مدى إلزامية الشروط في ترتيب آثارها على عقد النكاح
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

THE REQUIREMENT OF CONDITION AND ITS IMPACT ON THE ACT OF MARRIAGE CONTRACT
COMPARED STUDIES BETWEEN ISLAMIC JURISPRUDENCE AND ALGERIAN FAMILY LAW

الطالب: العربي باشا مصطفى **Mustapha LARBI BACHA**
جامعة أحمد بن بلة – وهران1 **Univ .Ahmed B .Bella, ORAN1**
yassermus11@live.fr

الدكتور: بلخير طاهري **Dr. Belkeir TAHRI**
جامعة أحمد بن بلة – وهران1 **Univ. Ahmed B. Bella, ORAN1**
belkheirtahri31@gmail.com

Received*:** استلم: ***Accepted: قُبل للنشر:

ملخص:

تناول هذا البحث قضية من قضايا الفقه الإسلامي في باب الأحوال الشخصية ألا وهي: مدى إلزامية الشروط في ترتيب آثارها على عقد النكاح، حيث تناولت في هذا الموضوع تعريف الشرط، ومفهوم اقترانه بعقد النكاح، ثم بيان الشروط المتفق على اعتبارها وهي الشروط التي يقتضيها العقد، وكذا الشروط المتفق على عدم اعتبارها وهي الشروط التي تتنافى مع مقتضى العقد، ثم عالجت في صلب البحث اختلاف الفقهاء في حكم اشتراط المرأة بعض الشروط التي تراها محققة لمصلحتها واختلاف المذاهب الفقهية في ذلك مع بيان الراجح منها، والآثار المترتبة على هذا العقد، وهي الشروط

المنارة للاستشارات
www.man

التي تندرج ضمن الشروط التي لم يأمر بها الشارع الحكيم ولم ينه عنها، كل هذا مقارن بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ثم ختمت هذا البحث بخاتمة ضمنتها أهم النتائج المتوصل إليها.

الكلمات المفتاحية: الإلزام؛ الوفاء؛ المصلحة؛ الأسرة؛ الفقه؛ القانون.

Abstract:

This topic dealt with the definition of the condition, the concept associated with the marriage contract, and the statement of the conditions agreed upon to be considered as the conditions required by the contract, As well as the conditions agreed upon not to be considered as the conditions that are incompatible with the contract. Then, it dealt with the difference of scholars in the rule of women's stipulation of some conditions that they see as being realized for their interests and the different doctrines of jurisprudence in this regard with the most correct statement thereof, and the implications of this contract, Fall under the conditions Which was not ordered by the wise street and did not stop it, all this compares between Islamic jurisprudence and the Algerian family law, and then concluded this research with a conclusion guaranteed by the most important results reached.

Key words: *compulsion; fulfillment; interest; jurisprudence; law.*

المنارة للاستشارات
www.mar

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصَّلاة والسَّلام على حبيبنا وسيِّدنا محمد وصحبه–رضي الله عنهم–، ومن دعا بدعوته واستنَّ بسنته إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإنَّ عقد النِّكاح من أقدس العقود وأوثقها عُرى حتى سماه الله بالميثاق الغليظ لقوله تعالى﴿وَأَخَذْنَا مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [سورة النساء الآية21]، ومن مقاصده تحقيق الأُنس والمودة والرحمة بين الزوجين لقول الله سبحانه ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [الروم الآية21] ومن ثمَّ بناء أسرة قائمة على قواعد وأسس سليمة متينة، وقصد تحقيق هذا قد يسبق إبرام عقد النكاح أو أثنائه اشتراط بعض الشروط من الزوجين أو أحدهما.

وقد راعت الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري هذا الأمر، فأعطت لكل من الطرفين الحقَّ في تضمين عقد نكاحهما بالشروط التي يرياانها مناسبة؛ ضمانا لحقوقهما وتحقيقا لمصلحتهما؛ ما دام باب الاشتراط مفتوح، ولا يتناقض ذلك مع مقتضى العقد، إلا أنَّ هذا لا يعني البتة إعطاء الحرية المطلقة للمتعاقدين في الاشتراط، وذلك نظرا لوجود ضوابط في ذلك، ومن هنا يمكن طرح هذا التساؤل: ما هي الشروط التي يمكن أن تكون محلاً للاشتراط بين الزوجين ومدى إلزاميتها في عقد النكاح؟

كل هذا نجيب عنه من خلال دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وذلك وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: حكم الاشتراط في العقد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: أقسام الشروط في عقد النكاح وأثرها

المبحث الثالث: نماذج من الاشتراطات وأثرها على العقد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

خاتمة

المنارة للاستشارات
www.mar

المبحث الأول: حكم الاشتراط في العقد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سيم في هذا المبحث بيان مفهوم الاشتراط، وصحة الأخذ به في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.

المطلب الأول: مفهوم الاشتراط في العقد

قبل البدء في بيان حكم الاشتراط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري لا بد من التعريج على بيان حقيقة الشرط.

الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح

أولا: الشرط في اللغة: الشِّين والراء والطَّاء أصل يدل على عَلَم وعلامة[1]، ويجمع على شروط مثل فلس وفلوس[2]، والشَرَط(بفتحتين) العلامة[3]، ويجمع على أشراط مثل سبب وأسباب، ومنه أشراط الساعة[4] في قوله سبحانه وتعالى: ﴿**فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا**﴾ [سورة محمد الآية 18].

ثانيا: الشرط في الاصطلاح: عُرِّف الشرط بتعريفات عدَّة؛ لكننا اقتصرنا على هذا التعريف لاشتهاره عند أهل الاختصاص من الأصوليين بأنَّه: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"[5].

وبعد بيان معنى الشرط في اللغة والاصطلاح، فإنَّ هذا الشرط إما أن يكون مشترطا من الشارع الحكيم ويسمى بالشرط الشرعي[6]، وإما أن يكون مشترطا من طرف أحد العاقدين ويسمى بالشرط الجعلي[7]، وبحثنا هذا سيكون عن هذا الأخير، فما معنى الشرط المقترن بالعقد؟

---

(1) معجم مقاييس اللغة ج3، ص260.

(2) المصباح المنيرص309.

(3) تاج العروس، الزبيدي، ج19، ص405.

(4) تاج العروس، ج19، ص405. معجم مقاييس اللغة، ج3، ص360. المصباح المنير، ص309.

(5) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة ص71.

(6) الشرط الشرعي: هو ما اشترط من طرف الشارع، ويتوقف المشروط فيه على وجود الشرط، كالوضوء للصلاة، وحولان الحول للزكاة. الشروط في النكاح ص24.

(7) الشرط الجعلي: هو" الذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف وإرادته". المرجع نفسه.

المنارة للاستشارات
www.mar

الفرع الثاني: معنى الشرط المقترن بالعقد

لقد عرفه مصطفى الزرقا بأنَّه: «التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه»[1]، ثم ضرب مثالا له فقال: «كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه إلى محل المشتري» [2].

ومعنى هذا الكلام أنَّ البائع قد ألزم نفسه بشرط ضمن هذا العقد، وهو حملُ المبيع ونقله إلى المشتري، وهذا الالتزام ليس من صلب عقد البيع حالة الإطلاق، لأنَّ البيع يتوقف عند انتقال المعقود عليه إلى العاقدين.

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأنَّ الشرط المقترن بالعقد هو أمر زائد، ألزمه أحد العاقدين نفسه فالتزم به، أو ألزمه الطرف الآخر به فقبل الالتزام به.

والمراد بالشرط المقترن بالعقد في هذا البحث هو: «ما يشترطه أحد الزوجين في العقد على الآخر ممَّا له فيه مصلحة»[3]، بحيث تضاف هذه الشروط عند إنشاء العقد، فتصبح جزءا من أجزائه التي حصل الاتفاق والتراضي على أساسها بينهما.

المطلب الثاني: خلاف الفقهاء في الاشتراط في العقد

«إنَّ الخلاف حول حرية الاشتراط عند إبرام العقد، هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها»[4]، ومن هنا اختلفت المذاهب الفقهية الإسلامية في حكم الاشتراط في العقد في الجملة إلى مذهبين؛ مذهب يرى أنَّ الأصل في الاشتراط الحظر والمنع إلا ما دلَّ الدليل على الجواز، ومذهب آخر يرى أنَّ الأصل فيه الإباحة إلا إذا دلَّ الدليل على المنع.

لذا سنعرض في المطلب الموالي هذه الآراء الفقهية مع بيان حُجية كل رأي.

---

(1) المدخل الفقهي العام، ج1، ص575.
(2) المرجع نفسه، ج1، ص575.
(3) الملخص الفقهي، ج2، ص345.
(4) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص236.

المنارة للاستشارات
www.mar

الفرع الأول: مذهب المُضيقين في الاشتراط وأدلتهم

يمثل هذا المذهب أهل الظاهر أساسا[1]، وهو مذهب الحنفية[2] و ومذهب المالكية[3] و ومذهب الشافعية[4]، ولقد اتفقت هذه المذاهب في أنَّ الأصل في الشروط المنع، فلا يجوز تقييد العقد بأي شرط من الشروط، إلا إذا قام الدليل على جوازه من القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة أو الإجماع وغير ذلك من مصادر التشريع على اختلاف بينهم في الأخذ بها؛ فعلى حسب هذا الرأي أنَّ حرية إرادة الإنسان لا تنشئ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، وإن فعلته كان باطلاً، فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط الحظر ويتمسك أصحابها جميعاً بهذا المبدأ إجمالاً، وإن اختلفوا في التفصيلات، ومن أدلة ما ذكروه لصحة قولهم أدلة من القرآن الكريم، وسنة النبي-صلى الله عليه وسلم-.

– من الكتاب: استدل أهل الظاهر على أنَّ الأصل في الاشتراط المنع بنصوص من القرآن الكريم، وذلك في قوله سبحانه: ﴿**الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ**﴾ [سورة المائدة الآية03]، وقوله: ﴿**تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾ [سورة البقرة الآية229]، وقوله: ﴿**وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ**﴾ [سورة النساء الآية14].

–من السنة النَّبوية: من جملة ما ذكره أهل الظاهر من الأحاديث النَّبوية قوله-صلى الله عليه وسلم-من حديث عائشة-رضي الله عنها-: "ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، شرط الله أحق وأوثق"[5]. وقوله-صلى الله عليه وسلم-"من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"[6].

---

(1) المحلى، ج8، ص412.

(2) فتح القدير، ج5، ص168.

(3) المقدمات، ص482. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج3، ص65. مواهب الجليل، ج4، ص373.

(4) المنثور من القواعد، ج2، ص234. نهاية المحتاج ج3، ص450.

(5) أخرجه البخاري، كتاب المكاتب، باب المكاتب ونُجُومُه في كل سنة نجم، حديث رقم 2560، ج2، ص224. وكتاب الشروط، باب الشروط في الولاء، حديث رقم 2729، ج2، ص278.

(6) أخرجه مسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، حديث رقم1718، دار طيبة، ط1(2006/1427)، ج2، ص821.

المنارة للاستشارات
www.mar

قال ابن حزم في توجيه هذه الآيات والأحاديث: «فهذه الآيات وهذا الخبر[1] براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النَّص على إباحته عقده، لأنَّ العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك»[2]، ويضاف إلى هذا إنَّه إذا كان كل شرط اشتُرِط ولم يرد به نص يُعد باطلا، فالأولى أن يقال ذلك في العقد.

وقال في الاستدلال بالحديث الثاني: «فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه، أو بإباحة التزامه»[3].

هذا ما استدل به أهل الظاهر خصوصا، وسنعرض بعضا مما استدل به الجمهور من الأدلة.

فعن عائشة-رضي الله عنها-قالت: جاءتني بريرة-رضي الله عنها-فقالت: كاتبت أهلي على تسع أُواق في كل عام أوقية فأعينيني، فقالت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة-رضي الله عنها-إلى أهلها، فقالت لهم: فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله-صلى الله عليه وسلم-جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم، فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فأخبرت عائشة-رضي الله عنها-النبي-صلى الله عليه وسلم-فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله-صلى الله عليه وسلم-في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد: ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»[4].

ووجه الاستدلال بالحديث أنَّه ورد في قصة اشتراط المالك للعبد أن يكون ولاء العبد له لا لمن أعتقه، وهذا الشرط مخالف لما أثبته الشَّرع الحكيم من أن يكون الولاء لمن أعتق، فصار هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد[5].

---

(1) إشارة إلى حديث عائشة رضي الله عنها الذي أخرجه البخاري.

(2) الإحكام في أصول الأحكام، ج5، ص13.

(3) المصدر السابق، ج5، ص32. وكثير من هذا الكلام ذكره ابن حزم في هذا المصدر، الباب الثالث والعشرون: في استصحاب الحال وبطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(4) أخرجه البخاري، كتاب المكاتب، باب الشروط في الولاء، حديث رقم2729، ج2، ص278.

(5) إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ج4، ص330.

المنارة للاستشارات
www.mar

وعَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ-رضي الله عنهم-قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ-صلى الله عليه وسلم-: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[1].

قال الخطابي: «فهذا البيع تضمن شرطين يختلف المقصود منه باختلافهما وهو الثمن، ويدخله الغرر والجهالة، ولا فرق في مثل هذا بين شرط واحد و بين شرطين أو شروط ذات عدد في مذهب أكثر العلماء»[2]،

ثم إنَّ هذه الشروط الزائدة تفضي إلى المنازعة فلا تصح[3].

وجمهور العلماء القائلين بالقياس فإنهم»يقيسون جميع الشروط التي تنافي مقتضى العقد على اشتراط الولاء، لأن العلة فيه كونه مخالفا لمقتضى العقد، لأن العقود في الأصل توجب مقتضياتها بالشرع، فإرادة تغييرها تغيير لما أوجبه الشرع كالتغيير في العبادات»[4]، كما استندوا للاستدلال على قولهم بالنصوص الدالة على كمال الدين وحرمة تعدي حدود الله سبحانه، وهي نفس استدلالات الظاهرية من القرآن.

ثمَّ إنَّ الذين ذهبوا إلى هذا القول غرضهم في ذلك رفع الظلم ودفع الغرر والجهالة والتي من آثارها وقوع المنازعات بين الناس، وحتى تكون المعاملة فيما بينهم معاملة واضحة قائمة على ضوابط حددتها الشريعة الإسلامية، «وأنَّ الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال المتعاقدين وإرادتهما، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم، ويحكم بأنَّها أثر لتصرفاتهم»[5].

وفي المقابل من هذا المذهب، يقف مذهب آخر على طرف نقيض منه، إذا يرى خلاف ذلك، وهذا ما سيتم بيانه في الفرع الموالي.

---

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم3504، ت: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي، وقال: "إسناده حسن"، دار الرسالة العالمية، ط1(209/1430)، ج5، ص363. وقال الترمذي: "حسن صحيح"، سنن الترمذي، ت: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2(1975/1395)، ج3، ص527.

(2) معالم السنن، ج3، ص141.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج4، ص57.

(4) عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، ص309.

(5) الملكية ونظرية العقد، ص236.

المنارة للاستشارات
www.mar

الفرع الثالث: مذهب الموسعين في الاشتراط وأدلتهم

يمثل هذا الاتجاه مذهب الحنابلة، إذ الأصل عندهم في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو إجماع أو قياس صحيح، وأصول الإمام أحمد تجري على هذا الأصل في أكثرها[1]، و»مالك قريب منه؛ لكن أحمد أكثرُ تصحيحا»[2]واستدل الحنابلة لرأيهم بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، ومن المعقول.

–من الكتاب: لقد استدل الحنابلة بنصوص قرآنية كثيرة في عمومها تدعوا إلى الوفاء بالعهود، ومن هذه الآيات قوله سبحانه وتعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ [سورة المائدة الآية01]، وقوله أيضا: ﴿**وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ**﴾ [سورة الأنعام الآية152].

ووجه الاستدلال بهذه الآيات أنَّ الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا عام، ويدخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، حتى ولو لم يأمر الله به[3].

–من السنة النَّبوية: ما ورد في الصحيحين من حديث عقبة ابن عامر–رضي الله عنه–عن النبي–صلى الله عليه وسلم–قال: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[4].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنَّ فيه دعوة إلى الوفاء بالشروط»وشروط النكاح أوكد منها في البيع والإجارة»[5]، و»أنَّها أحق الشروط بالوفاء على الإطلاق»[6] لما عُلم من عناية الشارع الحكيم بأمر النكاح وما يرتبط به.

---

(1) الفتاوى الكبرى، ابن تيمية ج4، ص80.79. القواعد النورانية، ص261.

(2) مجوع الفتاوى، ج29، ص132.

(3) القواعد النورانية، ص266.

(4) أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عُقدة النكاح، حديث رقم2721، ج2، ص276. و مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم1418، ج1، ص640.

(5) الفتاوى الكبرى ج4، ص81. القواعد النورانية، ص272.

(6) إعلام الموقعين عن رب العالمين ج2، ص249.

المنارة للاستشارات
www.mar

وقوله–صلى الله عليه وسلم–من حديث عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"[1]. فالناس على شروطهم ما وافق ذلك الحق[2].

كما يمكن أن يضاف إلى النصوص السابقة النصوص الآمرة بالوفاء بالعهود وأداء الأمانات إلى أصحابها، والنهي عن ترك الوفاء بذلك، كون ذلك من صفات أهل النفاق. ولقد أضاف الحنابلة إلى أدلتهم النقلية السابقة أدلة عقلية تعضدها وتقويها.

–من المعقول: إنَّ من جملة الأدلة العقلية التي ذكروه ما يلي:

أ– أنَّ العقود والشروط من باب الأفعال العادية، وأنَّ الأصل فيها عدم التحريم، فيُستصحب عدم التحريم حتى يدل الدليل على التحريم[3]، وفي هذا يقول الشاطبي: «وما كان من العادات يكتفي فيها بعدم المنافاة، لأنَّ الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التَّعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه»[4].

ب– الأصل في العقود رضا المتعاقدين، فلهما أن يلزما نفسيهما بما شاءا من الشروط لقوله سبحانه وتعالى: ﴿**إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾ [سورة النساء الآية29]. فلم»يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أنَّ التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك، فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرِّع بتبرع ثبت حِله بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك»[5].

وفي الأخير يجدر بنا القول بأنَّ هذا المذهب–مذهب الحنابلة– يمتاز بالمرونة والملائمة مع واقع الناس واحتواء قضياهم المستجدة وغير المتناهية.

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب الصلح بين الناس، حديث رقم1352، وقال: "حديث حسن صحيح"، ج3، ص626.

(2) القواعد النورانية، ص273.

(3) المصدر نفسه، ص276.

(4) الموافقات، ج1، ص285.

(5) القواعد النورانية، ابن تيمية، ص280.

المنارة للاستشارات
www.mar

وبعد أن تمَّ معرفة موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و الخلاف الواقع بينهم في مسألة الاشتراط، سيتم معرفة هذه المسألة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثالث: الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

لقد تكلم المشرع لجزائري من خلال قانون الأسرة كغيره من القوانين العربية عن مسألة وضع الشروط في عقد الزواج من قِبل الزوجين أو أحدهما، وهذا ما سنعرفه في هذا الفرع.

الفرع الأول: موقف المشرِّع الجزائري من الاشتراط

لقد نصَّ المشرع الجزائري على الاشتراط في عقد الزواج في المادة19 من الأمر02/05[1]، والتي جاء فيها: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

من خلال نص هذه المادة، نجد أنَّ المشرع الجزائري قرَّر كقاعدة عامة الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط، وأنَّ العقد شريعة المتعاقدين، و هذه الشروط تعدُّ عوامل مساعدة على استقرار الأسرة، حيث أجاز للزوجين اشتراط ما شاءا من الشروط أثناء إبرام العقد، أو بعد ذلك في عقد رسمي لاحق منفصل عن عقد الزواج، و في ذلك تأكيد على ضرورة الالتزام والوفاء بهذه الشروط، لكن شريطة ألا تتصادم مع نصوص هذا القانون.

ومما يمكن ملاحظته وإضافته إلى ما سبق قوله، نجد أنَّ المشرع الجزائري لم يجعل حق الاشتراط مقتصرا أو حِكرا لطرف دون آخر، بل جعله حقا يتمتع به كل من الرجل والمرأة على حد سواء، وبذلك يكون المشرع قد كرَّس مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بالاشتراط، إلا أننا نلمس في تقديرنا تغليب جانب المرأة على الرجل كونها الحلقة الأضعف في هذا العقد، وبرهان ذلك ما ضربه من أمثلة للشروط التي يمكن اشتراطها، بل والتركيز عليها بعبارة"لا سيَّما"، وهي شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، وكل هذا من أجل حماية حقوق المرأة وضمانا لها من تعسف الزوج في تقديره.

(1) قانون رقم84 11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق09 يونيو سنة1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005 والموافق بقانون رقم 09/05 المؤرخ في ربيع الأول 1426 الموافق04 مايو 2005 ج.ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.

المنارة للاستشارات
www.mar

ومما يمكن للمرأة إضافته كذلك من الشروط أثناء إبرام العقد أو في عقد لا حق منفصل كإتمام دراستها، واشتراط مسكن منفرد عن أهل الزوج، أو أن يكون الطلاق بيدها تمارسه عند لحقوق الضَّرر بها[1]، وغير ذلك من الشروط التي يمكن التوسع فيها، ما لم تتصادم مع ما نصَّ عليه المشرع في هذا القانون.

وإذا كان المشرع الجزائري قد ركزَّ على ضرورة الالتزام بهذه الشروط والوفاء بها، فإنا نجده قد أغفل أمرا في غاية الأهمية ألا وهو»حالة عدم الوفاء بالشروط، وكيف تكون المطالبة القانونية بهذا الوفاء، ومصير هذا الزواج؟»[2].

وبعد بيان موقف المشرع الجزائري من مسألة الاشتراط، وإطلاقه لسلطان الإرادة للزوجين في الاشتراط، فإنه لم يتقيد بما جاء في المذهب المالكي، فإنَّ موقفه هذا يتماشى مع مذهب الحنابلة في هذه المسألة بأنَّ الأصل فيها الإباحة إلا إذا دلَّ الدليل على المنع، وفي تقديرنا إنَّ المشرع قد أصاب في ذلك، وذلك من خلال تحقيق مصلحة الزوجين أثناء التعاقد، ودفع المفاسد المحتملة عن الأسرة وبخاصة بعد قيام الزوجية، وإذا كان المشرع كرسَّ مبدأ حرية الاشتراط، فهل وضع ضوابط لذلك؟.

الفرع الثاني: ضوابط الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

لقد نصَّ المشرع الجزائري-كما أسلفنا الذكر- على مبدأ حرية الاشتراط، لكن هذا لا يعني أبدا أنَّه أطلق العنان للزوجين أن يشترطا ما شاءا من الشروط تحقيقا لرغباتهما غير المتناهية، لأنَّ إطلاق وفتح الباب مُشْرعا أمام ذلك يؤدي لا محالة إلى اشتراط ما يخالف قواعد الشريعة الإسلامية، وقواعد النظام العام، لذا وضع المشرع ضوابط تقييد وتضبط حرية الاشتراط بما يتماشى وقواعد الشريعة والنظام العام، ومن أهم هذه الضوابط.

– مراعاة قواعد النظام العام[3]

إنَّ مما تعارف عليه أهل القانون، أنَّ ما سُنَّ من القوانين يعتبر من النظام العام، كونها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وفي حالة المخالفة فلا «تُمنح الحماية، ولا يجوز للمحاكم رعايتها، بل تعتبرها جريمة في كثير من الأحوال»[4] .

(1) قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ص75.
(2) شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص137.3
(3) نصت المادة 06 من القانون المدني"تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها".
(4) الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة، ص235.

المنارة للاستشارات
www.mar

ومن هذه القوانين قانون الأسرة الجزائري فإنَّ غالبية مسائله من هذا النظام، وبهذا فلا يحق للزوجين الاتفاق على تغييرها أو تعديلها، ومثال ما لا يمكن مخالفته الاتفاق على التنازل عن الأبوة[1]، أو التنازل عن الأهلية.[2]

ثانيا: عدم مخالفة نصوص قانون الأسرة الجزائري

لقد نصَّ المشرع صراحة على هذا الضابط في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري بعد أن رخص في الاشتراط»ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون»، وفي نص المادة32»يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»

وبهذا فإنَّ أي شرط يتنافى ونصوص هذا القانون، يعتبر لاغيا حتى وإن كان هذا الشرط في أصله مشروعا وجائزا؛ ومثاله تعدد الزوجات.

المبحث الثاني: أقسام الشروط في عقد النكاح وأثرها

تنقسم الشروط التي يمكن اشتراطها في عقد النكاح إلى ثلاثة أقسام في الجملة، ولكل قسم أثره، والمراد بالأثر هو: الحكم المترتب على اقتران هذه الشروط بالعقد من حيث الصحة، وكذا الالتزام بها.

المطلب الأول: أقسام الشروط في الفقه الإسلامي وأثرها

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في صحة وبطلان بعض العقود التي تتضمن شروطا يشترطها أحد الزوجين على الآخر، وفيما يلي بيان لأقسام هذه الشروط وأثرها على عقد النكاح.

الفرع الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد ومقصود الشارع الحكيم

لقد اتفق الفقهاء على صحة هذا النوع من الشروط وإلزامية الوفاء بها، كاشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق عليها، ومعاشرتها بالمعروف، والعدل بينها وبين ضرائرها، أو أن يشترط الزوج عليها ألا تخرج من بيته إلا بإذنه، وغير ذلك من الشروط التي دلت عليها النصوص.

قال الخطابي فيما نقله عنه ابن حجر: «من الشروط ما يجب الوفاء به اتفاقا، وهو ما أمر الله به من الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان»[1].

---

(1) قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، حمليل صالح، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد06(2005)، ص133.

(2) لقد نصت المادة45 من القانون المدني الجزائري على أنَّه: "ليس لأحد التنازل عن أهليته".

المنارة للاستشارات
www.mar

الفرع الثاني: الشروط المنافية لعقد النكاح ومقصود الشارع الحكيم

يقابل هذا القسم من الشروط القسم السابق–الشروط الموافقة لمقتضى العقد–، حيث اتفق أهل العلم على عدم صحتها لمخالفتها ما أمر الله به، كاشتراط عدم النفقة، أو عدم التوارث، أو عدم الطاعة والوطء.

يقول ابن تيمية: «من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر الله به، أو تحليل ما حرمه الله، أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود»[2] .

ومع اختلاف العلماء في بطلان هذه الشروط، لكنهم اختلفوا في أثر هذه الشروط على صحة العقد، فيرى الحنفية أن الشرط فاسد والعقد صحيح[3]، وذهب المالكية إلى التفريق بين الدخول وقبله، فإن كان قبل الدخول فسخ العقد، وإن كان بعد الدخول ألغي الشرط ومضى العقد ووجب للمرأة مهر المثل[4]، ويرى الشافعية[5]والحنابلة[6] أنَّه إذا أخل الشرط بمقصود النكاح بطل العقد[7]، أما إذا لم يخِل بمقصود النكاح صح معه العقد وبطل الشرط[8]، ويرى الظاهرية بطلان الشرط والعقد معا[9]، وهو اختيار ابن تيمية[10]، وذهب الإباضية إلى بطلان الشرط وصحة العقد[11].

---

(1) فتح الباري ج9، ص217.
(2) مجموع الفتاوى، ج29، ص31.
(3) بدائع الصنائع، ج2، ص285.
(4) حاشية الدسوقي، ج2، ص238.
(5) روضة الطالبين، ج7، ص265.
(6) المغني ج7، ص94.
(7) ومثاله اشتراط طلاق الضرة وعدم الوطء.
(8) ومثاله اشتراط الخروج من البيت متى شاءت المرأة ذلك.
(9) المحلى، ج9، ص124.
(10) المجموع، ج32، 159.
(11) شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج6، ص283.

المنارة للاستشارات
www.man

الفرع الثالث: الشروط التي لم يأمر بها الشارع الحكيم ولم ينه عنها وفيها مصلحة

لقد ذكر الفقهاء إلى جانب القسمين السابقين للشروط قسما آخر، وهي الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، ولم يرد بشأنها دليل لكن في اشتراطها تحقيق لمصلحة الطرفين معا أو أحدهما، كاشتراط المرأة عدم إخراجها من بلدها، وعدم الزواج عليها، وهذه الأمثلة ذكرها القدامى في كتبهم، أما مثالها في الوقت الراهن اشتراط المرأة العمل، أو الاستمرارية فيه، أو إتمام دراستها وغير ذلك من الشروط المستجدة التي أفرزتها التقلبات الحاصلة داخل المجتمعات الإسلامية نتيجة العولمة.

ولقد اختلف الفقهاء في صحة الاشتراط والالتزام به، فذهب الحنابلة[1]، والإباضية[2]إلى صحة الاشتراط ووجوب الوفاء به من طرف المشترَط عليه، فإن لم يلتزم به كان من حق المشترِط الفسخ، وعُزي هذا القول إلى عمر بن الخطاب، وسعيد بن أبي وقاص، ومعاوية، وعمرو بن العاص–رضي الله عنه–، وبه قال شُريح، وعمر بن عبد العزيز، وطاوس، والأوزاعي، وإسحاق[3].

وذهب المالكية إلى استحباب الوفاء بها فقط، ولا تجب إلا أن يكون ذلك يمين طلاق أو عتاقة[4]، والأصل فيها الكراهة[5] لما فيها من التحجير والتضييق[6]، وهو قول علي بن أبي طالب–رضي الله عنه–، وسعيد بن المسيب[7].

وذهب الحنفية[8] والشافعية[9] إلى بطلان الشرط وصحة العقد، وذهب الظاهرية[1] إلى بطلان الشرط والعقد معا، معا، ثم إنَّ سبب اختلافهم في هذه المسألة راجع إلى الأسباب التالية:

---

(1) المغني، ج7، ص93.
(2) شرح كتاب النيل والشفاء، ج6، ص287.
(3) المغني، ج7، ص93.
(4) الاستذكار، ج5، ص441.
(5) المنتقى شرح الموطأ، ج3، ص296.
(6) أحكام الأسرة، ص149.
(7) الاستذكار، ج5، ص441.
(8) بدائع الصنائع، ج2، ص285.
(9) الأم ج5، ص79. روضة الطالبين، ج7، ص265.

المنارة للاستشارات
www.mar

أولا: هل أصل الشروط في العقود الحظر أم الإباحة[2]؟، فالذين أجازوا هذه الشروط قالوا بأنَّ الأصل الإباحة إلا ما دل الدليل على المنع، أما الذين أبطلوها فقالوا بأنَّ الأصل هو المنع إلا ما دل الدليل على الجواز، وفي هذا يقول ابن تيمية: «وهذا قول أهل الظاهر وكثير من أصول أبي حنيفة تُبنى على هذا، وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد»[3].

ثانيا: تعارض الأحاديث الواردة عن النَّبي–صلى الله عليه وسلم–، وأقصد حديث عائشة –رضي الله عنها–: "ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل"[4]، وحديث عقبة بن عامر–رضي الله عنه–: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[5].

ثالثا: اختلاف المذاهب الفقهية في الأخذ بمصادر التشريع تضييقا وتوسيعا، فالظاهرية أضيق المذاهب في الأخذ بمصادر التشريع كالقياس والمصالح المرسلة، أما المالكية والحنابلة من أوسع المذاهب أخذا بمصادر التشريع المختلف فيها وبخاصة المصالح المرسلة التي نضمن بها صلاحية الشريعة الإسلامية من خلال التكفل بعديد المسائل المستجدة ومنها الاشتراطات في عقد النكاح.

وبعد أن تم تناول أقسام الشروط وأثرها في الفقه الإسلامي، سيتم بيان أقسامها في قانون الأسرة وكذا بيان الرأي الفقهي الذي أخذ به المشرع الجزائري.

المطلب الثاني: أقسام الشروط في قانون الأسرة الجزائري وأثرها

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة الشروط المقترنة بعقد النكاح، أو التي يتضمنها هذا العقد في موضعين هما:

أولا: في نص المادة 19 فصل عقد الزواج وإثباته.

---

(1) المحلى، ج9، ص124.
(2) أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص186.
(3) مجموع الفتاوى، ج29، ص126.
(4) سبق تخريجه.
(5) سبق تخريجه.

المنارة للاستشارات
www.mar

ثانيا: في نص المادة32 فصل النكاح الفاسد والباطل.

الفرع الأول: الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وبها مصلحة

يندرج هذا القسم من الشروط ضمن الشروط الصحيحة، كونها تحقق مصلحة لأحد الزوجين، والأصل فيها الجواز، ويلزم الوفاء بها، وهي الشروط التي تناولتها المادة19 قولها: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

وإذا كان المشرع قد ضرب أمثلة عن هذه الشروط كشرط عدم التعدد وكذا عمل المرأة، يمكن إضافة شروط من هذا القبيل يمكن للمرأة اشتراطها كشرط إتمام الدراسة أو السكن المنفرد عن أهل الزوج، أو عدم الانتقال بها من بلد إلى آخر، أو أن يوجِد لها من يخدمها، أما بالنسبة للرجل الذي لم تنص المادة المذكورة عن أمثلة اشتراطاته، فيمكنه على سبيل المثال اشتراطه على زوجته السكن مع أهله، أو انتقالها معه إلى مكان عمله، كون بعض الوظائف لا يبقى الزوج معها مستقرا في منطقة واحدة كوظائف الأمن، والسلك الدبلوماسي، والقضاء وغير ذلك.

الفرع الثاني: الشروط الباطلة

وهي الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج والمؤثرة في صحته، فيصير معها العقد باطلا، وهذا القسم من الشروط أشارت إليه المادة32 قولها: «يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط ينافي ومقتضيات العقد».

ويمكن التمثيل لهذه الشروط اشتراط الزوج عدم النفقة على زوجته، أو إسقاط حقها في الميراث، أما مثال ما تشترطه الزوجة طلاق ضرتها، لكن المشرع الجزائري أظهر نوعا من التناقض والخلط بين هذه المادة والمادة35 التي أبطلت الشرط المنافي وصححت العقد في قولها: «إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا»، وبهذا نجد المشرع أخذ بقول الحنفية في هذه المسألة.

ثم إنَّ الجمع بين المادتين صار متعذرا «إذا حكمنا مرة على العقد المقترن بالشرط المنافي لمقتضياته بالبطلان وأُدرج ضمن النكاح الفاسد أو الباطل، ومرة حكمنا عليه بالصحة وأبطلنا الشرط فقط، لذا كان من الأنسب حذف عبارة "أو

المنارة للاستشارات
www.mar

شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وعدم إدراجها ضمن المادة32، والاكتفاء بما ورد في المادة19، من جواز الاشتراط وتقييده بما جاء في المادة35»[1].

وبالإضافة إلى التقسيم السابق للشروط في قانون الأسرة، نجد المشرع قد أتى بتقسيم آخر يمكن استخلاصه من خلال القراءة لمواده القانونية:

أولا: الشروط المصاحبة لعقد الزواج: وهي الشروط التي بإمكان الزوجين اشتراطها أثناء إبرام عقد الزواج.

ثانيا: الشروط اللاحقة لعقد الزواج: لقد أعطى المشرع حرية الاشتراط كما ورد ذلك في نص المادة19 أثناء العقد، كما نجده وسَّع في ذلك وأعطى الحق في إمكانية الاشتراط حتى بعد الزواج، وبمعنى آخر متى دعت الحاجة إلى الاشتراط، وفي أي مرحلة من مراحل الحياة الزوجية، حتى ولو بعد إنجاب الأولاد، وطول فترة الحياة الزوجية التي يَأمَن معها غالبا كل طرف من غدر الطرف الثاني، ويكون هذا بموجب عقد رسمي كما أشارت إلى ذلك المادة 19 قولها: «أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط التي يرياها ضرورية»، وبهذا يكون المشرع قد وسع من باب الاشتراط إلى أبعد الحدود.

وبعد عرض أقسام الشروط في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة وأثرها على عقد الزواج وبخاصة القسم الثالث، لذا سيتم في المبحث الموالي عرض لأمثلة من هذه الشروط وأثرها على العقد.

المبحث الثالث: نماذج من الاشتراطات وأثرها على العقد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سيتم في هذا المبحث عرض لبعض الشروط التي يمكن للمرأة اشتراطها، وأثر ذلك على عقد النكاح.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من اشتراط المرأة عدم الزواج عليها

سيتم في هذا المطلب بيان موقف الفقه الإسلامي وق.أ من اشتراط المرأة عدم الزواج عليها.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

لم يختلف فقهاء المذاهب الإسلامية من حنفية[2] ومالكية[3] وشافعية[1] وحنابلة[2] وإباضية[3] على صحة عقد النكاح ، إلا أنهم اختلفوا في صحة الشرط، وكذا الالتزام به إلى ثلاثة أقوال:

---

(1) أحكام الأسرة، ص153.

(2) فتح القدير، ج3، ص350.

(3) البيان والتحصيل ج4، ص434.

المنارة للاستشارات
www.mar

القول الأول: ذهب الحنابلة إلى صحة الشرط[4]، ويلزم صاحبه الوفاء به، فإن لم يفعل فللمرأة فسخ النكاح[5]، وهذا من مفردات المذهب[6]، وعمدة ما استدلوا به الأمر بالوفاء العقود قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة، الآية01]، ومن السنة ما ورد في الصحيحين من حديث عقبة ابن عامر–رضي الله عنه–عن النبي–صلى الله عليه وسلم–قال: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[7]، وهو قول عمر بن الخطاب وسعيد بن أبي وقاص وعمرو بن العاص–رضي الله عنه–ولم يُعلم لهم مخالف فكان إجماعا[8].

القول الثاني: ذهب الحنفية[9]والمالكية[10]والشافعية[11]إلى صحة العقد، وبطلان الشرط، ولا يُلزم الوفاء به، وحجتهم في ذلك حديث عائشة–رضي الله عنها–[12]، وحديث عقبة بن عامر–رضي الله عنه–[13]، فالوطء والإسكان وغيرهما من حقوق الزوج، إذا شرط عليه إسقاط شيء منها كان شرطا ليس في كتاب الله تعالى[14]، ثم إنَّ الوارد في القرآن هو مشروعية التعدد لقوله تعالى: ﴿**فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ**﴾ [سورة النساء الآية03].

---

(1) نهاية المحتاج، ج6، ص344.
(2) المغني، ج7، ص93.
(3) شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج6، ص283.
(4) المغني، ج7، ص93. مجموع الفتاوى، ج32، ص164.
(5) المغني، ج7، ص93.
(6) الإنصاف، المرداوي، ج8، ص155.
(7) سبق تخريجه.
(8) المغني، ج7، ص93.
(9) فتح القدير، ج3، ص351.
(10) المدونة الكبرى، ج2، ص131.
(11) نهاية المحتاج، ج6، ص344.
(12) سبق تخريجه.
(13) سبق تخريجه.
(14) فتح الباري، ج9، ص219.

المنارة للاستشارات
www.mar

القول الثالث: ذهب الظاهرية[1] إلى أنَّ هذا النوع من الشروط لا يصح كونه لم يرد به نص شرعي، أما من ناحية أثره على العقد، فإن اشترط في نفس العقد فهو مفسوخ، وإن اشترط بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطل.

بعد هذا العرض فإن الذي يترجح لنا من الأقوال هو القول الأول الذي يرى صحة هذا الشرط، لأنَّ الزوج قد رضي بإسقاط حقه طواعية فيما هو جائز له، ثم إنَّ هذا لا يتناقض مع مقتضيات العقد فيلزمه الوفاء به، ثم إنَّ الوفاء بمثل هذا لا شك أنَّ يعتبر عاملا في استقرار الأسرة، وحمايتها من أي انعكاس سلبي وبخاصة على الأولاد.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة

لقد أجاز قانون الأسرة هذا النوع من الشروط، وأعطى للمرأة حق اشتراطه حماية لها من أي تعسف يمكن أن يقوم به الزوج، وذلك في نص المادة 19 قولها: «لا سيَّما شرط تعدد الزوجات»، وهذا ما جعل المشرع الجزائري محل انتقاد كبير كونه أجاز شرطا منافيا للتعدد، والذي ذكرته المادة08 قولها: «يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية».

إنَّ إقرار المشرع العمل بهذا الشرط، هو أخذ بالمذهب الحنبلي الذي يجيز هذا الشرط، ويُلزم الوفاء به، وحالة عدم الوفاء كان من حق المرأة الفسخ.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من اشتراط المرأة العمل والاستمرار فيه

سيتم في هذا المطلب بيان موقف الفقه الإسلامي وق.أ من اشتراط المرأة عدم الزواج عليها.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

لقد كفل الإسلام لجميع الناس الحق في تحصيل الرزق والسعي إليه بالوسائل المشروعة التي لا تتنافى وقواعد الشريعة الإسلامية، وهذا الحق مكفول للرجل والمرأة على حدٍ سواء لقوله تعالى: ﴿**فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**﴾ [سورة الجمعة الآية10] ، وقوله أيضا: ﴿**وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [سورة الجاثية الآية13]، وغير ذلك من النصوص القرآنية والنبوية، ثمَّ إن خروج المرأة للعمل من القضايا التي أثارت جدلا كبيرا في وسط المجتمعات العربية و الإسلامية، فمنهم من يعارض عمل المرأة واستحالة جمعها بين مسؤوليتين، ومنهم من يرى أحقيتها في ذلك، كون المرأة

(1) المحلى، ج9، ص123.

المنارة للاستشارات
www.mar

نصف المجتمع، وفي هذا تقول أمنة محمد نصير: "وإذا طبقنا القواعد الأصولية في مسألة عمل المرأة، نجد أنَّ عمل المرأة مباح، لا غبار عليه"(1)، وإذا تأصل لدينا هذا فهل يحق للمرأة اشتراط العمل أو الاستمرار فيه؟.

إنَّ مما لا شك فيه أنَّ خروج المرأة للعمل ومطالبتها بذلك من إفرازات الواقع المعيش، وإنَّ خروجها لذلك يُقلِّل من قيامها بجميع التزاماتها العائلية، ومن ذلك حقوق الزوج، لكن إذا رضي الزوج بهذا الشرط، فإنَّه يكون قد قبل بإسقاط حقه وهو أمر جائز، وفي المقابل يلزمه الوفاء، وذلك لعموم الأدلة القرآنية والنبوية الآمرة بالوفاء بالعهود.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة

لقد نص قانون الأسرة على حق المرأة اشتراط العمل على زوجها والوفاء به، وذلك قصد ضمان حقوقها من خلال نص المادة 19، والأكثر من ذلك فإنه لم يعتبره مُسقطا للحضانة في نص المادة67 قولها: «ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة»، و أنَّ هذا الحق دستوريا(2) وذلك من خلال نص المادة69 قولها: «لكل مواطن الحق في العمل»، ونص المادة36 قولها: «تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل».

المطلب الثالث: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من اشتراط المرأة إتمام دراستها

لقد دعت الشريعة الإسلامية إلى طلب العلم، والاستزادة من جميع المعارف، بل إنَّ أول كلمة ربطت بين السماء والأرض ﴿**اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ**﴾ [سورة العلق الآية01]، ورفعت من مقام أهله لقوله سبحانه وتعالى: ﴿**يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آَمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ**﴾ [سورة المجادلة الآية11]، وجعلتهم ورثة الأنبياء، ولم تجعل الشريعة الإسلامية طلبَه حِكرا على الذكر، بل سوَّت في ذلك بين الذكر والأنثى على حد سواء، ولتيسير طلبه جعلته غالبية الدول العربية والإسلامية حقا مجَّانيا، ثم إنَّ اشتراط المرأة إتمام دراستها هو تحقيق للمصلحة العامة للمجتمع والأسرة، وكذا مصلحتها الشخصية، وذلك من خلال درء الجهل عن نفسها، وتعليم أولادها إن لم أقل زوجها أحيانا، وكذا تعليم بنات جنسها، ثم إنَّ تتويجها بشهادة علمية قد يكون سببا في حصولها على عمل يكون مصدر رزقها مستقبلا، وعلى ضوء ما سبق فهل يمكن اشتراط مثل هذا الشرط؟.

---

(1) المرأة المسلمة بين عدل التشريع وواقع التطبيق، ص130.

(2) الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ27 جمادى الأولى1437 الموافق 07 مارس2016، العدد14.

المنارة للاستشارات
www.mar

في تقديرنا أنَّ الزوج إذا قبل بمثل هذا الشرط صح ولزِمه الوفاء به، وذلك لعموم الأدلة القرآنية والنبوية الآمرة بالوفاء بالعهود، ثم إنَّ هذا الاشتراط يندرج ضمن المصالح المرسلة، إذ لا يوجد في الشريعة الإسلامية من الأدلة ما يمنع هذا، وهو من المسائل المستجدة التي لم يشر العلماء القدامي إليها في كتبهم فيما أعلم.

أما قانون الأسرة فلم يشر إلى هذا النوع من الشروط واكتفى في المادة19 بذكر شرط عدم التعدد، وشرط العمل فقط، وسبب ذلك أن كثير من فتيات المجتمع الجزائري يُقبلن في الغالب على الزواج إلا بعد إتمام مسارهن الدراسي، كما يمكن أن يُقاس هذا الشرط على شرط العمل.

خاتمة

من خلال تناولنا لهذه المسألة من الجانب الفقهي والقانوني، تبين أن الاشتراط في عقد الزواج هو حق مكفول لكل زوج يمارسه بحرية وفي إطار الشروط التي لا تتنافى مع هذا العقد، ومع الأهداف التي يحققها والآثار التي يرتبها، ، وفي نهاية بحثنا تم الخلوص إلى النتائج التالية:

-مراعاة الشريعة الإسلامية لمصالح العباد، وذلك من خلال إباحة اقتران عقد الزواج بشروط يريانها محققة لمصلحتهما ما لم تخالف تلك الشروط أحكام الشريعة الإسلامية.

-إنَّ من سمات الشريعة الإسلامية رعايتها لمصالح العباد عاجلا وآجلا، وذلك من خلال جلب المصلحة ودرء المفسدة، لذا فإنَّ الرأي القائل بمشروعية تضمين عقد الزواج بجملة من الشروط، هو الرأي الأولى بالأخذ كونه يساير الحياة العصرية، ويظهر بجلاء مرونة الشريعة الإسلامية ورحابتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

-إنَّ تضمين عقد الزواج بشروط تحقق مصلحة الزوجين هو من باب مراعاة مآلات الأمور، فالناظر في حال المجتمع اليوم يدرك حجم التفكك الأسري، وارتفاع نسب الطلاق فيه إلى نسب خيالية، فلعل هذا الاشتراط في العقد من شأنة إضفاء نوع من الاستقرار الأسري.

-إنَّ الشروط المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية وأصولها، وتتوافق ومقتضى العقد فهي شروط واجبة الوفاء، إذا تم التراضي عليها بين الزوجين كما هو مذهب الحنابلة.

-بيان أنَّ المشرع الجزائري في هذه المسألة قد تبنى المذهب الحنبلي، كونه أكثر المذاهب توسعة في الأخذ بالشروط، ويرى في تقديره أنَّ هذا يتماشى مع المستجدات، كما تبنى المذهب الحنفي في بعض المسائل، وهنا يمكننا القول بأنَّ المشرع الجزائري يلتزم في الأصل بالمذهب المالكي خصوصا، لكن هذا لا يمنعه من الأخذ بأرآء المذهب الأخرى إذا رآى في ذلك المصلحة.

المنارة للاستشارات
www.mar

قائمة المصادر والمراجع

1. الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، ت:أحمد محمد شاكر، دار الآفاق(دط دت).
2. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، القسطلاني، المطبعة الأميرية الكبرى، ط7(1323).
3. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية، ت: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، ط1(1991/1411).
4. الإستذكار، ابن عبد البر، ت: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، ط1 (1421/ 2000).
5. الإنصاف، المرداوي، دار إحياء التراث، ط2(دت).
6. الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، (دط.1990/1410).
7. أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، دار البصائر، (دط دت).
8. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، ط1(1997/1418).
9. بدائع الصنائع، الكساني، دار الكتب العلمية، ط2(1986/1406).
10. البيان والتحصيل، ابن رشد، ت:محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط2(1988/1408).
11. تاج العروس، الزبيدي، ت: عبد العليم الطحاوي، (مطبعة حكومة الكويت، دت).
12. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1(1313).
13. الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ27 جمادى الأولى1437 الموافق 07 مارس2016، العدد14.
14. الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا الأنصاري، ت: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، ط1 (1411/ 1991).
15. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة، دار الفكر،(دط دت).
16. روضة الطالبين، النووي، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط3(1991/1412).
17. سنن أبي داود، ت: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1(209/1430).
18. سنن الترمذي، ت: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2 (1395/ 1975).

المنارة للاستشارات
www.man

19. سنن الترمذي ، مطبعة مصطفى الحلبي وشركاه، ط2(1968/1388).
20. الشروط في النكاح، صالح غانم السدلان، دار معاذ للنشر، ط2(1988).
21. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، ط1(2008/1429).
22. شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف أطفيش، دار الفتح، ط2(1972/1392).
23. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، المطبعة السلفية، ط1(1403هـ).
24. صحيح مسلم، الحجاج بن مسلم النيسابوري، دار طيبة، ط1(2006/1427).
25. عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، نور الدين أبو لحية، دار الأنوار، ط2(2015/1438).
26. فتح القدير، ابن الهمام، دار الفكر(دط دت).
27. الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، دار الكتب العلمية، ط1(1987/1408).
28. فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة، (دط/1379).
29. القواعد النورانية، ابن تيمية، ت:أحمد بن محمد الخليل، دار ابن جزي، ط1(1422).
30. قانون رقم84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق09 يونيو سنة1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005 والموافق بقانون رقم 09/05 المؤرخ في ربيع الأول 1426 الموافق04 مايو 2005_ج.ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.
31. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، دار هومة، ط4(2013).
32. قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، حمليل صالح، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 06 (2005).
33. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ت: عبد السلام هارون، دار الفكر العربي، طبعة المجمع العلمي العربي الإسلامي (1979/1399).
34. المصباح المنير، الفيومي، دار الفكر،(دط دت).
35. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم، ط2(2004/1425).
36. الملخص الفقهي، صالح الفوزان، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، ط1(1423).
37. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، دط(1997).
38. المحلى، ابن حزم، ت: محمد منير الدمشقي، طبعة إدارة المطبعة المنيرية-مصر-(دط دت).
39. المقدمات، ابن رشد، دار الغرب الإسلامي، ط1(1988/1408).

المنارة للاستشارات
www.man

40. مواهب الجليل، الحطاب، دار الفكر، ط3(1992/1412).
41. المنثور من القواعد، الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2 (1985/1405).
42. معالم السنن، الخطابي، المطبعة العلمية، ط1(1932/1351).
43. مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ت: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (دط .1416 /1995).
44. الموافقات، الشاطبي، المكتبة التجارية الكبرى،(دط دت).
45. المغني، ابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، دط(1967/1377).
46. المنتقى شرح الموطأ، الباجي، مطبعة السعادة، ط1(1332).
47. المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، ط1(1994/1415)، ج2، ص131.
48. المرأة المسلمة بين عدل التشريع وواقع التطبيق، أمنة محمد نصير، دار الكتاب الحديث، دط (1422/ 2001).
49. نهاية المحتاج، الرملي، درا الفكر، طبعة أخيرة (1984/1404).

المنارة للاستشارات
www.mar

المنارة للاستشارات

www.mar