الشروط المقترنة بعقد الزواج
- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري -

أ/ عدلان مطروح، جامعة تبسة

مقدمة:

الزواج سنة من سنن الأنبياء والمرسلين قال النبي صلى الله عليه وسلم: (أربع من سنن المرسلين الحياء والنكاح والتعطر والسواك)،[1] بل هو سنة من سنن الله في خلقه.

قال تعالى: "ومن كل شيء خلقنا زوجين" سورة الذاريات آية 49.

والأصل في الزواج أنه شرّع على أساس التأبيد فأي تأقيت يدخل عليه بالنية أو بشرط مفسد له كما قرر الفقهاء، لذا اشترطت الشريعة لديمومته جملة من الشروط أهمها:

الرضا والكفاءة أمّا الرضا فيعبر عنه بالصيغة التي هي الإيجاب والقبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح فإذا شاب الإرادة شيء من الإكراه يكون النكاح باطلا، وأمّا الكفاءة ففسرها المالكية بالدين ، فالدين هو العنصر الثابت في هذه العلاقة الزوجية لأنه محفوظ بحفظ الله "إنّا نحن نزلنا الذكر وإنّ له لحافظون" سورة الحجر آية 9، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : "تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك[2],إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض. [3]

والسؤال الذي يطرح نفسه هل للزوجين أن يشترطا زيادة على شروط الشريعة في عقد الزواج ما يريانه كفيلا بتثبيت الزواج واستمراره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

وللإجابة على هذا السؤال قسمت البحث إلى التالي معتمدين المنهج التحليلي المناسب لهذا الموضوع:

مقدمة.

المنارة للاستشارات

المبحث الأول: مفهوم الشرط وموقف الفقه والتشريع منه.
المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الشروط.
المبحث الثالث: موقف التشريع الجزائري من الشروط.
المبحث الرابع: أثر اختلال الشروط على العقد.
الخاتمة.

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 الراء.[4]

الشرط اصطلاحا:

ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجا 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 الطلاق. [5]

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 تعليقي مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق، وشرط تقييدي مثل: وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم[6].

المنارة للاستشارات

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 الشرعي. [7]

واستدل على ذلك:

- ما رواه مسلم والبخاري عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد".[8]
- وما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما بال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطلـ وان اشترط مائة شرط الله أحق وأوثق".[9]

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

2) مذهب الموسعين:

وهو مذهب الحنابلة توسعوا في أطلاق 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:

- قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" سورة المائدة آية 1 و "أوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا" سورة الإسراء آية 34.
- 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]
- ما رواه البخاري و مسلم عن عبد الله بن أبي مليكة أن المسور بن مخرمة حدثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم عن المنبر يقول: "إن فاطمة مني و إني أتخوف أن تفتن في دينها ثم ذكر صهرا له من بني عبد شمس فأثنى عليه في مصاهرته إياه فأحسن قال: حدثني فصدقني ووعدني فأوفى لي وإني

المنارة للاستشارات

لست أحرم حلالا و لا أحل حراما و لكن و الله لا تجتمع بنت رسول الله و بنت عدو الله مكانا واحدا أبدا".[11]

قال ابن القيم فتضمن هذا الحكم أمورا: أن الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط و من تزوج عليها فلها الفسخ.[12]

- 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 حرّم حلالا، وزاد سليمان بن داود وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المسلمين على شروطهم".[13]

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

- ما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أوتمن خان".[14]

فإخلاف الوعد صفة من صفات المنافقين كما بين نبينا صلى الله عليه وسلم.

- المعقول: الأصل في العقود التراضي قال تعال: إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" النساء 29، فإذا تراض المتعاقدان ثبت حل ما تراضيا عليه إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمور ونحو ذلك.[15]

3) 3مذهب المتوسطين:

وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية وقد جمعوا بين المذهبين المضيقين والموسعين، فلم يقولوا بتحريم الشروط مطلقا، ويبيحوها 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.

وأمّا 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 العقد.[16]

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

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

المنارة للاستشارات

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

الثالث: ما لا تعلق له بالعقد ولا ينفيه 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 باشتراطه ولا يفسخ لأجله لا قبل البناء ولا بعده ولا يلزم الوفاء به. [17]

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 لانتقاء 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 أخلّ بمقصود النكاح كشرط الطلاق في نكاح المحلل بطل النكاح، وفي قول يصح ويلغو الشرط.[18]

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 نهي 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 فيبقي 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 .

المنارة للاستشارات

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 كفيلة بضمان استقرار الرابطة الزوجية ما لم تكن منافية لمقتضى عقد الزواج أو مخالفة للقانون.

جاء في المادة 19: الصادرة بالأمر05_ 02 للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

وجاء في المادة 32 الصادرة بالأمر05: 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 قرار49575 بتاريخ20_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 أنّ قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بالعاصمة يكون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيد هو مخير فيه.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه. [19]

ويلاحظ أن القضاء مخالف لما أقره التشريع من عدم التقييد بالكراهة ما لم تخالف شروط القانون كما هو مبين من المادة 19، وعليه لا عبرة به لأنه اجتهاد في معرض النص الصريح الواضح.

أما إذا خالفت الشروط مقتضى العقد، وكان العقد يشتملها كتأقيت النكاح، وإسقاط النفقة بطل العقد كما جاء في المادة 32 الأمر 05-02 " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

المنارة للاستشارات

لكن إذا اقترنت هذه الشروط بالعقد بعد انعقاده صحيحا بطل الشرط وصح العقد وهذا مذهب الحنفية في تصحيح العقود المقترنة بالشروط الفاسدة جاء في المادة 35 " إذا اقترن 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 المقترنة بالعقد لأن الإخلال بها لا يخل بمقاصد النكاحِ، بل المالكية كما سبق ذكره يرتبون عن الالتزامِ الكراهة لما في ذلك من التقييد والتحجير على الزوجِ المؤديِ إلى الخصومات غالبا.

أمّا الحنفية وإن كان مذهبهم وجوب الالتزام بالشروط الصحيحة والتي لا تتنافى ومقتضيات العقد إلا أنّهم لم يرتبوا أي جزاء على هذا الإخلال.

وخالف في ذلك الحنابلة فأعطوا للمرأة الحق في طلب فسخِ النكاحِ إذا خالف الزوجِ ما اشترط عليه كشرط عدم التزوجِ عليها.

قال ابن القيم: الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط و من تزوج عليها فلها الفسخ[20].

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

الخاتمة:

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

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

المنارة للاستشارات

الفريق الثانى ويمثله الحنابلة والأصل فى الشروط عندهم الإباحة مالم 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.

قائمة المصادر والمراجع:

1) **القرآن الكريم**
2) **كتب السنة**

- سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الشعب، القاهرة طبعة الأولى سنة 1987.
- محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق أحمد شاكر وآخرون.
- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار الجيل بيروت، لبنان

3) **كتب الفقه وأصوله:**

- أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد عليش.
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة: الأولى سنة 1998م، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين.
- أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني، مكتبة الثقافة الدينية، تحقيق رضا فرحات.
- شهاب الدين القرافي، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، سنة النشر 1994، تحقيق محمد حجي.
- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، سنة 2011.

المنارة للاستشارات

- عبد الكريم زيدان، مؤسسة رسالة ناشرون دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، سنة الطبعة 2012.
- محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- محمد بن أبي بكر بن القيم، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت - الطبعة: السابعة والعشرون،1994م، ج5
- محمد حسن هيتو، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق، سوريا، الطبعة الأولى سنة 2009.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، ج26، ص6.
- وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، سوريا الطبعة الرابعة.

4) قانون الأسرة الجزائري

5) المجلة القضائية بالمحكمة العليا

6) المعاجم

- محمد ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.
- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، تحقيق محمود خاطر.

الهوامش:

[1] -محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، باب التزويج وفضله ج3 ص 391 .

[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 جاؤكم 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 خاطرج1 ص354.

[5] -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.

المنارة للاستشارات

[6] - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، ج 26، ص 6.
[7] -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 ص 132.
[9] - محمد إسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب بدء الوحي ج 3 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] -عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 379.
[16] -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 عليش ج2، ص317، أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني، مكتبة الثقافة الدينية، تحقيق رضا فرحات، ج 3، ص970.
[18] -أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة، دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة: الأولى سنة1998م، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ج 1، ص435، محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص390.
[19] - المجلة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة 1991، العدد2 ن، ص 54.
[20] - محمد بن أبي بكر بن القيم، سبق ذكره، ج 5، ص107.

المنارة للاستشارات