

الشرط الجعلي

حكمه، وأثره في عقد الزواج دراسة مقارنة

أ.م. د. خالد محمد صالح

الخلاصة

يحتوي هذا البحث على دراسة شرعية وقانونية مقارنة حول موضوع الشرط الجعلي حكمه وأثره في عقد الزواج، ويختلف تعريف الشرط في الإصطلاح

بإختلاف موضوعه المستخدم فيه.

فالشرط في إصطلاح الأصوليين يختلف عن تعريف الشرط في إصطلاح

فالشرط في إصطلاح الأصوليين هو: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم

من وجوده وجود ولا عدم لذاته. وأما الشرط في إصطلاح القانونيين فيطلق على

عدة معان مختلفة منها: العناصر اللازمة لإنعقاد العقد أو لصحته، أو ما

بأركان العقد وشروطه، والشرط بهذا المعنى لا يدخلطاق بحثنا. كما يطلق

الشرط على أمر عارض مستقبل معدوم على خطر الوجود، يتوقف على تحققه

وجود الإلتزام أو زواله، وهو ما يسمى بالشرط الواقف ولا الفاسخ. ويطلق

لأيضا على الحكم الإضافي الذي يتفق العاقدان على تنفيذه، أو يشترط من

قبل أحد العاقدين على العاقد الآخر في العقد، وهو ليس جزءا من صلب العقد،

وهو ما يسمى بالشرط المقترن للعقد، أو الشرط الجعلي.

وينقسم الشرط بعرات إلى عدة أقسام: فالشرط بإعتبار مصدر

إشترم إلى خمسة أقسام هي: الشرط العقلي، والشرط الشرعي أو

القانوني، والشرط اللغوي، والشرط العادي، والشرط العرفي، والشرط الجعلي.

وينقسم الشرط بإعتبار زمن إشتن ثلاثة أقسام هي: الشرط السابق

على العقد، والشرط المقترن الشرط اللاحق للعقد. وعلى الراجع من

أقوال الفقهاء فإن جميع هذه الشروط بغض النظر عن زمن إشتراطها تدخل في إطار الشروط الملزمة التي يجب على العاقدين أن يلتزموا بها.

وينقسم الشرط باعتبار التأثير في الثلاثة أقسام هي: شرط التعليق، وشرط الإضافة، وشرط التقييد. وعقد الزواج لا يقبل شرط التعليق ولا الإضافة ولكنه يقبل شرط التقييد والإقتران، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية العراقي.

وينقسم الشرط باعتبار حكمه لإثثة أقسام هي: الشرط الصحيح: وهو

الذي يكون مؤكداً لمقتضى العقد، أو ملائماً له، أو موافقاً للعرف الصحيح، أو ورد

به دليل شرعي، أو يحقق مصلد العاقدين، أو كليهما، أو للغير. والشرط

الفاسد: وهو اشتراط أمر محظور شرعاً كأن يكون الشرط منافياً لدليل شرعي، أو

لمقتضى أو ليس بملائم له. والشرط المكروه: وهو الشرط الذي لا يقتضيه

العقد ولا ينافيه.

والشرط الجعلي هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه العاقدان في عقد الزواج

فيعدل آثاره الأصلية بإيجاب التزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد

مطلقاً عن ذلك الشرط، ولذلك يسمى بشرط التقييد أو الشرط المقترن.

وقد اختلف الفقهاء في مدى صلاحية العاقدين في وضعه إلى ثلاثة إتجاهات:

إتجاه المانعين، والمضيقين، والراجح من هذه الإتجاهات هو إتجاه

الموسعين الذي يعطي العاقدين صلاحية وضع أي شرط من شأنه أن يحقق

مصلحة للعائد أو للغير، وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الرأي.

ومع أن عقد الزواج يقبل الإقتران بالشرط إلا أنه لا يقبل التعليق على شرط،

وهناصح بين الإقتران والتعليق: فالإقتران أو التقييد مقتضاهما أن العقد

المقيد بالشرط موجود، وإنما ألتزم في ضمنه حكم زائد معدل لموجبه الأصلي.

والتعليق مقتضاه أن العقد المعلق بالشرط لا ينعقد قبل وقوع الشرط المعلق عليه.

والشرط الجعلي سواء كان سابقاً، أو مقترناً، أو لاحقاً بالعقد يعتبر شرطاً شرعياً،

ويجب الإلتزام به من قبل العاقدين.

وحكم الشرط الجعلي يختلف تبعاً لإختلاف طبيعة الشرط وعلاه بالعقد: فإذا كان الشرط موافقاً لمقتضى عقد الزواج فقد اتفق الفقهاء على إعتبره ولزومه، وإن كان الشرط منافياً لمقتضى عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في مدى إعتبره ومدى تأثيره على العقد، فمنهم من ذهب إلى بطلان العقد والشرط معاً، ومنهم من ذهب إلى بطلان الشرط دون العقد، ومنهم من ذهب إلى بطلان العقد قبل الدخول وبطلان الشرط بعد الدخول. وأما إذا كان الشرط لا يناقض عقد الزواج ولا يوافقه لأحد العاقدين فقد اتفق جميع الفقهاء على صحة العقد ولكنهم اختلفوا في الشرط فمنهم من منعه، ومنهم من كرهه، ومنهم من أخذ به واعتبره، والراجح من هذه الآراء هو رأي الحنابلة الذي يقضي بأن أي شرط شرعي يتم الإتفاق عليه في إطار عقد الزواج سواء كان مؤكداً لمقتضى العقد، أو موافقاً له، أو ورد به الشرع، أو جرى به العرف، أو كان فيه مصلحة لأحد العاقدين أو للغير، ولا ينافي مقتضى عقد الزواج يعتبر شرطاً صحيحاً، ويجب الوفاء به، وإذا لم يلتزم به العاقد الآخر فيثبت للمشتراط حق طلب التفريق وفسخ العقد، وقد أخذ القانون العراقي بهذا الرأي.

وقد ختمت البحث بخاتمة كتبت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها نتيجة هذا البحث، وكتبت له خلاصة باللغتين العربية والإنكليزية، وقمت بفهرسة جميع المصادر والمراجع التي اعتمدت عليها في البحث، كما قمت بفهرسة جميع مفردات البحث.

وفي الختام أد توفيقه وهدايته لي في كتابة البحث وإتمامه، فما كان فيه من صواب فهو من الله والفضل له وحده، وما كان فيه من خطأ أو نسيان فمني والكمال لله وحده.

والحمد لله أولاً وآخراً

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيدنا

محمد وعلى آله وصحبه أجمعين:

أما بعد:

فإن الله قد خلق البشر متفاوتين في كل شيء، بحيث يحل أن نجد شخصين

متشابهين، وهذا التفاوت والإختلاف لا يقتصر على المظاهر الشكلية فحسب، بل

يتعدى إلى الأفكار والتصورات والطموحات أيضا.

وبما أن الإنسان كائن إجتماعي لا يستطيع العيش بمفرده، فهو يحتاج إلى أن

يعيش في إطار الأسرع، وهذا التعايش والإختلاط مع هذا الإختلاف

والتفاوت في الرؤى والتصورات يؤدي في الغالب إلى الإحتكاك والإصطدام.

حيث يسعى كل شخص إلى تحقيق مصالحه ورغباته دون أن يأبه أو يلتفت

إلى مصالح ورغبات الآخرين أو حتى أن يقف عند حقوقهم وحرماتهم، لذا جاءت

الشرائع السماوية لتنظم تلك المصالح والرغبات، وتبين حدود تلك الحقوق

والحرمات، بصورة تضمن على مصالح الفرد وتسعى من أجل تحقيقها من

جهة، وتضمن الحفاظ على حقوق الآخرين وحرماتهم من جهة أخرى.

لذا فإن جميع التي نظمتها تلك الشرائع تأتي في إطار تلبية رغبات

المتعاقدين وتحقيق طموحاتهم، ومن أجل الحفاظ على مرونة التشريع ومواكبته

للتطورات المستمرة التي تطرأ على حياة الأفرلمجتمعات، و إبقاء مساحة

منا العاقدين ورغباتهما الشخصية المختلفة والمتجددة بإستمرار، ومن

أجل تضييق المنافذ التي قد يتسرب منها الخلاف والشقاق بين العاقدين، فقد اكتفت

تلك الشرائع بتنظيم القواعد الأساسية والوط العريضة لتلك العقود وترك تحديد

التفاصيل لإرادة الأفراد، بحيث يشعر كل فرد بأن بإمكانه أن يبرم من العقود

يحس بأنه بحاجة إليها، وان يبرمها بالصورة التي يرتضيها لنفسه، وبالشروط التي

يراهما مناسبة مع رغباته وطموحاته.

وهذا ما درج القانونيون على تسميته الإرادة، فدور سلطان الإرادة

يتمثل في حرية الشخص في إبرام أو الإمتناع عن إبرام أي عقد، ومع أي شخص،

وبالصورة التي يراها مناسبة، مع مراعاة المبادئ والقواعد الأساسية المنصوصة عليها شرعا أو قانوناً.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في كونه يرتبط بمبدأ هام في القانون وهو مبدأ طان الإرادة في إبرام العقود، وذلك ببيان مدى حرية المتعاقدين في إشتراط الشروط التي يرونها قبل، وفي أثناء، وبعد إبرام عقد الزواج، ومدى شرعية هذه الشروط، وما هي الضوابط الشرعية لها، وبيان آراء الفقهاء حول تلك المسائل.

كما تكمن أهميته في بيان وتفصيل ما به القانون إجمالاً في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي من أن: ((الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج مبررة يجب الإيفاء بها)). فقد نص القانون وبهذا الإطلاق على اعتبار ونة الشروط الجعلية التي تشترط ضمن عقد الزواج، دون الخوض في تفاصيل هذه الشروط، ومدى موافقتها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وغايات الزواج ومقاصده الأساسية.

ويهدف البحث إلى بيان مفهوم الشرط بصورة عامة والشرط الجعلي بصورة خاصة، وذلك من خلال تعريفه، وبيان أقسامه بجميع إعتبراته، ومدى حرية العاقدين في إشتراطه، وبيان الضوابط الشرعية والقانونية له، مع بيان الآثار التي قد يترتب عنها، وكل ذلك في إطار الشريعة والقانون.

ومنهج البحث: هو التحليل والمقارنة بين الشريعة الإسلامية متمثلة بآراء الفقهاء من من جهة، وقانون الأحوال الشخصية العراقي مع الإشارة إلى قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية من جهة أخرى.

وأما بالنسبة لخطة البحث فالبحث يتكون من مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، خلاصة، مع فهرسين.

أما المقدمة: فتتضمن أهمية موضوع البحث، والهدف منه، ومنهج البحث، وخطته.

ثم يأتي المبحث الأول: وخصصته لبيان وتعريف المفردات الواردة في

عنوان البحث، وذلك من خلال ستة مطالب تحوي تعاريف لـ من: الشرط،

الجعل، الحكم، الأثر، العقد، الزواج.

يليه المبحث الثاني: ويتناول أقسام الشرط وذلك من عدة جوانب وبعده
إعتبرات منها: الشرط بإعتبار مصدر إشتراكه، الشرط بإعتبار زمن إشتراكه،
الشرط بإعتبار التأثير في العقد، بإعتبار الحكم. وخصت لكل إعتبار من
هذه الإعتبرات مطلباً.

وأخيراً المبحث الثالث: وهو عن حكم الشرط الجعلي، وأثره في عقد الزواج:
وبينت ذلك في ثلاثة مطالب: المطلب الأول: وهو عن حكم الشرط الجعلي،
والمطلب الثاني: وهو عن مدى تأثير الشرط الجعلي في عقد الزواج، والمطلب
الثالث: وهو عن الشرط الجعلي في قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول

العربية.

وما توصلت إليه من نتائج وتوصيات في البحث جمعتها في
ولمن يريد الإطلاع على زبدة البحث على عجلة كتبت عقب الخاتمة خلاصة
تحوي زبدة البحث باللغتين العربية، والإنكليزية.

وأخيراً كتبت فهرسين: أحدهما عن المصادر والمراجع التي استفدت منها في
كتابة البحث، وثانيهما: عن فهرس الموضوعات والمفردات التي يتناولها البحث.

المبحث الأول

تعريفات

قبل أن ندخل في صلب الموضوع نعرف أهم المفردات الواردة في عنوان البحث، وهي مفردات: (الشرط، الجعل، الحكم، الأثر، العقد، الزواج) ونخصص لتعريف كل مفردة مطلباً وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف الشرط^(١)

والشرط في اللغة بفتح الراء وسكونه^(٢):

جاء في لسان العرب: ((..(شرط) .. الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه... والشرط بالتحريك العلامة... والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم... وأشرط فلان نفسه لكذا وكذا أعلمها له وأعدّها، أي الشرط لأنهم جعلوا يَعرَفون بها الواحد... وأشرط الشيء: أوائله... ومنه أشرط الساعة، وقال أبو عبيدة: أشرط الساعة أسبابها التي هي دون معظمها وقيامها... رُذال المَالِ وشراره... والأشرط: الأُرذال، والأشراط أيضاً: الأشراف، قال يعقوب وهذا الحرف من الأضداد))^(٣).

وفي تاج العروس: ((الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه... والشرط: الدون اللئيم السافل... والشرط بالتحريك: العلامة التي يجعلها الناس بينهم... والشرط: أول الشيء... ومنه أشرط الساعة))^(٤).

وفي تهذيب اللغة: ((شرط: قال الليث:..أشرط الساعة..علاماتها، قال: ومنه

الاشترط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض، إنما هي علامات يجعلونها

بينهم... عن ابن السكيت: قال: .. أشرط نفسه لكذا وكذا: أي أعلمها وأعدّها...)

أبو سعيد: أشرط الساعة علاماتها، وأسبابها التي هي دون معظمها وقيامها. :

وأشرط كل شيء ابتداءً أوله))^(٥).

إذن وكما يتبين من التعاريف السابقة فإن كلمة الشرط تأتي لمعان عدة

أبرزها:

- العلامة الى الشيء، يقال أشرط الساعة: أي علاماتها التي يستدل بها على قرب مجيئها، وسمي ما علق به الجزاء شرطا لأنه علامة لنزوله، ومنه الإشرط الذي يشترطه الناس على بعضهم: أي العلامات التي يجعلونها بينهم في العقود منه تسمية الشرط؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامات يُعرفون بها.

- وبأى الشرط أيضا معنى إلزام الشيء و إلتزامه في البيع وغيره.

- كما يطلق على الإعداد للشيء والإستعداد له، يقال أشرط نفسه للهلاك أي أعد

نفسه للهلاك واستعد له، وأشرط من إبله وغنمه أي أعد بعضها للبيع.

- ويطلق أيضا على الدون من الشيء و رذاله، يقال علامات الساعة، أي علاماتها

وأسبابها التي هي دون، والعظمة، والشرط: رذال المال وشراره.

- وبعكس الدون والرذال يأتي الشرط بمعنى السامي والشريف من الشيء أيضا،

ومنه سمي الشرط شرطاً: أي خيار الناس وأشرافهم، وبهذا فإن هذه الكلمة تعتبر

من الأضداد التي تأتي لمعنيين متناقضين.

- وأخيراً يطلق الشرط على أوائل الشيء وبداياته، يقاط الساعة: أي بداياتها.

وأما بالنسبة للمقصود بالشرط في بحثنا هذا فهو بعض هذه المعاني:

فمثلاً نقصد بشروط العقد: العلامات التي وضعها الشارع، أو يضعها

ويضيفها العاقد لعقده ليميزه عن غيره من العقود.

كما نقصد بها: تهيئة العقد وإعداده بجعله مناسباً وملئياً لرغبات العاقد

وطموحاته بواسطة الشروط التي يشترطها لنفسه.

كما نقصد بها: إلزام العاقد وإلتزامه بجميع شروط العقد، سواء منها الشروط

التي وضعها الشارع، أو العاقد في العقد.

والشرط في الإصطلاح:

يختلف تعريف الشرط في الإصطلاح باختلاف موضوعه المستخدم فيه،

فالشرط في إصطلاح الأصوليين يختلف عن تعريف الشرط في إصطلاح

القانونيين:

فالشرط في إصطلاح الأصوليين كما جاء في تعريفاتهم هو:

- ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ().

- أو هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده...
و..يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجوده (١).

- أو هو ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم، فهو وصف ظاهر منضبط، يستلزم ذلك،
أو يستلزم عدم السبب، لحكمة في عدمه، تنافي حكمة الحكم أو السبب (٢).

وبالنظر إلى هذه التعاريف يتبين لنا أن تعريف الشرط في إصطلاح
الأصوليين واحد وإن اختلفت عباراتهم في التعبير، وبناءً على هذه التعاريف فإن

الشرط هو: ما يلزم من عدمه عدم وجود الحكم (المشروط) وكان خارجاً عن
حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم (المشروط) ولا عدمه، لذات الشرط.

وأما بالنسبة لشرح القيود الواردة في التعريف:

- فقولنا (ما يلزم من عدمه عدم وجود الحكم (المشروط)..): يعني عدم تحقق

عند عدم تحقق الشرط، فمثلاً: الإسلام شرط لصحة وقبول جميع

العبادات، فإذا لم يسلم الشننه أية عبادة على الإطلاق، وبهذا القيد

يخرج المانع الذي لا يلزم من عدمه شيء، كالكلام الأجنبي في الصلاة المانع من

صحتها، فإنه إذا انتفى في الصلاة لا يلزم من عدمه شيء.

- وقولنا: (وكان خارجاً عن حقيقته): يعني أن الشرط ليس جزءاً من حقيقة

المشروط، بل هو أمره، كالشهادة في عقد الزواج فهي خارجة عن

حقيقة عقد الزواج، بخلاف الصيغة التي تدخل في صلب العقد وهي جزء من

- وقولنا: (ولا يلزم من وجوده وجود الحكم (المشروط) ولا عدمه): أي أن مجرد

تحقق الشرط لا يستلزم تحقق الأمر المشروط، ولا عدمه، فالزوجة مثلاً شرط

لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد زوجية لم يوجد طلاق، ولكن لا يلزم من وجود

الزوجية وجود الطلاق بل قد تستمر الحياة الزوجية ولا يوجد في أصلاً. وبهذا

القيد يخرج السبب؛ فإنه يلزم من وجوده وجود الحكم، ومن عدمه عدمه، كالسرقة

يلزم من وجودها وجود القطع، ومن عدمها عدمه.

- وبقولنا (لذات الشرط) : أي أن وجود الحكم (المشروط) وعدمه، لا يكون لذات

الشرط بل لأمر خارج عنه، وذلك كاقتران الشرط بالسبب، فيلزم من وجوده

الوجود ولكن لا لذات الشرط، وإنما لمقارنته السبب، أو كافتراضه بالمانع، فإنه يلزم من وجوده العدم، لكن لا لذات الشرط، وإنما لمقا المانع. وذلك كالحول الذي هو شرط وجوب الزكاة، مع النصاب الذي هو سبب للوجوب، فإنه وإن لزم من وجود الحول هنا وجوب الزكاة، لكن ليس لذات الشرط، وإنما لمقارنته السبب وهو النصاب. وكالحول الذي هو شرط وجوب الزكاة مع الدين المستغرق المانع من وجوبها، فإنه وإن لزم في هذه الصورة عدم وجوب الزكاة، لكن لا لذات الشرط، وإنما لمقارنته المانع وهو الدين المستغرق.

وتعريف الشرط هذا إنما ينطبق على الشروط الشرعية والقانونية فقط، أما بالنسبة للشروط الجعلية فلا ينطبق عليها هذا التعريف؛ وهنا لا بد من التفريق بين

مفهومي:

شروط عقد الزواج: والمراد بالشروط هنا الشروط الشرعية والقانونية التي يعود مصدر اشتراطها إلى الشرع والقانون ولا دخل للعائد في إيجادها، كما لا يملك صلاحية إلغائها، وهذا النوع من الشرط هو الذي يعد الأساس في إبرام العقد، بحيث يؤدي إنعدامه إلى إنعدام العقد وبطلانه أو إلى فساد.

والشروط في عقد الزواج: والمراد بالشروط هنا الشروط الجعلية التي يعود مصدر اشتراطها إلى إرادة العاقدين أو أحدهما، فهو الذي يقوم بإنشائها وإليه يعود صلاحية رفعها وإلغائها، وهذا النوع من الشرط لا يعد الأساس في إبرام العقد، ولا يعد العقد وإنما هي شروط يضيفها الزوجان أو أحدهما تحقيقاً لمصلحة خاصة، وبالتالي فإن وجودها أو عدمها لا يؤثر في صحة العقد.

وأما الشرط في إصطلاح القانونيين:

فالشرط عند فقهاء القانون يطلق على عدة معان مختلفة منها:

- يطلق لفظ الشرط على العناصر اللازمة لإنعقاد العقد أو لصحته، أو ما نسميه

بأركان العقد وشروطه، فقد نص المادة (٦) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: ((لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي: أ- إتحاد مجلس الإيجاب والقبول. ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر استيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج. ج-

موافقة القبول للإيجاب. د- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج. هـ- أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة^(١٠).

والشرط بهذا المعنى يتفق مع مفهوم شروط عقد الزواج الذي ذكرناه آنفاً؛

لأن الفقرات المذكورة في المادة لا دخل لإرادة العاقد في إيجادها أو نفيها، وإنما هي شروط شرعية وقانونية - باعتبار أن مصدر اشتراطها يعود إلى الفقه والقانون- يجب على العاقد الإلتزام بها سواء رضي بها أم لا، وإلا اعتبر العقد باطلاً أو فاسداً، بحسب طبيعة الشرط ومدى تأثيره في العقد.

والشرط بهذا المعنى لا يدخل في نطاق بحثنا هذا.

- كما يطلق الشرط على أمر عارض مستقبل معدوم على خطر الوجود، يتوقف

على تحققه وجود الإلتزام أو زواله، وهو ما يسمى بالشرط الواقف والشرط

الفاسخ.

والشرط الواقف والفاسخ هو: أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه

نشوء الإلتزام أو زواله. فإذا كان نشوء الإلتزام هو الذي علق على تحقق الشرط

قيل له (شرط واقف) وإذا كان زوال الإلتزام هو الذي علق على تحقق الشرط قيل

له (شرط فاسخ)^(١١).

وهذا المعنى القانوني الثاني للشرط بشقيه (الواقف) و (الفاسخ) لا يتفق مع

المقصود بالشيء بحثنا هذا أيضاً؛ لأن الشرط الواقف: يؤدي إلى تعليق العقد

إلى حين تحقق الشرط، فإذا تحقق الشرط إنعقد العقد، وإن لم يتحقق اعتبر العقد

كأن لم يكن، وعقد الزواج يعتبر من ضمن العقود التي تقبل الإقتران بالشرط،

ن لا تقبل التعليق على شرط أصلاً^(١٢)، وقد نص قانون الأحوال الشخصية

على إبطال مثل هذه الشروط والعقود، وذلك في مادة (٦) الفقرة (١) والتي تنص

على أنه: ((لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو الصحة

المبينة فيما يلي: هـ- أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير

محققة^(١٣)). فلو علّق عقد زواجه على تحقيق شرط في المستقبل أعتبر

العقد باطلاً، كأن يقول الزوج: إن شفيت من مرضك قبلتك زوجة لي، وتقول

الزوجة قبلت، فهذا الزواج لا ينعقد ويعتبر باطلا حتى ولو تحقق الشرط وشفيت

من مرضها.

وأما بالنسبة للشرط الفاسخ: والذي يؤدي إلى زوال الإلتزام حين تحقق الشرط، فهذا أيضا لا يمكن تطبيقه في عقد الزواج، ولا يمكن التمثيل له بتعليق الطلاق على شرط؛ لأن الطلاق المعلق على شرط لا يعتر واقعاً، ولا يعترف به قانوناً، بموجب المادة (٣٦) والتي تنص على أنه: ((لا يقع الطلاق غير المنجز، أو المشروط، أو المستعمل بصيغة اليمين)).

- ويطلق الشرط أيضا على الحكم الإضافي الذي يتفق العاقدان على تنفيذه، أو يشترط من قبل أحد العاقدين على العاقد الآخر في العقد، وهو ليس جزءاً من صلب العقد، وهو ما يسمى بالشرط المقترن للعقد.

وهناك فرق واضح بين تعليق العقد على شرط وإقتران بشرط: فتعليق العقد على شرط: يعني ربط إنعقاد العقد بوجود أمر آخر، وتكون صياغته عادة بنحو (إن) و (إذا) و (متى) و (كلما)، ويجب أن يكون الأمر المعلق عليه معدوماً محتمل الوقوع.

وأما إقتران العقد بشرط: فهو إلتزام لا يعيق سبيل إنعقاد العقد، وإنما يقيد حكم العقد تقييداً، فيعدل آثاره الأصلية بإيجاب إلتزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً عن الشرط، ولذلك يسمى بشرط التقييد وبصاغ عادة بكلمة (على أن) أو (على شرط أن) أو (بشرط أن). فالإقتران و التقييد مقتضاهما أن العقد المقيد بالشرط موجود، وإنما ألتزم في ضمنه حكم زائد معدل لموجبه الأصلي. والتعليق مقتضاه أن العقد المعلق بالشرط لا ينعقد قبل وقوع الشرط المعلق عليه^(١).

وقد نص قانون الأحوال الشخصية صراحة على عدم جواز تعليق عقد الزواج على شرط وذلك في (م٦) التي تنص على أنه: ((لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد صراحة المبينة فيما يلي)). ثم ذكر في الفقرة (ه): ((أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادث غير محققة)). وعلى العكس من ذلك نص صراحة على جواز إقتران العقد بالشرط، وذلك في مادة (٦) الفقرة

(٣-٤) والتي تنص على أنه: ((٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها. ٤- للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج))^(١).

ولكن ينبغي ملاحظة أن القانون أشار إلى مشروعية الشروط التي تشترط ضمن عقد الزواج فقط كما يفهم من نص المادة، أما الشروط الأخرى والتي تأتي سابقة على العقد، أو تأتي لاحقة عليه لتعديل أثر من آثار العقد، فلم يتطرق إليه القانون، مع أن الشرط الجعلي يشمل جميع هذه الحالات، فسواء كان الشرط سابقاً للعقد، أو مقارناً له، أو لاحقاً عليه، أعتبر شرطاً جعلياً ما دام أن مصدر الشرط يعود إلى إرادة العاقد.

المطلب الثاني تعريف الجعل

والجعل في اللغة: جاء في لسان العرب: ((جَعَلَ الشيءَ يَجْعَلُهُ: ..وَضَعَهُ،... وَجَعَلَهُ...صَنَعَهُ، وَجَعَلَهُ: صَيَّرَهُ..وَجَعَلَ الطِّينَ خَزْفًا، وَالْقِيحَ حَسَنًا: صَيَّرَهُ إِيَّاهُ..وَجَعَلَ يفعل كذا: أَقْبَلَ، وَجَعَلَ: خَلَقَ..وَالْجُعْلُ الاسم بالضم، والمصدر بالفتح، يقال جَعَلَ لك جَعْلًا وَجُعْلًا: وهو الأجر على الشيء فعلًا أو قولًا))^(٢).

وفي تاج العروس: ((جَعَلَهُ..: أي صَنَعَهُ..وقال الراغب: جَعَلَ لفظ عامٌ في الأفعال، وصَنَعَ، وسائر أخواتها... جَعَلَ الشيءَ جَعْلًا: رَضَعَهُ، جَعَلَ بَعْضَهُ فوق بعض: أَلْقَاهُ. جَعَلَ القَبِيحَ حَسَنًا: صَيَّرَهُ...وَجَعَلْتُ زَيْدًا أَخًا: أي نَسَبْتُهُ إِلَيْكَ. و..الجَعْلُ بمعنى إيجاد الشيء من الشيء، وتكوينه منه.. ويكون بمعنى التسوية والتهيئة... وبمعنى إدخال شيء في شيء))^(٣).

وفي كتاب العين: ((جَعَلَ جَعْلًا: صنع صنعًا، وَجَعَلَ أَعْمُ لِأَنَّكَ تقول: جَعَلَ يَأْكُلُ، وَجَعَلَ يصنع كذا، ولا تقول: صَنَعَ يَأْكُلُ، والجَعْلُ: ما جعلت للإنسان أجرًا له^٤، والجَعْلُ واحدُها جَعْلَةٌ: وهي النَّخْلُ الصَّغَارُ))^(٤).

وفي كتاب الصحاح: ((جَعَلَهُ اللهُ نَبِيًّا: أي صَيَّرَهُ. وَجَعَلُوا الملائكة إناثًا: أي سَمَّوْهُم. والجَعْلُ: النَّخْلُ القِصَارُ. والجَعْلُ بالضم: ما جُعِلَ للإنسان من شيء على

الشيء يفعله. والجعل: الخرقَة التي تنزل بها القدر عن النار، والجمع جُعِل. وأجَعَلَتِ الكلبة: إذا أرادت السِفَاد، وكذلك سائر السباع^(١).

إذن الجعل في اللّهر من التعاريف السابقة: يأتي لمعاني الوضع، والصنع، والخلق، والإنشاء، والإقدام، والإلقاء، والتهيئة، والتسمية، ونسبة الشيء إلى الشيء، وتحويل الشيء وتحويله.

وجميع هذه المعاني مقصودة بكلمة الجعل في بحثنا هذا، فاط الجعلي هو: الشرط الذي يضعه العاقد، ويصنعه، ويخلقه، وينشأه، ويقدم عليه، ويهيئه، ويسميه، وينسبه إلى العقد، ويجول به من آثار العقد ويحوره. ويتبين ذلك أكثر من خلال بيان المعنى الإصطلاحي للشرط الجعلي.

الشرط الجعلي في إصطلاح الفقهاء:

الشرط الجعلي في إصطلاح الفقهاء: هو ما يشترطه المتعاقدان في تصرفاتهما^(٢).

أو هو: الشرط الذي ينشئه العاقدان بإرادتهما مقترنا بالعقد تحقيقاً لمصلحة العقد أو مصلحة أحدهما^(٣).

إذن فالمقصرط الجعلي في هذا البحث: هو الشرط الذي يشترطه العاقد ويضيفه إلى العقد تحقيقاً لمصلحة، أو درءاً لمفسدة.

المطلب الثالث

تعريف الحكم

الحكم في اللغة: تطلق كلمة الحكم في اللغة على عدة معانٍ مقاربة. جاء في الصحاح: ((الحُكْمُ: مُصدر قولك حَكَمَ بينهم: أي قضى.. والحكم أيضاً: الحكمة من العلم. والحكيم: العالم))^(٤).

و في لسان العرب: ((الحُكْمُ: الحِكْمَةُ من العلم. والحكيمُ: العالم، وصاحب الحِكْمَةِ. وقد حَكَمَ: أي صار حَكِيمًا.. والحُكْمُ: العِلْمُ، والفقهُ، والقضاء بالعدل. قال تعرَاتِينَاهُ الحُكْمَ صَبِيحًا^(٥)، أي علماً وفقهاً))^(٦).

وفي تاج العروس: ((الحُكْمُ بِالضَّمِّ: القَضَاءُ) في الشَّيْءِ بأنه كِذَاءٌ، أو لَيْسَ
بِكَذَاءٍ، سواءً لَزِمَ ذَلِكَ غَيْرُهُ أمْ لا، هذا قول أهل اللغة، وخصَّصَ بعضهم فقال:

القضاء بالعدل))^(١).

إذن الحكم في اللغة: يأتي لمعاني: العلم، والحكمة، والقضاء، وهذا المعنى
الأخير هو المتفق مع مضمون بحثور حول بيان حكم الشرع والقانون
وقضائهما فيما يتعلق بالشرط الجعلي.

وأما بالنسبة لتعريف الحكم في اصطلاح الأصوليين:

فإن التعاريف التي وردت في كتب الأصول لا تخرج في مضمونها عن ثلاثة

وهي:

جاء في المستصفي: ((الحكم عندنا عبارة عن خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال
المكلفين))^(٢).

وفي المحصول: ((إنه الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء أو

التخيير))^(٣).

وفي إرشاد الفحول: ((هو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء، أو

التخيير، أو الوضع))^(٤).

وإذا نظرنا إلى هذه التعاريف الثلاثة نرى أن التعريف الأول ناقص؛ لأن قوله

تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾^(٢٨)، خَطَابٌ يَتَعَلَّقُ بِأَفْعَالِ الْمَكْلُوفِينَ وَلَيْسَ فِيهِ
أَي حُكْمٍ بِالِاتِّفَاقِ.

أما التعريف الثاني والثالث فمفهومهما واحد، وينفقان على أن خطاب الوضع

جزء من الحكم الشرعي، إلا أن أصحاب التعريف الثاني يكتفون بدخوله ضمناً؛

لكون خطاب الوضع معرفاً للحكم التكليفي سواء كان سبباً، أو شرطاً، أو مانعاً فلا

داعي لذكره صراحة، وأصحاب التعريف الثالث يفضلون ذكره صراحة وهو

المختار؛ لأن في زيادة اللفظ زيادة المعنى، ومع هذا يبقى التعريف ناقصاً؛ لأن

الحكم لا يؤخذ من أي خطاب كما ورد في التعريف؛ وإنما يؤخذ من خطاب

الشارع فقط.

فالتعريف المختار للحكم هو: خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء، أو التخيير، أو الوضع.

فقولنا خطاب الشارع احتراز عن خطاب غيره الذي لا يؤخذ منه أي حكم،

وقولنا المتعلق بأفعال المكلفين احتراز عن الخطاب المتعلق بذاته تعالى،

والجمادات، وذوات المكلفين، وقولنا بالافتضاء، أو التخيير، أو الوضع، احتراز

عن قوله **وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ** ﴿٢٩﴾، فإنه خطاب يتعلق بأفعال العباد

على وجه الإخبار عنها بكونها مخلوقة، وليس على وجه الافتضاء، أو التخيير، أو

الوضع.

إذن فالمقصود بالحكم في بحثنا هذا هو بيان حكم الشروط الجعلية التي

يشترطها العاقدان، من جهة الحل والحرمة، والصحة والفساد، وما يترتب على

هذه الشروط من أحكام وآثار.

المطلب الرابع

تعريف الأثر

والأثر في اللغة: جاء في لسان العرب: ((..(أثر) الأثر بقية

الشيء.. وخرجت في أثره، وفي أثره: أي بعده... والأثر بالتحريك: ما بقي من

رسم الشيء، والتأثير: إبقاء الأثر في الشيء... وأثر في الشيء: ترك فيه أثراً.

والآثار: الأعلام، والأثيرة من الدواب: العظيمة الأثر في الأرض بخفها أو

حافرها... والأثرة بالضم: أن يسحى باطن خف البعير بحديدة ليقتص

أثره... الأثر: الأجل، وسمي به لأنه يتبع العمر... وسنن النبي (ﷺ): آثاره...

وأثرة العلم: بقية منه تؤثر... والأثرة، والمأثرة، والمأثرة بفتح الشاء وضمها:

المكئنها تؤثر، أي تذكر... وأثر السيف: ضربته، وأثر الجرح: أثره يبقى

بعدما يبرأ)) (١).

وفي القاموس المحيط: ((الأثر محرّكة: بقية الشيء ج: آثار... وخرج في ا

أثره، وأثره: بعده. واثّره، وتأثره: تبع أثره. وأثر فيه تأثيراً: ترك فيه أثراً.

والآثار: الأعلام... والأثرة بالضم: أثر الجراح يبقى بعد البرء... والأثرة بالضم:

المكرمة المورثة، كالمأثر العلم تؤثر... والأثيرة: الدابة

العظيمة الأثر في الأرض بحافرها)) (١).

وفي كتاب العين: ((الأثر: بقية ما ترى من كل شيء، وما لا يرى بعد ما يُبقي عَلة... وأثر الحديث: أن يؤثره قوم عن قوم)) (٢).

إذن الأثر في اللغة وكمن التعاريف السابقة: يطلق على ما يبقى من

الشيء، سواء كان هذا الأثر حسيا أم معنويا، فالحسي كما في آلاقدام

والمحسوسات، والمعنوي كما في آثار الأخلاق والعادات.

والفرق بين الأثر والعلامة: أن أثر الشيء يكون بعده، وعلامته تكون قبله،

تقول: آثار الأقدام، وعلامات الساعة (٣).

وأما بالنسبة لتعريف الأثر في الإصطلاح فتعريفه يختلف باختلاف

موضوعه:

فالأثر في اصطلاح أهل الحديث: يطلق على المروى مطلقا سواء كان عن

رسول الله (ﷺ) أو عن صحابي، وقال الفقهاء الخراسيون الأثر: هو ما يضاف

إلى الصحابي موقوفا عليه (٤).

وفي إصطلاح الفقه الجنائي: هو كل شيء يعثر عليه المحقق الجنائي في

مسرح الحادث، أو يشاهده بمم المجني عليه، أو المتهم، أو أي شيء

يضبط بمسرح الحادث يساعد على كشف الحقيقة (٥).

والأثر في إصطلاح نقه وهو الذي نحن بصددده: فبالرغم من أنني لم

أقف على تعريف له في كتب الفقه، إلا أن معناه الإصطلاحي لا يخرج عن معناه

اللغوي الذي ذكرناه آنفا.

فالمقبأثر الحكم، أو العقد، أو التصرف في إصطلاح الفقهاء: هو ما

يخلفه هذا الحكم، أو العقد، أو التصرف، أو ما يترتب عليه من تبعات والتزامات

مادية ومعنوية، فيترتب على عقد البيع مثلا تملك المشتري للمبيع، وتملك البائع

للثمن، ويترتب على عقد الزواج مثلا حل إسئتماع كل من الزوجين بالآخر،

وثبوت التوارث بينهما، ووجوب النفقة على الزوج وما إلى ذلك.

وهذه الآثار إن ترتبت وتحققت في أي عقد سمي هذا العقد بالعقد النافذ، وإن لم تتحقق لتخلف شرط من شروط النفاذ سمي هذا العقد بالعقد الموقوف، وفي هذه الحالة تبقى هذه الآثار معلقة على تحقق شرط فإن تحققت ترتبت الآثار

وإلا أعتبر العقد فاسدا.

ومن خلال ذلك يتبين لنا بأن المقصر الشرط الجعلي: هو ما يترتب على الشروط التي يشترطها العاقدان أو أحدهما من تبعات والتزامات مادية ومعنوية في جميع أحوال العقد، سواء في حال التنفيذ، أو الإلغاء، مع بيان مدى

تأثير هذه الشروط في العقد.

المطلب الخامس

تعريف العقد

العقد في اللغة: جاء في لسان العرب: ((عقد) العقد نقيض الحل... وعقد العهد واليمين... أكدهما... وعقدت الحبل، والبيع والعهد فانهقد: وهي أوكد العهود، ويقال: عهدت إلى فلان.. وتأويله: ألزمته ذلك. فإذا قلت: عاقدته، أو عقدت عليه، فتأويله: أنك ألزمته ذلك باستيثاق.. والعقيد: الحليف... وعقدة اللسان: ما غلظ منه... وعقدة كل شيء: إبرامه.. وتعد الإخاء: استحكم.. العقدة عند العرب: الحائط الكثير النخل... وكان الرجل إذا اتخذ ذلك فقد أحكم أمره عند نفسه واستوثق منه، ثم صيروا كل شيء يستوثق الرجل به لنفسه ويعتمد عليه

عقدة))^(١).

وفي تاج العروس: ((عقد: (عقد الحبل والبيع والعهد يعقده) .. (شدة) والذي صرح به أئمة الاشتقاق: أن أصل العقد نقيض الحل، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات، والعقود وغيرها، ثم استعمل في اعتقاد الجازم... والعقد

بفتح فسكون) الضمان (والعهد) جمع: العقود .. (و) العقد (الجمل المؤتق الظهر) ... (و) العدة (من النكاح، وكل شيء) كالبيع ونحوه (وجوبه) قال الفرسي: هو

من الشد والربط))^(٢).

وفي القاموس المحيط: ((عَدَّ الحَبْلَ، والبَيْعَ، وادَّ يَعِدُهُ : شَدَّهُ... والعَقْدُ: الضَّمَانُ، والمُؤْتَقُ الظُّهْرُ... وتعاقَدُوا: تعاھدُوا... وتَحَلَّلتْ عَقْدُهُ :

سَكَنَ غَضِبُهُ))^(٤١).

وجميع هذه التعاريف متفقة على أن كلمة العقد بجميع مشتقاتها تأتي لمعنى

الربط بين شئين بصورة موثقة ومؤكدة، أو الجزم، والتوثيق والتأكيد في الشيء

ومن الشيء، يؤكد ذلكاء في معجم مقاييس اللغة بأن: ((عقد) العين، والقاف،

والدال، أصل واحد يدل على شد، وشدّة وتوق، وإليه ترجع فروع الباب

((٤١))

وهذا هو عين المقصود بكلمة العقد في با، فعقد الزواج: يعني الربط

بين إرادتين بصورة موثقة وجازمة، وإلزام كل طرف من طرف العقد بما يترتب

على هذا الربط من حقوق وواجبات، ومن أجل ذلك سمي الله هذا العقد على وجه

الخصوص بالميثاق الغليظ حين قال: [وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى

نُصِّ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا]^(٤٢). فهو تأكيد لفظي وإصطلاحى يضاف إلى

معنى التوثيق والجزم المستوحاة أصلا من المعنى اللغوي لكلمة العقد.

العقد في الإصطلاح:

والعقد في إصطلاحها يأتي بمعنيين: أحدهما عام، والآخر خاص.

أما المعنى العام فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة

منفردة^(٤١)، أم بإرادتين^(٤٢)، وهو بهذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً.

أما المعنى الخاص فهو: عبارة عن إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين

بقبول الآخر على وجه يعتد به شرعا، ويثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه

الترام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر^(٤٣).

وأما العقد في اصطلاح القانوني: فقد عرفه القانون المدني في المادة ()

(بأنه: ((إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت

أثره في المعقود عليه))^(٤٤).

ويتفق التعريف القانوني مع التعريف الفقهي في أن العقد تصرف قانوني،

لابد فيه من توافق إرادتين، على إحداث أثر قانوني.

ويختلفان في: أن العقد عند الفقهاء له معنيان: أحدهما عام يشمل التصرفات التي تنشأ بإرادة مفردة أو بتطابق إرادتين. والآخر خاص: يطلق على التصرفات والإلتزامات التي تنشأ نتيجة تطابق إرادتين. أما في القانون ووفق التعريف الذي ذكرناه فإن فكلمة العقد تطلق في الثاني دون الأول، وهذا من جهة. ومن جهة أخرى يؤكد التعريف الفقهي على أن العقد يطلق على الارتباط الذي يتم على وجه يُعدُّ به شرعاً، ولا يُعدُّ بأي توافق يتم بوجه الشرعي. أما التعريف القانوني فلم ينطرق إلى هذا القيد، وبذلك يكون تعريف العقد عند القانونيين غير مانع من دخول العقد الباطل فيه^(٤٠).

المطلب السادس

تعريف الزواج

الزواج في اللغة: جاء في لسان العرب: ((الزَوْجُ خلاف الفرد. يقال: زَوْجٌ أو فرْدٌ... ابن سيده الزَّوْجُ: الفردُ الذي له قرينٌ... والأصل في الزَّوْجِ: الصَّنْفُ، والنوعُ من كل شيء، وكل شئئين مقترنين، شكلين كانا أو نقيضين فهما زوجان، وكل واحد منهما زوج، وقوله تعالى: [وَأَخْرَجْنَا مِنْ شَكْلِهِ أَزْوَاجًا]^(٤١). قال: معناه ألوان وأنواع من العذاب))^(٤٢).

وفي تاج العروس: ((و. (و) الزَّوْجُ (خلاف الفرد) يقال: زَوْجٌ أو فرْدٌ، كما يقال: شَفَعٌ أو وِتر (و) الزَّوْجُ: النَّمطُ... (و) زَوْجَ الشَّيْءِ بالشَّيْءِ، وزَوَّجَهُ إليه: قرَّنه. وفي التنزيل: [وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينًا]^(٤٣). أي (قرَّناهم). وقوله تعالى: [وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ]^(٤٤). وكل شئئين اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان))^(٤٥).

إذن فكلمة الزواج في اللغة: مشتقة من الزوج، والزوج خلاف الفرد، والأصناف والنوع من كل شئ، قال تعالى: [سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ مِمَّا تَتَّبَتُّ الْأَرْضُ]^(٤٦) أي الأصناف. وكل شئئين متشابهين كانا أو نقيضين فهما زوجان كل واحد منهما زوج، قال تعالى: [وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينًا]^(٤٧) أي قرَّناهم بهن، وليس في الجنة تزويج كتزويج الدنيا، وكذلك قوله: [أَخْرَجْنَا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَالزَّوْجَالَ يَعْْبُدُونَ]^(٤٨). أي قرَّناهم. والزوج

يطلق على البعل، والزوجة. قال الله تعالى: [وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ
الْجَنَّةَ] (١).

وسمي هذا العقد بعقد الزواج: لأنه يؤدي إلى إقتران الرجل بالمرأة
وتزويجهما بعد أن كانا فردين منفصلين.

وأما الزواج في الإصطلاح: فتعريف الفقهاء بمذاهبهم المختلفة تكاد تكون
واحدة لعقد الزواج، ومنها: جاء في الدر المختار للحنفية: ((هو) عقد يفيد ملك
المتعنة) أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي)) (١).
وفي إرشاد السالك للملكية: ((عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم، مجوسية، وغير
أمة، كتابية، بصيغة لقادر مدأو راج نسلًا)) (٥٦). وفي أسنى المطالب
للشافعية: ((شرعا عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح، أو تزويج، أو
ترجمته)) (٥٧). وفي شرح منتهى الإرادات للحنابلة: ((النكاح شرعا حقيقة في عقد
التزويج)) (١).

فجميع هذه التعاريف التي وردت في تعريف الزواج عند الفقهاء، بإستثناء
تعريف المالكية قاصرة عن بلوغ وإدراك المعنى الحقيقي لهذا العقد الذي سماه الله
بالميثاق الغليظ، وعن بيان مقاصده وأبعاده، حيث تحصر هذه التعاريف معنى
وغاية العقد في إباحة الوطء والإستمتاع الجسدي دون النظر إلى الأبعاد والغايات
الأخرى.

وأما تعريف المالكية فهو أوسع من بقية التعاريف؛ فيه الإشارة إلى
بعض أهداف وغايات الزواج ومنها إشباع الغريزة الجسدية، ودوام النسل.
وأما بالنسبة لتعريف الزواج في القانون:

فقد عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي عقد الزواج في مادة (٣) الفقرة
(١) منه بأنه: ((الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة
للحياة المشتركة والنسل)).

وقد تم تعديل هذه الفقرة بموجب قانون رقم () لسنة (٢٠٠٨) على النحو

التالي:

((الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة، يحل به كل منهما للأخر شرعاً،
غايته تكوين الأسرة على أسس: المودة، والرحمة، والمسؤولية المشتركة طبقاً
لأحكام هذا القانون)).

وهذا التعريف قريب من تعريف المالكية، وهو أدق وأوسع من بقية
التعاريف التي وردت في كتب الفقهاء، حيث ينص على بعض الأركان الأساسية
لإباحة العقد كحل الزوجين لبعضهما، كما ينص على غايات ومقاصد عقد الزواج
كبناء الحياة النسل، فهاتان الغايتان تتضمنان إباحة الوطاء وأكثر؛
لأن إباحة الوطاء تدخل ضمناً في دوام النسل، حيث لا تناسل دون الوطاء، إلا أن
التناسل الذي به دوام الحياة، وإستمرار الحضارات، وبقاء الأمم، أسمى من مجرد
إباحة الوطاء التي تحصر الغاية في مجرد إشباع الغريزة الجسدية.

المبحث الثاني

أقسام الشرط

ينقسم الشرط بإعتبارات عدة إلى عدة أقسام، وسوف نخصص لكل من هذه الإعتبارات والأقسام مطلباً، وأهم الإعتبارات التي تؤخذ بنظر الإعتبار في تقسيم

الشرط هي:

المطلب الأول

الشرط بإعتبار مصدر إشتراطه

الشرط بإعتبار مصدر إشتراطه ينقسم إلى ستة أقسام هي:

١- الشرط العقلي: وهو الشرط الذي يعود مصدر إشتراطه إلى العقل، بحيث

يستلزم العقل ضرورة وجوده لتحقيق المشروط، مثل شرط الحياة للزواج، فإن

العقل هو الذي يحكم بضرورة كون الشخص حياً إذا أراد الزواج أو إبرام أي عقد

آخر، إذ الأموات والجمادات لا يتوقع منهم صدور مثل هذه الإرادات والتصرفات.

٢- الشرط الشرعي أو القانوني: وهو الشرط الذي يعود مصدر إشتراطه إلى

الشرع أو القانون، بحيث يستلزم الشرع أو القانون ضرورة وجوده لتحقيق

المشروط، مثل شرط إتحاد الدين في الزواج بمسلمة، فإن الشرع هو الذي يحكم

الزواج إذا أراد الزواج من مسلمة، فإن لم يكن مسلماً بطل الزواج

والشرط الشرعي يكون على ضربين:

أ - ما كان راجعاً إلى خطاب التكليف: كالنية في جميع العبادات، والطهارة في الصلاة.

ب - ما كان راجعاً خطاب الوضع: كالعمد في الصاص، والحول في الزكاة، والحرز في القطع.

والشرط الشرعي بالنسبة لتعلقه بالحكم وتأثيره عليه:

أ- إما أن يكون شرطاً للوجوب: كالبلوغ لوجوب الصلاة، والتوقان وتيقن الوقوع في

المعصية مع وجود الباءة لوجوب الزواج.

ب- وإما أن يكون شرطاً للصحة: كالطهارة لصحة الصلاة، والإشهاد لصحة عقد الزواج.

ت- وإما أن يبي شرطاً للإنعقاد: كالأهلية لصلاحية التصرف.

ث- وإما أن يكون شرطاً للزوم: كخلو العقد من التغرير شرط للزوم.

ج- وإما أن يكون شرطاً للنفاد: كاشتراط الولاية لنفاد التصرف.

٣- الشرط اللغوي: وهو الشرط الذي يعود مصدر اشتراطه إلى أصل اللغة، وهو

مثل قول الشخص: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن أهل اللغة وضعوا هذا

التركيب ليدل على أنه ما دخلت عليه أداة الشرط هو الشرط، والمعلق عليه هو

الجزاء، فإن دخلت المرأة الدار وقع الطلاق.

٤- الشرط العادي: وهو الشرط الذي يعود مصدر اشتراطه إلى عادات الناس،

كالسلم لصعود السطح، فإن العادة قاضية بأن لا يوجد الصعود إلا بوجود السلم

أو نحوه، مما يقوم مقامه (١).

٥- الشرط العرفي: وهو الشرط الذي يعود مصدر اشتراطه إلى أعراف الناس،

ونقائدهم الإجتماعية، وما ألفوه من قول أو فعل، ومن أمثلة ذلك جريان العرف

بتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل بنسبة يختلف مقدارها من بلد إلى آخر.

٦- الشرط الجعلي: وهو الشرط الذي يعود مصدر اشتراطه إلى إرادة العاقدين أو

أحدهما، وليس له أصل شرعي أو عرفي، كاشتراط المرأة عدم التزوج عليها، أو

تفويض الطلاق إليها وما إلى ذلك.

وبناء على هذا التعريف والتعاريف السابقة، فإن للشرط الجعلي خصائص

تميزه عن غيره من الشروط، ومن أبرز هذه الخصائص:

١- إنه أمر عارض زائد على أصل العقد: أي أنه أمر عارض يدخل على العقد بعد

تكوينه، فهو ليس له علاقة بصلب العقد، كاشتراط المرأة بقائها في الوظيفة بعد

الزواج، فهذا الشرط لا يعد من أركان العقد ولا من شروطه، بل هو شرط إضافي

في العقد.

٢- إنه متبأمر في المستقبل: أي أن المشروط شيء يطلب الإلتزام به مستقبلاً بعد

انعقاد العقد، سواء كان موجوداً في الحال وطلب العاقد بقاءه مستقبلاً كاشتراط

المرأة إتمام دراستها بعد الزواج، أو كان غير موجود حالاً وطلب العاقد حصوله مستقبلاً، كإشتراط المرأة كون الطلاق بيدها بعد العقد، أو عدم حصوله في المستقبل كإشتراط المرأة عدم التزوج عليها مستقبلاً، أما إذا اقترن وجود الشرط بأمر ماضٍ أو بأمر متحقق بالفعل من وقت توافر السبب المنشئ للإلتزام، فإن هذا الأمر لا يعتبر شرطاً، ولا يعتبر الإلتزام بالتالي إلتزاماً مشروطاً، وإنما يعتبر

إلتزاماً منجزاً.

٣- إنه أمر معدوم محتمل الوقوع: والعبارة بإحتمال الوقوع أو عدمه إنما يكون بوقت نشوء الإلتزام، فإذا كان الشرط ممكن التحقق وقت نشوء الإلتزام، فإنه يكون صحيحاً حتى ولو أصبح غير ممكن بعد ذلك، وإذا كان غير ممكن وقت نشوء الإلتزام فإن الشرط يكون باطلاً حتى ولو صار ممكناً بعد ذلك.

٤- إنه متعلق بأمر مشروع: فيجب أن لا يخالف الشرط حكماً شرعياً، كما يجب أن لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد، كإشتراط الرجل على المرأة قطع صلتهما بأقاربها بعد الزواج، فهذا الشرط مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية كما أنه مخالف لمقتضى العقد وإحلاسية التي تكمن في توطيد وتوثيق العلاقات الإجتماعية والأسرية (١).

المطلب الثاني

الشرط بإعتبار زمن إشتراطه

والشرط بإعتبار وقت إشتراطه ينقسم إلى ثلاثة أقسام هي:

القسم الأول: الشرط السابق على العقد: وهو الشرط الذي يتم الاتفاق عليه قبل العقد، ولا يذكر في أثناء العقد.

القسم الثاني: الشرط المقترن بالعقد: وهو الشرط الذي يذكر في أثناء العقد، وهو التزام جلي العقد ينشئه العاقدان بلفظ: بشرط كذا، أو على أن

يكون كذا.

القسم الثالث الشرط اللاحق للعقد: وهو الشرط الذي يتم الاتفاق عليه بعد إبرام العقد وإتمامه (٢).

وعلى الراجح من أقوال الفقهاء فإن جميع هذه الشروط بغض النظر عن زمن

إشراطها تدخل في إطار الشروط الملزمة التي يجب على العاقدين أن يلتزموا بها:

جاء في البحر الرائق للحنفية: ((الشرط اللاحق ياتحق بأصل العقد... وأن

الصحيح أنه لا يشترطه مجلس العقد))^(٦٢). وفي الفتاوى الكبرى لابن

تيمية: ((الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له في ظاهر مذهب فقهاء

الحديث أحمد وغيره، ومذهب أهل المدينة وغيره، وهو قول في مذهب

الشافعي))^(٦٣). وفي إعمّ الموقعين لابن القيم^(٦٤): ((لا فرق بين الشرط المتقدم

والشرط المتقدم لم تزل بتقدمه وإسلافه بل مفسدته مقارنا

كمفسدته متقدما))^(٦٥). وفي كتاب النكت للحنابلة: ((الشرط المتقدم على العقد هل

هو بمنزلة المقارن وهذا بناء صحيح))^(٦٦).

ولكن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم من يأخذ بنظر الإعتبار إلا

الشروط التي يتم ذكرهون في وثيقة الزواج أيضا، وقد نصت على

ذلك الفقرة (٣) من المادة (٣) ونصها: ((٣- الشروط المشروعة التي تشترط

ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها)).

وهذا في نظري قصور في القانون لأن هذه الشروط تحقق رغبات ومصالح

العاقدين، وقد إتفق الطرفان على الإلتزام بها، وهي لا تخالبا شرعيا ولا

نظاما عاما، وزمن الإشتراط لا يشكل عائقا؛ لأن أغلب الحقوق المترتبة على عقد

الزواج، والتي نص الشارع على إعتبارها، يمكن المساومة عليها، بالتنازل عنها،

أو الإضافة إليها برضى العاقدين سواء تم الإتفاق عليها قبل العقد، أو في أثناءه،

أو بعد العقد، لذا لا أرى مانعا من تمكين العاقدين من إضافة الشروط التي غفلا

عن ذكرها في أثناء العقد ويرغبان في إضافتها لاحقا.

المطلب الثالث

الشرط بإعتبار التأثير في العقد

والشرط بهذا الإعتبار ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- شرط التعليق: وهو الشرط الذي يتوقف إبرام العقد على تحققه، فإذا تحقق

الشرط انعقد العقد وإن لم يتحقق لم ينعقد العقد، ولا يكون العقد معلقاً إلا إذا تحقق

شرطان أساسيان:

أ- يجب أن يكون الشرط المعلق عليه غير موجود وقت التعاقد فإن كان

موجوداً فإن التعليق عندئذ يكون صورياً والعقد منجزاً.

ب- أن يكون الشيء المعلق عليه مستحيلاً وإلا كان العقد باطلاً.

والتعليق إما أن يكون بكلمة الشرط: ك (إن، وإذا، ومتى، ومتى، وكلما، أو

بدلالة كلمة الشرط.

وهذا النوع من الشرط هو ما يسمى في القانون بالشرط الواف (٦٧). وهو

يتنافى ومقتضى عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة ولهذا يكون حكم الزواج

المعلق على شرط هو البطلان (٦٨).

٢- شرط الإضافة: وهو الشرط الذي يتم بموجبه إضافة العقد وتأخير

سريان أحكامه إلى زمن مستقبل (٦٩).

وهذا الشرط أيضاً يتنافى مع عقد الزواج؛ لأن عقد الزواج كما قلنا عقد

منجز يوجب تمليك الاستمتاع في الحال، فلو قر الخاطب: تزوجت ابنتك

غداً أو بعد ثلاثة أشهر، ثم يقول الأب قبلت، فإن مثل هذه الصيغة لا تعدو أن

تكون وعداً بالزواج، ولا ينعقد بها الزواج لافي الحال ولا عند حلول الزمن

المضاف إليه (٧٠).

وقد إتفق الفقهاء على بطلان عقد الزواج إذا تم تعليقه على شرط، أو أضيف

انعقاده إلى زمن مستقبل.

جاء في الدر المختار للحنفية: ((وإنكاح لا يصح تعليقه بالشرط)

كتزوجتك إن رضي أبي، لم ينعقد عليقه بالخطر ... (ولا إضافته إلى

المستقبل) كتزوجتك غداً أو بعد غد)) (٧١). وفي المدونة للمالكية: ((قلت: رأيت إذا

أمة بإذن ولي بصداق قد سماه تزوجها إلى أشهر أو سنة، أو سنتين

أصلح هذا النكاح؟ قال: قال مالك: هذا النكاح باطل إذا تزوجها إلى أجل من

أجل فهذا النكاح باطل)) (٧٢). وفي مغني المحتاج للشافعية: ((يشترط كون النكاح

منجزا وحينئذ (لا يصح تعليقه) ك إذا طلعت الشمس فقد زوجتك بنتي))^(١).
وفي شرح منتهى الإرادات للحنابلة: ((وكذا إن وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها
لأن كاح لا يصح تعليقه))^(٢٤). وفي المبدع لهم أيضاً: ((أو علق ابتداءه على
شرط كقوله: زوجتك إذا جاء رأس الشهر، أو إن رضيت أمها، فهذا كله باطل من
أصله))^(١).

ويتفق قانون المخصية مع رأي الفقهاء في ذلك وذلك في الفقرة
(هـ) من المادة (٦) والتي تنص على: ((أن يكون العقد غير معلق على شرط أو
حادثة غير محققة)).

٣- شرط التقييد: وهو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن
أصل مقتضاه، وغير موجود وقت التعاقد. وهذا النوع من الشرط لا يعيق سبيل
إنعقاد العقد، وإنما يقيد حكم العقد تقييداً، فيعدل آثاره الأصلية بإيجاب التزامات بين
الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً عن الشرط، ولذلك يسمى بشرط
التقييد، ويصاغ عادة ب (على أن) أو (على شرط أن) أو (بشرط أن).

وقد أطلق بعض الباحثين خطأ تسمية الشرط التعليقي على الشرط
وساوى بينهما في الحكم، ومن بينهم الأستاذ حسن علي الشاذلي الذي يقول في
ثنايا حديثه عن الشرط التعليقي: ((ويطلق عليه الشرط اللغوي نظراً لما احتوى
عليه من الشرط والجزاء، كما يطلق عليه الشرط الجعلي؛ لأن المكلف هو الذي
جعله شرطاً وعلق قيام العقد عليه))^(١).

وهذا خطأ بالطبع لأن الشرط الجعلي إنما سمي جعلياً باعتبار أن مصدر
إشتراطه يعود إلى إرادة العاقد، وما يشترطه العاقد يمكن أن يكون معلقاً للعقد، كما
يمكن أن يكون مقارناً له.

والفرق بين شرط التعليق والشرط الميكن في أنه: في حال شرط
التعليق: لا يوجد العقد ولا تترتب عليه آثاره إلا بعد تحقق الأمر الذي علق عليه
العقد. أما الشرط المقارن: فإن العقد يتم ويوجد وتترتب عليه أحكامه وآثاره منذ
إبرامه، وأثر الشرط يكون في ترتب أحكامه وآثاره، إن فلا يمكن إعتبار جميع
الشروط الجعلية التي يشترطها قبيل شرط التعليق، مما يترتب عليه

إلغائه شرعا وخصوصا في عقد الزواج الذي لا يقبل أي شرط من شروط

التعليق () .

المطلب الرابع

الشرط بإعتبار الحكم

والشرط بإعتبار حكمه ينقسم إلى ثلاثة أقسام هي:

١- الشرط الصحيح: وهو الشرط الذي يتوافر فيه أحد المعايير التالية:

أ- أن يكون مؤكداً لمقتضى العقد: وهذا الشرط زاده فقهاء الحنابلة، كأن تشترط

الزوجة على زوجها أن يكون والده ضامناً للمهر، أو يشترط هو أن تكون سالمة

من العيوب التي تمنع الاستمتاع.

ب- أن يكون ملائماً لمقتضى العقد: وهذا الشرط زاده فقهاء الحنفية وأجازوه

استحساناً، والقياس أنه فاسد، كما لو اشترط المقرض على المقرض رهنًا أو

كفيلاً لضمان سداد القرض.

ت- أن يكون موافقاً للعرف الصحيح: وهذا الشرط كالذي قبله زاده فقهاء الحنفية

وأجازوه استحساناً، فاسد، فالقاعدة عندهم: الثابت بالعرف ثابت بدليل

شرعي.

ث- أبالفا لنص أو دليل شرعي أو ما يسمى بالنظام العام في

الفانون^(٧٨): وهذا يشمل كل أمر لم يمنعه الشرع، ولا ينافي مقتضى الزواج،

كقبولها الزواج على أن تتم تعليمها، أو أن يكون أمر طلاقها بيدها تطلق نفسها

متى شأنت، وهكذا.

ج- أن يحقق مصالحاً، أو كليهما، أو للغير: كأن تشترط الزوجة إكمال

دراستها بعد الزواج.

٢- الشرط الفاسد: وهو اشتراط أمر محظور شرعاً كأن يكون الشرط منافياً لدليل

شرعي، أو لمقتضى العقد، أو ليس بملائم له، كأن يشترط الزوج في عقد الزواج

عدم الإنفاق على زوجته.

ر الفقهاء له أنواعاً منها: جاء في الفتاوى الهندية: ((الشرط الفاسد

وهو أنواع: منها شرط في وجوده غرر.. وأن يكون المشروط محظوراً... وشرط

ما لا يقتضيه العقد.. وليس بملائم للعقد.. ولا مما جرى به التعامل بين

الناس))^(٧٩). وفي الإختيار لتعليق المختار: ((أنه كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه
مضرة لأحدهما، أو ليس فيه من مضرة لأحد، أو فيه منفعة لغير
المتعاقدين))^(٨٠).

٣- الشرط المكروه: وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، كأن تشترط الزوجة

على زوجها ألا يتزوج عليها، أو أن لا يخرجها من بلدها، أو يسكنها فى بيت

أبيها، وهذا شرط مكروه لما فيه من الحجر على الزوج وتقييده بما لم يقيد به

الشارع، ولا يجب الوفاء به، وإنما يستحب فقط^(٨١).

المبحث الثالث

حكم الشرط الجعلي وأثره

نتحدث في هذا المبحث عن مدى شرعية الشرط الجعلي، ومذاهب الفقهاء في ذلك، بالإضافة إلى بيان مدى تأثير مثل هذه الشروط على عقد الزواج، وذلك من

خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

حكم الشرط الجعلي

اختلف الفقهاء في مدى شرعية الشرط الجعلي في عقد الزواج إلى ثلاثة

إتجاهات:

الإتجاه الأول: إتجاه المانعين: وفي مقدمتهم الظاهرية ويرى هؤلاء أنه لا

يجوز اشتراط أي شرط من قبل العاقدين، إلا ما ورد به نص من كتاب أو سنة؛

فالأصل في الشروط عندهم الحظر، إلا إذا ورد الدليل بإباحته، جاء في الأحكام

لإبن حزم الظاهري تحت عنوان: ((في استصحاب الحال وبطلان جميع العقود

والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله (ﷺ)

(() .

واستدل هؤلاء بجملة أدلة منها:

- قول: [اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ] () .

- وقوله تعالى: إِنَّكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْلَوْهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

الظالمون] () .

- وقوله تعالى: [مَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا

فِيهَا وَلَعَذَابٌ مُهِينٌ] () .

- وقوله (ﷺ): (أَمَّا بَعْدُ مَا بَالَ رِجَالٌ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ

اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شُرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شُرْطٍ، فَمَضَاءُ

اللَّهِ أَحَقُّ، وَشُرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ] () .

ويقول ابن حزم بعد سرده لهذه الأدلة: ((فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده؛ لأن العقود، والعهود، والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك))^(٨٧). ويقول في معرض رده على المخالفين الذين يرون إباحة هذه الشروط وإيجاب الإلتزام بها، إن هذه الشروط فيها أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً:

- إما أن يكون فيه إباحة ما حرم الله تعالى في القرآن أو على لسان رسول الله (ﷺ) فهذا عظيم لا يحل.
يكون التزم فيه تحريم ما أباحه الله تعالى في القرآن أو على لسان رسوله (ﷺ) فهذا عظيم لا يحل.

- وإما أن يكون التزم إسقاط ما أوجبه الله تعالى في القرآن أو على لسان رسول الله (ﷺ) فهذا عظيم لا يحل.

- وإما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه فهذا عظيم لا

ويرد ابن حزم جميع الأدلة التي استدل بها المخالفون جملة وتفصيلاً وينتهى إلى القول بأنه: ((فلما قام البرهان بكل ما ذكرنا، وجب أن كل عقد، أو شرط، أو عهد، أو نذر التزمه المرء فإنه ساقط مردود، ولا يلزمه منه شيء أصلاً، إلا أن يأتي نص أو إجماع على أن ذلك الشيء الذي بينه واسمه لازم له، فإن جاء نص أو إجماع بذلك لزمه، وإلا فلا، والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمنا إياه نص أو إجماع، فإن حكم حاكم بخلاف ما قلنا فسخ

الإتجاه الثاني: إتجاه المضيقين: وهم جماهير الحنفية، والمالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة: ويرى هؤلاء أن الأصل في العقود والشروط الخطر إلا ما ورد الشرع بإجازته، وما ورد الشرع بإجازته من الشروط هو ما كان مؤكداً لمقتضى العقد، أو ملائماً له، أو دل الدليل الشرعي على إجازته، أو وافق العرف الصحيح:

جاء في كتاب الأم للإمام الشافعي: ((أبطل رسول الله (ﷺ) كل شرط ليس

في كتاب الله جل ثناؤه، إذا كان في كتاب الله أو سنة رسول الله (ﷺ)

فإن قال قائل: ما الشرط للرجل على المرأة والمرأة على الرجل مما إبطاله

بالشرط خلاف لكتاب الله أو السنة أو أمر اجتمع الناس عليه؟ قيل له إن شاء الله

تعالى: أحل الله عزوجل للرجل أن ينكح أربعا وما ملكت يمينه، فإذا شرطت عليه

أن لا ينكح ولا يسرى، حظرت علع الله تعالى عليه... ولم يختلف أحد

علمته في أن له أن يخرجها من بلد إلى بلد، ويمنعها من الخروج، فإذا شرطت

عليه أن لا يمنعها من الخروج ولا يخرجها شرطت عليه إبطال مالعليها ... فإذا

شرط عليها أن لا ينفق عليها أبطل ما جعل لها، وأمر بعشرتها بالمعروف ولم يبيح

له ضربها إلا بحال، فإذا شرط عليها أن له أن يعاشرها كيف شاء وأن لا شيء

عليه فيما نال منها، فقد شرط أن له أن يأتي منها ما ليس له فبهذا أبطلنا هذه

الشروط وما في معناها))^(١).

واستدل هؤلاء بقصة بريرة المشهورة وهي: عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا

قَالَتْ: جَاءَتْنِي بَرِيرَةٌ، فَقَالَتْ: كَانَتْ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوْاقٍ فِي كُلِّ عَامٍ وَوَقِيَّةٌ

فَأَعْيَبَنِي، فَقُلْتُ: مَا لَهُمْ وَيَكُونُ وَكَاؤُكَ لِي فَعَلْتُ. فَذَهَبَتْ

بريرة إلى أهلها، فقالت لهم فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عند رسول الله

(ﷺ) جالسة، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم،

فسمع النبي (ﷺ) فأخبرت عائشة النبي (ﷺ) فقال: {خذيها وأشترطي لهم

الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق}. ففعلت عائشة، ثم قسول الله (ﷺ) في الناس

فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: {أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في

كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط

الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق...}}^(٢).

وله من هذا الحديث حجتان:

إحداهما: قوله: {ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل}. فكل شرط

ليس في القرآن، ولا في الحديث، ولا في الإجماع، ولا في القياس فهو شرط

باطل.

ثانيهما: قولها: **بِوَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ**}. وهم يقيسون جميع الشروط

التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء؛ لأن العلة فيه كونه مخالفا لمقتضى العقد، لأن العقود مشروعة على وجه، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير

للمشروع.

الإتجاه الثالث: مدرسة الموسعين وهم الحنابلة: وهم يرون بأن الأصل في

العقود والشروط الإباحة إلا ما ورد الدليل الشرعي بحظره وإبطاله، ومذهب

الحنابلة منب توسعا في هذا الباب، وخاصة في باب النكاح، تمسكا

بقول النبي (ﷺ): **(أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفَّاءَ بِهِ مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)** (١).

جاء في الكافي للحنابلة: **((باب الشروط في النكاح وهي قسمان:**

وفاسد، فالصحيح نوعان: أحدهما: شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه،

وتمكينه من استمتاعها، فهذا لا يؤثر في العقد، ووجوده كعمه. والثاني: شرط ما

أه، كزيادة على مهرها معلومة، أو نقد معين، أو أن لا يتزوج عليها

ولا يتسرى، أو لا يسافر بها ولا ينقلها عن دارها ولا بلدها، فهذا صحيح يلزم

الوفاء به... ولأنه شرط لها فيه نفع ومقصود لا ينافي مقصود النكاح فصح

كالزيادة في المهر، فإن لم يف به فلها فسخ النكاح؛ لأنه شرط لازم في عقد فثبت

حق الفسخ بفواته)) (١).

وفي مجموع الفتاوى لابن تيمية: ((ويجوز أحمد أيضا في النكاح عامة

الشروط التي للمشترط فيها غرض صحيح، لما في الصحيحين عن النبي (ﷺ):

«أَسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ» (١٩٤). ومن قال بهذا الحديث قال

إنه يقتضى أن الشروط في النكاح أؤكد منها فبيع والإجارة... فيجوز أحمد أن

تشرط المرأة ما يملكه الزوج بالإطلاق، فتشترط أن لا تسافر معه، ولا تنتقل من

دارها، وتزداد على ما يملكه بالإطلاق، فتشترط أن تكون مخرجة به فلا يتزوج

عليها، ويشترط كل واحد في الآخر صفة مقصودة كاليسار، والجمال

ونحو ذلك، ويملك الفسخ بفواته)) (٢).

وفي إعلام الموقعين لابن القيم: ((الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما

أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح فإن الحكم يبطلانها حكم

بالتحريم والتأنيب، ومعلوم ألا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأنيب إلا ما
أثم الله ورسوله به فاعله))^(٩٦).

واستدل هؤلاء بجملة أدلة منها:

- ما جاء في الكتاب والسنة من الأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق

والعقود... والنهي للغدر ونقض العهود والخيانة... فإذا كان الشارع قد أمر
بمقصود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة، فمن الآيات:

- قوله تعالى آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ^(٩٧). وهذه الشروط التي

يشترطها أحد المتعاقدين على الآخر هي من جملة العقود التي أمر الله تعالى

بالوفاء بها وحث عليها.

- وقوله تعالى: [وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا]^(٩٨). وهذه الشروط

نوع من العهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه فالواجب أن يوفي به وإلا لعرض

نفسه للسؤال يوم القيامة.

- وقوله تعالى: [وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ

تَوْكِيدِهَا]^(٩٩).

- وقوله تعالى: [وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ]^(١٠٠).

ومن الأحاديث:

- قوله (III): {أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تَوْفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَّمْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ}^(١٠١).

- قوله (IV): {قَالَ اللَّهُ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ}. وذكر في مقدمتهم:

{رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ}^(١٠٢). فذم الغادر وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فقد
غدر.

- قوله (V): {مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أَبْرَتَ^(١٠٣) فَتَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ

الْمُبْتَاعُ}^(١٠٤).

- قوله (VI): {الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ}^(١٠٥).

- وروي أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها فخاصموه إلى

عمر فقال: (لها شرطها). فقال الرجل: إذا يطلقنا. فقال عمر: (مقاطع الحقوق

عند الشروط، ولك ما شرطت)^(١٠٦).

- واستدلوا من المعقول بجملة أدلة منها:

- جميع هذه النصوص والآثار وغيرها تؤكد على الأمر بالوفاء بالعهود، والشروط، والمواثيق، والأمين، ورعاية ذلك. والنهي عن الغدر، ونقض العهود، وتشديد على من يفعل ذلك. ولو كان الاصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً وبذم من نقضها وغدر مطلقاً.

- العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان: الأصل فيها عدم التحريم.. وإذا لم يكن حراماً لم تكن فاسدة وكانت صحيحة.

- ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس الا والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه.. وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم. فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالاً وإما عفواً، كالأعيان التي لم تحرم.

- إذا حرمت العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله، ولم يأذن به، فلا يشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا يحرم عادة إلا بتحريم الله^(١٠٨).

والراجع من هذه الآراء والله أعلم هو الرأي الثالث والذي يرى أن الأصل في الشروط في العقود هو الإباحة، فللمشترط أن يوجب بالشرط ما لن واجباً بدونه، أو يمنع ما لم يكن ممنوعاً بدونه، والمشترط بذلك لا يحرم حلالاً، ولا يحل حراماً، ولا يخالف قوله (III): (مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ أَتَا شَرْطٌ)^(١٠٨). فالمقصود بما ليس في كتاب الله في الحديث هو ما يخالف كتاب الله ويناقضه، فإن كان كذلك ثبت الشرع وسقط الشرط^(١٠٩).

وبالنسبة للشروط التي يمكن اشتراطها في عقد الزواج بموجب هذا الرأي

- اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها الحق في التطلق نفسها.

- اشتراط الزوج بقاء زوجته في بيت الزوجية وأن لا تخرج منه إلا بإذنه.

- اشتراط الزوجة على زوجها أن تعمل بوظيفة بعد الزواج .
- اشتراط الزوجة السفر إلى بلد أجنبي بميرر شرعي وبرفقة محرم .
- اشتراط بخصوص الصداق من حيث القيمة من حيث التأجيل و التعجيل ومكان

- اشتراط الزوجة التعويض لها في حال الطلاق .

- اشتراط الزوجة على زوجها ملكيتها أثاث منزل الزوجية في حالة الطلاق .

- اشتراط الزوجة عدم التزوج عليها .

وأما بالنسبة لموقف القانون من الشرط الجعلي :

فقد أخذ القانون بالرأي الثالث وهو رأي الموسعين الذين يرون بأن الأصل

في العقود والشروط الإباحة إلا ما ورد الدليل الشرعي بحظره وإبطاله، يظهر

ذلك من خلال نص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي :

١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو يكون جارياً به العرف

والعادة.

٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين، أو للغير، إذا لم يكن ممنوعاً

قانوناً، أو مخالفاً للنظام العام، أو للآداب، وإلغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن

الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً (١) .

كما تنص الفقرة (٣) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه :

٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد يجب الإيفاء بها .

وهذا النص أوضح في الدلالة من نص القانون المدني؛ من حيث إطلاقه

لإباحة جميع الشروط المشروعة، بخلاف نص القانون المدني وخصوصاً الفقرة

الأولى منه والذي يقيد مشروعية الشرط بضوابط مذهب المضيفين، مما يوهم بأن

المشرع القانوني قد أخذ بمذهبهم، مع أنه يصحح هذا الإيهام في الفقرة الثانية التي

تنص على إباحة جميع الشروط التي تعود بالنفع لأحد العاقدين أو للغير، ما لم

يخالف الشرط دليلاً شرعياً، فكان من الأولى الاستغناء عن الفقرة الأولى الذي

يخلق هذا الإيهام دون أدنى إضافة، والإكتفاء بالفقرة الثانية التي تفيد الغرض

وتتفق مع نص المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية، ومع مراد المشرع

أصلاً.

المطلب الثاني

أثر الشرط الجعلى

سبق وأن قلنا في المبحث السابق أن عقد الزواج لا يقبل التعليق ولا الإضافة،

كما أنه لا يقبل الشروط الفاسدة التي تخالف دليلاً شرعياً، أو تناقضت مقتضى العقد

أو غاياته^(١١١)، وأن أي شرط يؤدي إلى ذلك يعتبر باطلاً.

وبخلاف ذلك فللعاقدين أن يشترطاً جميع الشروط التي يريانها مناسبة في عقد

الزواج، وعلى العاقدين أن يلتزموا بما اتفقا عليه.

والشروط التي تشترط في عقد الزواج يمكن تقسيمها إلى الأنواع التالية:

القسم الأول: شرط موافق لمقتضى عقد الزواج:

كأن تشترط الزوجة على زوجها: أن ينفق عليها، أو أن يقسم لها، أو ألا

يضرها، أو أن يعاشرها بمعروف، أو أن لا يهضم حقوقها، ومثل هذه الشروط

يجب الوفاء بها باتفاق الفقهاء.

جاء في بدائع الصنائع للحنفية: ((وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب

فساده، كما إذا اشترى بشرط أن يمتلك المبيع أو باع بشرط أن يمتلك الثمن...))

ونحو ذلك فالبيع جائز لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان

ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد^(١١٢). وفي

الفواكه الدواني للمالكية: ((ما يقتضيه العقد ولو لم يذكر، كشرط الإنفاق، أو

المبيت، فهذا إشرطه وعدمه بيان، أي لا يوقع في العقد خلا ولا يكره إشرطه،

ويح به ذكر أو ترك^(١١٣)). وفي الوسيط للشافعية: ((والأصل أن النكاح لا يفسد

بل شرط يوافق مقصوده كقوله: بشرط أن أنفق عليك، أو أجامعك^(١١٤)). وفي

شرح الكبير للحنابلة: ((باب الشروط في النكاح: وهو قسمان: صحيح لازم

للزوج فليس له فكه: كزيادة مهر، أو نقد معين، أو لا يخرجها من دارها، أو

بلدها، أو لا يتزوج عليها، أو لا يفرق بينها وبين أوبها، أو أولادها، أو أن ترضع ولدها، أو يطلق ضرتهى لم يف بما شرط كان لها الفسخ))^(١٠٦).

القسم الثاني: شرط مناف لمقتضى عقد الزواج: كأن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا يقسم لها، أو أن يؤثر عليها، أو أن لا ينفق عليها، أو أن لا توارث بينهما وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الشرط ومدى تأثيره على عقد الزواج على النحو

التالي:

فمذهب الحنفية: أن النكاح لا يتأثر بالشروط الفاسدة، بل يصح النكاح ويفسد الشرط، ويجب فيه مهر المثل. جاء في بدائع الصنائع: ((النكاح المؤبد الذي لا توقيه الشروط الفاسدة لما قلنا: إن الشروط لو أثرت لأثرت في المهر بفساد التسمية))^(١١٦). وفي تحفة الفقهاء: ((ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير، أو على طلاق ضرتهى، أو على العفو عن القصاص، أو على أن لا يخرجها من بلدها، ونحو ذلك فالنكاح صحيح، وبطلت التسمية، ويجب مهر المثل))^(١١٧).

ومذهب المالكية: يعتبر العقد فاسدا إذا لم يتم الدخول، وإذا تم الدخول يلغى الشرط ويعتبر الزواج صحيحا بمهر المثل: جاء في الشرح الكبير: ((..أو) وقع (على شرط يناقض) المقصود من العقد (كأن لا يقسم لها) في المبيت مع زوجة أخرى (أو) شرط أن (يؤثر عليها) غيرها كأن يجعل لضرتهى ليلتين ولها ليلة، أو شرط أن لانفقة معينة كل شهر أو يوم، أو أن نفقتها عليها وعلى أبيها، أو شرطت عليه أن ينفق على ولدها، أو على أن أمرها بيدها، أو شرطت زوجة الصغير أو السفية أو العبد أن نفقتها على الولي أو السد.. إن النكاح يفسخ في الجميع قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط كما قال (وألغى) الشرط المناقض بعد الدخول في جميع ما مر))^(١١٨).

وعند الشافعية: يفسد النكاح مطلقاً قبل الدخول أو بعده: جاء في الوسيط للشافعية: ((ويفسد بكل شرط يخل بمقصود البضع كقوله نكحت بشرط أن أطلق،

أو لا أجامع))^(١١٩).

وأما الحنابلة: فيصح النكاح عندهم ولكن يبطل الشرط: جاء في الشرح الكبير للحنابلة: ((إن شرط أنه لا مهر لها، ولا نفقة، أو يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى أو أقل، فالشرط باطل ويصح النكاح، وكذلك إن شرط أنه إن أصدقها رجع عليها، أو تشرط عليه أن لا يطأها، أو يعزل عنها، أو لا يكون عندها في الجمعة الاليلية، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تتفق عليه أو تعطيه شيئاً، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضاه، وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح، كما لو أسقط الشفيع شفيعه قبل البيع، أما العقد في نفسه فهو صحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد العقد لا يشترط ذكره ولا يجهل به فلم يبطله))^(١٢٠). وفي الروض لهم أيضاً: ((وإن شرط أن لا مهر لها، أو أن لا نفقة (لها)، أو شرط أن يقسم لها أقل من ضررتها، أو أكثر (منها) أو شرط فيه (أي في النكاح) خياراً أو (شرط) إن جاء بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما، أو شرطت أن يسافر بها، أو أن تستدعيه لوطء عند إرادتها، أو لا تسلمى مدة كذا ونحوه (بطل الشرط) لمنافاته مقتضى العقد وتضمنه إسقاط حقوق به قبل انعقاده (وصح النكاح) لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فيه))^(١٢١).

ويستثنى من هذا الخلاف حالة واحدة وهي ما إذا كان من شأن الشرط أن يدخل التأييد على عقد الزواج وذلك مثل أن يتزوجها ويشترط أن يطلقها بعد فترة معينة، فهذا شرط باطل ويسري بطلانه إلى عقد الزواج فيبطله لأنه يجعله في معنى الزواج المؤقت وهو زواج باطل في رأى عامة الفقهاء.

القسم الثالث: وهو الذي لا يناقض عقد الزواج ولا يقتضيه، وفيه مصلحة لأحد العاقدين: كأن تشرط الزوجة أن لا يتسرى عليها، أو لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا القسم على

النحو الآتي:

فالحنفية: لا يجيزون من الشروط إلا ما كان مؤكداً لمقتضى العقد، أو موافقاً له، أو ورد به الشرع، أو جرى به العرف، فإن لم يكن كذلك اعتبر الشرط فاسداً

والعقد صحيحاً.

وأما المالكية: فمثل هذا الشرط مكروه عندهم إلا أنه لا يؤثر في عقد الزواج، ويستحباء به، ولكن لا يجب. جاء في الشرح الكبير: ((المكروه وهو ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كأن لا يتسرى عليها أو يتزوج عليها أو لا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها فلا يفسخ قبل ولا بعد ولا يلزم الوفاء به وإنما يستحب، وإنما كره لما فيه من التحجير))^(١٢١).

وأما الشافعية: فيعتبرون مثل هذا الشرط بلا ولكنه لا يفسد النكاح، بل يؤثر في فيفسده ويوجب مهر المثل: جاء في المجموع للشافعية: ((وان شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط لانه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو تمتاع))^(١٢٢). وفيه أيضا: ((وان تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها، أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق فأبطله، ويجب مهر المثل))^(١٢٤). وفي الوسيط لهم أيضا: ((وأما الذي لا يخل بالمقصود ولكن يتعلق به غرض مقصود ويؤثر فيه كشرط أن لا يتسرى عليها وأن يمكنها من الخروج متى شاعت أو لا يجمع بينها وبين ضررتها في مسكن أو لا يقسم لها فهذه أغراض مقصودة وكل غرض مقصود فهو عوض مضاف إلى الصداق أو مقابل له فيؤثر في إفساد الصداق لا في إفساد النكاح))^(١٢٥).

وأما الحنابلة: فعندهم يصح الشرط والعقد وجب الوفاء به: جاء في الشرح الكبير للحنابلة: ((..(الثاني) شرط ما تنتفع به المرأة كزيادة على مهرها أو نقد معين، فهو صحيح يجب الوفاء به كالثمن في ابيع، (مسئلة).. (فان شرط ان لا يخرجها من دارها أو بلدها، أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى، فهو صحيح لازم فان وفى به وإلا فلها الفسخ..))^(١٢٦).

خلاصة هذه المسألة والراجح فيها:

مروط التي توافق مقتضى عقد الزواج: إتفق الفقهاء على صحة هذه الشروط وعلى وجوب الإلتزام بها من قبل العاقدين.

الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج: إتفقوا على إلغاء جميع هذه الشروط، وأما بالنسبة لحكم العقد فذهب الحنفية والحنابلة إلى صحته، وذهب المالكية إلى صحته بعد الدخول وفساده قبل الدخول، وذهب الشافعية إلى فساد مطلقاً.

- الشروط التي لا تناقض ولا توافق مقتضى عقد الزواج، وفيه مصلحة لأحد العاقدين: وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الشرط فذهب الحنابلة إلى صحته ووجوب الإلتزام به، وثبت حق الفسخ وطلب إذا لم يلتزم به العاقد الآخر، وذهب المالكية إلى كراهته وإستحباب الوفاء به، وذهب الحنفية والشافعية إلى فساد الشرط والمهر وصحة العقد بمهر المثل.

والراجح من هذه الآراء والله أعلم:

هو رأي الحنابلة القاضي بأن أي شرط شرعي يتم الإتفاق عليه في إطار عقد الزواج سواء كان مؤكداً لمقتضى العقد، أو موافقاً له، أو ورد به الشرع، أو جرى به العرف، أو كان فيه مصلحة لأحد العاقدين أو للغير، ولا ينافي مقتضى عقد الزواج يعتبر شرطاً صحيحاً، ويجب الوفاء به، وإذا لم يلتزم به العاقد الآخر فيثبت للمشتراط حق طلب التفريق وفسخ العقد.

وأما إذا كان الشرط مناقضاً لمقتضى العقد فالأصل هو صحة العقد وبطلان الشرط. وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي فقرتين (٣-٤) من المادة ()

ونصهما:

شروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها.
٤- للزوجة لعقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج).

ولكن يؤخذ على القانون انه يعطي حق طلب التفريق للزوجة فقط إذا لم يف الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج، دون أن يعطي هذا الحق للزوج إذا لم تف الزوجة بما اشترط عليها، وهذا قصور وتناقض بين؛ لأن الفقرة الثالثة تلزم الطرفين بالوفاء بالشرط دون تمييز، وأما الفقرة الرابعة فتعطي حق طلب التفريق للزوجة فقط، وكأن من حق الزوجة أن لا تلتزم بشروط العقد دون أن تتحمل تبعات ذلك، وتبرير ذلك بإعطاء حق الطلاق للزوج تبرير واه؛ لأن إستعمال حق الطلاق له تبعات وأثار من قبيل المهر والنفقة وغيرها مصلحة الزوج، وأما

حق طلب التفريق فيقل من هذه الآثار والتبعات وخصوصاً إذا كانت الزوجة هي

المتسببة في ذلك.

لذا كان من الأجدر بالمشرع وتماشياً مع الفقرة الثالثة أن لا يميز بين

الحالتين، ويعطي هذا الحق للزوجين وأقترح أن يكون نص الفقرة كالآتي:

((للزوجين طلب التفريق عند عدم إيفاء أحدهما بما اشترط عليه ضمن عقد

الزواج)).

المطلب الثالث

الشرط الجعلي في قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول

العربية

نظراً لأهمية موضوع الشرط الجعلي فقد تطرق إليه غالبية قوانين الأحوال

الشخصية العربية، ولكن من رؤى مختلفة، وسوف نذكر في هذا المطلب نماذج من

تلك القوانين ورؤيتها لموضوع الشرط الجعلي وكالآتي:

قانون الأحوال الشخصية السوري المادة () :

١- إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي، أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً، كالشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا تمس حقوق

غيرها، ولا الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كان الشرط صحيحاً

ملزماً.

٣- وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة، أو

حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف

الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح^(١٠٠).

قانون الأحوال الشخصية الكويتي المادتان: (-) :

أ- إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد.

ب- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله، ولكن ينافي مقتضاه، أو كان محرماً شرعاً

بطل الشرط وصح العقد.

ج- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه، وليس محرماً شرعاً صح الشرط
ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ.

المادة :

يجب أن يكون الشرط مسجلاً في وثيقة العقد () .

قانون الأحوال الشخصية العماني المادة () :

أ - الأزواج شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

ب- إذا اقترن العقد بشرط ينافي غايته أو مقاصده فالشرط باطل والعقد صحيح.

ج- لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج.

د- للمتضرر من الزوجين عند الإخلال بالشرط حق طلب التتطبيق () .

قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المادة () :

١- الأزواج عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

٢- إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد.

٣- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه، أو كان محرماً شرعاً

بطل الشرط وصح العقد.

٤- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصمقتضاه، وليس محرماً شرعاً صح

الشرط ووجب الوفاء به، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ

الزواج، سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج، ويعفي الزوج من نفقة

العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة.

٥- إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفاً معيناً فتيين ختاناً للمشترط طلب

فسخ الزواج.

٦- لا يعتد عند الإنكار بأي شرط إلا إذا نص عليه كتابة في عقد الزواج الموثق.

٧- يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمناً، ويعتبر

في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذا

بالطلاق البائن () .

قانون الأسرة القطري المادة: () .

١- إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد.

٢- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه، أو كان محرماً شرعاً، بطل

الشرط و صح العقد .

٣- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً، صح الشرط

ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ () .
قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة () :

إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين، ولم يكن منافياً لمقاصد
الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، وسجل في وثيقة العقد وجبت

مراعاته وفقاً لما يلي:

أ- إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة

شرعاً ولا يمس حق الغير كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا
يتزوج عليها، أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاعت أو أن يسكنها في بلد

معين، كان الشرط مآماً، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة

ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

ب- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورة

شرعاً كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يسكنه أو أن لا يعاشره معاشره

الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقايه كان الشرط باطلاً لا والعقد

صحيحاً () .

قانون الأحوال الشخصية الليبي المادة () :

أ- يحق لكل من الزوجين أن يشترط في عقد النكاح ما يراه من الشروط التي

لا تتنافى مع غايات الزواج ومقاصده.

ب- لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج () .

مقارنة وتحليل:

- لو نظرنا إلى هذه القوانين نرى بأن جميعها تتفق على إباحة الشروط

الجعلية التي يشترطها العاقدان ما لم تخالف تلك الشروط شرطاً شرعياً، ما يعني

أنها أخذت بمذهب الفقهاء الموسعين ولم تأخذ برأي المانعين ولا المضيقين .

- كما أنها تتفق على إلغاء وبطلان جميع الشروط التي تتناقض مقاصد الزواج الأصلية. كما أنها تتفق على أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه بطل الشرط وصح العقد، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة، وهو الراجح كما بيننا .

- تتفق جميعها على صحة الشروط التي تحقق مصلحة لأحد العاقدين أو لها تتفق على وجوب الالتزام بهذه الشروط، وإذا أخل أحد الزوجين بما اشترط عليه ضمن العقد فللعائد الآخر أن يطالب بفسخ العقد، وهذا ما خالف فيه المشرع العراقي حيث أعطى حق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج عند الإخلال بشروط عقد الزواج.

- ذهب غالبيتها إلى أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله شرعي بطل العقد والشرط معا. بإستثناء قانون الأحوال الشخصية السوري الذي ينص على بطلان الشرط دون العقد، وهذا خطأ بالطبع لأن جميع الفقهاء متفقون على أن شرط التعليق، أو الإضافة يؤديان إلى بطلان العقد والشرط معا، وكان من . بالمشرع السوري أن يحذو حذو القوانين الأخرى وأن يأخذ بما هو متفق عليه في الفقه الإسلامي.

- تتفق جميعها صراحة أو ضمنا على أن الشروط المعتبرة التي يجب الإلتزام بها، هي التي تسجل وتدون في وثيقة العقد، فإذا لم تسجل في العقد فإنها تفقد قوتها الإلزامية، ما يعني أن هذه القوانين لا بالشروط السابقة ولا اللاحقة على عقد الزواج، وهذا الرأي مرجوح في الفقه الإسلامي، والراجح هو إعتبار جميع الشروط التي تشترط في الزواج إذا تم باتفاق العاقدين، سواء اشترط قبل العقد أو في أثناءه، أو بعد العقد .

وفي ختام هذا البحث نعرض أه التي توصلنا إليها من خلال البحث،
كما نعرض أهم التوصيات التي نراها مناسبة لسد الثغرات القانونية والفقهية
والإجتماعية فيما يتعلق بموضوع البحث، وسنبداً أولاً بالنتائج وهي كالآتي:

١- الشرط الجعلي هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه العاقدان في عقد الزواج فيعدل
آثاره الأصلية بإيجاب إلتزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً
عن ذلك الشرط، ولذلك يسمى بشرط التقييد أو الشرط المقترن.

٢- اختلف الفقهاء في مدى صلاحية العاقدين في وضع الشروط إلى ثلاثة إتجاهات:
إتجاه المانعين، والمضيقين، والموسعين، والراجح من هذه الإتجاهات هو إتجاه
الموسعين الذي يعطي العاقدين صلاحية وضع أي شرط من شأنه أن يحقق
مصلحة للعاقد أو للغير، وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الرأي.

٣- مع أن عقد الزواج يقبل الإقتران بالشرط إلا أنه لا يقبل التعليق على شرط،
وهناك فرق وام الإقتران والتعليق: فالإقتران أو التقييد مقتضاهما أن
العقد المقيد بالشرط موجود، وإنما ألتزم في ضمنه حكم زائد معدل لموجبه
الأصلي. والتعليق مقتضاه أن العقد المعلق بالشرط لا ينعقد قبل وقوع الشرط
المعلق عليه.

٤- الشرط الجعلي سواء كان سابقاً، أو مقترناً، أو لاحقاً بالعقد يعتبر شرطاً شرعياً،
ويجب الإلتزام به من قبل اعاقدين.

٥- حكم الشرط الجعلي يختلف تبعاً لإختلاف طبيعة الشرايطته بالعقد: فإذا كان
الشرط موافقاً لمقتضى عقد الزواج فقد إتفق الفقهاء على إعتبراره ولزومه، وإن
كان الشرط مناقياً لمقتضى عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في مدى إعتبراره ومدى
تأثيره على العقد، فمنهم من ذهب إلى بطلان العقد والشرط معاً، ومنهم من ذهب
إلى بطلان الشرط دون العقد، ومنهم من ذهب إلى بطلان العقد قبل الدخول
وبطلان الشرط بعد الدخول. وأما إذا كان الشرط لا يناقض عقد الزواج ولا
يوافقه، وفيه مصلحة لأحد العاقدين فقد اتفق جميع الفقهاء على صحة العقد

ولكنهم اختلفوا في الشرط فمنهم من منعه، ومنهم من كرهه، ومنهم من أخذ به واعتبره، والراجح من هذه الآراء هو رأي الحنابلة الذي يقضي بأن أي شرط شرعي يتم الإتفاق عليه في إطار عقد الزواج سواء كان مؤكداً لمقتضى العقد، أو موافقاً له، أو ورد به الشرع، أو جرى به، أو كان فيه مصلحة لأحد العاقدين أو للغير، ولا ينافي مقتضى عقد الزواج يعتبر شرطاً صحيحاً، ويجب الوفاء به، وإذا لم يلتزم به العاقد الآخر فيثبت للمشتراط حق طلب التفريق وفسخ العقد، وقد أخذ القانون العراقي بهذا الرأي.

التوصيات:

لى نشر الوعي القانوني فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية بين الشباب المقبلين على الزواج وخصوصاً فيما يتعلق بأحكام الزواج وحقوق الزوجين، وتوعيتهم بأن القانون يسمح للزوجين بوضع الشروط التي يتفقان عليها، والتي من شأنها أن تحقق رغباتهم وتضمن إنجاز طموحاتهم وتلبي تطلعاتهم المتعلقة بحياتهم

الزوجي .

٢- العمل على سد الثغرات القانونية الموجودة في قانون الأحوال الشخصية الحالي، وخصوصاً فيببتعلق بالفقرة (٤) من المادة (٦) والتي تمنح الزوجة فقط حق طلب التفريق إذا لم يف الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج، وتبديل هذه الفقرة بالآتي: ((للزوجين طلب التفريق عند عدم إيفاء أحدهما بما اشترط عليه ضمن عقد الزواج)). بالإضافة إلى وضع غرامات مالية، أو عقوبات أخرى مقابل عدم إلتزام الشخص بما اشترط عليه؛ لأن طلب التفريق وحده قد لا يكون كافياً لضمانة حقوق المتضررين، كما أنه قد لا يكون زاجراً لمنع المخالفين، لذا من الأفضل وضع ضوابط وقيود أكثر صرامة مما هو موجود في القانون الحالي.

الهوامش

- ١ - يعرف الشرط بصيغته إن دخل في الكلام حرف من حروف الشرط مثل إن، ما، مهما، حيثما، ويعرف أيضا بدلالته عندما يكون الكلام الأول سببا للثاني. رشدي شحاتة- الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال خصية- ص٢٣- دار الفكر العربي/ صر- ط/ .
- ٢ - اختلف أهل ذلك جاء في كتاب الكليات: ((الشروط جمع شرط بسكون الراء، والأشراط جمع شرط بفتح الراء وهما العلامة، والمستعمل على لسان الفقهاء الشروط لا الأشراط، وقال بعضهم والذي بمعنى العلامة الشرط بالفتح دورط بالسكون)). أبو البقاء الكفومي (أيوب بن موسى الحسيني)- كتاب الكليات- ج١: ٨٣-٨٣٥- مؤسسة الرسالة/ بيروت- تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري.
- ٣ - ابن منظور (محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي)- لسان العرب- ج / ن ٢- دار صادر/ بيروت- ط١/. ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا)- معجم مقاييس اللغة- ج / ص٢٦٠- دار الفكر/ بيروت- ط١/١٩٧٩- تحقيق: عبد السلام هارون. الجرجاني (علي بن محمد بن علي)- التعريفات- ص١٦٦- دار الكتاب العربي/ بيروت- ط / - تحقيق: إبراهيم الأبياري. الجوهرى (إسماعيل بن حماد)- الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)- ج٤/ص٢٧٥- دار العلم للملايين/ بيروت- ط /١٩٩٠. سعدي أبو حبيب- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً- ص١٩٢- دار الفكر/ دمشق- ط / -
- ٤ - الزبيدي (محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني) - تاج العروس من جواهر القاموس- ج / ن٤٠٤-٤١٥- دار الهداية- تحقيق: مجموعة من المحققين.
- ٥ - الأزهرى (أبو منصور محمد بن أحمد)- تهذيب اللغة- ج / ن ١-٢١١- دار إحياء التراث العربى/ بيروت- ط / - تحقيق: محمد عوض مرعب.
- ٦ - عبد الوهاب ابن السبكي- جمع الجوامع- والنقل من: البناني- حاشية العلامة البناني على شرح الجلال محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع- ج / ن - تبريز/ إيران. ابن النجار (محمد بن أحمد بن عبد العزيز)- شرح الكوكب المنير- ج - العبيكان- ط / - تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد. وانظر: الزركشي (بدر الدين محمد بن عبد الله)- البحر المحيط في أصول الفقه- ج٢/ص٤٦٦-٤٦٧- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط / - تحقيق: محمد محمد تامر.

- ٧ - الغزالي (محمد بن محمد الغزالي) - المستصفى في علم الأصول - ص ٢٦١ - دار الكتب العلمية/ بيروت - ط ١/١٤١٣ - تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي.
- ٨ - الشوكاني (محمد بن علي) - إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول - ج / ن - دار الكتاب العربي/ بيروت - ط / ١٩٠ - تحقيق: أحمد عزو عناية.
- ٩ - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم () () .
- ١٠ - أ.د. عبد المجيد الحكيم، أ.د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير - القانون المدني (أحكام الإلتزام) - ج / ن - ط/١٩٨٠. د. جلال العدوي - أحكام الإلتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري والليبياني - ص ٢٢١ - ٢٢٢ - الدار الجامعية - ١٩٠ م . حسن علي الذنون - أحكام الإلتزام - ص ١٢٧ - شركة الرابطة للطباعة والنشر/ بغداد. د. رمضان محمد أبو السعود - أحكام الإلتزام - ص ٢٥٦ - دار المطبوعات الجامعية/ الإسكندرية - ط / .
- د. عبد القادر الفار - أحكام الإلتزام - ص ١٣٥ - دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان/ الأردن - ط ٦/ ٢٠٠١. مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - ص ٥٢١ - مطابع ألف باء/ دمشق - ط / .
- ١١ - أنظر: د. محمد شريف أحمد - مصادر الإلتزام في القانون المدني - ج - ٩ - دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان - ط / .
- ١٢ - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم () () .
- ١ - أنظر: د. عبد القادر الفار - أحكام الإلتزام - ص ١٣٥. حسن علي الذنون - أحكام الإلتزام - ج .
- ١٤ - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم () () .
- ١٥ - ابن منظور - لسان العرب - ج / ن .
- ١٦ - عبد الرزاق الحسيني - تاج العروس من جواهر القاموس - ج / ن .
- ١٧ - الفراهيدي (الخليل بن أحمد الفراهيدي) - كتاب العين - ج ١/ ص ٢٢٩ - دار ومكتبة الهلال - تحقيق : د. مهدي المخزومي، و د. إبراهيم السامرائي. ابن سيده (علي بن إسماعيل الأندلسي) - لمخصص - ج ٤/ ص ٣٦٤ - : دار إحياء التراث العربي/ بيروت - ط / - تحقيق: بن إبراهيم. الأزهرى - تهذيب اللغة - ج / ن .
- الجوهري - كتاب الصحاح - ج / ن .
- ١٩ - وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية/ الكويت - الموسوعة الفقهية الكويتية - ج / ن ٣١٢ - ط ٢/ دار السلاسل/ الكويت.
- ٢٠ - مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - مجلة المجمع - ع / ن .

- ١- الجوهري - الصحاح- ج / ن .
- ٢٢ - سورة مريم: الآية: () .
- ٢٣ - ابن منظور- لسان العرب- ج / ن .
- ٣ - الزبيدي - تاج العروس من جواهر القاموس- ج / ن .
- ٢٥ - الغزالي- المستصفى في علم الأصول - ن .
- ٢٦ - الرازي (محمد بن عمر)- المحصول في علم أصول الفقه- ج / ن -
الإمام محمد بن سعود / الرياض- ط / - تحقيق: طه جابر العلواني.
- ٢٧ - الشوكاني - إرشاد الفحول- ج / ن .
- ٢٨ - سورة الصافات: الآية () .
- ٢٩ - سورة الصافات: الآية () .
- ٣٠ - ابن منظور- لسان العرب - ج / ن .
- ٣١ - الفيروزآبادي- القاموس المحيط- ن .
- ٣٢ - الخليل الفراهيدي- كتاب العين- ج / ن - . الزبيدي- تاج العرّيس-
ج / ن .
- ٣٣ - العسكري- معجم الفروق اللغوية- ج / ن .
- ٣٤ - النووي (يحيى بن شرف بن مري النووي)- شرح النووي على صحيح مسلم-
ج/١ص٦٣- دار إحياء التراث العربي/بيروت- ط / .
- ٣٥ - سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي- الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة
المعمول بها في المملكة العربية السعودية- ن - ط / .
- ٣٦ - ابن منظور- لسان العرب- ج / ن .
- ٣٧ - الزبيدي- تاج العروس من جواهر القاموس- ج / ن .
- ٣٨ - الفيروزآبادي (محمد بن يعقوب)- القاموس المحيط- ص٣٨٣. ابن عباد الطالقاني
(إسماعيل ابن عباد بن العباس)- المحيط في اللغة- ج /ص١٥١- عالم الكتب/بيروت-
ط / ١٩٠- تحقيق: محمد حسن آل ياسين. إبراهيم مصطفى، وآخرون- المعجم الوسيط-
ج / ن٦١٣- ط/ دار الدعوة- تحقيق: جامعة الدول العربية.
- ٣٩ - ابن فارس - معجم مقاييس اللغة- ج / ن .
- ٤٠ - سورة النساء: الآية: .
- ٤١ - كما في النذر، والجعالة، والوقف، والإبراء، والوصية، واليمين، والكفالة، وغيرها.

- ٤٢ - كما في: النكاح، والبيع، والإجارة، والوكالة، وغيرها.
- ٤٣ - ابن نجيم الحنفي- البحر الرائق شرح كنز الدقائق- ج /ص ٢٨٣- دار المعرفة/ بيروت.
البابرتي (محمد بن محمود البابرتي)- شرح العناية على الهداية (هامش فتح القدير)-
ج/٥ص ٧٤- المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر/ الناشر دار صادر بيروت. ط /
١٣١٦هـ. القونوي (قاسم بن عبد الله)- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين
الفقهاء- ص ٢٠٣- دار الوفاء/ جدة- ط ١/١٤٠٦- تحقيق: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي.
محمد بن علي- تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة- ج / ن -
الرشد/الرياض- ط / ٢ - تحقيق : د. صالح بن ناصر. محمد قدرى باشا- مرشد
الخيران إرفقة أحوال الإنسان - المادة (٢٦٢). لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في
الخلافة العثمانية- مجلة الأحكام العدلية - المادة () - الناشر: نور محمد- كارخانه
تجارت كتب/ آرام باغ/كراتشي.
- ٤٤ - القانون المدني العراقي رقم () () .
- ٤٥ - أنظر: منظمة المؤتمر الإسلامي- مجلة مجمع الفقه الإسلامي- ج / ن .
- ٤٦ - سورة ص: الآية: .
- ٤٧ - ابن منظور- لسان العرب- ح / ن .
- ٤٨ - سورة الدخان: الآية: ٥٤. و سورة الطور: الآية: .
- ٤٩ - سورة التكوير: الآية: .
- الزبيدي- تاج العروس- ج / ن - .
- ٥١ - سورة يس: الآية () .
- ٥٢ - سورة الدخان: الآية () .
- ٥٣ - سورة الصافات: الآية () .
- ٥٤ - سورة البقرة: الآية () .
- الحصفكي- الدر المختار- ج /ص ٣- دار الفكر/ بيروت- ط ٢/١٣٨٦. ابن نجيم
الحنفي- البحر الرائق - ج / ن .
- ٥٦ - عبد الرحمن شهاب الدين البغدادي- إرشاد السالك- ج ١/ص ١٠٩- الشركة الإفريقية
للطباعة.
- ٥٧ - زكريا الأنصاري- أسنى المطالب في شرح روض الطالب- ج ٣/ص ٩٨- دار الكتب
العلمية/ بيروت- ط / - تحقيق: د. محمد محمد تامر. محمد الشربيني الخطيب-
الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع- ج / ن ٣٩٩- دار الفكر/ بيروت- ط / - تحقيق:

مكتب البحوث والدراسات- دار الفكر. البجيرمي (سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي)- تحفة الحبيب على شرح الخطيب (البجيرمي على الخطيب)- ج / ن ٧- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط / .

٥٨ - البهوتي (منصور بن يونس بن إريس البهوتي) - شرح منتهى الإرادات- ج / ن - عالم الكتب/ بيروت- ط/١٩٩٦. ابن مفلح (إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي) - المبدع في شرح المقنع- ج٧/ص٣- المكتب الإسلامي/ بيروت- ط/١٤٠٠. عبد الرحمن بن عبد الله البعلبي- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات- ج٢/ص٥٧٧- دار البشائر الإسلامية/ بيروت- ط/١٤٢٣- تحقيق: محمد بن ناصر العجمي.

٥٩ - وتسمية الشرط اللغوي والعادي بالشرط تسمية مجازية، وإلا فهما في الأصل يقابلان

السبب الجعلي، لشرط اللغوي مثلاً قول الشخص: إن دخلت الدار فأنت طالق، مراده: أن

الدخول سبب لوقوع الطلاق ووجوبه، يستلزم وجوده بوجوده، وعدمه بإنعدامه، وهذا ينطبق

على تعريف الشرط؛ لأنه سبق وأن قلنا في تعريف الشرط بأنه لا يلزم من

وجود الحكم. وفي الشرط العادي مثلاً: الغذاء للحيوان شرط عادي إذ العادة الغالبة تلزم من

انتفاء الغذاء انتفاء الحياة ومن وجوده وجودها؛ إذ لا يتغذى إلا الحي، وهذا التعريف أيضاً

ينطبق في السبب وليس الشرط. أبو البقاء الكفومي- كتاب الكليات- ن - ٨٠. ابن

بدران (عبد القادر بن بدران الدمشقي)- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل- ن -

مؤسسة الرسالة/ بيروت- ط٢/١٤٠١- تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي.

٦٠ - لمزيد من التفصيل حول أقسام الشرط هذه وخصائص الشرط الجلي أنظر: الشاطبي

(إبراهيم بن موسى اللخمي)- الموافقات في أصول الشرعية - ج / ن - ٢- دار

المعرفة/ بيروت- تحقيق: عبد الله دراز. عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه

الإسلامي- ج٣/ ص١٠٧- منشورات الحلبي الحقوقية/ لبنان- ط / . د. وهبة

الزحيلي- أصول الفقه الإسلامي- ج / ن ١٠١- دار الفكر/ الجزائر- ط/ . د.

العدوي- أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني- ص -

الدار الجامعية/ ١٠٠م. د. مصطفى الجمال- أحكام الالتزام- ص٥-١٥- الدار الجامعية/

القاهرة. د. علاء الدين الزعتري- الشرط الجزائي في الديون- ص٨٩- بحث مقدم لمؤتمر

قضايا فقهية معاصرة من منظور إسلامي- كلية الشريعة/ جامعة الزرقاء الأهلية. محمد شتا

أبو سعد- أحكام العقود المعلقة على شرط- ص٥٠- دار الجامعة الجديدة للنشر/ القاهرة-

٢٠٠٠. عبد المجيد طيبي- الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي

- والقانون الجزائري- مذكرة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية/ قسم
الشريعة- ص ١١، ص ١٢-جامعة العقيد لخضر- السنة الجامعية:
- ٦١ - أنظر: رشدي شحاتة- الاشتراط في وثيقة الزواج مصدر سابق- ص ٧٨. وسيأتي بيان
حكم هذه الشروط ومدى تأثيرها على العقد في المبحث الثالث.
- ٦٢ - ابن عابدين-حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار- ج / ح .
- ٦٣ - ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني)- الفتاوى الكبرى- ج / ح ١- دار
المعرفة/بيروت- ط / ١٣٨- تحقيق: حسنين محمد مخلوف.
- ٦٤- في معرض رده على الذين يقولون بعدم تأثير شرط التطلق قبل العقد في زواج المند .
- ٦٥ - ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر)- إعلام الموقعين عن رب العالمين -ج / ح -
مكتبة الكليات الأزهرية/ القاهرة- ط / ١٩- تحقيق: طه عبد الرؤوف.
- ٦٦ - ابن مفلح (إبراهيم بن ممد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي)- النكت والفوائد السننية على
مشكل المحرر لمند الدين ابن تيمية- ج / ص ٢٥٨- مكتبة المعارف/ الرياض.
- ٦٧- وقد تقدم تعريف الشرط الواقف راجع: (ح) .
- ٦٨ - وهبة الزحيلي- مرجع سابق -ص ١٠١. محمد عزمي البكري- الأحوال الشخصية-
ج ١/ص ٨٠- دار محمود للنشر والتوزيع.
- ٦٩- وبخصوص حكم العقد المضاف في العقود التي تقبل الإضافة فإنه ينعقد
الحال، أي أنه عقد قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة، ولكن لا يرتب عليه حكمه وأثاره
إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه في العقد، وكأن المتعاقدان قاما بتوقيف سريان آثار العقد
إلى زمن أو أجل محدد، بحيث لولا هذه الإضافة لرتب لحكامه من وقت التعاقد. ولهذا
نجد القوانين الوضعية تعبر عن هذا الشرط باصطلاح الأجل.
- وهذا النوع من العقد يشبه العقد الموقوف الموجود في المذهب الحنفي، من حيث أن كلا منهما
ينعقد ويتحقق مع وجود الصيغة، مع تخلف سريان الحكم فيهما وظهور آثارهما إلى زمن
آخر، ولتأثيرهما يختلفان من عدة أوجه:
- منها: إن تخلف الحكم عن الصيغة في العقد المضاف يرجع إلى الصيغة نفسها، أما تخلفه في العقد
الموقوف فراجع إلى خلل في العقد وهو عدم إجازة من له ولاية إجازته.
- ومنها: أن العقد المضاف لا يتحقق فيه الحكم قبل مجيء الزمن المضاف إليه، أما العقد الموقوف
فإن الإجازة اللاحقة له تكون كالإذن السابق، ويكون للحكم بها أثر رجعي من وقت انعقاد
العقد في العقود التي لا تقبل التعليق، أما في العقود التي تقبل التعليق فإن الحكم يترتب فيها
من وقت الإجازة بدون أثر رجعي.

- ومنها: أن قد ينقلب باطلاً، وذلك إذا لم يجزه صاحب الولاية، أما المضاف فإنه يترتب عليه حكمه في الزمن الذي أضيف إليه الإيجاب ما دام صحيحاً. ينظر: د. حسن علي الشاذلي- نظرية الشرط في العقد- ص ١٤٨. عدنان خالد التركماني- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي- ص ٢٤٦- دار الشروق- ط /
- ٧٠ - وهبة الزحيلي- مرجع سابق- ص ١٠٢. لمطاعي نور الدين- الشرط المقترن بالعقد- ص ٥١- مذكرة ماجستير- كلية الحقوق/جامعة الجزائر- السنة الجامعية .
- الحصفكي- الدر المختار- ج / ن .
- ٧٢ - الإمام مالك (مالك بن أنس)- المدونة الكبرى- ج ٢/ص ١٣٠- دار الكتب العلمية/بيروت- تحقيق: زكريا عميرات.
- ٧٣ - الخطيب الشربيني- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- ج / ن ٢- مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- ٧٤ - البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس البهوتي)- شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)- ح، ص ١٣٣- عالم الكتب/بيروت- ط/ .
- ٧٥ - ابن مفلح (إبراهيم بن محمد ابن مفلح)- المبدع شرح المقنع- ج / ن ٨٠- دار عالم الكتب/الرياض- ط/ .
- ٧٦ - د. حسن علي الشاذلي- نظرية الشرط في العقد- ن .
- ٧٧- وقد تحدثنا عن هذا الموضوع فيما مضى راجع: (ص ٦) من البحث. ينظر: محمد عبد الحميد- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- ص ٣٢- دار الكتاب العربي/بيروت- ط/ ١٩٨١. د. مصطفى الزرقاء- مرجع سابق- ن ٥٠٩. ياسين محمد الجبوري- المبسوط في شرح القانون المدني (نظرية العقد) ج /ص ٥٥٩- دار وائل للطباعة والنشر/الأردن- ط/ ٢٠٠٢. عدنان خالد التركماني- مرجع سابق، ص ن .
- ٧٨ - يعرف النظام العام بأنه: مجموعة المبادئ القانونية التي يقصد بها تحقيق المصلحة العامة، سياسية كانت، أو إجتماعية، أو إقتصادية، والتي يلزم الجميع إحترامها وطاعتها، ويكون جزاء برف يصدر مخالفا لها البطلان. والشرط المخالف للنظام العام: هو الشرط الذي قصد به الوصول إلى أمر ممنوع بنصوص القانون بتشويه هذه النصوص، أو بالإحتيال عليها. حسن علي الشاذلي- نظرية الشرط في العقد- ن ١٤- ٢٠- لا توجد أية معلومات أخرى عن المصدر.
- ٧٩ - الشيخ نظام وجة من علماء الهند- الفتاوى الهندية- ج ٣/ص ٣- دار الفكر- ط/ .

- ٨٠ - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية - الإختيار لتعليل المختار - ج / ٢ - دار الكتب العلمية/ بيروت - ط٣ / ٢٠٠٥ - تحقيق : عبد اللطيف محمد عبد الرحمن.
- ٨١ - أنظر تفاظ هذه الشروط في: الشيخ نظام وجماعة - المصدر السابق - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية - الإختيار لتعليل المختار - ج / ٢٦ - دار الكتب العلمية/ بيروت - ط / ٢٠٠٥ - تحقيق : عبد اللطيف محمد عبد الرحمن. التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي) - البهجة في شرح التحفة - ج١/ص٤٣٥ - دار الكتب العلمية/ بيروت - ط / ١٩٩٨ - تحقيق: محمد عبد القادر شاهين. البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس) - كشف القناع عن متن الإقناع - ج / ١ - ١٠٠ - دار الفكر/ بيروت - ط / . تحقيق: مصيلحي مصطفى هلال. وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية/ الكويت - الموسوعة الفقهية الكويتية - ج / ١ - ٣٠١ - ط٢ / دار السلاسل - الكويت.
- ٨٢ - ابن حزم الظاهري (علي بن أحمد بن حزم الأندلسي) - الإحكام في أصول الأحكام - ج / ٥٩٠ - مطبعة العاصمة/ القاهرة - تحقيق: أحمد شاكر.
- ٨٣ - سورة المائدة: الآية: ().
- ٨٤ - سورة البقرة: الآية: ().
- ٨٥ - سورة النساء: الآية: ().
- ٨٦ - البخاري (محمد بن إسماعيل البخاري) - صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر) - ج / ٧٠ - كتاب (٣٩) البيوع/ باب (٧٣) إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل - دار ابن كثير، اليمامة/ بيروت - ط٣ / ١٩٨٧ - تحقيق وتعليق: د. مصطفى ديب البغا - رقم الحديث (٢٠٦٠). مسلم (بو الحسين مسلم بن الحجاج) - صحيح مسلم (الجامع الصحيح) - ج / ٢ - كتاب (٢١) العتق/ باب (٣) إنما الولاء لمن أعتق - دار الجيل بيروت، دار الآفاق الجديدة/ بيروت - رقم الحديث ().
- ٨٧ - ابن حزم الظاهري - المصدر السابق - ج / ١ .
- ٨٨ - ابن حزم الظاهري - المصدر السابق - ج / ١ .
- ٨٩ - ابن حزم الظاهري - المصدر السابق - ج / ١ .
- ٩٠ - الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي) - كتاب الأم - ج / ١ - ٨٠ - دار الفكر/ بيروت - ط / ١٩ . الماوردي (أبو الحسن الماوردي) - كتاب الحاوي الكبير - ج / ١٢ - دار الفكر/ بيروت. وانظر: النووي - المجموع شرح المهذب - ج / ١ .
- ٩١ - سبق تخريجه: راجع ص (١٩) من البحث.

- البخاري- صحيح البخاري- ج ٧٠- كتاب () الشروط/ باب (٦) باب الشروط ف
المهر عند عدة النكاح - رقم الحديث () . مسلم- صحيح مسلم- ج / ن ؛ ١- كتاب
(١٧) النكاح/ باب (٨) الوفاء بالشروط في النكاح- رقم الحديث (٣٥٣٧). واللفظ للبخاري.
٩٣- ابن قدامة المقدسي (عبد الله بن قدامة المقدسي)- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد ابن
- ج ١/ص ٥٥-٥٦- تحقيق: الناشر المكتب الإسلامي/بيروت. ابن قدامة المقدسي-
المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني- ج / ن - ط / - دار
الفكر/بيروت.

٩٤- سبق تخريجه: راجع ص (١٨) من البحث.

- ٩٥ - ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية الحراني)- مجموع الفتاوى- ج / ن -
دار الوفاء- ط ٢٠٠٥/٣- تحقيق: أنور الباز، عامر الجزار.
٩٦- ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر)- إعلام الموقعين عن رب العالمين - ج / ن -
مكتبة الكليات الأزهرية/ القاهرة- ط ١٩٦١- تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.
٩٧ - سورة المائدة: الآية () .
٩٨ - سورة الإسراء: الآية () .
٩٩ - سورة النحل: الآية () .
١٠٠ - سورة الأنعام: الآية () .
١٠١ - سبق تخريجه: راجع ص (٢٠) من البحث.

- البخاري- صحيح البخاري- ج / ن ٧١- كتاب (٣) البيوع/ باب (١٠٦) إثم من باع
حراً- رقم الحديث () .
١٠ - أي لقحت.

- البخاري- صحيح البخاري- ج / ن ٧٢- كتاب (٣) البيوع/ باب (٩٠) من باع نخلا
قد أبرت أو أرضاً مزروعة بإجارة- رقم الحديث () . مسلم- صحيح مسلم-
ج / ن ١٦- كتاب (٢٢) البيوع/ باب (١٥) من باع نخلاً عليها ثمر- رقم الحديث () .
- البخاري- صحيح البخاري- ج / ن ٧- كتاب () الإجارة/ باب (١) أجر
السمسرة-

- البخاري- صحيح البخاري- ج / ن ٩٠- كتاب () الشروط/ باب (٦) الشروط في
المهر عند عقدة النكاح.
١٠٧ - ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني الدمشقي)- الفتاوى الكبرى-
ج / ن ٨٩-٩٠- دار المعرفة/بيروت- ط / ١٣٨١- تحقيق: حسنين محمد مخلوف.

- ١٠٨ - سبق تخريجه: راجع ص (١٩) من البحث.
- ١٠٩ - د. علاء الدين الزعتري- مصدر سابق. وانظر أيضا: أ.د. أحمد بخيت الغزالي، وأ.د. رشدى شحاتة أبوزيد. ود. جلال السيد بندارى- أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين (سين وجيم فى مشكلات الأسرة اليومية)-الكتاب الأول فواج والنفقة والطلاق- الناشر مكتبة النهضة/ القاهرة- ط / .
- ١١٠ - فريد فتیان- مصادر الإلتزام- ج ١٢-١٣٠- مطبعة العاني/ بغداد.
- راجع: (ج ١٨-١) من البحث.
- ١١٢ - الكاساني (ء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني)- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج١٢/ص٢- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط / .
- ١١٣ - النفراوي (أحمد بن غنيم بن سالم)- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني- ج١٤ - الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي)- الوسيط في المذهب- ج / ن - ط/ دار السلام.
- ١١٥ - مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي- دليل الطالب لنيل المطالب- ج / ن ٢- دار طيبة/ الرياض- ط / ١- ٢٠٠٤م- تحقيق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي. إين قدامة- الشرح الكبير- ج٧/ص٥٢٦. عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي- حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع- ج / ن - ط / .
- ١١٦ - الكاساني (ء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني)- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج٥/ص٥٠٠- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط / .
- السمرقندي- تحفة الفقهاء- ج / ن .
- ١ - الدردير- الشرح الكبير- ج / ن .
- ١١٩ - الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي)- الوسيط في المذهب- ج / ن - ط/ دار السلام.
- ١٢٠ - إين قدامة- الشرح الكبير- ج / ن .
- ١٢١ - البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس) - الروض المربع شرح زاد المستنقع في إختصار المقنع- ج / ن ٢-٣٤٢- دار الفكر/ بيروت- تحقيق: محمد سعيد اللحام.
- الدردير- المصدر نفسه.
- النووي- المجموع- ج / ن .
- النووي- المجموع- ج / ن .
- ١٢٥ - الغزالي - المصدر السابق- .

-
- ١٢٦ - إين قدامة- الشرح الكبير- ج / ح .
- ١٢٧ - قانون الأحوال الشخصية السوري رقم () () .
- ١٢٨ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم () .
- ١٢٩ - قانون الأحوال الشخصية العماني رقم () () .
- ١٣٠ - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم () () .
- ١٣١ - قانون الأسرة القطري رقم () () .
- ١٣٢ - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم () () .
- ١٣٣ - قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم () () .

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

كتب التفسير:

١- القرطبي (محمد بن أحمد بن أبي بكر) - الجامع لأحكام القرآن - دار الشعب / القاهرة - ط ١٣٧٢ - تحقيق: أحمد عبد العليم.

٢- ابن كثير (إسماعيل بن عمر) - تفسير ابن كثير - دار الفكر / بيروت - ط / .

كتب شروح الحديث:

٣- البخاري (محمد بن إسماعيل البخاري) - صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر) - دار ابن كثير، اليمامة / بيروت - ط ١٩٨٧/٣ - تحقيق وتعليق: د. مصطفى ديب البغا.

٤- مسلم (بو الحسين مسلم بن الحجاج) - صحيح مسلم (الجامع الصحيح) - دار الجيل بيروت، دار الآفاق الجديدة / بيروت.

كتب أصول الفقه:

٥- ابن بدران (عبد القادر بن بدران الدمشقي) - المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل - مؤسسة الرسالة / بيروت - ط / ١ - تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي.

٦- البناي - حاشية العلامة البناي على شرح الجلال محمد بن أحمد المطي على متن

جمع الجوامع - تبريز / إيران.

٧- ابن حزم الظاهري (علي بن أحمد بن حزم) - الإحكام في أصول الأحكام - مطبعة العاصمة / القاهرة - تحقيق: أحمد شاكر.

٨- الرازي (محمد بن عمر) - المحصول - جامعة الإمام محمد بن سعود / الرياض - ط ١٤٠٠ - تحقيق: طه جابر العلواني.

٩- الزركشي (محمد بن عبد الله) - البحر المحيط - دار الكتب العلمية / بيروت -

- ط / - تحقيق: محمد محمد تامر.
- ١٠- الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللخمي)- الموافقات في أصول الشرعية - دار المعرفة/ بيروت- تحقيق: عبد الله دراز.
- ١١- الشوكاني (محمد بن علي)- إرشاد الفحول - دار الكتاب العربي/ بيروت- ط / ١٩٠- تحقيق: أحمد عزو عناية.
- ١٢- الغزالي (محمد بن محمد)- المستصفى- دار الكتب العلم / بيروت- ط / ١٤- تحقيق: محمد عبد السلام.
- ١٣- ابن النجار (محمد بن أحمد)- شرح الكوكب المنير- مكتبة العبيكان- ط٢/١٩٩٧- تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد.
- ١٤- د. وهبة الزحيلي- أصول الفقه الإسلامي- دار الفكر/ الجزائر- ط/ .

كتب الفقه:

فقه الحنفية:

- ١٥- البابرتي (محمد بن محمود)- شرح العناية على الهداية- المطبعة الأميرية/ مصر/ الناشر دار صادر بيروت. ط / .
- الحصفكي- الدر المختار- دار الفكر/ بيروت- ط / .
- ١- السمرقندي- تحفة الفقهاء- .
- ١٨- ابن عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار- .
- ١٩- عبد الله بن محمود - الإختيار لتعليل المختار- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط /
- ٢٠- تحقيق: عبد اللطيف محمد.
- ٢٠- الكاساني (علاء الدين أبو بكر)- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط / .
- ٢١- محمد قدرى باشا- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.
- ٢٢- ابن نجيم الحنفي- البحر الرائق شرح كنز الدقائق- دار المعرفة/ بيروت.
- ٢٣- الشيخ نظام وبة من علماء الهند- الفتاوى الهندية- دار الفكر- ط/ .

فقه المالكية:

٢٤- التسولي (علي بن عبد السلام)-البهجة في شرح التحفة- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط / ١- تحقيق: محمد عبد القادر.

٢- الدردير- الشرح الكبير- .

٢٦- عبد الرحمن شهاب الن البغدادي- إرشاد السالك- الشركة الإفريقية للطباعة.

٢٧- الإمام مالك (مالك بن أنس)- المدونة الكبرى- دار الكتب العلمية/ بيروت- تحقيق: زكريا عميرات.

٢٨- النفراوي (أحمد بن غنيم بن سالم)- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني- .

فقه الشافعية:

٢٩- البجيرمي (سليمان بن محمد)- تحفة الحبيب على شرح الخطيب - دار الكتب العلمية/ بيروت- ط / .

٣٠- الخطيب الشربيني- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع- دار الفكر/ بيروت- ط/١٤١٥- تحقيق: مكتب البحوث والدراسات.

٣١- الخطيب الشربيني- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٣٢- زكريا الأنصاري- أسنى المطالب في شرح روض الطالب- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط / - تحقيق: د. محمد تامر.

٣٣- الشافعي (أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي)- كتاب الأم- دار الفكر/ بيروت- ط / .

٣٤- الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي)- الوسيط في المذهب- - ط/ دار السلام.

٣٥- الماوردي (أبو الحسن الماوردي)- كتاب الحاوي الكبير- دار الفكر/بيروت.

٣٦- النووي- المجموع شرح المذهب- .

فقه الحنابلة:

٣٧- البهوتي (منصور بن يونس)- الروض المربع شرح زاد المستقنع في إختصار

- المقنع- دار الفكر/ بيروت- تحقيق: محمد سعيد.
- ٣٨- البهوتي (منصور بن يونس) - شرح منتهى الإرادات- عالم الكتب/ بيروت- ط / .
- ٣٩- البهوتي (منصور بن يونس)- كشاف القناع عن متن الإقناع- دار الفكر/ بيروت- ط / . تحقيق:
- ٤٠- ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم الحراني)- الفتاوى الكبرى- دار المعرفة/ بيروت- ط / ١٣٨- تحقيق: حسنين محمد مخلوف.
- ٤١- ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم الحراني)- مجموع الفتاوى- دار الوفاء- ط٣/٢٠٠٥- تحقيق: أنور الباز، عامر الجزار.
- ٤- عبد الرحمن بن عبد الله البعلی- كشف المخدرات والریاض المزهرات لشرح أخصر المختصرات- دار البشائر الإی / بيروت- ط / - تحقيق: محمد بن ناصر العجمي.
- ٤٣- عبد الرحمن بن تمذ بن قاسم العاصمي- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع- ط / .
- ٤٤- ابن قدامة المقدسي (عبد الله بن قدامة)- الشرح الكبير- .
- ٤٥- ابن قدامة المقدسي (عبد الله بن قدامة)- الكافي في فقه الإمام المجل أحمد ابن حنبل- تحقيق: الناشر المكتب الإسلامي/بيروت.
- ٤٦- ابن قدامة المقدسي (عبد الله بن قدامة)- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني- ط / ١٤٠٥- دار الفكر/بيروت.
- ٤٧- مرعي بن يوسف - دليل الطالب لنيل المطالب- دار طيبة/ الرياض- ط / ٢٠٠٤م- تحقيق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي.
- ٤٨- ابن مفلح (إبراهيم بن محمد)- المبدع في شرح المقنع- المكتب الإسلامي/ بيروت- ط / .
- ٤٩- ابن مفلح (إبراهيم بن محمد)- النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية- مكتبة المعارف/ الرياض.

فقه عام:

٥٠- أ.د. أحمد بخيت الغزالي، وأ.د. رشدي شحاتة أبو زيد. ود. جلال السيد بنداري- أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين - الكتاب الأول في إاج والنفقة والطلاق- الناشر مكتبة النهضة/ القاهرة- ط/

٥١- سعود بن عبد العالي- الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية- ط /

٥٢- عدنان خالد التركماني- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي- دار الشروق- ط /

٥٣- د. علاء الدين الزعتري- الشرط الجزائي في الديون- بحث مقدم لمؤتمر قضايا فقهية معاصرة من منبر إسلامي- كلية الشريعة/ جامعة الزرقاء الأهلية.

٥٤- محمد عبد الحميد- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- دار الكتاب العربي/ بيروت- ط/

٥٥- محمد علي- تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة-

الرشد/الرياض- ط / - تحقيق: د. صالح ناصر.

٥٦- مصطفى الزرقاء- المدخل الفقهي العام- مطابع ألف باء/ دمشق- ط /

٥٧- وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية/ الكويت- الموسوعة الفقهية الكويتية-

ط٢/ دار السلاسل/ الكويت.

الفقه المقارن:

٥٨- رشدي شحاتة- الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال

الشخصية- دار الفكر/ صر- ط/

٥٩- عبد المجيد طيبي- الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري- مذكرة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم

الاجتماعية والإسلامية/ قسم الشريعة- جامعة العقيد لخضر- السنة الجامعية:

كتب القانون:

- ٦٠- د. جلال العدوي- أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني -
الدار الجامعية- م.
- ٦١- د. حسن علي الذنون- أحكام الإلتزام- شركة الرابطة للطباعة والنشر/ بغداد.
- ٦٢- د. حسن علي الشاذلي- نظرية الشرط في العقد- .
- ٦٣- د. رمضان محمد أبو السعود- أحكام الإلتزام- دار المطبوعات الجامعية/
الأسكندرية- ط/
- ٦٤- د. عبد القادر الفار- أحكام الإلتزام- دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان/ الأردن
- ط /
- ٦٥- أ.د. عبد المجيد الحكيم، أ. د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير- القانون
المدني (أحكام الإلتزام)- ط/
- ٦٦- فريد فتیان- مصادر الإلتزام- مطبعة العاني/ بغداد.
- ٦٧- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم () () .
- ٦٨- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم () () .
- ٦٩- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم () () .
- ٧٠- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم () () .
- ٧١- قانون الأحوال الشخصية العماني رقم () () .
- ٧٢- قانون الأسرة القطري رقم () () .
- ٧٣- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم () () .
- ٧٤- قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم () () .
- ٧٥- القانون المدني العراقي رقم () () .
- ٧٦- لمطاعي نور الدين- الشرط المقترن بالعقد- مذكرة ماجستير-
الحقوق/جامعة الجزائر- السنة الجامعية
- ٧٧- محمد شتا أبو سعد- أحكام العقود المتعلقة على شرط- ص ٥٠- دار الجامعة

الجديدة للنشر / القاهرة -

٧٨- د. محمد شريف أحمد - مصادر الإلتزام في القانون المدني - دار الثقافة للنشر

والتوزيع / عمان - ط /

٧٩- محمد عزمي البكري - الأحوال الشخصية - ج ١/ص ٨٠ - دار محمود للنشر والتوزيع.

٨٠- د. مصطفى الجمال - أحكام الإلتزام - الدار الجامعية / القاهرة.

٨١- ياسين محمد الجبوري - المبسوط في شرح القانون المدني (نظرية العقد) - دار وائل للطباعة والنشر / الأردن - ط /

كتب اللغة:

٨٢- إبراهيم مصطفى، وآخرون - المعجم الوسيط - ط / دار الدعوة - تحقيق: الدول العربية.

٨٢- الأزهرى (محمد بن أحمد) - تهذيب اللغة - دار إحياء التراث العربى / بيروت - ط / - تحقيق: محمد عوض مرعب.

٨٤- أبولبقاء الكفومى (أيوب بن موسى) - كتاب الكليات - مؤسسة الرسالة / بيروت - تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري.

٨٥- الجرجاني (علي بن محمد بن علي) - التعريفات - دار الكتاب العربى / بيروت - ط / ١٤٠٠ - تحقيق: إبراهيم الأبياري.

٨٦- الجوهرى (إسماعيل بن حماد) - الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) - دار العلم للملايين / بيروت - ط /

٨٧- الزبيدي (محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني) - تاج العروس من جواهر القاموس - دار الهداية - تحقيق: مجموعة من المحققين.

٨٨- سعدي أبو حبيب - القاموس الفقهي لغة واصطلاحا - دار الفكر / دمشق - ط / -

٨٩- ابن سيده (علي بن إسماعيل) - المخصص - دار إحياء التراث العربى / بيروت -

- ط/١٩٩٦- تحقيق: خليل بن إبراهيم.
- ٩٠- ابن عباد الطالقاني (إسماعيل ابن عباد)- المحيط في اللغة- عالم الكتب/ بيروت- ط / ١٩٩٠- تحقيق: محمد حسن آل ياسين.
- ٩١- العسكري- معجم الفروق اللغوية- .
- ٩٢- ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن فارس)- معجم مقاييس اللغة- دار الفكر/ بيروت- ط/١٩٧٩- تحقيق: عبد السلام هارون.
- ٩٣- الفراهيدي (الخليل بن أحمد الفراهيدي)- كتاب العين- دار ومكتبة الهلال- تحقيق: د.مهدي المخزومي، و د.إبراهيم السامرائي.
- ٩٤- الفيروزآبادي- القاموس المحيط.
- ٩٥- القونوي (قاسم بن عبد الله)- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء- دار الوفاء/ جدة- ط / ١- تحقيق: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي.
- ٩٦- ابن منظور (محمد بن مكرم بن منظور الأفرريقي)- لسان العرب- ج / ٣٢- دار صادر/ بيروت- ط / .
- مصادر متفرقة:**
- ٩٧- الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللخمي)- الموافقات في أصول الشرعية - دار المعرفة/ بيروت- تحقيق: عبد الله دراز.
- ٩٨- عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- منشورات الحلبي الحقوقية/ لبنان- ط / .
- ٩٩- ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر)- إعلام الموقعين عن رب العالمين - الكليات الأزهرية/ القاهرة- ط / ١٥- تحقيق: طه عبد الرؤوف.
- المجلات:**
- ١٠٠- لجنة مكونة من عدة علماء وفة الخلافة العثمانية- مجلة الأحكام العدلية - الناشر: نور محمد- كارخانه تجارت كتب/ آرام باغ/كراتشي.

Abstract

The (Aljali) Condition in Terms of its Judgment and Effects in Marriage Contracts - A comparative Legitimacy

This research is about a comparative legitimacy and legality study of the (Aljali) condition in terms of its judgment and effects in marriage contracts, the definition of the condition differs terminologically according to the place of use.

The definition of the condition in the terminology of the fundamentalists differs from the definition of the condition as a legal term, this condition in the terminology of the fundamentalists is: what nothingness requires without its presence, and in the presence of it, neither the presence nor the absence are required. The condition as the legal term is called on several different meanings, including: the elements necessary for the convening of the contract or its validity, or what we call the elements of the contract and its conditions, and the condition in this sense does not fall within the scope of our search. Also the condition is called on a matter opposed a non-existent future on the risk of existence, depends on achieving the existence of commitment or its removal, which is called the standing condition and revoked condition. The condition is also called the additional provision which the contractors agree to implement it, or is required by one of the two contracting parties on the other contractor in the contract, which is not part of the core of the contract, which is called the condition associated with the contract, or condition Aljali.

The condition is divided based on several considerations into several sections: Considering the source of the condition, it is divided into five sections: mental condition, legitimate or legal conditions, linguistic condition, normal condition, customary condition, and Aljali condition.

The condition is divided considering the time of its requirement into three sections: the former condition of the contract, the condition that is conjugated with the contract, and the subsequent requirement of the contract. And according to the most correct view of the scholars, all of these conditions, regardless of the time of its stipulation, are considered under the conditions that the two contracting parties must commit them.

Considering the influence of the contract, the condition is divided into three sections: the suspension, supplemental and restriction conditions. The marriage contract does not accept the suspension and supplemental conditions while it accepts the restriction and conjugated conditions, and that's what has been used in the Iraqi Personal Status Law.

The condition is divided based on its judgment into three sections: the correct condition: It is confirming the requisites of the contract, or appropriate with it, or agree with the correct customs, or it was brought sharia evidence, or in the interest of one of the two contracting parties, or both, or to others. And the corrupt condition: a requirement that is religiously prohibited if the condition is incompatible with the forensic evidence, or with the contract requisites, or not appropriate with it. The Abominable condition: a condition which is not required nor denied by the contract.

The Aljali condition is a condition in which agreed by the contracting parties in a marriage contract which can amend its original obligations between the parties. These commitments would not be required if the contract were issued without that condition, and it is therefore called restriction or conjugated condition.

The scholars differed in the viability of the two contracting parties in putting this condition into three directions: direction of

the reluctant, the narrower, and the expanded. The correct of these trends is the expanded direction which gives the two contracting parties the power to establish any condition that would benefit the contractor or others, and this opinion has been taken by the Iraqi legislature.

Although the marriage contract accepted the conjugation condition but does not accept the suspending condition, and there is a clear difference between the conjugations and suspension: In the case of the conjugated or restricted conditions, the conditional restricted contract exists, but committed within the rule a supplemental judgment which has amended the original judgment. And the suspended contract would not be valid unless the occurrence of the commentator condition. And the Aljali condition whether it is the former, the conjugated, or the subsequent condition of the contract is a legitimate condition, and must be adhered to by the two contracting parties.

The judgment of Aljali condition vary according to the different nature of the condition and its relationship to the contract: If the condition agrees to requisites of the marriage contract, the scholars has agreed to its consideration and necessity of implementation , although the condition is incompatible with the requisites of the marriage contract scholars have differed in the extent considered and its impact on the contract, some of them went to the invalidity of the contract and condition together, and some of them went to the invalidity of the clause without a contract, and some of them went to the invalidity of the contract before entering and the invalidity of the condition after entry. But if the condition does not contradict the marriage contract nor agrees with, and there is the benefit of one of the two contracting parties, all jurists have agreed on the validity of the contract, but they differed in the condition. Some of them have prohibited it, some of them have abominated it, and some of them have taken and considered it. The correct of these views is the opinion of the Hanbali which stipulates that any legitimate condition agreed upon within the framework of

the marriage contract, whether confirming the requisites of the contract, or agrees to it, or responded by Sharia, or was it in practice, or was in the interest of a two contracting parties or to others, nor contrary to requisites, the marriage contract is correct, and must be met , and if it is not adhered to by the other contractor, the one who benefited the condition has the right to seek a separation and annulment of the contract, Iraqi law has taken this view.

The research concluded with the most important findings and recommendations reached by the results of this research, its abstract has been written in both Arabic and English languages. Also the index of all sources and references that have been adopted in the research has been prepared in addition to the index of all research terminologies.

In conclusion, I thank Allah the Almighty and guided me in the writing of research and its completion, what was in it from the right is of God and thanks to him alone, and it was a mistake or forget is of mine and perfection is for Allah the Almighty alone.

Thanks to Allah firstly and foremost.