

الشروط المقترنة بعقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

د/ عدلان مطروح - جامعة تبسة -

ملخص:

الزواج سنة من سنن الأنبياء والمرسلين قال النبي صلى الله عليه وسلم: (أربع من سنن المرسلين الحياء والنكاح والتعطر والسواك¹، بل هو سنة من سنن الله في خلقه. قال تعالى: "و من كل شيء خلقنا زوجين" سورة الذاريات آية 49. والأصل في الزواج أنه شرع على أساس التأييد فأى تأقيت يدخل عليه بالنية أو بشرط مفسد له كما قرر الفقهاء، لذا اشترطت الشريعة لديمومته جملة من الشروط أهمها: الرضا والكفاءة. أما الرضا فيعبر عنه بالصيغة التي هي الإيجاب والقبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح، فإذا شاب الإرادة شيء من الإكراه يكون النكاح باطلا، وأما الكفاءة ففسرها المالكية بالدين، فالدين هو العنصر الثابت في هذه العلاقة الزوجية لأنه محفوظ بحفظ الله "إنا نحن نزلنا الذكر وإن له لحافظون" سورة الحجر آية 9، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "تتكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فإظفر بذات الدين تربت يداك"²، إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض³. والسؤال الذي يطرح نفسه هل للزوجين أن يشترطا زيادة على شروط الشريعة في عقد الزواج ما يريانه كفيلا بتهيئ الزواج واستمراره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

Résumé:

Le mariage dans sa quintessence constitue un droit divin sur la base de pérennisation. Toute altération qui affecte le mariage soit par une intention ou par une condition, le déprave selon l'affirmation des jurisconsultes.

De ce fait la charia fixe des conditions pour sa durée, parmi ces conditions, on peut citer les plus importantes qui sont comme suit; Le consentement et l'aptitude pour ce qui est du consentement, il s'agit d'une forme de réponse par l'affirmative en faveur du mariage, tandis que l'acceptation concerne tous les termes qui signifient mariage dans le sens copulation.

Si cette volonté de copulation est affectée par une contrainte quelconque, le mariage sera nul et non avenue. Quant à l'aptitude, les malikites l'ont expliquée par le religion compte tenu du fait que la religion constitue un élément constant dans la relation conjugale, Car la religion est préservée par Allah.

La question qui se pose: le couple pourrait-il ajouter d'autres conditions en plus de celles arrêtées par la Charia dans l'acte de mariage de façon à exprimer leur point de vue dans le but de consolider le mariage afin qu'il puisse continuer ou non?

C'est ce qu'on va traiter dans les considérations suivantes: La première considération: signification de la condition.

La deuxième considération: position de la jurisprudence et de la loi vis-à-vis de cette considération concomitante de l'acte de mariage.

La troisième considération: l'impacte du manquement aux conditions sur l'acte.

المبحث الأول: مفهوم الشرط

المطلب الأول: تعريف الشرط

الشرط لغة:

إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط، والشرط بفتحتين العلامة ومنه قوله تعالى "جاء أشرطها" سورة محمد آية 18، وتسمى الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها الواحد شرط، وشرطي بسكون الراء⁴.

الشرط اصطلاحاً:

ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجاً على حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء.

فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد زوجية لم يوجد طلاق، ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق⁵.

والفرق بين الشرط والركن أن كلا منهما يتوقف وجود الشيء عليه إلا أن الركن هو جزء من ماهية الشيء لا يمكن أن ينفك عنه كالمحل في عقد الزواج، وأما الشرط وإن كان الشيء متوقف عليه إلا أنه خارج عن الماهية كالإشهاد في عقد الزواج.

المطلب الثاني: أقسام الشرط

ينقسم الشرط بحسب مصدره إلى قسمين:

الشرط الشرعي: وهو ما كان مصدر اشتراطه الشارع الحكيم وذلك بجميع الشروط التي اشترطها الشارع في الزواج والبيع والهبة والوصية وغير ذلك.

الشرط الجعلي:

ما كان مصدر اشتراطه المكلف.

جاء في الموسوعة الفقهية: الشروط الجعلية هي الشروط التي يشترطها المكلف في العقود وغيرها كالطلاق والوصية، وهو نوعان: شرط تعليلي مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق، وشرط تقييدي مثل: وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم⁶.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من هذه الشروط المقترنة بالعقد

اختلف الفقهاء في حكمهم على الشروط المقترنة بالعقد بين مضيق وموسع:

1- **مذهب المضيقين:** وهو مذهب ابن حزم الظاهري ويرى أن الأصل في الشروط الحضر إلا ما ورد به نص خاص أو إجماع بجوازه، فإرادة الإنسان في التعاقد مقيدة بما ورد به الدليل الشرعي⁷.

واستدل على ذلك:

أ- ما رواه مسلم والبخاري عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"⁸.

ب- و ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما بال أناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط منه شرط الله أحق وأوثق"⁹.

ففي هذين النصين دليل على أن ما لم يرد دليل باعتباره لا عبرة باشتراطه، فإن اشترطه كان باطلاً.

2- **مذهب الموسعين:** وهو مذهب الحنابلة توسعوا في إطلاق إرادة المتعاقدين في اشتراط ما لم يرد دليل بتحريمه من الشروط الجعلية بلزوم الوفاء بها كشرط عدم الزواج عليها إلا إذا أسقطته ورضيت بمخالفته. واستدلوا لمذهبهم:

1. قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" سورة المائدة آية 1 "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً" سورة الإسراء آية 34.

2. ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"¹⁰.

3. ما رواه البخاري ومسلم عن عبد الله بن أبي مليكة أن المسور بن مخرمة حدثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المنبر يقول: "إن فاطمة مني وإني أخوف أن تفتن في دينها ثم ذكر صهرها له من بني عبد شمس فأنثى عليه في مصاهرته إياه فأحسن قال: حدثني فصدقني ووعدني فأوفى لي وإنني لست أحرم حلالاً ولا أحل حراماً ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله مكاناً واحداً أبداً"¹¹.

قال ابن القيم فتضمن هذا الحكم أمورا: أن الرجل إذا اشترط لزوجه أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط ومن تزوج عليها فلها الفسخ¹².

4. ما رواه أبو داود وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الصلح جائز بين المسلمين زاد أحمد إلا صلحا أحل حراما وأو حرم حلالا، و زاد سليمان بن داود وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المسلمين على شروطهم¹³".

فنص الحديث يدل على ما لم يرد منعه فالأصل فيه الجواز.

5. ما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أوتى من خان"¹⁴. فإخلاف الوعد صفة من صفات المنافقين كما بين نبينا صلى الله عليه وسلم.

6. المعقول: الأصل في العقود التراضي قال تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم¹⁵ النساء 29، فإذا تراض المتعاقدان ثبت حل ما تراضيا عليه إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك¹⁵.

3- **مذهب المتوسطين:** وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية وقد جمعوا بين المذهبين المضيقين والموسعين، فلم يقولوا بتحريم الشروط مطلقا، ولم يبيحوها مطلقا وإنما قبلوها بشروط اختلفوا بينهم في تحديدها.

أ- **مذهب الحنفية:** الشرط صحيح وهو ما كان من مقتضي العقد أو ملائم لمقتضي العقد ولا يتنافى مع أحكام الشرع وجب الوفاء به كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها. وأما الشرط الفاسد المخالف لمقتضي العقد، أو غير ملائم لمقتضي العقد كاشتراط الخيار لأحد الزوجين، أو لكل منهما العدول عن الزواج في مدة معينة بطل الشرط وصح العقد¹⁶.

ب- **مذهب المالكية:** الشروط ثلاثة أنواع:

الأول: ما يقتضيه العقد ولو لم يذكر كشرط الإنفاق وحسن المعاشرة فهذا اشتراطه وعدمه بيان، ويحكم به ذكر أو ترك.

الثاني: ما كان مناقضا لمقتضي العقد كشرط أن لا يعدل بينها وبين ضررتها في المبيت أو لا ينفق وهذا يمنع اشتراطه، ويفسخ به النكاح قبل البناء ويثبت بعده ويلغى الشرط.

الثالث: ما لا تعلق له بالعقد ولا ينفى ولا يقتضيه كشرط أن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها أو بيتها، وهذا يكره اشتراطه لما

فيه من أسباب الخصومات، ولا يفسد العقد باشرطه ولا يفسخ لأجله لا قبل البناء ولا بعده ولا يلزم الوفاء به¹⁷.

ج- مذهب الشافعية: ما كان من مقتضي العقد كشرط النفقة والقسم لها، أو لم يتعلق به غرض كشرط أن لا يأكل إلا كذا ألغي الشرط لانتفاء فائدته وصح النكاح والمهر.

إذا كان الشرط مخالفا لمقتضي العقد، ولم يخل بمقصوده الأصلي كشرط أن لا يتزوج عليها، أو لا نفقة لها صح النكاح وفسد الشرط والمهر، لأنها لم ترضى بالمسمى إلا بشرط أن لا يتزوج عليها، ولم يرضى بالمسمى إلا بشرط أن لا نفقة لها، وإن أخل بمقصود النكاح كشرط الطلاق في نكاح المحلل بطل النكاح، وفي قول يصح ويلغو الشرط¹⁸.

والذي يرجح في المسألة ما ذهب إليه الحنابلة من إطلاق إرادة المتعاقدين للاشتراط في العقود ما لم تكن مناقضة لمقتضي العقد أو لأحكام الشريعة لقوة أدلتهم من الكتاب والسنة، وأمّا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشروط في قوله عليه السلام: من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل" فيحمل على الشروط التي حرمها الله تعالى، وأمّا ما لم يحرمه فيبقى على الإباحة جمعا بين الأدلة، والجمع عند الأصوليين عند التعارض أولى من الترجيح، ولكن ينبغي عند مراعاة الشروط والوفاء بها أن لا تعود على العقد بالإخلال لمقاصده كشرط العمل الذي تشترطه المرأة في عقد نكاحها إذا أدى إلى إخلال بالتزاماتها الأسرية وجب حينئذ مراجعة هذه الشروط والالتزام بها رفعا للخصومة التي تنشأ بين الزوجين بسبب ذلك وهذا ما يشهده الواقع.

المبحث الثالث: موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط

تبنى المشرع الجزائري مذهب الحنابلة في الشروط لذا أجاز للمتعاقدين اشتراط ما شاء من الشروط التي يريانها كفيّة بضمان استقرار الرابطة الزوجية ما لم تكن منافية لمقتضى عقد الزواج أو مخالفة للقانون.

جاء في المادة 19 الصادرة بالأمر 02_05 للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون. وجاء في المادة 32 الصادرة بالأمر 05: يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

فدلت المادة بمفهوم المخالفة أن الشرط الذي لا يشتمل على ما يتنافى ومقتضيات العقد معتبرا قانونا.

وأمّا القضاء فتبنى مذهب المالكية في الشروط وهو أن ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه حكمه الكراهة لما فيه من التحجير ولا يلزم الزوج به.

جاء في قرار 49575 بتاريخ 20-6-1988 من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به، ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما خالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاء الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهدده بالبقاء بالعاصمة يكون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيد هو مخير فيه.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه¹⁹. ويلاحظ أن القضاء مخالف لما أقره التشريع من عدم التقيد بالكراهة ما لم تخالف شروط القانون كما هو مبين من المادة 19، وعليه لا عبرة به لأنه اجتهد في معرض النص الصريح الواضح. أما إذا خالفت الشروط مقتضى العقد، وكان العقد يشتملها كتأقيت النكاح، وإسقاط النفقة يبطل العقد، كما جاء في المادة 32 الأمر 02-05 " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. لكن إذا اقترنت هذه الشروط بالعقد بعد انعقاده صحيحا بطل الشرط وصح العقد وهذا مذهب الحنفية في تصحيح العقود المقرنة بالشروط الفاسدة جاء في المادة 35 " إذا اقترنت عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

المبحث الرابع: أثر الإخلال بالشروط على العقد

لم يرتب فقهاء المالكية والشافعية أي جزاء على الإخلال بالشروط المقرنة بالعقد لأن الإخلال بها لا يخل بمقاصد النكاح، بل المالكية كما سبق ذكره يرتبون عن الالتزام الكراهة لما في ذلك من التقيد والتحجير على الزوج المؤدي إلى الخصومات غالبا.

أما الحنفية وإن كان مذهبهم وجوب الالتزام بالشروط الصحيحة والتي لا تتنافى ومقتضيات العقد إلا أنهم لم يرتبوا أي جزاء على هذا الإخلال. وخالف في ذلك الحنابلة فأعطوا للمرأة الحق في طلب فسخ النكاح إذا خالف الزوج ما اشترط عليه كشرط عدم التزوج عليها.

قال ابن القيم: الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط ومن تزوج عليها فلها الفسخ²⁰.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من إعطاء المرأة الحق في طلب التطليق لمخالفة الزوج الشروط المتفق عليها كما جاء في المادة 53 الأمر 02-05 " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية، وذكر المشرع عشرة أسباب منها 6/ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

الخاتمة:

مما سبق بيانه يتضح أن الفقهاء انقسموا في حكمهم على الشروط إلى فريقين:

الفريق الأول يمثل الجمهور وهم الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية والأصل عندهم في الشروط المنع، ولا يباح منها إلا بشروط اختلفوا فيما بينهم في تحديدها بين مضيق كالظاهرية، وموسع كالحنفية، وما بينهما وهم المالكية والشافعية.

الفريق الثاني ويمثله الحنابلة والأصل في الشروط عندهم الإباحة ما لم يرد دليل التحريم أو الإخلال بنظام العقد وهو ما تبناه المشرع من أقوال الفقهاء المختلفة، وإن كان يؤخذ عليه عدم الدقة في صياغة كل من المادة 32، والمادة 35 مما أوهم التعارض الظاهري عند أول وهلة.

الهوامش:

1. محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، باب التزويج وفضله، ج3، ص391.
2. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الشعب، القاهرة طبعة الأولى سنة 1987، كتاب بدء الوحي، ج7، ص9.
3. محمد بن عيسى الترمذي، مرجع سابق، باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، ج3، ص394.
4. محمد ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ج7، ص329، محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، تحقيق محمود خاطر، ج1، ص354.
5. د- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص46، د- محمد حسن هيتو، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص49.
6. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، ج26، ص6.
7. د- عبد الكريم زيدان، مؤسسة رسالة ناشرون دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، سنة الطبعة، 2012، ص375.
8. محمد إسماعيل البخاري، سبق ذكره، ج9، ص132، مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار الجيل بيروت، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ج5، ص132.
9. محمد إسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب بدء الوحي ج3، ص93.
10. سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، ج2، ص209.
11. محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب بدء الوحي ج4، ص101، محمد بن مسلم النيسابوري، مرجع سابق، باب فضائل فاطمة بنت النبي، ج2، ص184.
12. محمد بن أبي بكر بن القيم، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت-الطبعة: السابعة والعشرون، 1994م، ج5 ص107.
13. سليمان بن الأشعث السجستاني، مرجع سابق، باب في الصلح، ج3، ص332.
14. محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب بدء الوحي، ج1، ص15.

15. د- عبد الكريم زيدان، المنخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص379 .
16. د- وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، سوريا الطبعة الرابعة، ج9، ص46، 47.
17. شهاب الدين القرافي، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، سنة النشر 1994، تحقيق محمد حجي، ج4 ص405، أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد عايش ج2 ص317، أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني، مكتبة الثقافة الدينية، تحقيق رضا فرحات ج3، ص970.
18. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة: الأولى سنة 1998م، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ج1، ص435، محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص390 .
19. المجلة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة 1991 ، العدد2 ن، ص54 .
20. محمد بن أبي بكر بن القيم، سبق ذكره، ج5، ص107.