احكام الزواج المشروط والاثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي مقارنة مع قانون الاحوال الشخصية العراقي (دراسة فقهية مقارنة)

أ.م.د.اركان حيدر عمر
جامعة كركوك-كلية القانون والعلوم السياسية

Provisions of conditional marriage and its implications in Islamic jurisprudence compared with the Iraqi personal status law (a comparative jurisprudential study)

Prof. Dr. Arkan Haider Omar
Kirkuk University - College of Law and Political Science

المستخلص: الحمد لله رب العامين والصلاة والسلام على خير خلق الله اجمعين وبعد...
فان الشريعة الاسلامية جاءت مقررة ومشجعة لتكوين عقود الرباط الاسري وهو عقد الزواج متكاملة الشروط والاركان ،ولابد ان تحمل تحت طياتها التوافق والرضا والاقرار،وان شابت منها شائبة فهذا العقد اما باطل او فاسد او مردود وهذا ما اقره القانون الوضعي، ومن ميزته توافق القانون الوضعي لأحكام الشريعة ومؤيدة لها في مسائل الاحوال الشخصية،وخاصة في قانون الاحوال الشخصية العراقي،ومن هنا اردت ان ادرس حالة معينة في تلك المسائل وهي عند انعقاد العقد ،ووضع الشروط ،وماهي صحة الشروط ،فقمت بدراسة البحث المعنون(احكام الزواج المشروط والاثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي مقارنة مع قانون الاحوال الشخصية العراقي– دراسة فقهية مقارنة)وقد تطلب الامر من ان اضع منهجية البجث وفق المحتويات التالية:فبعد المقدمة والتمهيد ،قسمت البجث على ثلاث مباحث ،كل مبحث يتحوي على مطلبية،فالمبحث الاول درست فيه (اقسام وانواع الشروط في الزواج بين الفقه والقانون العراقي)وفيه أربعة مطالب والمبحث الثاني:ذكرت فيه الشروط في عقود الزواج ومدى الخلاف بين الفقه والقانون العراقي وفيه مطلبين ولكل مطلب فرعين: وفي المبحث الثالث: الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط وفيه مطلبان،ومن ثم الخاتمة وبها أهم النتائج والتوصيات. **الكلمات المفتاحية:** الزواج، الشريعة، القانون.

Abstract

Praise be to God, Lord of the worlds, and prayers and peace be upon the best of God's creation, all of them .The Islamic Sharia came to establish and encourage the formation of family bond contracts, which is

the marriage contract with integrated conditions and elements, and it must carry under its folds compatibility, satisfaction and approval, and if it is tainted by an imperfection, then this contract is either invalid, corrupt or rejected, and this is what the positive law approved, and one of its advantages is the agreement of the positive law with the provisions of Sharia and its support in matters of personal status, especially in the Iraqi personal status law, and from here I wanted to study a specific case in these matters, which is when the contract is concluded, and the conditions are set, and what are the validity of the conditions, so I studied the research entitled (The provisions of conditional marriage and its implications in jurisprudence Islamic law in comparison with the Iraqi personal status law - a comparative jurisprudential study) It required me to put the research methodology according to the following contents: Between jurisprudence and Iraqi law) and it contains four demands, and the second topic: I mentioned the conditions in marriage contracts and the extent of the dispute between jurisprudence and Iraqi law, and it contains two demands, and each demand has two branches: and in the third topic: the consequences of not fulfilling the condition, and there are two demands, and then the conclusion with the most important results and recommendations. **Keywords**: marriage, Sharia, law.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم تسليما كثيرا

أما بعد: فإن عقد الزواج هو البادرة الاساس لإنشاء اسرة هدفها بناء مجتمع قوي ومتكامل ولقد اعتنى بها الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز فقال تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ). (الروم:٢١).

ومن الجدير بالذكر أن القرآن الكريم وصف عقد الزواج بالميثاق الغليظ لقوله تعالى (ميثاقا غليظا) وذلك تعظيما له ورفعة ، وجاءت السنة النبوية المؤيدة لهذا العقد المبارك وحث الشباب على الزواج المبكر والهدف الاسمى لزيادة النسل وعمارة الارض والحفاظ على كيان الأسرة المسلمة ، ومن مزايا الشريعة الغراء هو الحفاظ على العهود والمواثيق والشروط التي ترافق العهود والعقود وأعظم هذه الشروط هي الشروط المتعلقة بالنكاح ، ولهذا اردت ان اعمل دراسة فقهية عن الشروط المتعلقة بعقد الزواج ولاسيما في زمن اصبح متطلبات الناس إلى المشارطات في عصرنا الحاضر وذلك لأسباب منها:١- اتساع مجال الحريات الخاصة والعامة والفردية بالذات٢-السرعة في الرغبات والمتطلبات بين العاقدين مع انعدام او قلة الثقة والخوف من الوقوع في المشاكل الاسرية في المستقبل ٣- رغبة كل إنسان في أن يرسم حياته وفق ما يرى ومن هنا توكلت على الله وعقدت العزم على دراسة البحث المعنون (أحكام الزواج المشروط و الآثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي مقارنة مع قانون احوال الشخصية العراقي- دراسة فقهية مقارنة) فنسأل الله التوفيق و السداد .

أهمية البحث

١-عظمة عقد الزواج وقدسيته في الشرائع السماوية والشريعة الاسلامية خاصة ،ومن ثم القوانين الوضعية التي اعطت ميزة لهذا العقد ،ومدى اهتمام القانون العراقي واوجه المقاربة مع الشريعة الاسلامية في قضايا الاحوال الشخصية.

٢-متطلبات الاسرة المسلمة عند التقارب والتودد من خلال عقد الزواج ،واختلاط العادات والتقاليد ،وهذا صعب الامكانية اذا لم يكن هناك شروط مستوفاة مستندة في تلك العقود ،حتى يكون هناك واعز الثقة والطمأنينة بين الطرفين.

٣-تعد هذه الشروط بمثابة صمام أمان يحمي الأسرة من أي خلافات أو نزاعات قد تحدث في المستقبل.

٤-حل مشكلة التكافيء بين الزوجين من خلال الشروط المدونة في عقود المناكحات والله اعلم

تساؤلات البحث

١-هل تكون كل الشروط في الزواج معتبرة وجائزة في الشرع والعرف والقانون ؟

٢-مدى صحة الشروط المتعارف عليها ،وما أثر الشروط الباطلة والفاسدة على صحة العقد ؟

٣-هل يكون هناك حق لأحد الطرفين طلب فسخ العقد عند الإخلال بشرط من شروطه ؟

أهداف البحث

١-بيان بعض الأحكام الشرعية المتعلقة بالزواج والتي يجهلها كثير من الناس في المجتمع المسلم وصور عن المجتمع العراقي.

٢-ربط الاحكام الفقهية بالقانون الوضعي والتأكيد على أن المشرع العراقي استنبط أحكامه من أحكام الشرع الحنيف.

٣-التأكيد على قدسية عقد الزواج (الميثاق الغليظ) والحفاظ عليه من أي شيء قد يهدم أركانه او يهدد شروطه وركائزه.

منهج البحث: انتهجت في هذا البحث من خلال مراجعتي لكتب المذاهب وجمع الآراء المتعددة في المسألة الواحدة ثم الترجيح ، وعقد مقارنة بين الفقه والقانون العراقي وذلك بالرجوع لقانون الأحوال الشخصية العراقي وبعض الكتب التي شرحت هذا القانون .

خطة البحث

التمهيد -المقدمة: وفيه ما يلي

- التعريف بالشرط .
- الفرق بين العقد المقترن بشرط والمعلق على شرط.

المبحث الأول: اقسام وانواع الشروط في الزواج بين الفقه والقانون العراقي وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول : الشروط الصحيحة .
- المطلب الثاني: الشروط الباطلة .
- المطلب الثالث: الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولكن بها منفعة.
- المطلب الرابع: موقف القانون العراقي من هذه الشروط.

المبحث الثاني: الشروط في عقود الزواج ومدى الخلاف بين الفقه والقانون العراقي وفيه مطلبين:

- المطلب الأول : الشروط المالية وفيه ثلاثة فروع.
- الفرع الأول : الرواتب الشخصية .
- الفرع الثاني: اشتراط المرأة خادمة لها .
- المطلب الثاني : الشروط الغير مالية وفيه أربعة فروع .
- الفرع الأول: شرط الزوج في التعدد .
- الفرع الثاني : شرط الزوجة في أن تكون هي الزوجة الوحيدة.

- الفرع الثالث: شرط العمل للمرأة .
- الفرع الرابع: شرط التعليم للمرأة .

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط وفيه مطلبان:

- المطلب الأول : الموقف الفقهي.
- المطلب الثاني: موقف القانون العراقي .

الخاتمة وبها أهم النتائج والتوصيات.

التمهيد

أولًا: التعريف بالشرط

- التعريف اللغوي للشرط: الشرط في اللغة هو من الالزام (أي إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه) وجمعه شروط ، والشرط بتحريك الراء العلامة والجمع أشراط ، وذكر القران كلمه اشراط

،كما أشراط الساعة أي علاماتها الدالة على قرب وقوعها ومنه قول الله عز وجل ((فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا)) محمد الآية ١٨ [١] .

التعريف الاصطلاحي:

١-**الشرط عند الأصوليين:** هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم [٢] .

وقولهم(ما يلزم من عدمه العدم) : يقصد به الشرط والسبب والعلة.

اما قولهم (لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم) : ويقصد به أن الشرط لا يوجب الحكم ومن ثم لا يترتب على وجوده وجوب الحكم .

٢-**الشرط عند الفقهاء:** تعريفات الفقهاء لم تكن بعيدة عن التعريف الاصولي حيث قالوا:

الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه[٣] واضافوا ان الشرط هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده [١]

---

(١) لسان العرب، ابن منظور، طبعة دار الحديث بالقاهرة، ٢٠٠٣، ٧٩/٥.

(٢) شرح الكوكب المنير ، لابن النجار، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد، الطبعة الثانية ، ١٩٩٧، مكتبة العبيكان ١ج٣٥٩

(٣) التعريفات ، الجرجاني، تحقيق: نصر الدين تونسي، الطبعة الأولى دار الكتاب العربي - بيروت

الطبعة الأولى -لسنة ١٤٠٥،ج١ص١٦٦

من خلال التعاريف وجدنا أن المشروط لا يمكن أن يوجد دون الشرط ولكن وجود الشرط لا يعني وجود المشروط .

٣-تعريف شرط الزواج :١ هناك تعاريف متعددة واخترنا تعريفين للشرط

أ-التعريف القديم: هو ما يشترطه أحد الزوجين في العقد على الآخر مما لأحدهما فيه غرض ومنفعة

ب-التعريف الحديث: الزام أحد الزوجين او كل منهما للآخر بشيء إضافي، غير ما يجب عليه بطبيعة العقد، او التخلي عن شيء مطلوب منه بطبيعة العقد[٢]

ثانيا:اقسام الشرط:لابد لنا ان نعلم ان الشرط له عدة اقسام اساسية، وهي بمثابة احكام كما ذكر في كتاب الوجيز في ايضاح القواعد الفقهية:

١. القسم الاول: هو يجوز شرعاً (وفيه فائدة لم اشترطه فهذا يلزم مراعاته).

٢. القسم الثاني :هو الممنوع شرعاً، ويقال له :(شرط فاسد، قد يفسد العقد إذا أخل بركن من أركانه أي يبطله، وقد يصح العقد ويفسد الشرط فقط إن لم يخل بمقصود العقد ومقتضاه).

ويرد على ذلك :ان القول :اذا اخل الركن فسخ العقد ،غير دقيق ،لان اخلال الركن يؤدي الى الابطال، واخلال الشرط يؤدي الى الفسخ، وهناك فرق بين الابطال والفسخ وخصوصا في العقود ،والله اعلم

٣. القسم ثالث: هو الشرط المباح ،وهو غير ممنوع شرعاً إلا أنه لا يلزم مراعاته لعدم فائدته أو استحالته فيلغى.

٤-القسم الرابع:(هو الشرط الذي لا ينافي العقد بل هو مقتضى العقد أو مؤيد لمقتضاه يسمى الشرط الملائم وهو كل شرط ورد به الشرع أو العرف)[٣].

ثالثا: الفوارق في الشرط :وهو الفرق بين العقد المقترن بشرط والمعلق على شرط:

نستطيع أن نفرق بين العقد المقترن بشرط والعقد المعلق على شرط من ناحيتين:

---

(١) الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، للبهوتي، تحقيق سعيد اللحام، دار الفطر للطباعة والنشر، بيروت، ص ٥٦.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، تحقيق محمد أمين الصاوي، الطبعة الأولى ١٩٩٧ ، عالم الكتب ، بيروت ، ٨٢/٤ ، شيخ حسن الصفار ، ١٩ / ١٠ / ٢٠٠١م - ١٢:٠٤ م،موقعه في دروس فقهية https://www.saffar.org/?act=artc&id=959.

٣ الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية،تاليف الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي الناشر: مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت – لبنان،الطبعة: الرابعة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م،ج١ ص٤٠٩

١-من الناحية الشكلية: أي ما كانت فيه الصيغة مطلقة بحيث تكون مجردة عن أي أداة من ادوات الشرط ، بخلاف المعلق على الشرط فيذكر فيه أداة من أدوات الشرط ويسميه العلماء الشرط التعليقي.

٢-من الناحية المعنوية: أي يكون صيغة الإيجاب معلقا بتحقق الشرط فهو غير موجود وقت التلفظ به وذلك بخلاف المقترن بالشرط فالإيجاب يتحقق وقت التلفظ به ، فالفرق بين الشرط والتعليق هو أن التعليق ما دخل على أصل الفعل فيه بأدواته والشرط ما جزم فيه بالأول وشرط فيه أمر آخر [١]

، وذلك بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في وجوده على القيد بل سبقه عليه كما هو ظاهر [٢].

المبحث الأول: احكام الشروط في عقد الزواج بين الفقه والقانون العراقي وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول:الشروط الصحيحة في عقود الزواج

وومعنى الشروط الصحيحه،هي الشروط الغيرمخالفة للشرع ،وذلك استنادا الى قول النبي صلى الله عليه وسلم

:{ كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل }[٣]بالاضافة الى الشروط المتعارف عليها في المجتمع والتي تكون المقترنة بعقد الزواج كما ذكرتها المذاهب الفقهية تنقسم إلى قسمين : شروط موافقة لمقتضى العقد وشروط أجازها الشرع الحنيف وسنبين ذلك فيما يلي:

أولا الشروط الموافقة لمقتضى العقد : وهذه الشروط تضم الشروط التي يقتضيها عقد الزواج(متطلبات الزوج او الزوجة في العقد) والشروط التي تلائم المجتمع و التي جرى العرف بها

١-فالشروط التي يقتضيها عقد الزواج هي تلك الشروط التي توجب بالعقد وإن لم تذكر فيه [٤] وذلك كاشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق، دفع المهر أو عدم تأجيله ، المعاملة الحسنة، حسن المعاشرة،القسم بين الزوجات،عدم التقصير في حقوقها أو أي شرط من شأنه أن يضمن محافظة الزوج على الزوجة كاشتراطها أن لا يضارها في نفسها، ولا في مالها وأيضا كاشتراط الزوج على

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، الطبعة الأولى ١٤٠٣، دار الكتب العلمية بيروت ص ٣٧٦ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ، دار القلم، ص ٢٥٨ .

[٣] صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان/محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي/ تحقيق : شعيب الأرنؤوط /مؤسسة الرسالة – بيروت الطبعة الثانية ، ١٤١٤ – ١٩٩٣، ج١٠ص٩٣

(٤)هو الأحكام المقررة مسبقا من الشارع لكل عقد،و التي تم النص عليها صراحة ، وعليه يعتبر العاقد مكلف بها دون حاجة إلى اشت ا رطها من قبل الطرف الآخر.

الزوجة الطاعة،القرار في البيت، وعدم الخروج إلا بإذنه،أو خلوها من الموانع الشرعية فلا تكون زوجة للغير،أو أن لا تكون في عدتها وأن لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، إذ قال الرسول صلى الله عليه و سلم" :لا يحل للمرأة أن تصوم تطوعا ، وزوجها شاهد إلا بإذنه " [١]

فهذه الشروط ذكر مسبقا انها صحيحة الحكم ،ولا مانع من اشتراطها في عقد الزواج وذلك باتفاق الفقهاء ذلك لانها لا تضر النكاح بشيء [٢] ومن ثم فإنه يجب على الزوج أن يفي بهذه الشروط ويثبت للزوجين خيار الفسخ عند الإخلال بها.

٢-الشروط التي تلائم عقد الزواج وهي الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج وإنما يسعى أحد الزوجين لإثباتها في العقد لمنفعة ما تعود عليه كشرط الضمان لوالد الزوج للنفقة وضامنا أيضا للمهر وهذه الشروط صحيحة باتفاق الفقهاء .

ثانيا: الشروط التي أجازها الشرع: وهذه الشروط ليست من مقتضيات العقد ولكنها ثابتة بالكتاب أو السنة أو الإجماع أو أثر من الشارع, مثل:ان تشترط الزوجة عصمة الطلاق بيدها [٣]

أو اشتراط التوارث بعد موت أحدهما وغير ذلك من الشروط .

وهذه الشروط اتفق الفقهاء على صحتها ،وان كان هناك من يراه مبالغ فيه ،

وهناك شروط اخرى ،فمثلا اعتبر بعض الفقهاء ان كل شرط يشترطه الانسان على نفسه،اولزوجته فهو عهد باطل ،وهو قول الظاهرية، لأن أن المذهب الظاهري يعتمد في الأساس على ظواهر النصوص ،ولأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين، وإرادتهما ،وإنما من ترتيب الشارع، وما لم يرد به حكم من الشا رع فلا يترتب عليه أثر ،ولا يعمل به.

وحكمالشرع على هذه الشروط بالصحة ،ووجوب الالتزام به وهو باتفاق الفقهاء(الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والاباضية) [٤] .

المطلب الثاني: الشروط الباطلة: والمراد بها الشروط غير الصحيحة و التي تبتعد تماما عما ذكرناه في المطلب السابق وهي على قسمين:

١-شروط منافية لمقتضى العقد.

---

(١)البخاري ٥١٩١ ومسلم ١٠٢٦ .

(٢)مراتب الإجماع، ابن حزم ، دار ابن حزم ،الطبعة الأولى، ١٩٩٨ ،بيروت ، لبنان،ص ١٢٤ .

(٣)الزواج في الفقه الاسلامي، محمد كمال إمام، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٨ ، مصر،ص /١٠٢،أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، أحمد فرج حسين، الدار الجامعية، مصر، ص ١٠٢.

(٤) فقه ابن حزم الظاهري ، محمد المنتصر الكتاني، الدار السلفية، الطبعة الأولى، ١٩٩٢، ص ١٠٣٩.

٢-شروط ورد النهي عنها في الشرع الحنيف.

أولا: الشروط المنافية لمقتضى العقد: كأن يشترط الزوج على زوجته أن يسقط مهرها وأن يتبرأ أيضا من النفقة عليها بعد الزواج ، أو يتفق معها قبل الزواج على إيثار وتقديم ضرتها عليها في المبيت والمعاملة وغير ذلك من الشروط .

أو اشتراط المرأة على زوجها أن تخرج بدون الرجوع إليه أو أن تتفق معه ألا تطيعه بعد الزواج أو أن تشترط عليه أن يميزها في المبيت والمعاملة وغير ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد ولا تتماشى مع مقاصد الزواج.

ثانيا : وهو ما ورد النهي عنه في الشرع الحنيف: ومثال ذلك أن تشترط المرأة طلاق ضرتها لتنفرد بالزوج وهذا الأمر ورد النهي عنه في السنة الشريفة لما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ":لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها) [١]

فهذا شرط باطل عند المذاهب باتفاق الفقهاء فمن 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 ،أو تحريم ما حلله،فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود [٢] .

ولذلك سنبين فيما يلي أثر الشروط الباطلة على العقد عند الفقهاء :

و سنستهل كلامنا بذكر المذاهب التي ضيقت الحرية في الاشتراط ثم نذكر المذاهب التي وسعت في الأمر وأفسحت المجال لحرية الاشتراط:

١- **الظاهرية :** لو دققنا النظر في المذهب الظاهر لوجدنا أنه من أكثر المذاهب التي ضيقت في الشروط واعتبرت أن كل شرط لم يرد فيه نص فهو شرط باطل لا يعتد به وله تأثير على عقد الزواج فقد جاء في المحلى لابن حزم : كل من اشترط ما نهى الرسول صلى الله عليه و سلم عنه، فهو في الحقيقة شرط باطل، ومتى عقد عليه نكاح، كان النكاح بدوره باطل لقوله صلى الله عليه و سلم":كل شرط ليس في كتاب الله باطل)) [٣] .

---

(١)رواه البخاري، كتاب الشروط، باب مالا يجوز من الشروط في النكاح، الحديث رقم ٢٧٢٣ ، دار السلام ،ط ١ .

(٢)أحكام الزواج، عمر سليمان الأشقر ،دار النفائس،ط1 ،١٩٩٧ ،عمان،ص ١.

(٣) المحلى بالآثار، ابن حزم، دار الفكر، الجزء التاسع، لبنان .ص ١٢٤، البخاري حديث رقم ٢١٦٨.

٢- **الأحناف:** يرى الأحناف أن مثل هذه الشروط التي لا تتماشى مع مقاصد الزواج باطلة إلا أنها لا تؤثر على صحة العقد كأصل عام ما لم يرد فيه نص يقضي ببطلان النكاح والعقد [١] .

٣- **الشافعية** : يقسمون الشروط الباطلة إلى قسمين : شروط تنافي مقتضى العقد وشروط تنافي مقاصد النكاح بمعنى أنها تحظر ما أباحه الشارع.

الشروط التي تنافي مقتضى العقد فهي عندهم شروط باطلة إلا أنها لا تؤثر على صحة الزواج ، وأما الشروط التي تنافى المقاصد الأصلية للنكاح فهي شروط باطلة مبطلة لعقد الزواج وذلك كاشتراط الزوجة على زوجها ألا يقترب منها وألا ينسب إليه الأولاد وألا يتوارثا فمثل هذه الشروط الباطلة مبطلة لعقد الزواج في المذهب الشافعي [٢]

٤- **المالكية** : يرى المالكية أن الشروط التي تنافي مقتضى العقد ،أو التي تناقض النصوص صراحة طلاق كاشتراط المرأة على زوجها أن يطلق ضرتها تعد شروطا باطلة في المذهب المالكي ، أما بالنسبة لأثرها على عقد الزواج فيفرقون بين الاشتراط قبل الدخول أو بعده و عليه إن وقع شرط منها العقد قبل الدخول، أما إن دخل بها مضى العقد، وألغي الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل. [٣]

٥- **الحنابلة:** يرون أن ما كان عائدا منها إلى معنى زائد عن العقد كالشروط التي تخالف مقتضى العقد ينبغي أن لا تكون مؤثرة في بطلان العقد نفسه، وما كان عائدا إلى معنى موجود في العقد نفسه، والذي يشكل خللا بالعقد نفسه، فيكون بذلك باطلا [٤] .

المطلب الثالث: الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولكن بها منفعة:

بعد أن تحدثنا عن الشروط الصحيحة والشروط الباطلة فإن هناك نوع آخر من أنواع الشروط ألا وهي الشروط التي بها منفعة لأحد الزوجين ومثال ذلك : اشتراط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلد أهلها ، أو اشتراطها عليه أن يسكنها في مسكن بمواصفات معينة ، أو أن تشترط عليه أن يشتري لها مسكنا باسمها وتتملكه، أو أن تشترط عليه أن يشتري له سيارة وغير ذلك من الشروط التي بها منفعة للزوجة.

---

(١)أحكام وأثار الزوجية، محمد سمارة ، دار الثقافة، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، الأردن ، ص ١٣٤.

(٢)مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشربيني الخطيب، دار الكتب العلمية، ج ٤، بيروت، ص ٤٦٩ / أحكام الأسرة ، اسماعيل البارمي، دار الحامد ، الطبعة الأولى ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ١٠٩.

(٣)أحكام الأسرة ، عبد القادر داودي :دار البصائر، ٢٠١٠ ، الجزائر ،ص ١٤٩ .

(٤) محاضرات في الفقه المقارن ، محمد رمضان البوطي، دار الفكر، ١٩٩٩، دمشق ، ص ٨٥.

وفي المقابل اشتراط الزوج أن تكون الزوجة ذات مال وجمال ، أو كاشتراط الشباب وحداثة السن ، واشتراط البياض أو السواد ، أو اشتراط أن تكون المرأة بكرا وخالية من العيوب وغير ذلك من الشروط التي بها منفعة للزوج.

وهذا النوع من الشروط اختلف الفقهاء فيه على أقوال:

١-بطلان هذه الشروط و عدم جوازها والوفاء بها غير لازم : تبنى هذا الاتجاه الحنفية و الشافعية والظاهرية [١]

٢-كراهة هذه الشروط والوفاء بها غير لازم : وهذا ما أكده فقهاء المذهب المالكي حيث قال الشعبي في مسألة اشتراط الزوجة على الزوج أن يسكنها في مسكن معين يذهب بها حيث يشاء والشرط باطل [٢] .

٣-صحة هذه الشروط ووجوب الوفاء بها : تبنى هذا الرأي الحنابلة والإباضية وهما من أكثر المذاهب التي توسعت في إباحة الشروط ، فقد أقر المذهبين على صحة هذه الشروط، لأنها لم تحل حراما ولم تحرم حلالا ويجب الوفاء بها [٣] .

الرأي الراجح: رجح العلماء القول الثالث القائل بوجوب الوفاء بالشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج و لا ينافيها، والذين يجعلون من الأصل في الاشتراط الإباحة وذلك ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم": أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "

وهذا يدل على أن الوفاء بالشروط أ ولى منها في النكاح ،إذ قال ابن حجر[٤] في هذا الصدد أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح، لأن أمره أحوط، وبابه أضيق.

و أنا أرى أن هذا الرأي هو الراجح للأسباب التالية:

أ - عدم مخالفة هذه الشروط للشرع.

ب - قوة الأدلة المعتمد عليها عند أصحاب الرأي الثالث"الحنابلة و الإباضية."

جـ- لأن هذه الشروط بها مصلحة لأحد الزوجين.

---

(١) ابن حزم :الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، الجزء الخامس، د ون طبعة، القاهرة، ص ٦١، ابن حزم : المحلى، دار الجيل، الجزء التاسع، بيروت، لبنان، ص٥١، ، علاء الدين الكساني :بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار احياء التراث العربي، ط ٢ ، ١٩٩٨، لبنان، ص ٥٦٥، ابن قدامة :المغني والشرح الكبير، دار الكتب العلمية، الجزء السابع، بيروت، ص ٤٤٨.

(٢)الاستذكار ، ابن عبد البر ، دار قتيبة للنشر، المجلد السادس عشر، دمشق، ص ١٤٥ .

(٣).العزابة ودورهم في المجتمع الاباضي، صالح بن عمر، مطبعة الفنون الجميلة، ط ١،الجزائر ٢٠٠٨ ، ص ١١٨٨، مجموع الفتاوى الكبرى، ابن تيمية ، دار الجيل ، الطبعة الأولى، المجلد السادس عشر ، ١٩٩٧، ص ١٠٨ .

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني كتاب الشروط ، باب عقدة النكاح،ج ٥،ص ٣٩ .

المطلب الرابع: موقف القانون العراقي من الشروط السابقة :

نص المشرع العراقي في المادة ٦فقرة ٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن الشروط المشروعة التي تشترط في عقد الزواج معتبرة ،و يجب الوفاء بها.

و إلا أنه لم يحدد بشكل واضح ما المقصود بالشروط المشروعة ؟

مما يصعب حصرها خاصة في ظل اختلاف المذاهب الفقهية،و تشعبها في مسألة الشروط، لكن على العموم فكل شرط مشروع ما لم يخالف أحكام القرآن و السنة، ويتعارض مع مقاصد الزواج كأن تشترط عليه عدم إنفاقه على أولاده من زوجة أخرى،أو يشترط هو عدم رؤيتها لأهلها ،كذلك نص على استطاعة المرأة اشتراط عصمة الزواج بيدها طبقا للمادة ٣٤ من قانون الأحوال الشخصية العراقي

(الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً) [١] .

أما الشروط الغير مشروعة فقد انضم فيها إلى الفقهاء من صحة العقد و بطلان الشرط ، و يجري القضاء به في العراق [٢] .

المبحث الثاني المشارطات في الزواج بين الفقه والقانون العراقي وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: صور المشارطات المالية بين الزوجين:ويقصد بالمشارطات المالية بين الزوجية كل شرط أو اتفاق مالي يدرج في عقد الزواج يبرم بإرادة الزوجين أو بإرادة أحدهما.....

الفرع الأول : الرواتب الشخصية: وهي التي يكتسبها الطرفين مشتركة ومقسمة بينهما مع تحديد النسب التي يلتزم بها كل طرف من الطرفين وذلك بشرط عدم المساس بالحق الشرعي الثابت لكل منهما في الميراث.

و سنبين فيما يلي موقف الفقه والقانون العراقي من ذلك

أولا: الموقف الفقهي: ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية واستقرت عليه أن لكل طرف من الطرفين ذمة مالية مستقلة عن الآخر فلكل طرف من الطرفين أهلية أداء وأهلية وجوب تسمح له بالتصرف الكامل في ماله دون قيد أو شرط وهذا ما اتفقق عليه جمهور الفقهاء [٣] باستثناء المالكية في قول لهم بإمكانية الاشتراط في الاشتراك المالي بين الزوجين وأدلتهم في ذلك :

(١) قانون الأحوال الشخصية العراقي المادة ٣٤.

(٢)أحكام الأسرة، البارمي اسماعيل أبا بكر، دار الحامد،الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، عمان ، ص ١٠٧ .

(٣) أقصد كل من الحنابلة والشافعية والحنفية و الظاهرية والمالكية في احدى الروايات..

١- ما جاء في الفقه المالكي استنادا لأحكام قيام الشركة في الفقه الإسلامي ، وهنا نجد أن المذهب المالكي يقر بإمكانية قيام الشراكة بين الزوجين حيث جاء في مدونة الإمام مالك : هل تجوز الشركة بين النساء والرجال في قول مالك ؟ قال ما علمت من مالك في هذا كراهية ،و لا ظننت أن أحدا شك في هذا و لا أرى به بأسا [١] .وعلى هذا فيمكن قيام شركة مالية بين الزوجين يساهم فيها كل واحد منهما بحصة معينة .حكم أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه في شركة عامر بن الحارث مع عمة عبد الله بن الأرقم التي كانت تطرز الأثواب واكتسبت مالا عظيما ولما مات زوجها عامر و ترك أموالا فسيطر الورثة على الخزائن و اقتسموا المال فطالبتهم زوجته بحقها ورفعت دعوى لعمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقضى عمر بجعل هذا المال نصفين فأخذت الزوجة النصف إضافة إلى نصيبها في الميراث .فهذا الحكم جاء موافقا لمقاصد الشريعة الإسلامية والتي تسعى لإقامة العدل ونشره وعدم بخس الناس أشياءهم وجاء موافقا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار " [٢] وليس بغريب أن يصدر هذا الحكم من عمر الذي اشتهر بإقامة العدل في العديد من الوقائع [٣] .

ثانيا: موقف القانون العراقي: أخذ القانون العراقي بنظام انفصال الأموال بين الزوجين،و لم يتطرق لاشتراك الزوجين في الأموال ، وان كان هناك وجود لأموال مشتركة، لكنه وجود غير منظم تشريعيا مما يحتم على المشرع التدخل لتنظيمه والفصل فيه [٤]

الفرع الثاني :اشتراط المرأة خادمة لها

اختلف الفقهاء في اعتبار حال الزوج على القول بوجوب إخدام الزوجة على قولين:

القول الأول: إنه يعتبر حال الزوج؛ فيجب عليه إخدام الزوجة إذا كانت ممن تخدم، إذا كان غنياً موسراً، ولا يجب عليه إذا كان فقيراً معسراً، وهذا مذهب الحنفية [٥]، والمالكية [٦]، والحنابلة [١].

---

(١)المدونة الكبرى برواية سحنون التنوخي ، الإمام مالك ، مطبعة السعادة،الجزء٨،مصر،ص ٣٨٧.

(٢) أخرجه الدارقطني [٤/ ٢٢٨] , كتاب الأقضية، حديث [٨٦] , والحاكم [٢/ ٥٧٧] , كتاب البيوع: باب النهي عن المحاقلة .

(٣) حق الكد والسعاية ، محمد مؤمن ، مجلة الحقوق،العدد الثاني،يونيو ٢٠٠٦ ،الكويت ،ص ١٧٠.

(٤) النظام المالي للزوجين ، رعد المقدادي ،دار الثقافة ،ط ٢٠١٠٢،ص ١٨٤.

٥ - المبسوط ١٨١/٥ - ١٨٢، بدائع الصنائع ٢٤/٤، البناية شرح الهداية ٤٩٢/٥، ٥٠٥، البحر الرائق ١٩٠/٤ - ١٩١، ١٩٩، حاشية ابن عابدين ٥٨٨/٣.

٦ - المدونة الكبرى ٢٦٦/٢، الشرح الكبير للدردير ٢/ ٥١٠، بداية المجتهد ٥٤/٢، حاشية الدسوقي ٥١١/٢، ومنح الجليل ٣٩١/٤.

أدلة هذا القول: قول الله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ): الطلاق ٧.

وجه الاستدلال: بين الله تعالى أن التكليف بحسب الوسع، وأن النفقة على حسب حاله [٢].

قوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار" [٣].

القول الثاني:

عدم اعتبار حال الزوج فيجب على الزوج إخدام الزوجة، إذا كانت ممن تخدم سواء أكان الزوج غنياً وموسراً، أو فقيراً معسراً، وهو مذهب الشافعية [٤].

أدلة هذا القول:

قول الله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) النساء: ١٩.

وجه الاستدلال: أن إخدام الزوجة إذا كانت ممن يخدم من العشرة بالمعروف المأمور به[٥].

الراجح: يترجح والله تعالى أعلم اعتبار حال الزوج في يسره وعسره، وذلك لقوة أدلته، ولموافقته لعرف الناس، والعرف من أصول الشريعة التي تبنى عليها الأحكام، كما أنه الموافق لمقاصد الشريعة في مراعاة أحوال الزوجين.

المطلب الثاني: صور المشارطات الغير مالية: وفيه عدة فروع

الفرع الأول: حق الزوج في تعدد الزوجات :

ويراد بتعدد الزوجات أن يتزوج الرجل من أكثر من امرأة ويجمع بينهن شريطة ألا يزيد العدد عن أربعة نساء.

وسنبين فيما يلي موقف الفقه والقانون العراقي من ذلك :

---

[١] - المغني ٢٣٣/٩، المحرر ١١٤/٢، المقنع مع الإنصاف والشرح الكبير ٣٠٣/٢٤، المبدع ١٦٦/٨، كشاف القناع ١٩٦/٥، ٤٦٣.

[٢] البناية شرح الهداية ٢٩٢/٥.-

[٣] - أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق ٧٤٥/٢ برقم (١٤٢٩)، وأحمد في المسند ٥/٥٥ برقم (٢٨٦٥)، وابن ماجة في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره من حديث ابن عباس ٢٤١/٧ برقم (٢٤٣١)، والدار قطني في سننه، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ٢٢٧/٤ برقم (٨٣)، والطبراني في المعجم الكبير ٢٢٨/١١ برقم (١١٥٧٦)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب لا ضرر ولا ضرار ٦٩/٩ برقم (١١١٦٦)، والحاكم في المستدرك ٦٦/٢ برقم (٢٣٤٥) من حديث أبي سعيد الخدري، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم، ولم يخرجاه .ا.ه والحديث حسنه النووي في الأربعين النووية ص ١١٣، وقد ورد من طرق كثيرة يقوي بعضها بعضاً. ينظر: المقاصد الحسنة ص ٧٢٧، وصححه الألباني بمجموع طرقه في إرواء الغليل ٤٠٨/٣، ٦٧/٦، ٦٣/٧، ٢٢٩، ٢٣,

[٤] - الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٣٠٣/٢٤.

[٥] - روضة الطالبين ٤٥٣/٦، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٤٨٧/٢، مغني المحتاج ٤٣٢/٣، نهاية المحتاج ١٩٧/٧، إعانة الطالبين ٧٥/٤.

أولا: الموقف الفقهي:

تعددت أراء العلماء في المسألة واختلف الفقهاء قديما وحديثا وانقسموا إلى ثلاث فرق:

الفريق الأول: المانع لتعدد الزوجات وهؤلاء تناولوا ظاهر الآيات التي وردت في شأن التعدد ولم يتعمق أصحاب هذا الرأي في فهمها حيث يرى هؤلاء أن القرآن منع التعدد في آيتين من سورة النساء الآية ٣ والآية ١٢٩، حيث قال مولانا تبارك وتعالى ((فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن لم تستطيعوا أن تعدلوا فواحدة)) النساء الآية ٣ ، وقال مولانا تبارك وتعالى((ولن تستطيعوا أن تعدلوا ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل)) النساء الآية ١٢٩ ، فزعم أصحاب هذا الرأي أن العدل بين الزوجات مستحيل كما أخبر القرآن الكريم ومن ثم فهو ممنوع. (١)

الفريق الثاني: المقيد لتعدد الزوجات: فيرى أصحاب هذا الرأي أن التعدد مباح ولكن لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة الملحة فهو استثناء مخالف للأصل وذلك بشرط العدل وعدم الجور (٢) .

وكان الإمام محمد عبده ممن يرون عدم إباحة التعدد إلا إذا توافرت شروط العدل والقدرة على الإنفاق (٣) .

الفريق الثالث: المبيح للتعدد مطلقا وذلك باعتبار أن الإسلام هو دين الاعتدال فإنه يقر التعدد ويقره على عدد وهذا ما يستشف من الآيتين السابقتين (٤) ، إذ روي أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم، وتحته عشر نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم :(اختر منهن أربعا، وفي لفظ آخر "أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن)) (٥) .

وأيضا لا يسمح بالتعدد إلا عند الوثوق من العدل، إذ أن اليقين من وقوع الظلم، واستحالة العدل يحرمه، وما على الرجل إلا الإبقاء على زوجة واحدة مصداقا لقوله تعالى "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم)) النساء الآية ٣ ، ومعنى العدل هو التسوية بين الزوجات في الأمور المادية من كسوة ونفقة وملبس ... إلخ (٦)

(١)شبهات حول قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية ودفعها، أحسن زقور، دار الأدب ، ص ٢٦ .

(٢)تفسير المنار، محمد رشيد رضا، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٩ بيروت ، لبنان ، ص ٢٨٥.

(٣)الزواج والطلاق في القانون الليبيين، عبدالسلام محمد الشريف دار الكتب الوطنية، ط ٢ ، ١٩٩٥، ليبيا، ص ١١٣..

(٤) تفسير ابن كثير، الدار الوطنية للكتاب، ج ١، دون طبعة، ٢٠٠٨ ، الجزائر ، ص ٣٣٦.

(٥) سنن الترمذي، باب النكاح، الباب الثالث والثلاثون، ص ٣٠٥.

(٦).حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مولاي ميلاني بغدادي، قصر الكتاب، ط ١ ، ١٩٩٧، الجزائر ، ص ١٢٤ .

والرأي الراجح عندنا: هو الرأي الفريق المبيح للتعدد وذلك لأن العدل المشروط في الآية الأولى المبيحة للتعدد غير العدل المذكور في الآية الثانية والمحكوم باستحالته وهو العدل القلبي .

ثانيا: موقف القانون العراقي: أوجب القانون العراقي ضرورة الحصول على إذن القاضي للزواج بأكثر من واحدة، و يجيز القاضي ويعطي الإذن بالشرطين التاليين :

أ- أن تكون للزوج مقدرة مالية بها يستطيع أن يعول أكثر من زوجة ، وذلك بوسائل الإثبات كافة منها إبراز تأييد من مرجعية حول دخله أو الاستفسار من غرفة التجارة أو ضريبة الدخل، أو تقديم مستندات التسجيل العراقي.

ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة تدعو الزوج للزواج من زوجة ثانية، كأن تكون الزوجة الحالية مريضة لا تستطيع القيام واجباتها الزوجية،أو بأن كانت عقيمة أو أزالت الرحم [١]

بمعنى أن المحكمة المختصة هي من تقدر المصلحة المشروعة ومتى خاف القاضي المختص من عدم العدل بين الزوجات، فلا يحق للزوج التعدد. كما رتب المشرع العراقي جزاءا على عدم التعدد دون إذن من القاضي بموجب الفقرة ٤ من المادة٦ التي تنص" كل من أجرى عقد بالزواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين ٤ و ٥ ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بالغرامة " [٢] .

الفرع الثاني: اشتراط الزوجة أن تكون هي الوحيدة: فقد تشترط الزوجة إدراج شرطا في العقد بأن تكون هي الزوجة الوحيدة ولا يزوج عليها و سنبين فيما يلي موقف الفقه والقانون العراقي من هذه المسألة:

أولا: الموقف الفقهي: اختلف الفقهاء في هذه المسألة وانقسمت أراء الفقهاء إلى ثلاث اتجاهات :

الإتجاه الأول: عدم جواز اشتراط الشرط المانع للتعدد : وتبنى هذا الرأي من الفقهاء ، المالكية والأحناف والشافعية والذين يرون عدم جواز اشتراط مثل هذا الشرط ولا يجب الوفاء به ، وفي ذات الوقت لا تأثير لهذا الشرط على صحة العقد إذ يبطل الشرط فقط ويبقى العقد صحيحا [٣] .

---

(١)الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، فاروق عبدالله عبدالكريم، طبعة ٢٠٠٠ العراق ص ٤٠ . .

(٢) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، فاروق عبدالله عبدالكريم، طبعة ٢٠٠٠ العراق ص ٤١ .

(٣).بداية المجتهد، ابن رشد ، دار الجيل،ج ٢، ط ١، ١٩٨٩، بيروت ، ص ٥٩، الحاوي الكبير(شرح مختصر المزني في مذهب الإمام الشافعي) الماوردي، دار الكتب العلمية، المجلد ٩، بيروت، ص ٥٠٦، الاستذكار ، ابن عبد البر ، دار قتيبة للنشر، المجلد السادس عشر، دمشق، ص ١٤٣.

الإتجاه الثاني: بطلان الشرط المانع للتعدد : وتبنى هذا الرأي الظاهرية والذين يرون أن اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أمر لم يثبت في الكتاب أو السنة أو الإجماع ويخالف ما أقره الشارع بإباحة التعدد وعلى هذا فلا يجوز للمرأة اشتراط هذا الشرط باعتباره شرط باطل يؤدي إلى بطلان العقد ككل إذا ما بني على باطل فهو باطل ، إلا أنهم يفرقون بين وجوده عند العقد، أو بعد العقد، فإن اشتراط الشرط الباطل في نفس العقد، فهو عقد مفسوخ، وان كان الاشتراط بعد العقد ، فالعقد صحيح، والنكاح تام [١] .

الإتجاه الثالث: جواز الشرط المانع للتعدد : وذهب في هذا الاتجاه من الفقهاء، الحنابلة والإباضية، إذ يرون أن هذا الشرط من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وهو من الشروط الجائز اشتراطها وهو شرط صحيح ومتى أخل الزوج بهذا الشرط كان للزوجة الأولى فسخ العقد وأما العقد الثاني فيكون صحيح إلا إذا أسقطته الزوجة [٢] واستدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج" [٣] فهذا الشرط جائز [٤]

الرأي الراجح عندنا: بعد استعراضنا لأراء الفقهاء في المسألة فإن الرأي الراجح عندنا هو ما ذهب إليه الحنابلة من جواز اشتراط عدم التعدد في عقد الزواج حيث أنه لم يحل حراما ولم يحرم حلالا ويعطي للزوجة المشترطة الحق في الفسخ عند عدم الوفاء إذ لا ضرر ولا ضرار

ثانيا: موقف القانون العراقي: نص المشرع العراقي في الفقرة الثالثة من المادة السادسة على أن الشروط المشروعة التي تشترط في عقد الزواج معتبرة، ويجب الوفاء بها، ونص أيضا في الفقرة الرابعة ، من نفس المادة على أن للزوجة طلب فسخ الزواج عند عدم, وفاء الزوج بالشروط، ولم يعين المشرع هذه" الشروط المشروعة "ولم يضرب مثلا لها [٥] .

وهذا يدعوا الى اعتبار شرط المرأة في عدم التعدد من الشروط المشروعة بالرغم من عدم نص القانون عليه [٦] .

---

(١)موسوعة تقريب فقه ابن حزم الظاهري، محمد المنتصر الكتابي، دار تراثية ، ط ١ ، ١٩٩٢، القاهرة ، ص ١٠٣٩ .

(٢) الأخبار العلمية من الإختيارات الفقهية ، علاء الدين ابن عباس، دار العاصمة ، ط ١، ١٩٩٠، الجزء الثالث ، ص ٣١٤ .

(٣) رواه البخاري (٢٧٢١) ، ومسلم (١٤١٨).

(٤)فتح الباري شرح، صحيح البخاري، ابن حجر، الجزء الخامس ، السعودية ص ٩.

(٥) قانون الأحوال الشخصية العراقي ، مادة ٦ فقرة ٣، مادة ٦ فقرة ٤ .

(٦)أحكام المرأة بين الإجتهاد و التقليد ، شيماء الصراف دار القلم للنشر،الطبعة الأولى، ٢٠٠١باريس، ص ٨٣ .

الفرع الثالث : شرط عمل المرأة: والمراد بهذا الشرط هنا أن المرأة عند عقد زواجها تشترط على زوجها العمل إن حصلت عملا مستقبلا في حال ما إذا تزوجت خلال فترة دراستها وهذا الشرط من الشروط المستحدثة وإليك موقف الفقهاء وموقف القانون العراقي :

أولا: الموقف الفقهي:

اختلف الفقهاء القدامى في مسألة عمل المرأة وإليك بيان ذلك:

١- **الحنفية:**أجازوا عمل المرأة متى اقتضت الضرورة إلى ذلك، أو إذا كانت تعمل في حرفة يحتاج إليها المجتمع كعلاج المرضى وغير ذلك ، إذ قال ابن عابدين من فقهاء الأحناف: العمل الذي لا ضرر فيه لا تمنع المرأة منه ويعتبر الشرط صحيحا ولا يؤثر على عقد الزواج [١] .

٢- **المالكية:** يعتبرون اشتراط العمل للمرأة من العقود التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها و الوفاء به ليس على سبيل الإلزام وإنما على سبيل الاستحباب ، فهو شرط مكروه لما فيه من التحجير على الزوج ، ويحق للزوج بعد الزواج أن يمنع زوجته من الخروج للعمل متى شاء ، وقد سئل ابن عرفة عن امرأة تعمل قبل زواجها و اشترطت عند عقد النكاح أن تستمر في العمل فهل له أن يمنعها بعد الزواج ؟ فأجاب بقوله : لا يلزمه الوفاء بالشرط " [٢] .

٢-**الحنابلة:** يرون أن الأصل بقاء المرأة في البيت ولا تخرج من البيت إلا بإذن زوجها وله أن يمنعها من الخروج ، غير أنها لو اشترطت عند العقد ذلك كان شرطا صحيحا وهو من الشروط التي يلزم الوفاء بها حيث قال البهوتي: عليه ألا يمنعها بل يدعها تكتسب ولو كانت موسرة [٣] .

٣-**الظاهرية:** يرون أن اشتراط المرأة للعمل في العقد هو من قبيل الشروط الباطلة ومن ثم فحكم هذا العقد الفسخ ، ومتى رضي الزوج بتنفيذ ما اشترط عليه رضي بالاحتباس الناقص نتيجة لعمل امرأته فيعمل هذا برضاه في مدة الرضا [٤] .

---

(١)فقه السنة، السيد سابق ، دار الفكر، الطبعة الثالثة ،بيروت ،لبنان ص ١٧٩. .

(٢) حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، عز الدين عبد الدائم ، دار كردادة للنشر، ط ١ الجزائر، ٢٠١١.، ص ١٢١.

.

(٣)كشاف القناع عن متن الأقناع، منصور بن يوسف البهوتي، دار الكتب العلمية، الجزء الخامس، لبنان ص ٤٧٧. .

(٤) الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي، ط ٢ ، ١٩٨٥، ص ٢٣٨.

الرأي الراجح : بعد عرض آراء الفقهاء أخلص إلى القول ما دام أن الأصل في الأشياء الإباحة والزوجة قد اشترطت على زوجها عند العقد شرط العمل في عقد الزواج ووافق الزوج على هذا الشرط ، و من ثم فإن خروجها يكون بإذن منه مما يدل أنها لم تخرج عن طاعته.

ثانيا موقف القانون العراقي:

_اعتبر القانون العراقي وفقا للمادة ٣/٦ أنه يحق للزوجة اشتراط أي شرط بما في ذلك مواصلة عملها وحقها التام في ذلك ، واعتبره المشرع العراقي شرط معتبر يجب الوفاء به، كما أعطى لها الحق في طلب فسخ العقد عند عدم وفاء الزوج بذلك الشرط [١] ، فهنا نرى أن المشرع العراقي وقف بجانب المرأة وحافظ على حقها في العمل كحق أصيل من حقوق المرأة المسلمة .

الفرع الرابع: شرط تعليم المرأة: _والمقصود به شرط إكمال الدراسة للمرأة المقترن بعقد النكاح وهو من الشروط لا توافق عقد الزواج ولا تنافيه ، إنما هو من قبيل الشروط التي تحقق منفعة للمرأة ومصلحة معتبرة ، وإليك بيان موقف الفقه والقانون العراقي في هذه المسألة :

أولا: الموقف الفقهي:

لا خلاف بين الفقهاء في حق المرأة في التعليم وإتمام دراستها تماشيا مع مقاصد الشرع الحنيف في نشر العلم والمعرفة وأدلة ذلك

١-من الكتاب : قال الله تعالى ((اقرأ باسم ربك الذي خلق خلق الإنسان من علق، إقرأ وربك الأكرم الذي علم بالقلم، علم الإنسان مالم يعلم)) العلق الآية ١-٥ ،

٢-وفي السنة المطهرة : كما في حديث أبي سعيد الخدري قال: قال: النساء للنبي صلى الله عليه وسلم : غلبنا عليك الرجال فاجعل لنا يوما من نفسك فوعدهن يوما لقيهن فيه فوعظهن وأمرهن ....)) [٢] فهذا الحديث الشريف يبين حرص نساء النساء على التعليم وحرص النبي صلى الله عليه وسلم وتشجيعه لهن في ذلك .

٣-الإجماع: من المجمع عليه أن المرأة مسؤلة عن صلاتها وزكاتها وصيامها وعقيدتها السليمة ولا سبيل للوصول لذلك إلا بالعلم والتعلم ، كما أنها لا تستطيع أن تقوم بواجبها المنزلي في نربيه أبنائها إلا بالعلم . وفي مجمل القول يرى الحنابلة و الإباضية أن اشتراط المرأة في عقد النكاح أن التعلم بعد الزواج أو المواصلة فيه إن كانت تدرس قبل الزواج يعتبر هذا الشرط شرطا

(١) قانون الأحوال الشخصية العراقي ٣/٦.

(٢) صحيح البخاري ، دار السلام، الطبعة الثانية، ١٩٩٩ ، السعودية.، باب :هل يجعل للنساء يوما على حدة في العلم؟، حديث رقم ١٢٤٩ ، ص ١١ .

صحيحا واجب الوفاء من جانب الزوج. في حين يرى المالكية أن هذا الشرط من الشروط الصحيحة المكروهة و التي يستحب الوفاء بها من باب الاستحباب فقط و ليس من باب الإلزام .أما الشافعية و الحنفية فيرونه هذا الشرط من الشروط الفاسدة الملغاة، والتي لا تؤثر على صحة الزواج [١].

ثانيا: موقف القانون العراقي: وقف المشرع العراقي بجوار المرأة وحقها في التعليم متماشيا في ذلك مع المعاهدات الدولية فلم نجد نصا صريحا في القانون العراقي يحجر على المرأة ويمنعها من إتمام دراستها فهو شرط صحيح معتبر يجب الوفاء به كما ورد بالمادة السادسة الفقرة الثالثة والرابعة ما نصه " الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها – للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج . [٢]

المبحث الثالث: الأثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط وفيه مطلبان

المطلب الاول: الموقف الفقهي: عند اشتراط الزوجة شرطا وتم الإخلال بهذا الشرع فهناك آثارا شرعية تترتب على هذا الإخلال :

١-إمتناع الزوجة عن الدخول لحين الوفاء بهذا الشرط: وهذا الامتناع يعد وسيلة للضغط على الزواج للوفاء بالشرط ، وإلى هذا الرأي ذهب المالكية والحنفية و الذين ذهبوا إلى القول بأن الزوج يلزم بتسليم المهر أولا ولا تلزم الزوجة بتسليم نفسها إن يعطها الزوج شيئا ودليلهم في ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال : لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم :أعطها شيئا قال :قال ماعندي شيء، قال ابن درعك الحطيمية؟ وفي رواية أن عليا لما تزوج فاطمة أ راد أن يدخل بها، فمنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء، فقال له" أعطها درعك الحطمية "فأعطاها درعه، ثم دخل بها " [٣]

قال الشوكاني" :وقد استدل بقول ابن عباس أنه يجوز الامتناع من تسليم المرأة حتى يسلم الزوج لها مهرها.

وبالقياس : إذا كان حق الحبس في الفقه مبدأ ثابتاً في عقود المعاوضات المالية، فإنه يجد تطبيقا له في عقد الزواج، فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها تعجيل صداقها، ولكن الزوج لم

(١)الإشتراط في وثيقة الزواج، رشدي شحاته ، دار الفكر العربي، ط ١ ، الجزائر ، ص ٣١٨ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية العراقي المادة ٦ ، فقرة ٣، ٤ .

(٣) سنن النسائي حديث رقم ٣٣٧٦.

يحترم هذا الاتفاق؛ فقد احتاط الفقه الإسلامي لحفظ حق الزوجة في مهرها، وأجاز لها حق حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر [١] والغرض من إعطاء الزوجة هذا الحق هو حث الزوج ودفعه للوفاء بحق الزوجة.

١-**الفسخ** : يعرف الفسخ بأنه حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال العاقد الآخر بالالتزام [٢].

فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها شرط لها فيه منفعة ولكن الزوج أخل بهذا الشرط فيكون للزوجة طلب الفسخ لهذا العقد لإخلال الزوج بالتزامه . [٣]

وفي المقابل لو اشترط الزوج شرطا لمصلحته وأخلت به الزوجة فله طلب الفسخ ويعفى من دفع مؤخر صداقها ونفقة عدتها [٤] ولكن الخلاف هنا هل يتم الفسخ من قبل الطرفين أم يشترط اللجوء إلى القضاء للفصل ، يرى ابن تيمية أن الفسخ نتيجة عدم الوفاء بالشرط لا يحتاج إلى حكم القاضي [٥] .ولكن الرأي الراجح في المسألة أنه عند الفسخ لا بد من اللجوء للقضاء فالقاضي له سلطته التقديرية والقاضي أقدر من غيره على تحديد نوعية الشرط من حيث المشروعية من عدم المشروعية [٦]

٣- **التعويض** : فالغرض من من التعويض هو حماية المتضرر من أي ضرر لحق به وقد صرح الفقهاء بأن اتلاف البضع يوجب التعويض فمن فوت على امرأة مصلحة بنكاح فاسد أو وطء شبهة وجب عليه مهر مثلها [٧]

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، أبي الفرج عبد الرحمان، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة، ص ٣٠١.

ص ..

(٢)الاشتراط في وثيقة الزواج، رشدي شحاته ، دار الفكر العربي، ط ١ ، الجزائر ، ص ٤٣٥ .

(٣) الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، عبد العزيز سعد، دار هومه للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر ، ١٩٩٦ ، ص ١٧٢.

(٤) شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، محمود السرطاوي، دار الفكر للنشر والتوزيع،

الطبعة الثانية، ١٩٩٦ ، ص ١٢٦ .

(٥)مجموع فتاوى ابن تيمية، ابن تيمية، مكتبة المعارف، المغرب، بدون سنة، المجلد الثاني والثلاثون

ص ١٦٨.

(٦) المعتمد، علي محمد قاسم، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٠ ، ص ٣٠٥ ، ص ١٦٧، ١٦٨.

(٧) عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، نشوة العلواني، دار ابن حزم،

ثانيا: موقف القانون العراقي:

بالرجوع لقانون الأحوال الشخصية العراقي تبين لنا أنه في حالة عدم الوفاء بالشرط من جانب الزوج فإن للزوجة الحق في طلب الفسخ حيث جاء بنص الماده ٦ الفقره ٤ من قانون الأحوال الشخصية بانه (للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم وفاء الزوج بما اشترط ضمن الزواج)

كما نصت أيضا المادة ٤٨ ألفقره ١ بأنه (عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاث قروء) [١]

من خلال نصوص المواد أعلاه نلاحظ بان المشرع العراقي اخذ بالفسخ واعتبره طريقا من طرق إنهاء عقد الزواج، وإذا كان الإخلال من جانب الزوجة فللزوج طلب الفسخ ويعفى من نفقة عدتها [٢]

الخاتمة

أهم النتائج:

١-إن كثيرا من المشاكل الأسرية سببها الجهل بالأحكام الشرعية لعقد الزواج ومتى علم الزوجين بهذه القواعد والأحكام سلما من كثير من المشاكل.

٢-المحافظ على الميثاق الغليظ ضرورة شرعية فضياعه يعني ضياع آخر أحكام الشريعة الغراء في مجتمعنا المعاصر.

٣-وقوف الإسلام بجانب المرأة في الحصول على حقها وفي ذلك أبلغ رد على من يتهم الإسلام بالعنصرية والتمييز بين الجنسين.

أهم التوصيات:

١-العمل على نشر العقيدة الصافية وتبليغ الناس رسالة رب العالمين.

٢-ضرورة العمل على إنشاء أكثر من مجلة قانونية شرعية تهتم بنشر القضايا المهمة لعامة الأمة.

٣-العمل على نشر ثقافة الخلاف والاحتواء تفاديا للخلافات والنزاعات.

المراجع والمصادر

٢٠٠٣، ص ١٢٤ .

(١) قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(٢) أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، محمد أحمد سراج، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩ مصر، ص ١٠٠.

١-أحكام الأسرة ، اسماعيل البارمي، دار الحامد ، الطبعة الأولى ، عمان ، ٢٠٠٥.
٢-أحكام الأسرة ، عبد القادر داودي :دار البصائر، ٢٠١٠ ، الجزائر.
٣-أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، محمد أحمد سراج، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩مصر.
٤-أحكام الأسرة، البارمي اسماعيل أبا بكر، دار الحامد،الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، عمان.
٥-أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، أحمد فرج حسين، الدار الجامعية، مصر.
٦-أحكام الزواج، عمر سليمان الأشقر ،دار النفائس،ط1 ،١٩٩٧ ،عمان.
٧-أحكام المرأة بين الإجتهاد و التقليد ، شيماء الصراف دار القلم للنشر،الطبعة الأولى، ٢٠٠١باريس.
٨-الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم دار الحديث، الجزء الخامس، د ون طبعة، القاهرة.
٩-أحكام وأثار الزوجية، محمد سمارة ، دار الثقافة، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، الأردن.
١٠-الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي، ط ٢ ، ١٩٨٥.
١١-الأخبار العلمية من الإختيارات الفقهية ، علاء الدين ابن عباس، دار العاصمة ، ط ١، ١٩٩٠.
١٢-الاستذكار ، ابن عبد البر ، دار قتيبة للنشر، المجلد السادس عشر، دمشق.
١٣-الأشباه والنظائر، للسيوطي، الطبعة الأولى ١٤٠٣، دار الكتب العلمية بيروت.
١٤-الإشتراط في وثيقة الزواج، رشدي شحاته ، دار الفكر العربي، ط ١ ، الجزائر.
١٥-الأم ، للأمام الشافعي ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٠.
١٦-بداية المجتهد، ابن رشد ، دار الجيل،ج ٢، ط ١، ١٩٨٩، بيروت.
١٧-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكساني ، دار احياء التراث العربي، ط ٢ ، ١٩٩٨، لبنان.
١٨-التعريفات ، الجرجاني، تحقيق: نصر الدين تونسي، الطبعة الأولى ٢٠٠٧.
١٩-تفسير ابن كثير، الدار الوطنية للكتاب، ج ١، دون طبعة، ٢٠٠٨ ، الجزائر.
٢٠-تفسير المنار، محمد رشيد رضا، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٩ بيروت ، لبنان.
٢١-الحاوي الكبير(شرح مختصر المزني في مذهب الإمام الشافعي) الماوردي، دار الكتب العلمية.
٢٢-حق الكد والسعاية ، محمد مؤمن ، مجلة الحقوق،العدد الثاني،يونيو ٢٠٠٦ .
٢٢-حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مولاي ميلاني بغدادي، قصر الكتاب، ط ١ ، ١٩٩٧، الجزائر.
٢٣-حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، عز الدين عبد الدائم ، دار كردادة للنشر، ط ١ الجزائر، ٢٠١١.
٢٤-الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، للبهوتي، تحقيق سعيد اللحام، دار الفطر للطباعة والنشر، بيروت.
٢٥-الزواج في الفقه الاسلامي، محمد كمال إمام، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٨ ، مصر.
٢٦-الزواج والطلاق في القانون الليبيين، عبدالسلام محمد الشريف دار الكتب الوطنية، ط ٢ ، ١٩٩٥، ليبيا.
٢٧-شبهات حول قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية ودفعها، أحسن زقور، دار الأدب.
٢٨-شرح القواعد الفقهية ، للزرقا ، دار القلم.
٢٩-شرح الكوكب المنير ، لابن النجار، تحقيق محمد الزحيلي ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٧، مكتبة العبيكان.
٣٠-شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، محمود السرطاوي، دار الفكر للنشر والتوزيع،الطبعة الثانية.
٣١-صحيح البخاري ، دار السلام، الطبعة الثانية، ١٩٩٩ ، السعودية.
٣٢-العزابة ودورهم في المجتمع الاباضي، صالح بن عمر، مطبعة الفنون الجميلة، ط ١،الجزائر ٢٠٠٨.
٣٣-عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، نشوة العلواني، دار ابن حزم، ٢٠٠٣.
٣٤-فقه ابن حزم الظاهري ، محمد المنتصر الكتاني، الدار السلفية، الطبعة الأولى.
٣٥-فقه السنة، السيد سابق ، دار الفكر، الطبعة الثالثة ،بيروت ،لبنان.
٣٦-قانون الأحوال الشخصية العراقي .
٣٧-القواعد في الفقه الإسلامي، أبي الفرج عبد الرحمان، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة.
٣٨-كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، تحقيق محمد أمين الصاوي، الطبعة الأولى ١٩٩٧ ، عالم الكتب ، بيروت.
٣٩-كشاف القناع عن متن الأقناع، منصور بن يوسف البهوتي، دار الكتب العلمية، الجزء الخامس، لبنان.
٤٠-لسان العرب، ابن منظور، طبعة دار الحديث بالقاهرة، ٢٠٠٣.
٤١-مجموع الفتاوى الكبرى، ابن تيمية ، دار الجيل ، الطبعة الأولى، المجلد السادس عشر ، ١٩٩٧.
٤٢-محاضرات في الفقه المقارن ، محمد رمضان البوطي، دار الفكر، ١٩٩٩، دمشق.
٤٣-المحلى بالآثار، ابن حزم، دار الفكر، الجزء التاسع، لبنان.
٤٤-المدونة الكبرى برواية سحنون التنوخي ، الإمام مالك ، مطبعة السعادة،الجزء٨،مصر.
٤٥-المعتمد، علي محمد قاسم، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٠.
٤٦-مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشربيني الخطيب، دار الكتب العلمية.
٤٧-موسوعة تقريب فقه ابن حزم الظاهري، محمد المنتصر الكتابي، دار تراثية ، ط ١ ، ١٩٩٢، القاهرة.
٤٨-النظام المالي للزوجين ، رعد المقدادي ،دار الثقافة ،ط٢ ٢٠١٠.

٤٩-الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية،تاليف الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت – لبنان،الطبعة: الرابعة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م،ج١ ص٤٠٩
٥٠-الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، فاروق عبدالله عبدالكريم، طبعة ٢٠٠٠ العراق.