المائدة، الآية 1). ، وقوله تعالى: "الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك هم الخاسرون" (سورة البقرة، الآية 27)، وقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق ما أوفيتم به من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج" (صحيح البخاري، حديث رقم 2721)، وحديث عمرو بن عوف أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلال أو شرطا أحل حراما" (سنن الدارقطني، 2001، صفحة 426)

ومن المعلوم أن أحوال الناس تتبدل من زمن لآخر، ولم ينكر الفقهاء تغيير الأحكام بتغير الزمان، حيث الإمام مالك: "فلا بد للمجتهد في كل عصر أن يحدث للناس من فتاوى بقدر ما أحدثوا من الفجور" (سعيد، خنتوش، 2013، صفحة 177). ويقول الأستاذ نبيل صقر: "لا يخفى أن مما يتميز به عصرنا هذا، زيادة حاجة الناس فيه إلى المشارطات في العقود، وذلك نتيجة لدخول المبادئ القانونية في تشريعنا المدني، واتساع الحرية الفردية، ورغبة كل إنسان في تأسيس حياته وفقا لظروفه الخاصة. (نبيل، صقر، 2006، صفحة 414)

ويرى البعض أن الرأي الذي يقضي بأن الأصل في الاشتراط الإباحة يمتاز بالمرونة والملائمة 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 (ياسين، حجاب، 2017، صفحة 247).

2. موقف المشرع الجزائري من مشارطات الزواج

لقد سائر المشرع الجزائري المذهب القائل بجواز الاشتراط في عقود الزواج، وهذا من خلال نص المادة 19 من قانون الأسرة، والتي نصت على ما يلي: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". والمشرع الجزائري أطلق حرية التعاقد للزوجين، وذكر عمل المرأة وتعدد الزوجات على سبيل المثال لا الحصر، وقيدها بقيد واحد وهو عدم مخالفة قانون الأسرة. وبالرجوع إلى القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة نجده يبطل كل العقود التي تخالف النظام العام، حيث تنص المادة 204 منه على: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم". إذن فالزوجين لهما كامل الحرية في وضع ما يشاؤون من الشروط مع مراعاة النظام العام والآداب العامة، وقانون الأسرة. وفي حالة مخالفة هذه الشروط للقيد المذكورين؛ فإن المشرع نص على حالتين مختلفتين، الأولى تتمثل في إبطال عقد الزواج حسب المادة 32 " يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، والثانية إبطال الشرط وصحة الزواج، حسب المادة 35 " إذا اقترن عقد الزواج بشرط يتنافى فيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

ونرى أن المشرع الجزائري قد وفق عندما سمح للزوجين بوضع ما يشاؤون في الشروط، لأن هذا الزمان يختلف عما كان فيه أئمة المذاهب حيث كان الوازع الديني غالبا على المجتمع. لأن الاشتراط يمكن من حفظ الحقوق، ومن جهة أخرى نص المشرع

على إلغاء الشروط التي لا تتوافق مع القانون أو الشرع أو النظام العام، وهذا حتى لا يقع تجاوز على حدود الشرع وأعراف المجتمع.

المحور الثاني صعوبات توثيق الشروط الاتفاقية في عقد الزواج:

يعتبر توثيق مشارطات الزواج أمرا غير يسير بالنسبة لبعض الموثقين، لأن قيد توثيق هذه المشارطات هو عدم مخالفة النظام العام؛ الذي يعتبر فكرة غير واضحة يختلف فهمها حسب المجتمعات وحسب الأفراد، بالإضافة إلى اعتماد المشرع على جميع المذاهب وعدم تقيده بمذهب واحد، هذه الصعوبة قد تدفع الموثق إلى التهرب من تحرير هذا العقد، وبالتالي إفشال مشروع الزواج وتضييع الحقوق، وقد يقدم على تحرير عقد يحوي مشارطات تتعارض مع النظام العام أو القانون أو الشريعة بغير علم أو قصد، وهذا ما قد ينجر عنه إبطال هذه الشروط أو يتعدى الأمر إلى إبطال عقد الزواج أو فك الرابطة الزوجية .

أولا: عراقيل توثيق الشروط الاتفاقية لعقد الزواج

إن من أهم العراقيل التي قد تواجه الموثق أو ضابط الحالة المدنية عند توثيق مشارطات الزواج هي صعوبة قياس هذه الشروط مع فكرة النظام العام، والتي تعتبر فكرة مرنة غير مضبوطة يختلف فهمها من مجتمع لآخر. كما يجد صعوبة في الرجوع للشريعة الاسلامية، لأن المشرع لم يتقيد بمذهب محدد، وبالتالي قد يكون نفس الشرط مباحا في مذهب وغير جائز في مذهب آخر. لذا يحتاج الموثق لثقافة قانونية ودينية واسعة.

1. صعوبة تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة

في الواقع ليس من السهولة تحديد فكرة النظام العام لما يكتنفها من الغموض والإبهام، لدرجة أنه قد استعصت عن وضع تعريف جامع مانع لها، وقد عبر بعض الفقهاء عن ذلك بقولهم: " إن النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به، فمن مظاهر سموه أنه ظل متعاليا على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه". ففكرة النظام العام فكرة نسبية ومرنة تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وهذه الأسس قد تتبدل بتبدل

عواملها، وتختلف باختلاف المجتمعات، لذلك فإن فكرة النظام العام تتغير بتغير الزمان والمكان (الموسوعة الإلكترونية، 2020).

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري يتضح أنه يورد تعريفا للنظام العام، لكنه أشار إليه في بعض المواد، وخاصة في مواد القانون المدني المتعلقة بالمحل والسبب باعتباره الشريعة العامة، وقرنه بالآداب العامة التي تعتبر جزء منه، وتعبّر عن الحد الأدنى من العادات الأخلاقية اللازم مراعاتها في المجتمع. وبالتالي ترك المجال للفقه والقضاء لتحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة.

ويرى الفقيه السنهوري بأن: "القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية، أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الفرد. بينما الآداب هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقات اجتماعية (عبد الرزاق أحمد، السنهوري، دون سنة نشر).

إذن النظام العام والآداب العامة، عبارة عن أفكار، ويصعب تحديد ما إذا كانت القاعدة القانونية من النظام العام أو لا، وبالتالي يختلف فهمها وإدراكها من شخص لآخر، حسب درجته العلمية وثقافته القانونية، وخبرته. وهذا قد يعتبر إشكالا لدى الموثقين عند تحرير العقود المتضمنة شروطا اتفافية بين الزوجين، لأنه ملزم بمراقبة مدى مساهمتها للنظام العام والآداب العامة، وكذلك فكرة الآداب العامة نسبية إلى حد ما، بسبب اختلاف معيار تحديد ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر، ويختلف في نفس المجتمع من عصر لآخر. (ياسين، حجاب، 2017، الصفحات 252-253)

2. عدم تقيد المشرع بمذهب فقهي محدد

لقد ضبط المشرع حرية الاشتراط في الزواج بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، وقانون الأسرة. وفي حالة عدم وجود نص في هذا الأخير يتم الرجوع للشريعة الإسلامية حسب المادة 222 منه.

ولعل الأسباب الرئيسية في ذلك تعود إلى اعتماد المشرع على الشريعة الإسلامية بصورة عامة وعدم تقيده بمذهب محدد، حيث تنص المادة 2 من الدستور الجزائري (الدستور، 2020) على أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام، وجعل المشرع من الشريعة

الإسلامية المصدر الثاني من مصادر التشريع من خلال المادة الأولى من القانون المدني. وبالرجوع لقانون الأسرة في مادته 222 التي تحيل لأحكام الشريعة الإسلامية لم تنص على مذهب محدد، والدليل على ذلك أن مواد هذا القانون مستوحاة من جميع المذاهب. وقد يكمن الإشكال في حالات اختلاف المذاهب في أمر واحد، فنجد من يبيح الشرط ونجد من يمنعه، والمشرع في مسألة مشارطات الزواج قد أخذ بمذهب المجيزين ومنهم الحنابلة وبعض المالكية وطائفة من الحنفية، وبالتالي نجد أن الحنابلة قد توسعوا جدا في الاشتراطات بينما المالكية قاربوا مسلك المضيقين، بينما أخذ الأحناف موقعا وسطا حيث توسعوا في الاستثناءات (بوعلام، سي ناصر، 2011-2012، صفحة 70). هذا الاختلاف قد يخلط الأمر على الموثق، وبالتالي قد يبرم أحدهم عقدا يضم مشارطات للزواج معتمدا على مذهب محدد، بينما قد يرفض موثق آخر إبرام عقد بنفس الشروط، اعتمادا على مذهب آخر.

ثانيا: النتائج المترتبة عن صعوبات توثيق المشارطات في عقد الزواج

إن قانون الأسرة لم يتحدث مطلقا عن سلطة ضابط الحالة المدنية والموثق بشأن فحص ومراقبة شروط انعقاد الزواج أو شروط صحته، ولم يتحدث أيضا عن مسؤولية الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها أثناء قيامه بمهامه. ويمكن أن نلخص النتائج المترتبة عن إشكاليات توثيق مشارطات الزواج، سواء عند رفض إبرام العقود، أو إبرامها وفق شروط منافية لعقد الزواج والتي قد تكون سببا في فك الرابطة الزوجية.

1. رفض تحرير العقود

إن الموثق ملزم بمراقبة الشروط المقترنة بعقد الزواج، ومدى مطابقتها للقانون حتى يستطيع تحرير عقد صحيح، إلا لأنه قد يتخذ موقفا صلبا، بسبب جهله وقلة ثقافته وبالتالي يرفض تحرير العقد، وهذا يعتبر تعسفا في استعمال سلطته بشكل عشوائي، مما قد يفوت على الزوجين فرصة الزواج؛ إذا كان مبني أساسا على هذه الاشتراطات، كأن تشتترط المرأة سكن عائلي مستقل، ويرفض الموثق ذلك، وبالتالي يكون رفضه سببا في عدم إبرام عقد الزواج وعدم إنشاء أسرة، وهذا الرفض يمارسه عدد كبير من الموثقين حتى لا يدخل نفسه في متاهات لا يعلمها، ولا يكلف نفسه عناء البحث عنها، كالمثل القائل بأن الإنسان عدو لما يجهل. وكذلك خوفا من المتابعات والعقوبات، ولا يوجد ما يلزم الموثق

بإبرام هذه العقود، لذا يرى الأستاذ عبد العزيز سعد بوجوب تضمين عقد الزواج بنص صريح يخول لأطرافه اللجوء إلى القضاء عند رفض تحرير عقد الزواج بدعوى مخالفة شروطه لقانون الأسرة ليؤكد هذا الرفض، أو يقر صحة الشروط، بموجب شكوى لرئيس المحكمة التي يوجد بها مقر الموثق الذي رفض تحرير عقد الزواج. (سعد، عبد العزيز، 2007، صفحة 59)

إن تهرب الموثقين من تحرير مثل هذه العقود قد ينجر عنه تفويت فرص الزواج، في حالة ما إذا أراد الطرفين توثيق هذه الشروط في نفس عقد الزواج، أو يؤدي إلى تضييع الحقوق التي نص القانون صراحة على جواز توثيقها في شكل رسمي، إذا أراد الطرفين توثيقها في عقد لاحق بعد زواجهما.

2. إبرام عقود بشروط مخالفة للقانون

نص المشرع في الفصل الثالث المعنون بالنكاح الفاسد والباطل؛ حالة عقد الزواج المقترن بالشروط المنافية لعقد الزواج في المادتين 32 و35، حيث نصت المادة 32 على إبطال الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أما المادة 35 فنصت على بطلان الشرط وصحة العقد إذا اقترن بشرط بنافيه. وأمام هذا التناقض بين المادتين يرى الأستاذ العربي بلحاج في عرضه لأسباب فسخ عقد الزواج، والتي منها اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد: " غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول، حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا بناء على المادة 35". (سمير، عبدو، 2010، صفحة 466) ويرى بعض الفقهاء أن المادة 32 تخص الشروط المنافية لأصل العقد ومقتضاه، كشرط توقيت الزواج بمدة معينة، أما المادة 35 فتخص الشروط التي تنافي مقتضى العقد، فيبطل الشرط ويصح العقد، كاشتراط إسقاط المهر أو النفقة. (بوعلام، سي ناصر، 2011-2012، صفحة 137)

ومن جهة أخرى فإن توثيق الشروط المخالفة للقانون والنظام العام، في كثير من الحالات ينشأ عنها مشاكل بين الزوجين أثناء التنفيذ قد تصل إلى المحاكم، ومن طبيعة المجتمع الجزائري أن الخصومات التي تخرج خارج بيت الزوجية وخاصة إلى المحاكم تنتهي أغلبها بفك الرابطة الزوجية؛ سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع. كما أن للنيابة العامة الحق في التدخل في هذه الحالة حماية للنظام العام، باعتبارها طرف أصلي في جميع

القضايا الرامية إلى تطبيق قانون حسب المادة 3 منه، لأن أغلب قضايا شؤون الأسرة من النظام العام.

4-الخاتمة:

في ختام بحثنا نشير إلى أننا تطرقنا لمفهوم الشرط وأشرنا إلى أنواعه المرتبطة بعقد

الزواج؛ والمتمثلة في الشروط الشرعية والقانونية، والإدارية، والاتفاقية، ثم تطرقنا لموقف الشريعة الاسلامية منها من خلال عرض رأي المجيزين والمانعين لها، ثم عرجنا على موقف المشرع الجزائري الذي أباحها بقيد عدم مخالفة النظام العام وقانون الأسرة.

ثم تطرقنا للإشكالات التوثيقية في مجال الاشتراطات الخاصة بعقد الزواج، من خلال ذكر بعض الصعوبات التي تواجه الموثق كصعوبة تحديد مفهوم موحد شامل لفكرة النظام العام، وكذلك عدم تقييد المشرع الجزائري بمذهب واحد، وفي الأخير حاولنا حصر الآثار المترتبة عن هذه الصعوبات، كرفض الموثق لإبرام العقد، أو إبرامه لعقد بشروط منافية للقانون والنظام العام، وما يترتب عن ذلك من نتائج.

ويرى بعض رجال القانون أنه من الأحسن أن ينص المشرع صراحة بموجب قانون الأسرة على الشروط الصحيحة التي يمكن إقرارها بعقد الزواج، لكن هذا أمر غير عملي بسبب صعوبة حصرها ولأن المجتمع في تطور دائم تظهر معه شروط مستجدة في كل فترة زمنية. ومنهم من يرى بضرورة تقييد المشرع بمذهب محدد وهو المالكية، وهذا أيضا غير مستساغ لأنه بالاستعانة بكل المذاهب يمكن إيجاد الحلول والتيسير على الناس، من خلال الاستعانة بمذهب آخر غير متشدد في القضية المطروحة.

ويمكن أن يكون الحل الذي يمكن من خلاله تقليل إشكالات توثيق مشارطات الزواج، في ظل الغموض القانوني الذي يكتنف مفهوم النظام العام، وعدم تقييد المشرع بمذهب شرعي محدد، يتمحور في النقاط التالية:

- النص في على التقييد بمذهب فقهي محدد، لا سيما في حالة اختلاف آراء المذاهب حول مسألة معينة اختلافا جذريا.
- النص على المشارطات الباطلة على سبيل المثال، لأنه لا يمكن حصرها، من أجل أن يسترشد بها المكلف بتحرير العقود.

- القيام بدورات تكوينية للموثقين، لتوسيع ثقافتهم القانونية، وخاصة في هذا المجال، حتى يتقارب فهمهم للموضوع.

قائمة المراجع

• الكتب:

- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة، مصر، 1968.
- سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.
- سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم 2892، دار المعرفة، لبنان، 2001.
- صحيح البخاري. (حديث رثم 2697).
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شروح القانون المدني - مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة نشر.
- عبد القادر داودي. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر للتوزيع والنشر، الجزائر، 2007.
- نبيل، صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
- وهبة، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء الفقهية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها، ط4، دار الفكر، سوريا، 2002.

• المقالات:

- سعيد خنتوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج - دراسة تحليلية في ضوء الشريعة والقانون والاجتهاد القضائي. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلد 50، عدد 2، الصفحات 173-208، 2013.

- سمير عبدو، الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري. مجلة الإحياء، مجلد 12، عدد 14، الصفحات 461-470، (2010).
- ياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة. مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مجلد 2، عدد 2، الصفحات 239-273، 2017.
- الأطروحات والمذكرات:
 - بوعلام سي ناصر، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية). بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون. قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2011-2012.
 - النصوص القانونية
 - الدستور (2020, 12 30). الجريدة الرسمية. (82)
 - القانون المدني. (1975/09/26). الأمر رقم 58-75 المؤرخ في المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
 - قانون الأسرة. (27 فبراير 2005). قانون 11-84 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05.
 - الأحكام القضائية
 - غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا. (2007/02/14). ملف رقم 381880. الجزائر: المجلة القضائية.
 - التعليمات
 - وزارة الداخلية والجماعات المحلية. (11/02/1980). تعليمة رقم 02.

• وزارة الشؤون الدينية والأوقاف. (13/08/1983). قرار وزاري رقم 580 متضمن شروط وكيفيات إصدار شهادات إثبات الإسلام وشهادة اعتناق الإسلام.

• المراسيم

• وزارة الداخلية والجماعات المحلية. (الصادر بتاريخ 16/08/1983). المرسوم رقم 83/481 المؤرخ في 13/08/1983 المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني. الجريدة الرسمية عدد 34.

• المواقع الإلكترونية

• الموسوعة الإلكترونية. (2020). مفهوم وتعريف النظام العام في القانون. تاريخ الاسترداد 09 03, 2020، من موقع الموسوعة الإلكترونية: <https://elawpedia.com/view/32/0>