الشروط الجعلية في عقد النكاح
دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأحوال الشخصية الجزائري.

د.العيدية حمزة

قسم العلوم الاسلامية

مقدمة:

الحمد لله الذي جعل العلم دليلا للوصول إليه ،و جعل للعمل أصولا يستدل نهـا عليه، فحلل وحرم، وشرع وكلف، وفرض وألزم، ومدح الموفين بما عاهدوا الله عليه ،واصف محمد صلى الله عليه وسلم بالخلق العظيم.

لما كانت الأسرة تمثل عصب الحياة، والكليات الخمس التي رمى الشارع الحكيم إلى ضرورة حفظها و صيانتها، دعا الإسلام في تشريعاته إلى حياة أسرية ثابتة مستقرة ورتب التزامات بين الزوجين.

و الاستقرار و الثبات لا يؤت أكله إلاّ إذا احترم هذا الميثاق الغليظ

(وأخذنّ منكم ميثاقا غليظ) (النساء:21)، و الذي يتشكل بالشروط التي وضعها المتعاقدين -الزوجين- و اتفقا عليها.

لكن ما يؤسف له هو استهانة الإنسان بمشروع الزواج في ظل العولمة ،و إهمال الشروط المتفق عليها و نكت العهود و المواثيق،و النتيجة المحققة فشل الأسرة و تدهور المجتمع من كل النواحي.

إن الواقع الدولي و وضعية البشرية عامة تخضع حاليا لعدة مؤثرات نفسية، و إعلامية، واجتماعية، ومعرفية... وواقع الأسرة الجزائرية أصبح جزء من الواقع

الدولي و تفاعلاته الراهنة ، لذا فالمشاكل الأسرية داخل البيوت الجزائرية شأنها شأن الجار الجنب و الصاحب بالجنب ، هذه المشاكل المتراكمة أنشأت مشكلا جسيما و هو الانفصال بين الزوجين، و السبب الرئيس في ذلك هو الاستهانة بما اشترطوه مسبقا.

من أجل ذلك أقرت الشريعة الإسلامية أحكاما هي ضمانات لحقوق المرأة الزوجية ، و تعدّ هذه الضمانات أحكاما ملزمة من قبل الشارع بمثابة حدود يحرم تجاوزها و ذلك للمحافظة على كيان الأسرة عامة و حقوق المرأة الزوجية خاصة و لدفع الضرر المتوقع قال تعالى:

(تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يّتعدّ حدود الله فأولئك هم الظّالمون) (البقرة:229)، **و قوله أيضا: (و من يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه)** (الطلاق:01)

من أجل ذلك اخترت أن أبني عملي في هذه المشاركة على قضية الاشتراط في عقد الزواج، متبوعة بثلاث مسائل وهي:

1- معنى الشروط الجعلية في عقد النكاح.

2- النظرة المقاصدية للشروط الجعلية في النكاح.

3- موازنة بين ما تضمنه قانون الأسرة الجزائري من حق الاشتراط بما ورد في الشريعة الإسلامية.

معلوم فقهيا أن الشروط على قسمين:

شروط شرعية: هي ما وضعها الشارع الحكيم و ألزمنا مراعاتها و أوجب علينا احترامها و إذا خالفها المتعاقدان أو أحدهما فيد العقد و حرّم الانتفاع به.

شروط جعلية: وهو ما كان من إنشاء المتعاقدين أو أحدهما ويكون القصد منها تحقيق مصلحة خاصة مثل اشتراط المرأة تقديم معجل المهر كله.

هذه الشروط تتفاوت درجاتها على النحو التالي:

1- الشروط التي يقتضيها العقد و مكملة لحكمة الشرع و محققة للغاية،صحيحة عند جميع الفقهاء ، يلزم الوفاء بها.

2- الشروط المخالفة لمقتضى العقد أو ورد فيها نهي من الشارع باطلة عند الجميع لا تؤثر على العقد بل تلغو و يبقى العقد صحيحا كاشتراط الرجل عدم الإنفاق على زوجته.

3- شروط تؤثر في صحة العقد و تبطلها لأنها تجعل الصيغة غير صالحة لإنشاء العقد وهذه الشروط مبطلة لعقد الزواج باتفاق الفقهاء كالتوقيت والتحليل و المتعة.

4- شروط ليست من مقتضى العقد و لا مؤكدة لمقتضاه و لا مخالفة له ولم يرد بها نهي من الشارع و لكن فيها مصلحة لمن اشترطها كاشتراط المرأة على الرجل عدم الزواج عليها، أو إخراجها من بلدها أو إن طلقها أن يعوض لها بقدر ما قضت من سنين خدمته وخدمة الأولاد و البيت.

هذا القسم الأخير كان محل نزاع بين الفقهاء في مدى التزام الطرف الآخر بالوفاء بهذا الشرط، و هذا هو الضمان الذي أقرته الشريعة الإسلامية للمرأة و أوجبت على الرجل الالتزام بما اشترطته المرأة من فوائد مادية ومعنوية مادامت لم تخالف الشرع في أحكامه.

المتتبع لاجتهادات فقهاء المذاهب يجد أن المذهب الحنبلي هو أوسع المذاهب في تصحيح الشروط و أخصبها، ثم يليه الحنفية والمالكية و بعدهما الشافعية فالظاهرية.

أقوال الفقهاء في مدى التزام الرجل بالشروط الجعلية في النكاح:

الحنفية: يرون أنه لا أثر للشرط في إبطال عقد النكاح مهما كان نوعه ، حتى الشرط الفاسد لا يؤثر في أصل النكاح لكن الإشكال في حكم الوفاء بهذه الشروط، وعليه قسموا الشروط من حيث الوفاء بها إلى ثلاثة أقسام وهي:

1- شروط لا يجوز الوفاء بها ولا الالتزام بهـا لمنافاتهـا ماهيـة العقـد وطبيعتـه كاشتراط عدم الإنفاق أو أن لا ترثه أو أن لا يعاشرها معاشرة الأزواج.

2- شروط يجب الالتزام بها و الوفاء بها والأخذ بها وهي الـتي تتفـق وطبيعـة العقد كاشتراط القوامة للرجل في البيت وأن لا تخرج إلا بإذنه.

3- شروط لا مانع من الوفاء بها بل الشرع يطالـب الالتـزام بهـا والوفـاء بهـا عملا بالقواعد العامـة الـتي توجـب الوفـاء بالعهـد والالتـزام بـه وإن فاتـت لا تـضر بالعقد ضررا بليغا وهي ما كانت خارجـة عـن ماهيـة العقـد كاشـتراط عـدم الـزواج عليها أو نقلها من بلدها.

هذا من حيث الحكم لهذه الشروط، أمـا الفتـوى في مثـل هـذه المـسائل علـى قولين: [1]

*- منهم من أفتى بأنه ليس له السفر بها مطلقا، وعللـوا ذلـك بمظنـة الـضرر الذي يلحق المرأة حال غربتها وبعدها عن أهلها وعشيرتها.

*- وأفتى بعضهم بجواز السفر بهـا إذا كـان مأمونـا عليهـا بـأن تكـون الجهـة المنقولة إليها مستتب فيها الأمن و تليق بها ،فمثل هـذا الـشرط يجـب الوفـاء بـه ديانـة مستدلين بقوله صلى الله عليه وسلم: **(المسلمون علـى شـروطهم إلاّ شـرطا أحـل حراما أو حرم حلالا)**[2].

المالكية :

قالوا أن الشروط التي ليست ذات علاقة بالعقد نفيا أو اقتضاء تعتـبر ممـا لـيس في كتاب الله فهي ليست مما إلتزمه عقد الزواج و لذلك لا يجبر الطـرف الآخـر علـى الوفاء بها غير أنه يستحـسن الوفـاء بهـا ديانـة عمـلا بقولـه صـلى الله عليـه وسـلم :**(أحق ما وفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)** [3].

وقالوا في حالة اشتراط المرأة عدم الخروج من بلـدها فللـزوج أن يلغـي ذلـك الشرط وأن يسافر بها إلى الجهة التي يريـد سـواء دخـل بهـا أو لم يـدخل، وإذا لم يكـن

قدّم لها صداقها وأراد أن يخرج بها قبل البناء فلها منع نفسها من السفر معه حتى يعطيها ما حل من صداقها، وإن كان ميسور الحال فلها أيضا منع نفسها حتى يدفع لها معجل الصداق، أما إذا كان معدما لا يملك الصداق فليس لها أن تمنع نفسها ويكون الصداق دينا عليه.

ووضعوا شروطا لأن يسافر بها إلى بلد آخر منها:[4]

*-أن يكون حرا.

*- أن يكون الطريق مأمونة.

*- أن يكون الرجل مأمونا عليها.

*- أن يكون البلد قريب بحيث لا ينقطع خبر أهلها عنها ولا خبرها عن أهلها.

الشافعية:

يرون أن العقد المقترن بالشرط الذي فيه مصلحة للمشترط لا عبرة له، و ليس الرجل ملزما بالوفاء به بل هو في حكم الملغى.

فيقولون عن المرأة التي اشترطت عدم السفر رفقة زوجها بأن له أن يسافر بها متى كان مأمونا عليها ، وإذا امتنعت كانت ناشزا لا تستحق النفقة و لا غيرها ، إلا إذا كانت معذورة لمرض أو حرّ أو برد لا تطيق معهما السفر أو ضرر يلحقها بالسفر معه ، ولو كان سفره معصية لأنه لم يدعها إلى المعصية و إنما يدعوها لاستيفاء حقه[5].

الحنابلة:

قالوا متى اشترطت المرأة دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها أو لا تسافر معه فلها شرطها و إن لم يف به فلها حق فسخ النكاح[6].

واستدلوا بالسنة والآثار، فمن السنة ما رواه البخاري عن عقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(**أحق ما وفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج**)[7].

الحديث عام و شامل لكل الشروط و يؤكد طلب الوفاء بها بورود اسم التفضيل [أحق]، فالمرأة متى اشترطت شرطا فإنها لم ترض بإباحة بضعها إلا بذلك الشرط، فإذا كان الله تعالى قد حرم أخذ المال إلا بالتراضي، فالأبضاع أولى

أن تحرم إلا بالتراضي وشأن البضع أعظم من شأن المال.... و جعل النبي صلى الله عليه وسلم الشروط فيه أحد الوفاء فدلّ على أن شروطه ألزم[8].

أما إذا كان الشرط يقتضي ما نهى عنه الشارع أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط فهذا لا يعتبر[9]، لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :(**لا يحلّ لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها ، فإنما لها ما قدّر لها**)[10].

و استدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم:(**المسلمون على شروطهم**)

و كذا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله **عنه أن رجلا جاءه فقال:(يا أمير المؤمنين تزوجت هذه وشرطت لها دارها و إني أجمع لأمري أو شأني أن أنتقل لأرض كذا وكذا.فقال عمر :لها شرطها. فقال الرجل: هلك الرجال إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر : المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم**)[11].

علل ابن قدامة تأييده لثبوت الحقوق بالاشتراط قائلا [12]:

*- و لأنه قول كثير من الصحابة و لم يعلم لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا.

*- و لأنه شرط لها فيه منفعة و مقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما.

النظرة المقاصدية للشروط الجعلية في النكاح :

المتتبع لأقوال الفقهاء في مدى إلزامية الشروط الجعلية في النكاح يرى أنه مهما اختلفت آراؤهم في القضية إلاّ أنهم يجتمعون و يقررون أن الأسرة هي المقصد السامي الذي يجب مراعاته و المحافظة عليه لتستمر الحياة وتستقر أسسها، علما أن الأسرة تمثل عنصرا أساسيا ضمن الضروريات الخمس، وما هذه الشروط التي اصطلح عليها إلا خدمة لهذه الخلية و ضمان استمراريتها ،فكفل لها الشرع أسباب النجاح و الاستقراروالاستمرار.

الشروط الجعلية من الناحية القانونية:

نصّ قانون الأسرة على هذه الشروط حسب المواد التالية:

*- تنص المادة 19 (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005) على أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون[13].

المادة السابقة: للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون.

ملاحظة: المادة السابقة أطلقت الشروط ولم تقيد نوع هذه الشروط أو ما تتضمنه كما لم تبين زمن إنشاء واشتراط هذه الشروط.

أما المادة المعدلة :

1- أقرت الشروط وجعلت الطرفين ملزمين بتنفيذها سواء كانت في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

2- قيّدت هذه الشروط في التعدد و عمل المرأة،وكان يجب أن يفصل في المسألة ويبسط فيها لما لها من وقع خاص على الأسرة ،فهذان الشرطان مما يجب فيه فتح باب النقاش.

3- أن لا تعود هذه الشروط بعكس مقتضى أحكام هذا القانون.

الملاحظة:

*- هذه الشروط هي نفسها التي ذكرها أهل الفقه و هذا دليل على أن القانون يستمد حتى الأمثلة من الشريعة ما عادا عمل المرأة.

*- اجتهاد المشرع الجزائري في فتح باب الاشتراط في عقد الزواج يحقق مصلحة مؤكدة للزوجين إذ يضمن للعلاقة الزوجية استمرار الحياة،وذلك بتنظيم مسؤولية الطرفين في الوقت الذي يحدث نوع من الحساسية و الحرج لدى بعض الزوجات من باب أن الحياة الزوجية ميثاق رباني لا مقابل له إلا النجاح لأنه من الأخلاقيات و المروءة ، و الواقع أن هذه نظرة قاصرة لأنها لا تحقق الهدف المنشود و لهذا يستحسن أن يتفق الزوجين قبل أو أثناء العقد على هذه الشرط و ليس في عقد رسمي لاحق.

*- الشريعة الإسلامية تنص على الاشتراط قبل العقد و ليس بعده عكس القانون.

*- ألزمت هذه المادة الزوجين بتطبيق هذه الشروط ثم استثنت معارضتها لأحكام القانون.

*- استعمال (الشروط التي يريانها ضرورية) يعترض عليه من وجوه: - غياب ضوابط الضرورة لهذه الشروط، فما كان ضروريا للزوج قد يكون غير ضروري للزوجة.

- التقيد باشتراط نوع خاص من الشروط و بالذات بعد عقد الزواج فيه زعزعة لكيان الأسرة بعد استقرارها.

- تدوين الشروط الضرورية و تقنينها حتى يعلم بها المعني بالأمر و يعمل بها أهل التوثيق و العقد بدلا من جهلها وبالتالي ضياع الحقوق من ذويها.

الهوامش

1- الفقه على المذاهب الأربعة.عبد الرحمن الجزيري.ص901/ 902 .
2- سنن الترمذي.ج2ص403 .
3-البخاري مع الفتح.ج9ص217 .
4-الفقه على المذاهب الأربعة.ص902.
5-المرجع السابق.
6- العدة في شرح العمدة.بهاء الدين إبراهيم المقدسي.ص426.
7- البخاري مع الفتح.ج9ص217.
8- نظرية العقد.ابن تيمية.ص55.
9- عقد الزواج.د نشوة العلواني.ص110.
10- البخاري مع الفتح.ج9ص260.
11- البخاري مع فتح الباري.ج9ص258.
12- المغني.ابن قدامة.ج9ص484/ 485 .
13-قانون الأسرة الجزائري رقم05-09-المؤرخ في 4مايو2005.دار النجاح للكتاب.الجزائر.