

قضايا الزواج المقترن بالشروط

ومدى حرية الزوجين في هذه الشروط

أ . سليمان ولد خصال.

معهد الحقوق . المركز الجامعي . المدينة

تمهيد :

تحدث الفقه الإسلامي عن الاشتراط في عقد الزواج، وتحدث أيضا قانون الأسرة عن هذا الاشتراط من خلال المادتين 19 و 35 منه ، لكن بقي الغموض يكتنف هذه المادة أي المادة 19 إن من الناحية القانونية أو من الناحية الإجرائية والتنظيمية.

ومن أجل إزالة هذا الغموض وإجلاء هذا الإجماع، وجب طرح الإشكال التالي :

ما مدى حرية المتعاقدين في إنشاء الشروط المتعلقة بعقد الزواج ؟، وهذه الإشكالية الأم بحاجة إلى الإجابة عليها من خلال الفرضيات التالية :

1 - ما المقصود بالشروط ؟، وما هي تقسيماتها ؟.

2 - ما هي الشروط التي يجوز للعاقدين وضعها ؟.

3 - ما هي المعايير التي يمكن من خلالها التمييز بين ما يجوز منها وما لا يجوز؟.

4 - كيف يمكن التغلب على الصعوبات التي تواجه العقادين؟، وكذا الشخص المؤهل قانوناً للتصديق على هذه الشروط؟.

5 - ألا تعتبر هذه الشروط - على فرض التسليم بها - مناقضة لمقاصد الزواج؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية، وعلى هذه الفرضيات، لابد من مناقشة العناصر التالية :

تعريف الشرط :

الشرط لغة : جمع شروط، وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، ويأتي بمعنى العلامة، وجمعه أشراط.

كما يأتي أيضاً بمعنى الإعداد⁽²⁹⁾.

الشرط اصطلاحاً : هو ما عدمه مستلزم لعدم الحكم، وذلك لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب.

فالحكم كالقدرة على التسليم، فإن عدمها ينافي حكم البيع، وهو إباحة الانتفاع.

والسبب كالطهارة للصلاة، فإن عدمها ينافي تعظيم الباري ﷻ، وهو السبب لوجوب الصلاة⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ ابن منظور، لسان العرب (202/9 وما بعدها).

وعرف الشاطبي الشرط بما كان وصفا مكملا لشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه.

وسواء علينا — يقول الشاطبي — أكان وصفا للسبب أم العلة أم المسبب أم المعلول أم لمحالها أم لغير ذلك، مما يتعلق به مقتضى الخطاب الشرعي، فإنما هو وصف من أوصاف ذلك، أن يكون مغايرا له، بحيث يعقل المشروط مع الغفلة عن الشرط وإن لم ينعكس كسائر الأوصاف مع موصوفاتها حقيقة أو اعتبارا⁽³¹⁾.

تقسيمات الشرط :

يظهر أن تقسيم الإمام الشاطبي للشرط فيه من الوضوح والدقة ما يجعلنا نؤثره على باقي التقسيمات الأخرى، فضلا على أنه يوصلنا إلى محل النزاع الذي هو موضوع بحثنا.

وعليه فالشروط عنده⁽³²⁾ مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها، بحيث لا يكون فيه منافاة على حال ؛ كاشتراط الكفاءة والإمساك بالمعروف، والتسريح بإحسان في النكاح، فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا، لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما. وعليه فإنه لما كان غير الكفاءة مظنة للنزاع وأنفة أحد الزوجين أو عصبيتهما، وكانت الكفاءة أقرب إلى التحام الزوجين والعصبة أولى بمحاسن العادات، كان اشتراطها ملائما لمقاصد النكاح، وهكذا الإمساك

⁽³⁰⁾ محمد الخضري بك، أصول الفقه الطبعة السابعة، (ص : 61).

⁽³¹⁾ الشاطبي، الموافقات (1/262 — 264).

⁽³²⁾ نفس المرجع ولكن بتصرف بسيط (1/283 — 285).

بمعروف وسائر تلك الشروط المذكورة تجري على هذا الوجه، فثبتوا شرعا واضح.

الثاني : أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط، ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول، كما إذا اشترط في النكاح أن لا ينفق عليها.

فهذا القسم أيضا لا إشكال في إبطاله، لأنه مناف لحكمة السبب، فلا يصح أن يجتمع معه، فإن اشتراط الناكح ألا ينفق ينافي استحلاب المودة المطلوبة فيه.

الثالث : ألا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة، وهو محل نظر هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟، أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهرا؟، والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة، لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط.

وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيه الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه .
أثر الشروط في عقد الزواج.

يقسم فقهاء الإسلام الشروط المقتترنة بعقد الزواج إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : شروط تكون جزءا من مقتضى العقد، ومؤكدة لمقتضاه، فمثال ذلك عن الأول اشتراط الزوجة على الزوج أن ينفق عليها، ومثال ذلك عن الثاني اشتراط كفيل بالمهر في عقد النكاح.

وحكم هذا القسم من الشروط أنه صحيح باتفاق الفقهاء.

القسم الثاني : الشروط التي تؤثر في صحة العقد وتبطله، مثل اشتراط التوقيت في عقد النكاح، وحكم هذا الشرط البطلان عند جمهور الفقهاء.

القسم الثالث : الشروط المخالفة لمقتضى العقد، أو ورد فيها نهي الشارع، ومن أمثلة الشرط المخالف لمقتضى العقد اشتراط الزوج في عقد النكاح ألا ينفق عليها أو ألا ترثه.

ومثال الشرط المنهى عنه اشتراط الزوجة أن يطلق زوجها، فهذا الشرط منهى عنه لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، فإنما لها ما قدر لها " (33).

وحكم هذه الشروط أنها باطلة، ويبقى العقد صحيحا.

القسم الرابع : شروط ليست من مقتضى العقد ولا مؤكدة لمقتضاه ولا مخالفة له، ولم يرد بها نهي من الشارع، ولم يأمر بها الشرع، ولكن فيها غرض صحيح لمن اشترطها.

وهذا القسم الأخير كان موضع خلاف بين الفقهاء، وذهبوا في ذلك إلى مذهبين :

مذهب الجمهور، ومذهب الحنابلة.

1 - مذهب جمهور الفقهاء : يروا أن هذا الشرط فاسد ولا يلزم الوفاء به ولكن فساد الشرط لا يؤثر على العقد، فالشرط فاسد والعقد يبقى صحيحا.

(33) صحيح البخاري (26/7).

ومن أدلتهم ما يأتي :

1 - قوله ﷺ : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط " (34).

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، أنه أبطل كل شرط لم يرد على صحته دليل معين في كتاب الله، لأنه ليس في كتاب الله، أي ليس في حكم الله شرعه (35).

2 - قوله ﷺ : " المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " (36).

ووجه الدلالة من هذا الحديث، أنه يدل بلفظه على بطلان كل شرط يتضمن تحريم ما أباحه الله تعالى، أو إباحة ما حرمه الله تعالى.

فلو قيل بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبت، لكن الشرط محرماً للحلال، إذ يجعل ما لم يكن لازماً في مرتبة اللزوم، وما ليس واجباً في مرتبة الواجب (37).

3 واستدلوا أيضاً من المعقول، فقالوا : إن آثار العقد من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج عن الاضطراب، ومنعاً للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم، فتخرج عن معناها أو ما يحوطها به الشارع من تقديسه، فلا ينبغي إدخال شروط على هذه الآثار، لأن الزوج ربما يتذكر شرطاً مستقبلاً فيحدث اضطراباً وخللاً في الأسرة.

(34) صحيح مسلم بشرح النووي (144/10).

(35) ابن قدامة، المغني (93/7).

(36) الترمذي (403/2).

(37) الشافعي، الأم (73/5).

2 - مذهب الحنابلة : ويرون أن هذه الشروط صحيحة ويلزم الوفاء بها، فإن امتنع الزوج عن الوفاء للمرأة بما اشترطته كان من حقها أن تفسخ العقد. ومن أدلتهم ما يأتي :

1 - ما رواه عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : " إن أحب الشرط أن توفوا به ما استحلتتم به الفروج " ⁽³⁸⁾.

ووجه الدلالة أن هذا الحديث دل على استحقاق الوفاء بالشروط، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها، وذلك لأن قوله " أحق " اسم تفضيل، وهو دليل على أن الشروط يلزم الوفاء بها.

2 - واستدلوا من الأثر بما رواه سعيد بن منصور عن طريق إسماعيل بن عبد الله عن عبد الرحمن بن غانم قال : " كنت مع عمر حيث تمس ركبتى ركبته فجاءه رجل فقال : يا أمير المؤمنين، تزوجت هذه وشرطت لها دارها، وإني أجمع لأمر أو شأني أن أنتقل لأرض كذا وكذا، فقال : لها شرطها، فقال الرجل : هلك الرجال، إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر : المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم " ⁽³⁹⁾.

ووجه الدلالة أن عمر رضي الله عنه قضى للمرأة التي اشترط لها زوجها ألا ينقلها من بلدها بما شرطته، وهو شرط ليس من مقتضى عقد النكاح، بل مخالف لمقتضاه.

⁽³⁸⁾ البخاري (26/7).

⁽³⁹⁾ الشوكاني، نيل الأوطار (161/5).

3 - ومن المعقول قالوا : إن الشروط فيها منفعة مقصودة لمشرطها، ورضاه بالعقد على أساس هذا الشرط، وهي لا تمنع من تحقق مقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها، فكان لابد من الوفاء بها، وبناء على هذا يصح العقد ويصح الشرط بتصحيح العقد، ويلزم الوفاء بالشرط إجابة للأمر العام، وهو وجوب الوفاء بالشرط في العقود لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ ، فإذا حصل خلل في الرضاء الذي عليه قوام العقد، وهو عنصر هام من عناصره، فيثبت للشارط حق الفسخ بترك الوفاء به.

مناقشة وترجيح.

1 - نوقشت أدلة الجمهور بأن الحديث الأول هو جزء من حديث طويل مرتبط بواقعة معينة لا تتعدى إلى غيرها، ثم هي شروط خاصة بتلك التي تتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية.

ونوقش الاستدلال بالحديث الثاني بأنه لا يصح الاحتجاج به، ذلك أن الإلزام بالشرط في عقد النكاح وارد به دليل، ويلزم الوفاء به، وهو حديث عقبة بن عامر السابق.

2 - أما أدلة الحنابلة فقد نوقشت بأن الحديث الذي اعتمدوا عليه ذكر شروطا هي تلك التي أمر الله تعالى أن تستحل بها الفروج من الصداق والنفقة⁽⁴⁰⁾.

(40) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام (606/5).

وأما عن الأثر الذي استدلوا به فقد أجابوا بأن هناك أثر آخر ثابت وبإسناد جيد فعن ابن وهب عن عبد الله السباق " أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها ألا يخرجها من دارها، فارتفعا إلى عمر فوضع الشرط وقال : المرأة مع زوجها " . كما روي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال في ذلك : " سبق شرط الله شرطها " ⁽⁴¹⁾.

الترجيح.

ويبدو أن الأخذ بمذهب الأحناف هو الأطهر، وهذا للمرجحات التالية :
1 - أن الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد النكاح وغيره في حرية اشتراط الشروط وقوتها الزوومية، وسوغ للزوجين أن يشترطا ما يشاءان في عقد النكاح من الحقوق والمصالح التي لا تنافي موضوع الزواج ونظامه الشرعي في الإسلام.

وكل شرط صحيح يشرطه أحد الزوجين إذا لم يتحقق يسوغ للزوج الآخر فسخ النكاح. -
وإنما يمنع من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص، أو ما ينقص الحقوق والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح، كما لو اشترط توقيت النكاح، أو عدم النفقة الزوجية، أو عدم الاستمتاع الزوجي، ونحو ذلك.

2 - أن الاجتهاد الحنبلي جاء بمبدأ هام في قاعدة الشروط العقدية، وهي أن الشرط قد يكون في ذاته وبحسب طبيعته غير ملزم شرعا للمشروط عليه، فهو

⁽⁴¹⁾ فتح الباري (179/9).

في الشروط كالعقد غير اللازم في العقود، ومع ذلك يصح اشتراطه ولا يلغى فتكون ثمرة صحة اشتراطه رغم عدم لزومه أن الطرف المشروط لمصلحته يحق له فسخ العقد عند عدم وفاء الطرف الآخر بالشروط، ففي هذا النوع من الشروط يكون الطرفان مخيرين فكما أن الطرف المشروط عليه مخير في الوفاء بالشرط وعدمه، يكون الطرف المشروط له مخيراً بين الاستمرار وفسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط.

ويؤيد كل هذا ما قاله ابن القيم من أن تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والإلتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف ، وقد صح تعليق النظر بالشرط بالإجماع ونص الكتاب.

وتعليق النكاح بالشرط في تزويج موسى بآبنة صاحب مدين وهو من أصح النكاح على وجه الأرض، ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه ، بل أتت مقررته له كقول النبي ﷺ : " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " فهذا صريح في أن حل الفروج بالنكاح قد يعلق على شرط ، وفي مسند أحمد والسنن عن سفينة ؓ قال : " كنت مملوكاً لأُم سلمة رضي الله عنها فقالت : أعتقتك واشترطت عليك أن تخدم رسول الله ﷺ ما عشت ، فقلت : إن لم تشتري علي ما فارقت رسول الله ﷺ ما عشت ، فأعتقتني واشترطت علي " (42).

(42) إعلام الموقعين (286/3).

اقترح مجموعة من الشروط التي تدخل في إطار حرية المتعاقدين.

عندما تستفسر عن هذه الشروط المتعلقة بعقد الزواج لدى الموثق أو ضابط الحالة المدنية، فإن الإجابة تكون بالنفي، وسبب ذلك أن عقود الزواج في الجزائر لم يحدث وأن اعتمدوا فيها هذه الشروط المنصوص عليها في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا إما لجهل الناس بالقانون، أو لعدم حاجتهم إلى ذلك.

وعلى كل حاول بعض الدارسين اقتراح مجموعة من الشروط بناء على أعراف الناس، واستنادا إلى تجارب القضاة، إذ كثيرا ما طرحت عليهم مثل هذه المشاكل.

وعليه يمكن تصنيف هذه الشروط⁽⁴³⁾ إلى صنفين ، صنف يتعلق بالزوجة وآخر متعلق بالزوج.

أ - الشروط المتعلقة بالزوجة : وهي :

- 1 - ألا يتزوج عليها ما دامت في عصمته.
- 2 - أن تبقى تعمل أو تشتغل بالعمل أصلا، أو تتابع دراستها.
- 3 - ألا ينقلها من بلدها الذي تم به عقد الزواج، أو لا يسافر بها لأي مدينة أخرى، أو إلى بلد أجنبي.
- 4 - أن يسكنها في سكن منفرد بعيدا عن ضرقتها، أو بعيدا عن أهل الزوج وأقاربه.

(43) ذكر هذه الشروط المستشار السابق بالحكمة العليا عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3، (ص : 170 وما بعدها).

5 - أن يكون الطلاق بيدها وتطلبه متى شاءت.

ب - الشروط المتعلقة بالزوج : وهي :

1 - أن تتولى هي الإنفاق على نفسها، أو على أولادها من مالها الذي تكسبه من وظيفتها أو من تجارة.

2 - أن تساهم - إن كانت عاملة - في تكاليف الأسرة واللوامز المترتبة.

3 - أن تسلمه مرتبها الذي تتقاضاه من عملها ليتصرف به وفقا لطريقته الخاصة.

المعايير الشكلية والموضوعية التي تحكم هذه الشروط.

أ - بالنسبة إلى المعايير الشكلية : فإنها تتعلق بمدى أهلية الموثق أو ضابط الحالة المدنية في الحكم على صحة هذه الشروط، وعدم معارضتها لقانون الأسرة الجزائري المادة 19 منه، وكذا عدم تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية المادة 222 من قانون الأسرة، وفي ظل صعوبة ذلك لأسباب قد تتعلق بالتكوين العلمي أو لعدم التعامل مع مثل هذه القضايا فإننا نقترح تسجيل بعض هذه الشروط المقبولة من الناحية القانونية والشرعية، وبالتالي نخصر دور هذا الموظف، وإذا ما أملت عليه شروط أخرى غير معروفة لديه أمكن رفع الأمر إلى قاضي المحكمة الابتدائية على أن تتم بإجراءات قانونية سهلة وغير طويلة.

ب - أما بالنسبة إلى المعايير الموضوعية فهي على الشكل التالي⁽⁴⁴⁾:

1 - قاعدة فيها شروط هي منفعة للزوج، ولكنها تنافي مقتضى العقد أو تتعارض مع أحكام القانون مثل أن يشترط الزوج أن لا ينفق عليها، وأن تتولى هي الإنفاق على نفسها.

2 - قاعدة كون الشروط المراد اشتراطها في عقد الزواج فيها منفعة للزوجة ولكنها مع ذلك لا تنافي نظام العقد ولا مبادئ الشريعة، مثل أن تشترط على زوجها إسكانها وحدها، أو عدم السفر بها خارج وطنها، أو ما شابه ذلك.

3 - قاعدة كون الشروط المراد اشتراطها على الزوج تقيد حريته أو تمس حقوق الغير، مثل أن تشترط عليه في عقد الزواج أن لا يشتغل بأي عمل سياسي أو يطلق زوجته السابقة.

4 - قاعدة تتعلق بقانون الأسرة الجزائري، فالقانون جعل من المهر ركنا وتخلفه لوحده يؤدي إلى فساد العقد، ومع غيره من الأركان التي ذكرتها المادة 9 منه يؤدي إلى البطلان، كما أن نفقة الزوجة تكون على زوجها المادة 37 و 47 منه، أما المادة 38 من نفس القانون فقد منحت الزوجة حرية التصرف في مالها وحق زيارة أهلها واستضافتهم، كما نص في المادة 48 منه على أن الطلاق يكون بإرادة الزوج، أو بالتراضي بين الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد النص عليه في المادتين : 53 و 54 من قانون الأسرة⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ عبد العزيز سعد المرجع السابق (ص : 171 وما بعدها).

⁽⁴⁵⁾ نفس المرجع (ص : 170).

حكم الشروط التي تتنافى مع قانون الأسرة.

الحكم على هذه الشروط ينبغي أن يعتمد على المعايير السابقة الذكر، وعليه فإذا اشترطت أن يسكنها في مسكن منفرد ومستقل عن مسكن أهله، أو أنها اشترطت عليه أن لا يمنعها من متابعة تعليمها أو الاستمرار في ممارسة وظيفتها أو مهنتها، فإن هذه الشروط كلها لا تتنافى مع قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي نص من نصوصه، وعلى الزوج أن يلتزم بالوفاء بها، وإذا خالف وعده فيحق لها أن تطلب فسخ الزواج بسبب عدم قيامه بالتزامه العقدي وعلى مسؤوليته وحده.

أما إذا اشترطت أن لا يطلقها أبداً، أو يطلق الزوجة السابقة، أو اشترط هو أن لا يدفع لها صداقها المسمى، أو اشترط أن تتفق على نفسها، أو على أولادها أو أن لا يزورها أحد من أقاربها، أو اشترط تقييد حريتها في التصرف في مالها الخاص بدون مبرر شرعي، فإن هذه الشروط تتنافى مع قانون الأسرة ولا سيما المادة 48 و 8 و 14 و 37 و 38 منه، وعليه لا يجوز له المطالبة بالوفاء بها أمام القضاء⁽⁴⁶⁾.

لكن إذا اشترط عليها في عقد الزواج أن لا تسافر وحدها، أو لا تخرج من بيت الزوجية في غيابه، أو لا تمارس عملاً وظيفياً أو مهانياً إلا بإذنه، فهذه الشروط ملزمة يجب الوفاء بها، ويتعرض العقد للفسخ إذا ما خالفته.

غير أن التراجع يبدو إذا ما اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو اشترطت أن يكون الطلاق بيدها، فالأول يتعارض في ظاهره مع المادة 8 من

(46) نفس المرجع وتصرف (ص : 172).

قانون الأسرة التي تسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة، لكن يظهر أن هذا التعارض ظاهري فقط، لأن كلمة (يسمح) تعني أنه مباح وليس واجبا يقابله حق من الحقوق، وبالتالي يمكن الاتفاق على مخالفته، لكن وبالرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإن هذا الشرط هو محل خلاف فقهي بين جمهور الفقهاء المانعين وبين الحنابلة المؤيدين، ويبدو من خلال المرححات التي ذكرت آنفا أن الشرط معتبر ويمكن للزوجة اعتماده.

وأما الثاني وهو إذا ما اشترطت أن يكون الطلاق بيدها، فإن هذا يجوز فقط إذا ما كان تفويضا، والتفويض هو تمليك الزوج غيره حق تطبيق امرأته وتفويض المرأة وتمليكها حق تطبيق نفسها⁽⁴⁷⁾.

والأصل في التفويض قوله تعالى : ﴿ يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالينا أمتعن وأسرحكن سرحا جميلا وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما ﴾ [الأحزاب].

ومن هذا أخذ جمهور الفقهاء تفويض أمر الزواج إلى الزوجة في أثناء قيام الزوجية، فضلا على أنه جائز في كل الأوقات إذا كان العقد قائما.

وقال الظاهرية : إن التفويض لا يجوز لأنه تمليك الطلاق للمرأة وهو بيد الرجل بحكم الشرع ولا يغير أحد حكم الشرع.

(47) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية (ص : 224).

ولكن المأثور عن الصحابة عامة إجازة التفويض، ومن الفقهاء من جعل اختيارها نفسها تطليقة واحدة رجعية، ومنهم من جعلها بائة.

وقد اتفق الحنفية والمالكية على أن التفويض يتقيد بالجلس، على أن الزوج ليس له أن يرجع في التفويض لأنه في معنى التعليق.

أما الشافعي فقد قرر أن التفويض ككل العقود لا يتم إلا بالإيجاب والقبول⁽⁴⁸⁾.

على أنه إذا كان التفويض عند إنشاء الزواج بصيغة لا تتضمن تعليقه على تمام الزواج، فإنه كان المبتدئ بالإيجاب الزوجة أو وكيلها بأن قالت : زوجتك نفسي على أن يكون أمري بيدي، أطلق نفسي متى شئت، فإنه إذا قبل يتم الزواج، ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت، وذلك لأن سبقها بالإيجاب مع هذا الشرط، ثم تعقيبه بالقبول، وهو يتضمن قبل الزواج، ثم قبول الشرط يكون التفويض قد تم بعد إنشاء الزواج والتفويض بعد الزواج في أي وقت من غير تقييد بتعلق معين⁽⁴⁹⁾.

خاتمة.

لعل من أهم النقاط التي يمكن التوصل إليها من خلال هذه المقاربة والمحاولة :
1 - أن المادة 19 و 35 من قانون الأسرة الجزائري بحاجة إلى توضيح نظرا للإهمام الذي اكتنفهما، وبخاصة المادة 19 منه.

⁽⁴⁸⁾ نفس المرجع (ص : 228 وما بعدها).

⁽⁴⁹⁾ محمد أبو زهرة المرجع السابق (ص : 327).

2 - هذا التوضيح يتمثل في ضرورة اقتراح مجموعة من الشروط اعتمادا على معايير شكلية وموضوعية.

3 - ضرورة الرجوع إلى الاجتهاد القضائي الجزائري للاستفادة من هذه الشروط.

4 - ينبغي أن تكون هذه الشروط مكتوبة تقييدا للموظف المكلف بإبرام عقد الزواج، وإذا ما طرأت شروط أخرى أمكن اللجوء إلى القضاء.

5 - نظرا لخصوصية وأهمية شرط عدم الزواج عليها، فإنه وبالرجوع إلى مذهب الحنابلة يمكن اعتماده ولا تعارض بينه وبين المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

6 - الأصل في الشروط الصحة والجواز، ولا يبطل شرط منها إلا إذا قام الدليل المعين على إبطاله وإلغائه طبقا للرأي الراجح.

(٨٩) (م. ٨٥٥ : ر. ١) وم. ٨٥٦ (٨٩)

(٩٠) (م. ٨٥٦ : ر. ١) وم. ٨٥٧ (٩٠) وم. ٨٥٨ (٩٠)