أثر الاعتداد بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

The effect of custom in the conditions linked to the marriage contract between Islamic law and the Algerian Family Code

لخذاري عبدالحق*

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة

abdelhak@uni-tebessa.dz

تاريخ الإيداع:2020-09-25	تاريخ المراجعة:2021-01-09	تاريخ القبول:2021-01-20

ملخص:

يعد العرف أحد مصادر التشريع بما في ذلك مجال الأحوال الشخصية ، ومن بينها الشروط المقترنة بعقد الزواج ، فبما أن الزواج ظاهرة اجتماعية تتعلق بحياة الناس اليومية وأعرافهم وتقاليدهم وعاداتهم ، ولذلك كان للعرف أثر كبير في الشروط التي يضعها الناس ضمن عقد الزواج ،مما يجعلنا نتساءل عن مدى اعتداد المشرع الجزائري بهذا العنصر فيما يتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج ، وقد تبين من خلال هذه الورقة البحثية مراعاة المشرع الجزائري تبعا لبعض المذاهب الفقهية الإسلامية في الأخذ بالشروط المقترنة بعقد الزواج استنادا على أعراف الناس وعاداتهم وإدراجه ضمن عقد الزواج أو بعقد لاحق كما وضح ذلك قانون الأسرة الجزائري ، وقد أخذ المشرع الجزائري بها متبعا المذهب الحنبلي، غير أنه قيد ها بأن تكون غير مخالفة لأحكام القانون ، وهذا من شأنه حماية قدسية عقد الزواج ومكانته السامية التي شرفها الإسلام حينما وصفه بالميثاق الغليظ ، وعلى هذا الأساس يعتبر العرف الذي لا يخالف التعاليم الشرعية والمعمول به في أوساط المجتمع شرطا صحيحا يقترن بعقد الزواج

الكلمات المفتاحية: الاعتداد؛ العرف؛ الشروط؛ عقد الزواج؛ قانون الأسرة الجزائري.

Abstract:

Custom is one of the most source of legislation, including in the field of personal status, and among them are the conditions associated with the marriage contract, since marriage is a social phenomenon linked to the daily life of people and their customs, traditions and customs, had a great impact on the conditions that people put in the marriage contract, which makes us wonder about the extent to which the Algerian legislator is concerned with this element with regard to conditions linked to the marriage contract, and it has been evident through this research document that the Algerian legislator, according to certain schools of Islamic jurisprudence, takes into account the conditions linked to the marriage contract with the norms and customs of the people and includes it in the marriage contract or in a subsequent contract as clearly indicated in the Algerian family law texts.

Keywords: accreditation; custom;conditions; marriage contract; Algerian family law.

* المؤلف المراسل.

www.manaraa.com

مقدمة:

يعتبر العرف أحد أهم مصادر التشريع القانوني ،فالواقع يفرض أن تتماشى القواعد القانونية والأعراف السائدة في المجتمعات، وكل قانون يخالف العرف يصبح عقبة أمام تطبيقه على أرض الواقع ،وهذا في كل المجالات ومن بينها مجال التشريع الأسري ، وهذا ما اتضح جليا من خلال الاعتداد بالعرف واعتباره في قانون الأحوال الشخصية المتمثل بالخصوص في قانون الأسرة الجزائري وهذا في العديد من القضايا، والتي من بينها تلك الشروط المقترنة بعقد الزواج.

وكما هو معلوم أن هناك اختلافا فقهيا في الشروط التي تقترن بعقد الزواج ، والرأي الراجح هو اعتبارها ما لم تخالف مقاصد الشريعة الإسلامية من الزواج ، وقد أخذ المشرع الجزائري بالعرف في هذه الشروط موافقا في ذلك المذهب الحنبلي .

والأساس في ذلك ما تعارف عليه الناس في حياتهم اليومية من أعراف وعادات ، أصبح لها طابع الإلزام المعنوي في شتى المجالات التي من بينها قضايا الأحوال الشخصية ، فقد راعى المشرع الجزائر في الأخذ بالشروط المقترنة بعقد الزواج وفق رؤية واقعية للواقع المعيش الذي يفرض رهاناته على الزواج سواء قبله أو بعده.

وللدراسة أهمية عملية واقعية كبرى ، خاصة تعلقها بعنصر الأعراف والعادات التي تحكم الأفراد والتي يتميز بها الشعب الجزائري عن غيره من الشعوب، فالأعراف عموما في الجزائر أو غيرها قد تخالف بعض أحكام الشريعة الإسلامية ، لهذا استوجب الأمر القيام بدراسة أكاديمية توضح ماقد يستشكل في هذا الجانب.

ولذلك تطرح الورقة البحثية إشكالية تتمثل في التساؤل التالي : هل اعتد المشرع الجزائري بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج ؟

ولهذا تهدف هذه الدراسة إلى بيان وتوضيح أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج ، وبيان مدى الاعتداد به من طرف المشرع الجزائر ي في قانون الأسرة الجزائري ، الذي يعتمد كمصدر رسمي وأساسي في تشريعاته ومواده ونصوصه على أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مصادرها .

سنعتمد في معالجة هذا الموضوع على المنهج الوصفي لإبراز إرادة المشرع من خلال النصوص القانونية،

واستخدمت التحليل من خلال شرح النصوص الشرعية والقانونية والتعليق عليها

كما استخدمت أسلوب الدراسة المقارنة مقارنة بين الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة الجزائري .

وللإجابة على الإشكالية المطروحة قسمت البحث إلى العناصر التالية :

www.manaraa.com

مفهوم العرف أولا ، ثم ثانيا مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج ، ثم ثالثا: مشروعية الأخذ بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي ، وأخيرا مدى اعتداد المشرع الجزائري بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج .

1- مفهوم العرف والشروط المقترنة بعقد الزواج:

يتناول هذا العنصر بالدراسة مدخلا مفاهيميا لأهم عناصر الموضوع ،، ويتعلق المر بمفهوم العرف لغة واصطلاحا ، وبين الفرق بينه وبين العادة، لرفع اللبس الموجود في هذا التداخل ، ثم يتناول العنصر الثاني بالدراسة مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج ، وكذا الضوابط التي وضعها الفقهاء المسلمين والتي أخذ بها المشرع الجزائري للاعتداد بالشروط المقترنة بهذا العقد.

1-1-مفهوم العرف والفرق بينه وبين العادة :

أ- **لغة :**

العرف من لمعروف: ضد المنُكر والعُرْف: ضد النُّكر يقال: أولاه عرفاً أي معروفاً والعرف والمعارفة والمعروف واحد: ضد النُّكر، وهو كل ما تعرفه النفس من خير وتأنس به وتطمئن إليه [1].

العرف هو ما يسكن إليه الناس وتطمئن له قلوبهم وأنفسهم ، الشيء المتعارف عليه بين الناس وما اطمأنوا إليه واستكنوا له [2].

فهو يطلق لغة على كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه , ويطلق أيضا على المعروف , وهو الخير والرفق والإحسان .

ب-اصطلاحا :

هو ما ألفه مجتمع من أمور الدنيا من غير حظر من الشارع سواء كان قولا أو فعلا أو تركا. وقد عرفه الجرجاني بقوله: "العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول ، وهو حجة أيضا لكنه أسرع إلى الفهم وكذا العادة هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة أخرى" [3].

فهو ما اعتاد جمهور الناس وألفوه من فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص , بحيث لا يتبادر غيره عند سماعه، وهو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قولٍ أو فعل أو ترك [4].

---

[1] -ابن منظور ،لسان العرب ا محيط ، بيروت ، لبنان ، دار صادر،1997م ،ج 2،ص692.

[2] - ابن فارس،أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني، معجم مقاييس اللغة ، بيروت ، دار الجيل ، 1420 هـ ، 1999م، ج 4 ، ص 281.

[3] - الجرجاني علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، التعريفات ،بيروت ،مكتبة لبنان ، 1985م،ص 126.

[4] - عبدالوهاب خلاّف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه،بيروت، دار العلم للملايين ،1999 ، ص146. محمّد أبو زهرة، أصول الفقه،دمشق، دار الفكر العربي، 1996م، ص255.

www.manaraa.com

وعرفه الإمام الغزالي بقوله : العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول [1].

قال القرطبي في تفسيره:"والعرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس"[2].

وهو من القواعد الفقهية المعترف بها عند الفقهاء،ولها مزايا عديدة في مجال التشريع [3]، وقد قيل : " **المعروف عرفا كالمشروط شرطا**" [4]، وهو دليل على الاعتداد به وقيام الحجة عند الاستدلال به،إلى غيرها من القواعد الفقهية المتصلة بموضوع العرف والمبسوطة في كتب القواعد الفقهية.

والعرف هو ما ألفه الناس وساروا عليه في تصرفاتهم , سوا كان فعلا أو قولا دون أن يصادم نصا , ويعتبر من أقدم مصادر التشريع الإنساني إذ أن التشريعات المختلفة ، بدأت بعادات وأعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها ، ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانونية والتشريعية ، وبعد نزول الرسالة المحمدية بالشريعة السمحة ، وجدت كثيراً من الأعراف في المجتمع العربي , فأقرت الصالح وألغت الفاسد من تلك العادات والأعراف ، والعرف الصحيح كالمصالح المرسلة , يعتبر مصدرا للفتوى والقضاء والاجتهاد فينبغي أن يراعى في عند تشريع الأحكام أو تفسير النصوص.

والعرف ينقسم باعتباره شرعاً إلى صحيح وفاسد، والعرف الصحيح هو ما اعتاده الناس دون أن يصادم الشرع، فلا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً... والعرف الفاسد هو ما اعتاده الناس ولكنه يحل حراماً أو يحرم حلالاً، كتعارفهم على بعض العقود الربوية ونحو ذلك .وقد اتفق الفقهاء على أن العرف دليل أو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وتوسع الحنفية والمالكية في العمل به أكثر من غيرهم، واعتمدوه مستنداً في كثير من الأحكام العملية، وفي فهم النصوص الشرعية، بتقييد إطلاقها وفي تبيان أحكام الفقه المختلفة في دائرة العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والتعزيرات الجزائية [5].

ج- الفرق بين العرف والعادة:

المتأمل في مؤلفات الفقهاء وأقوالهم يجد أنه ليس هناك فرق بين العرف والعادة، فهما أمر واحد، غير أن العادة هي الشيء المألوف الخاص بفرد آو بجماعه أما العرف فهو المألوف الخاص بجماعة [6] .

---

[1] -أبوحامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول ، بيروت، دار الكتب العلمية ،1995م ،ج1،ص145.

[2]- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن،د.ط، دمشق ،، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،1984م ، ج7، 270.

[3] - يرجع الفضل في إبراز أهمية العرف ومزاياه للمدرسة التاريخية التي تعطي الأولوية للعرف على التشريع إذ تبين أن العرف:

أ- يلائم ويوافق حاجات الجماعة لأنه ينشا باعتياد الناس عليه فيأتي على قدر تطلبات المجتمع باعتباره ينبثق من هذه المتطلبات فبظهور متطلبات جديدة تنشأ أعراف جديدة تزول بزوال هذه المتطلبات.

ب- كما انه يوافق إرادة الجماعة أيضا باعتباره يصدر عنها وينشأ في ضمير الجماعة فهو قانون أكثر شعبية من التشريع لان مصدره الشعب بينما التشريع يصدر من السلطة فيوافق إرادتها فقط وقد سبق القول بان القوانين إذا صدرت بهذا الشكل لم تستمر طويلا

ج-أن العرف قابل للتطور وفقا لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية فهو يتطور بتطور المجتمع ويزول إذا زالت الحاجة التي أدت إلى ظهوره.

[4] -محمد مصطفى الزحيلي ،القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، دمشق ،دار الفكر 2006،ج1،ص45.

[5] - وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ، دمشق، دار الفكر ، 1432هـ ،ص 835.

[6] - محمّد أبو زهرة، المرجع السابق ، ص265.

www.manaraa.com

قال النسفي :" العُرف والعادة ما استقرَّ في النفوس من جهة العقول , وتلقَّته الطباع السليمة بالقبول"[1].

وقد أجمع الفقهاء على حجية العادة أو العرف الصحيح وهو مقبول عندهم شريطة أن يكون صحيحا وعاما، ولم يخالف نصا شرعيا أو قاعدة شرعية عامة، وكان مطردا أو غالبا [2] .

2-1-مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج :

سأتناول بالدراسة تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج وماذا يقصد بها ثم أتطرق إلى الضوابط التي وضعها الفقهاء المسلمين والتي أخذ بها المشرع الجزائري للاعتداد بالشروط المقترنة بهذا العقد.

أ-تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج:

يقصد بها تلك الشروط المرافقة أو المصاحبة لعقد الزواج [3] , وكما أن أي شرط يكون مقترنا بالعقد يفترض أن يكون الطرف الآخر قد وافق عليه ابتداء لكي يدرج ضمن شروط هذا العقد , كما انه لا يخرج عن كونه إما مشروعا أو غير مشروع .

وهي : " التزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد سواء أكان الالتزام مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له، أو كان منافيا له، و سواء كان يحقق منفعة لمن اشترط له الشرط، أو كان الاشتراط لصالح الغير، أو لم تكن هناك مصلحة لأحد مطلقا "[4].

والشروط التي يقتضيها العقد هي كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى و لو لم تذكر فيه بالنظر لكون أنها تعد حكما من أحكام عقد الزواج، و أثرا من آثاره، ومن ثمة فهي تجب بالعقد من غير حاجة إلى اشتراطها في الأصل، باعتبار أنها مقررة وثابتة بموجب عقد الزواج ذاته[5].

ومن أمثلتها اشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق، دفع المهر أو عدم تأجيله ، المعاملة الحسنة، حسن المعاشرة،القسم بين الزوجات،عدم التقصير في حقوقها أو أي شرط من شأنه أن يضمن محافظة الزوج على الزوجة كاشتراطها أن لا يضارها في نفسها، ولا في مالها ، اشتراط الزوج على الزوجة الطاعة، القرار في البيت، وعدم الخروج إلا بإذنه،أو

---

[1] - سيد صالح النجار، أثر العرف في التشريع الإسلامي، بيروت، دار الكتب العلمية ،1998م ، ص50 .

[2] - ابن عابدين محمد أمين أفندي مجموعة رسائل ابن عابدين ، دمشق ، دار الفكر ، ج 2، ص 115 ومابعدها.

[3] - قال ابن قدامة في المغني عند ذكره لأنواع الشروط في النكاح :مَا يُبْطِلُ الشَّرْطَ وَيُصِحُّ الْعَقْدَ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا، أَوْ أَنْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا أَوْ إنْ أَصْدَقَهَا رَجَعَ عَلَيْهَا، أَوْ تَشْتَرِطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَطَأَهَا، أَوْ يَعْزِلَ عَنْهَا... فَهَذِهِ الشُّرُوطُ كُلُّهَا بَاطِلَةٌ فِي نَفْسِهَا، لِأَنَّهَا تُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ، وَلِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ إسْقَاطَ حُقُوقٍ تَجِبُ بِالْعَقْدِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ، فَلَمْ يَصِحَّ... فَأَمَّا الْعَقْدُ فِي نَفْسِهِ فَصَحِيحٌ ... ابن قدامة موفق الدين عبدالله بن أحمد أبو محمد المقدسي ، المغني ويليه الشرح الكبير، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي ، 1405هـ ، 1985م، ج3،ص148.

[4] - وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ، دمشق ، دار الفكر، 1432هـ ،2011م، ج 10 ، ص 198.

[5] --منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الأقناع، دار الكتب العلمية ،لبنان،1997، ج5 ،ص 39 .

www.manaraa.com

خلوها من الموانع الشرعية فلا تكون زوجة للغير،أو أن لا تكون في عدتها وأن لا تصوم تطوعا إلا بإذنه وغيرها من الشروط .

فللزوجة أو لوليها أن يشترطا عند عقد النكاح شروطاً على الزوج يجب عليه الوفاء بها، إلا أن تكون شروطاً محرمة أو تخالف مقتضى العقد؛ لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه في الصحيحين قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[1].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً" .[2]

وفي الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « مابَالُ أُنَاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ شَرْطُ اللَّهِ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ .[3]

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. 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 [4].

ب-ضوابط الاعتداد بالشروط المقترنة بعقد الزواج :

لقد أقر الشرع الحنيف وقانون الأسرة الجزائري بالأخذ بالشروط في عقد الزواج ، غير أنها يجب أن تكون صحيحة ومتفق على صحتها ، ونعني بها التي لا تنافي مقتضى العقد كاشتراط المرأة العشرة بالمعروف والإنفاق والكسوة والسكنى؛ وألّا يقصّر الزوج في شيء من حقها في القسمة، أو كاشتراطها صداقا قيمته معينة، أما بالنسبة للزوج، كاشتراطه ألا تخرج إلاَّ بإذنه ولا تمنعه نفسها وألا تتصرف في ملكه إلاَّ برضاه.

[1] - ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،لبنان ، كتاب النكاح ، باب الشروط في النكاح،1415 هـ ، م1999 ، ج3،ص245.

[2] -الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى ، سنن الترمذي، الأزهر، المطبعة المصرية، 1350هـ،1975 ، كتاب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس،ج3،ص87.

[3] - أبوعبد الله بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، صيدا ، بيروت، 2010، المكتبة العصرية ، كتاب البيوع ،باب إذا اشترط شروطا ، ص1420.

[4] -، حداد فاطمة ،حجاب ياسين،" الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة" ،مجلة الدراسات والبحوث القانونية جامعة المسيلة ،العدد7 ،2018 ، ص244.

www.manaraa.com

و مجمل القول فإنه لا يصح الاعتداد بكل الشروط وإدراجها بعقد الزواج إلا بوجود مجموعة من الضوابط الشرعية نذكر منها ما يلي :

-أن يكون الشرط من مقتضيات العقد :

كأن يمس أحد الأمور التي يقتضيها العقد ويتصل بها مباشرة كأحد أركانه كالولي أو المهر ، فللزوجة مثلا أو لوليها أن يشترطا صداقا بقيمة مالية محددة ، فهو أمر مشروع مادام متعلقا بركن الصداق في العقد .

- أن يكون الشرط مؤكدا لمقتضى العقد :

فإذا جاء الشرط مؤكدا لأثر من أثار العقد فإنه يعد مشروعا , كما لو اشترطت المرأة أن يكون والد الزوج ضامنا للمهر , وبما أن المهر أثر للعقد يلزم به الزوج والشرط جاء مؤكدا لهذا الأثر فيعد بالتالي شرطا مشروعا.

- أن يكون الشرط مشروعا :

أي أنه غير محرم شرعا , فلا يجوز اشترط أحد الطرفين على الآخر بشيء محرم من قبل الشارع .

- أن يتماشى والعرف المعمول به :

فإذا كان هذا الشرط مباحا شرعا ، ولكن غير متعارف عليه وغير معمول به في عرف الناس ، بحيث يمكن أن يرتب آثارا سلبية على الزوج بعد إتمامه, فيمكن لأحد الزوجين أن يتحلل منه بهذه الحجة .

يلاحظ مما سبق أن وجود العرف في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها "الشروط المقترنة بعقد الزواج " وهو – العرف- ضابط أساسي ومهم لصحة الأخذ بالشروط في عقد الزواج ، فلا يعقل إضافة شروط بعقد الزواج غير متعارف عليها في وسط المجتمع ، وهذا دليل قوي على مشروعية العرف في قضايا الأسرة ، ومن أمثلتها الاشتراط في كيفية التعامل مع الراتب الشهري للزوجة بالتراضي ، أو فيما يتعلق بعمل الزوجة وكيفيته واشتراط الزوج في نوعية العمل وتوقيته ومراعاته لأعراف الناس ، فإذا كانت هذه الشروط متماشية مع العرف المحيط بالأسرة فلا مانع في الأخذ به.

2- العرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج ومدى اعتداد المشرع الجزائري بها :

في هذا العنصر من هذا البحث سأتطرق غي الجزئية الأولى إلى مشروعية الأخذ بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي ، ثم بيان مدى اعتداد المشرع الجزائري بها في جزئية ثانية:

2-1- مشروعية الأخذ بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي

إن المتأمل في الفقه الإسلامي يجد بأن الاشتراط في عقد الزواج منه ما يصح ومنه مالا يصح ، ولقد اختلفت آراء الفقهاء في ذلك بين مضيّق وموسّع [1] ، وهي إما شروط متفق على صحتها، أو شروط مجمع على بطلانها، أو شروط مختلف فيها.

[1] - يرجع في هذا إلى :- أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك ، لبنان ،دار الكتب العلمية، 1999، ج5، ص 59. محمد بن رشد القرطبي ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لبنان، دار المعرفة ، 1982، ص58.
بوكايس سمية ، الاشتراط في عقد الزواج ، مقال منشور بالموقع : http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t2757-topic ،تاريخ الزيارة 2020/09/15.

www.manaraa.com

أ-الشروط الصحيحة والمتفق على صحتها :

ويقصد بها الشروط التي يضعها أحد الطرفين بحيث لا تخالف مقتضى عقد الزواج، كأن تشترط المرأة المعاملة الحسنة والإنفاق والملبس والسكنى ومتطلبات الحياة الكريمة ،أو يشترط ولها قيمة محددة لصداقها ، أو أن يشترط الزوج الطاعة والامتثال لأوامره ما لم تكن إثما ، وأن لا تخرج إلاَّ بإذنه ولا تمنعه نفسها وألا تتصرف في ملكه إلاَّ برضاه. فهذه شروط تدخل ضمن مقتضيات الزواج وآثاره فيجوز لكلا الطرفين اشتراطها .

و الشروط التي أجازها الشارع شروط ليست من مقتضيات العقد،أو مؤكدة لمقتضاه، لكن وردت بها نصوص شرعية تدل على اعتبارها،بمعنى أنها شروط ثابتة بالنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع ،أو ورد بها أثر من الشارع [1].

ومن أمثلة هذه الشروط : اشتراط التوارث بعد موت أحدهما، .....وغيرها من الشروط. وهذه الشروط اتفقت المذاهب الفقهية (الحنابلة-الحنفية-الشافعية-المالكية-الإباضية -الظاهرية) على صحتها [2].

ب-الشروط المتفق على بطلانها و المختلف في صحتها:

- الشروط المتفق على بطلانها:

وهي تلك الشروط التي تخالف التعاليم الشرعية كما أنها تخالف مقتضى العقد أو تكون منهيا عنها شرعا ، كأن تشترط الزوجة طلاق الزوجة الأولى ، أو أن يتخلى الزوج عن أبنائه من زوجة أخرى توفت أو طلقت ، قال عليه الصلاة والسلام :" لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها " [3].

ففي كلا الحالتين ضرر بين ، نهى الشرع الحنيف عن الإضرار بالغير ، فالقاعدة الفقهية تنص على أنه لاضرر ولا ضرار ، كما لا يحق للزوج أن يشترط على زوجته ما لا يحل كأن يشترط زواجه بها لمدة زمنية محددة فقط ، وهذا زواج غير مشروع لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة إلا أنه تم الاختلاف في الوقت الذي وقع فيه التحريم [4] .

- الشروط المختلف في صحتها:

فهي تلك التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد دليل خاص للأخذ بها من عدمه، ويكون فيها منفعة للمشترط كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج، وكأن

[1] -لعربي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج ،مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر،2014/2013،ص 9.

[2] - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، مصر ، دار الجامعة الجديدة، 1998،ص102. أحمد فراج حسين ،أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، مصر ،الدار الجامعية ،1993م ، ص102. لعربي إيمان، مرجع سابق ، ص9 ، 10.

[3] - البخاري، مرجع سابق ،كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، رقم الحديث 5152، ص 371.

[4] - محمد بن رشد القرطبي ،مرجع سابق ، ص58.

www.manaraa.com

يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة ونحوه [1].

وقد ذهب الحنابلة إلى أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها [2]، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " [3].

أما المالكية فذهبوا إلى أن هذه الشروط غير ملزمة ولا يتوجب الوفاء بها الا إذا اقترنت بيمين ويكون الوفاء بها من أجل اليمين وليس لأجل الشرط [4].

أما الشافعية والحنفية فذهبوا إلى أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح [5] .

2-2- مدى اعتداد المشرع الجزائري بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج :

لقد أقر المشرع الجزائري بالأخذ بالشروط المقترنة بعقد الزواج،وترك شأن ذلك إلى حرية الزوجين في كل ما يتعلق بالعقد ومقتضياته ، وهو اعتراف من المشرع بالاعتداد بكل ماهو متعارف عليه ومعمول به في المجتمع ، غير أن ذلك مقيد بعدم مخالفته لأحكام القانون الذي يستمد روحها ونصها من تعاليم الشريعة الإسلامية ، وهذا تأكيد لشرط الفقهاء في عدم مخالفة العرف لأحكام الشرع .

وهذا ما نستشفه من نص المادة 19من قانون الأسرة المعدل التي جاء فيها : "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون".

فالملاحظ على المادة الاعتراف الضمني بالأخذ بالمتعارف عليه بصورة عامة وشاملة كشرط يمكن أن يقترن مع عقد الزواج ، أو بعقد رسمي لاحق . والدليل على ذلك الاستشهاد مثالين عن الشروط التي قد تقترن بعقد الزواج ، والاستدلال بالمثالين هنا ليس على سبيل الحصر .

غير أنه يعاب على المشرع النص على إمكانية اشتراط عدم التعدد الذي يمكن أن يقترن بالعقد قبل الزواج وهو يخالف حكما شرعيا منصوصا عليه ، ولا حجية للعرف أو العادة أو الاتفاق على مخالفة نص قطعي ،فلا يمكن الأخذ بعرف معمول به في بلد معين على اشتراط أن لا يعدد الزوج على بناتهن ويجمد نص شرعي قطعي.

فيتضح من خلال المادة أن المشرع أعطى الحرية للزوجين في اشتراط أي شرط فيه مصلحة لأحدهما، وهو بالتالي سار وفق المذهب الحنبلي الذي يجيز حرية الاشتراط في عقد الزواج، شريطة أن لا يتنافى مع طبيعة عقد الزواج، و قد ذكر مثالين على سبيل المثال لا الحصر، نظرا لأهميتهما [6].

---

[1] - السيد سابق ، فقه السنة ، القاهرة ،دار مصر للطباعة، 1997 ، ج2، ص35.

[2] - أبو العباس بن تيمية، الفتاوى الكبرى ، لبنان ، دار الكتب العلمية ،1987 ، ج3، ص78.

[3] - البخاري،مرجع سابق، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم5151 ،ص375 .

[4] - أبو الوليد الباجي، مرجع سابق، ج5، ص 69، محمد بن رشد القرطبي،مرجع سابق ،ج1 ، ص59.

[5] - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، الرياض ، دار السلام للطباعة، 1997، ج5،ص229.

[6] - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، 2008 ، ص 126.

www.manaraa.com

وهذا يؤكد فتح المجال في الأخذ بالعرف في كل الشروط المقترنة بعقد الزواج التي قد يقترحها أحد الزوجين، ما لم تخالف هذه الشروط أحكام القانون المعمول به .

إن مما يعاب على المشرع الجزائري هو النص على جواز الاشتراط قبل الزواج سواء في العقد أو بعقد لاحق، وهذا من شأنه أن يفتح المجال واسعا للاشتراط بما لايصح شرعا وعرفا وعقلا ، ومن جهة أخرى قيد هذا الاشتراط بما لا يخالف أحكام قانون الأسرة ، وهذا أمر غير كاف للاحتياط من الدخول فيما حرم الله تعالى في شرعه ،فالأجدر هو تصحيح المادة السابقة الذكر على النحو التالي :" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية ....ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام الشريعة الإسلامية والقانون " . لأن المجال الأسري مجال مقدس وعقد الزواج عقد مقدس وله ارتباط شرعي وطيد ، وهو ميثاق غليظ لا يجب الاستهانة بآثاره ولا التهاون في إدخال ما لا يجوز إدخاله من شروط تضر بقدسيته.

أ-اشتراط عدم التعدد :

أوردت المادة السابقة حق اشتراط عدم الزواج على الزوجة أي عدم التعدد ، فقد نصّ قانون الأسرة صراحة على أنه يجوز للزوجة الاشتراط على زوجها ألّا يتزوج عليها ما دامت هي تحت عصمته، بعدما كان هذا الشرط محلّ خلاف ونقاش الفقهاء، حيث أثار جدلا كبيرا نظرا لارتباطه بمبدأ هام أقرته الشريعة الإسلامية وهو مبدأ تعدد الزوجات.

فإذا قبل الزوج هذا الشرط أثناء التعاقد وجب عليه الالتزام به والوفاء به ، وفي حالة مخالفته لهذا الشرط جاز للزوجة طلب التطليق بحسب الفقرة الثامنة من المادة 53المعدلة التي تنص على " : مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، وهو ما لم يقل به الحنفية والشافعية، واستحبه المالكية دون الفسخ، عكس المذهب الحنبلي الذي أقر الشروط وتوسع فيها وأوجب الفسخ في حالة الإخلال بها [1].

ففي مذهب الحنفية يعد اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها هي من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، وحكم هذا النوع من الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط، فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا، ومن ثم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط [2] .

و الشافعية أيضا اعتبروا أن هذا الشرط مما يخالف مقتضى العقد، إلا أن فيه منفعة مقصودة لمن يشترطه، فيصح النكاح ويفسد الشرط [3].

[1] - عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،(رسالة ماجستير)، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، 2015/2014 ، ص 137 .

[2] - محمد بن رشد القرطبي،مرجع سابق ، ص59.

[3] - الغزالي ، مرجع سابق ، ج5، ص229.

www.manaraa.com

أما المالكية فيرون أن هذا الشرط مما لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه، وبالتالي يكون مكروها، ولا يلزم الوفاء به ابتداءً، ولكن إن وقع صحّ العقد وبطل الشرط، إلا أنه يستحب الوفاء به [1] .

ويرى الحنابلة أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، وحكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، وإذا فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه[2].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنّ اشتراط عدم التعدد هو شرط لا يتنافى مع أحكام القانون إذ أن المشرع قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة وهو أمر جوازي، ولما كان كذلك واعتبارا بأنه حق يتصرف به الرجل كما يشاء فإنه يستطيع التنازل عنه وقبول شرط المرأة التي ترفضه، وذلك باتفاقهما سواء في العقد أو بعده. ومن ثمّ فإن قانون الأسرة قد أخذ بالرأي الذي يبيح اشتراط عدم تعدد الزوجات، وهو ما ذهب إليه بعض الحنابلة والذين اعتبروا هذا الشرط جوازيا، ويلزم الزوج به وإذا لم يف به كان للزوجة فسخ عقد الزواج[3].

ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه اعتمد على معيار قد يتعارف عليه عند البعض ، وهو عدم السماح للزوج من التعدد ، وهو يدخل ضمن الشروط المختلف في صحتها فهي غير موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد دليل خاص للأخذ بها من عدمه، وفيه منفعة شخصية للزوجة ، لأن تجارب الحياة و العرف أثبتا حصول الشقاق والمشاكل الأسرية عند حصول التعدد من الزوج .

وهذا دليل على اعتبار المشرع الجزائري للعرف في قضايا الأحوال الشخصية ، فالزواج ظاهرة اجتماعية تتعلق بأعراف وعادات الناس فلامناص من الأخذ به قبل عقد القران .

وقد تناول المشرّع مسألة الشروط المقترنة بالعقد والتي يتضمنها العقد في نقطتين الأولى تخص عقد الزواج وإثباته وهذا ماجاء به مضمون المادة 19. والموضع الثاني في فصل النكاح الفاسد أو الباطل وهذا في المادتين 32 و35.

فحسب المادة 19فإن المشرّع أعطى كلاً من الزوجين حق الاشتراط لنفسه ما يراه مناسباً لهما ولوضعيتهما الحياتية بشرط ألا تتنافى مع هذا القانون ، فجاء في نص هذه المادة :" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما - شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة- ما لم تَتَنافَ هذه الشروط مع أحكام هذا القانون " .

وهذا يجعلنا نعتقد ونقر بأن المشرع الجزائري جعل الأصلَ في الشروط الجواز وعدم المنع ، فلا يمنع منها إلا ما يتَنافَى مع القانون ، وتصبح بعدها تحمل صفة الإلزام والتطبيق للطرف الذي تحمَّلها ومن حق المشترِط المطالبتُه بالوفاء بها.

[1] - أبو الوليد الباجي ، مرجع سابق ، ج5،ص68.

[2] - محمد بن رشد القرطبي ،مرجع سابق ، ص.483.

[3] - رشدي شحاتة أبو زيد ، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، الإسكندرية،مكتبة الوفاء القانونية ، 2011، ص 240.

www.manaraa.com

وبالرجوع إلى فصل وأحكام النكاح الفاسد والباطل، نصت المادة 32 على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرطٍ يَتَنافَى ومقتضيات العقد" . وبقراءة معمقة لنص هذه المادة نجد بأن المشرع الجزائري اعتبر اشتمال العقد على الشرط المنافي لمقتضى العقد من أسباب بطلانه.

وحكم على العقد المشتمل للشرط المنافي لمقتضى العقد بالفسخ دونما تفريق بين حالة قبل الدخول وبعدها، رغم أن المشرّعَ ذكر في المادة التالية (33) أن الزواج إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل..

فحرية المتعاقدين في الاشتراط الواردة في المادة 19 لا بد من تقييدها بما ورد في المادة 32: وهو كون الشرط لا ينافي مقتضى العقد .

أما ما ورد في المادة 35:" إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا] فإنه يظهر في مضمونُه وكأنه مخالف للمادة 32فحكم على العقد المقترِن بشرطٍ ينافيه بالصحة ويبطل الشرط فقط مما يجعل الجمع بين النصين / بل الثلاثة المادة 19 و المادة 32 و المادة 35 / متعذرا أو صعبا، فمرة تم الحكم على العقد المقترن بالشرط المنافي لمقتضياته بالبطلان وأُدرج ضمن النكاح الفاسد أو الباطل، ومرة حكم عليه بالصحة وأبطل الشرط فقط؟.

ولعل الأنسب صياغة المواد الثلاث في نص واحد يحفظ الوحدة الموضوعية للنص التشريعي، ويدفع أي اضطراب في فهمه عند الطالب ؟ . ولعل المشرع توسَّع في مسألة الاشتراط بما يؤدي إلى الاعتقاد بأن جواز الاشتراط في عقد الزواج هو الأصل ، في حين الكثير من الفقهاء ومنهم المالكية اعتبروه استثناء.

ب-اشتراط عمل الزوجة :

بحسب المادة 19 السابقة من قانون الأسرة الجزائري ، يحق للزوجة قبل إبرام عقد الزواج أو بعقد لاحق أن تشترط عملها شرط عمل الزوجة سواء في البحث عن وظيفة مستقبلية، أو الاستمرار في عملها الذي كانت تشغله قبل عقد الزواج، ويجوز للزوج من خلال هذا الشرط، أن يشترط عليها أن تتنازل عن حقها في الإنفاق عليها، و أن تلتزم بالإنفاق على نفسها من المال المتحصل عليه من خلال خروجها للعمل .

ويبقى هذه الشروط المستحدثة في نص القانون [1] جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وذلك لتعدد الشروط وكثرتها في الواقع العملي، و ترك مجال الاشتراط للعرف و العادة، وهذا ما يبين اعتبار قانون الأسرة للعرف في هذه المسألة.

فعمل الزوجة المعروف عنه أنه قسمان:

[1] - نصت بعض التشريعات المقارنة على هذا الشرط فهو من الشروط المستحدثة ، فقد جاء في المادة 28من مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني " : للزوجة أن تشترط على الزوج أن لا يتزوج عليها، أو يغيب عنها مدة معينة، أو يمنعها من دراسة أو عمل وكل شرط لا ينافي المقصود من العقد" .

انظر: عماد شريفي ،مرجع سابق ،ص11.

www.manaraa.com

-أعمال تمس فيها الحاجة إلى المرأة: كالتوليد والتطبيب للنساء ، وكتعليم النساء في مدارس خاصة لهن ، فمثل هذه المرافق ينبغي للأمة أن تهيئ لها طائفة من النساء تسد حاجة المجتمع وتقوم بمتطلباته ، فكما أن الأمة يجب أن توفر من يقوم بفروض الكفايات – كالجهاد والدفاع عن الحمى – ، فإن هذه الأمور النسائية من أهم فروض الكفايات التي يجب أن توفر من يقوم بها ممن لهن القدرة على ذلك من النساء.

- أعمال يقوم بها الرجال ، ولا تتوقف الحاجة فيها إلى النساء: كالزراعة والصناعة والتجارة ، فهذه الأعمال يجوز أن تزاول المرأة فيها أعمالاً حسب ضرورتها ومقدرتها وإمكانيتها.

فعمل المرأة إذن يرجع إلى الأعراف المعمول بها سواء داخل الأسرة الواحدة أو القبيلة الواحدة كأن يعتاد أفرادها بعدم استحباب عمل الزوجة وخروجها ومرورها بالشوارع ورؤية الناس لها ذهابا وإيابا ، كما أن الوضعية الاجتماعية للزوجة قد تلجئه إلى ضرورة عمل الزوجة لسد النقص في متطلبات العيش ويكون حينها عملها واجبا وضرورة شرعية ، فكل هذه العوامل تدخل في مجال العرف الذي له تأثير كبير في الأخذ أو عدم الأخذ في الكثير من قضايا المجتمع والتي يدخل ضمنها عمل الزوجة .

كما أن حق المرأة في اشتراط عملها يدخل ضمن حقوق الإنسان المعترف بها عالميا وهو يدخل ضمن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، وهذا ما كرسه الدستور من خلال المادة 55 التي تنص على أنه " لكل مواطن الحق في العمل" .

وهو نفس ماجاء في المادة 29 بقولها: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرّع بأيّ تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرّأي أو أيّ شرط أو أيّ ظرف آخر شخصي أو اجتماعي.

كما أن القانون أسبغ حماية أكثر للمرأة العاملة في المادة 67 من قانون الأسرة التي تنص على انه : "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

والحقيقة أن قانون الأسرة كما قلنا سابقا اقتصر على مثالين فقط على سبيل الحصر ، وهو بذلك يفتح المجال واسعا ورحبا للاشتراط بكل شرط يتعارف عليه الناس و إدخاله ضمن مقتضيات عقد الزواج أو بعقد لاحق ، بشرط أن لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة والقانون بصورة عامة ، فإذا كان هذا الشرط مباحا شرعا ، ولكن غير متعارف عليه وغير معمول به في عرف الناس ، مما يعد مباحا عرفا لدى الناس فيكون حينئذ مشروعا.

خاتمة:

مما سبق يمكن استنتاج ما يلي :

1-يتبين لنا بأن المشرع الجزائري اعتد بالعرف في الاشتراط في عقد الزواج ، لأن الزواج ظاهرة اجتماعية تتعلق بحياة الناس اليومية والاعتيادية ، وتتأثر بأعراف الناس وعاداتهم وتقاليدهم.

2-أصبح العرف له طابع الإلزام المعنوي في شتى المجالات التي من بينها قضايا الأحوال الشخصية .

www.manaraa.com

3-راعى المشرع الجزائر في الأخذ بالشروط المقترنة بعقد الزواج وفق رؤية واقعية للواقع المعاش الذي يفرض رهاناته على الزواج قبله وبعده، فلا مناص من الأخذ بما تعارف عليه مجتمع معين وإدراجه ضمن عقد الزواج أو بعقد لاحق كما وضح ذلك قانون الأسرة الجزائري.

4-أخذ المشرع الجزائري باعتبار العرف في هذه الشروط متبعا في ذلك المذهب الحنبلي ، غير أن المشرع قيد ذلك بأن تكون هذه الشروط غير مخالفة لأحكام القانون .

5- التقييد من الأخذ بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج وهذا من شأنه حماية قدسية عقد الزواج ومكانته السامية التي شرفها الإسلام حينما وصفه بالميثاق الغليظ ، وعلى هذا الأساس يعتبر العرف الذي لا يخالف التعاليم الشرعية والمعمول به في أوساط المجتمع شرطا صحيحا يقترن بعقد الزواج .

وفي هذا الإطار يمكن وضع الاقتراحات التالية:

1-ضرورة التقيد بأحكام الفقه الإسلامي المالكي- كونه المذهب المعتمد عندنا- فيما يتعلق بأحكام العرف بصورة عامة وفي الاشتراط في عقد الزواج بصورة خاصة.

2-عدم الميول التام للأعراف التي تخالف أحكام التشريع الإسلامي خاصة فيما تعلق نوعية ونمط عمل الزوجة أو بعض الشروط المجحفة في حق أحد الزوجين أو تلك التي تخالف نصا شرعيا واضحا تحججا بتطبيق حقوق الإنسان وحقوق المرأة خاصة .

3-ضرورة ترجيح مقاصد الشريعة الإسلامية على أعراف الناس لما فيها من مخالفات صريحة أو ضمنية لأحكامها السمحة.

4-ضرورة تقيد القضاء بأحكام الشريعة الإسلامية بالموازاة مع العراف الجائرة .

قائمة المراجع:

1- الباجي أبو الوليد ، المنتقى شرح موطأ مالك ، لبنان دار الكتب العلمية،1999.

2- إمام محمد كمال الدين:الزواج في الفقه الإسلامي، مصر، دار الجامعة الجديدة، 1998 .

3- البخاري أبوعبد الله بن إسماعيل ، صحيح البخاري ، صيدا ، بيروت، 2010.

4- البهوتي منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية ،لبنان،1997.

5- الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى ، سنن الترمذي، الأزهر، المطبعة المصرية ،1975.

6- ابن تيمية أبو العباس ، الفتاوى الكبرى ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، 1987.

www.manaraa.com

7- الجرجاني علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، التعريفات ،بيروت، ،مكتبة لبنان ،1985م.

8- خلاّف عبدالوهاب ، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه،بيروت، دار العلم للملايين، 1999 م .

9- الزحيلي محمد مصطفى ،القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، دمشق ،دار الفكر،2006.

10- الزحيلي وهبة ،الفقه الإسلامي وأدلته ، دمشق، ، دار الفكر ،1432هـ ،2011.

11- أبو زهرة محمّد ، أصول الفقه،دمشق، دار الفكر العربي، 1996م.

12- سابق السيد ، فقه السنة ، القاهرة ، دار مصر للطباعة،1997م .

13- شحاتة رشدي أبو زيد ، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ،الإسكندرية،مكتبة الوفاء القانونية،2011 .

14- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، ، دار الخلدونية ،2008.

15- ابن عابدين محمد أمين أفندي مجموعة رسائل ابن عابدين: دمشق ،دون دار نشر، د.ت.

16- العسقلاني ابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري،لبنان ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1415 هـ ، 1999 م .

17- الغزالي أبوحامد محمد بن محمد ، المستصفى في علم الأصول ، بيروت ، دار الكتب العلمية،1995م.

18- الغزالي أبوحامد محمد بن محمد ، الوسيط في المذهب، الرياض ، دار السلام للطباعة. 1997.

19- ابن فارس،أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني، معجم مقاييس اللغة، ، بيروت، دار الجيل، 1420 هـ ، 1999م.

20- فراج حسين أحمد ،أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مصر ،الدار الجامعية ،1993م.

21- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد أبو محمد المقدسي ، المغني ويليه الشرح الكبير ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، 1405هـ ، 1985م.

22- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن،د.ط، دمشق ،، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1984م.

23- القرطبي محمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لبنان، دار المعرفة،1982.

24- ابن منظور ،لسان العرب المحيط ،بيروت ، لبنان ، دار صادر، 1997م.

www.manaraa.com

25- النجار سيد صالح ، أثر العرف في التشريع الإسلامي، بيروت ، دار الكتب العلمية ،1998م.

الرسائل الجامعية:

1- عماد شريفي، اعتبار العرف في مسائل الزواج في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،(رسالة ماجستير)، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، 2015/2014 .

2- لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج ،مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السايياسية ، الجزائر،2014/2013.

المقالات:

1- حداد فاطمة ،حجاب ياسين، "الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة" ،مجلة الدراسات والبحوث القانونية جامعة المسيلة ،العدد7 ،2018 .

القوانين :

1- قانون الأسرة الجزائري ،بموجب الأمر، رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانون للأسرة المعدل والمتمم :بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15) مؤرخة في 27 فبراير 2005، والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 (ج ر 43)المؤرخة في 22 يونيو 2005.

المواقع الالكترونية:

[1] - بوكايس سمية ، الاشتراط في عقد الزواج ، مقال منشور بالموقع :
. http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t2757-topic

www.manaraa.com