الشروط الضمنية في عقد الزواج (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)

أ.م.د. انغام محمود شاكر

كلية القانون / جامعة بابل

٠٧٨١١١٠٩٦٢٧

anghammahmood87@gmail.com

Implicit conditions in the marriage contract (a comparative study with Islamic jurisprudence)

الكلمات الافتتاحية :

الشرط ، الضمني ، الصوري ، العرف ، المقتضى

Keywords :

condition, implicit, formal, custom, requirement

Abstract : The marriage contract has great value in human life and in the existence of families. To ensure the validity of this contract and the creation of a cohesive, successful family resulting from the true consent of both parties, the marriage contract has its own rules and provisions and conditions that must be observed in order to be valid and considered in it, and must be carried out by both parties to the marriage contract (husband and wife) . Even if the spouses do not agree on it or mention it in the contract, explicitly or implicitly. Because these conditions do not prove anything new, they may be conditions required in exchange for the rights that each party enjoys towards the other. Each condition corresponds to one of the

rights resulting from the marriage contract, that is, what is appropriate to the nature of the marriage contract itself, or the custom of the country, so they are called the implied conditions in the marriage contract.

الملخص:

لعقد الزواج قيمة عظيمة في حياة الانسان وفي وجود الاسر ، فلضمان صحة هذا العقد وانشاء اسرة متماسكة ناجحة ناتجة عن الرضا الحقيقي لكلا الطرفين ، جعل لعقد الزواج قواعد واحكام خاصة به وشروطا يجب مراعاتها تكون صحيحة ومعتبرة فيه ، ويجب القيام بها من قبل طرفي عقد الزواج (الزوج والزوجة) . وان لم يتفق عليها الزوجان او يذكرناها في العقد صراحة او ضمنا . لان هذه الشروط لا تثبت شيئا جديدا فقد تكون شروطا تشترط في مقابل الحقوق التي يتمتع بها كل طرف تجاه الاخر ، فكل شرط يقابل حقا من الحقوق المترتبة على عقد الزواج اي مما يتناسب مع طبيعة عقد الزواج ذاته ، او عرف البلد فتسمى بالشروط الضمنية في عقد الزواج .

المقدمة:

اولا / جوهر فكرة البحث : ان ها البحث يدور حول فكرة جوهرية مفادها ان الشارع الحكيم نظم عقد الزواج وجعل له اركانا وشروط شرعية لا يقوم الا عليها ورتب عليه حقوقا وواجبات الزم بها ، فهناك شروطا تلزم العاقدان (الرجل " الزوج " – والمرأة " الزوجة ") . وان لم تذكر فيه تسمى بالشروط الضمنية في عقد الزواج حيث تعتبر جزءا من العقد سواء كانت مدونة ، ام غير مدونة ، متلفظ بها ام غير متلفظ بها .. وحتى لا تخرج هذه الشروط عن اطارها المشروع اشترط ان لا تمس بما هو ثابت شرعا او ما يعبر عنه بطبيعة العقد او مقتضاه . كذلك ما تعارف عليه الناس في حياتهم اليومية من اعراف وعادات اصبح لها طابع الالزام المعنوي في شتى المجالات فيمكن اعتبار الاعراف والعادات التي تحكم الافراد . وخاصة تلك التي يتميز بها المجتمع العراقي في قضايا الاحوال الشخصية من الشروط الضمنية والمرافقة او المصاحبة لعقد الزواج وعلى هذا الاساس يعتبر العرف الذي لا يخالف التعاليم

الشرعية والمعمول به في اوساط مجتمع معين شرطا ضمنيا صحيحا . وعليه فالشرط الضمني في عقد الزواج يتحدد حسب طبيعة العقد او عرفا .

ثالثا / مشكلة البحث : تتمثل مشكلة البحث في الوقوف على اهمية الشروط الضمنية في عقد الزواج كونها كفيلة بتثبيت الزواج واستمراره فلا بد لهذه الشروط من ضوابط ومعايير عامة تحدد وتبين ما يصح ومالا يصح منها ، فقد يكون ما يتفق عليه المتعاقدان او ما تفرضه عوامل الحياة والمجتمع المحكومة بالتغيير والتنوع والابتكار مما لا تحويه المبادئ والقواعد الكلية لذلك العقد مما يترك الاثر واضحا على مفعول العقد ومدى التأثير فيه . لذا سوف نحاول من خلال البحث بيان وتوضيح اثر تلك الشروط ونطاق تطبيقها وبيان مدى الاعتداد بها وما يترتب عليها من اثار من خلال بيان موقف القانون منها تشريعا وفقها ولاسيما القانون العراقي مع بيان الملاحظات القانونية على تنظيم المشرع العراقي لتلك الشروط ، واقتراح التوصيات التي تساهم في سد النقص التشريعي بخصوص تلك الشروط .

ثانيا / اسباب اختيار البحث : تكتسب الشروط بشكل عام اهمية كبيرة حيث تحظى باهتمام الفقه والتشريع ، واذ تظهر اهميتها من خلال ما افرد لها الفقه من بحوث ودراسات ومناقشات في كتبه وموسوعاته ونصوص عالجت انواعه. وتكتسب الشروط الضمنية في عقد الزواج خصوصية تنبثق من كونها تمثل مرتكزا اساسيا في المحافظة على العلاقات الاسرية من الضياع والتشتت . فقد تحقق هذه الشروط مقاصد الزواج كونها تؤسس العلاقة الزوجية على اساس من التفاهم والمودة بين الزوجين . وحرصا لما لعقد الزواج من حرمة وقداسة جعل الشارع المقدس حال انعقاده باتفاق الطرفين ورضاهما اصوله ومقتضياته واثاره المترتبة عليه ، فهذه الاصول والمقتضيات والاثار جاءت للمحافظة على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين (الرجل والمرأة) . لذا يكون لها الدور الاكبر في تقرير وتأكيد ما تتطلبه الاسرة من استقرار ودوام . فكل شرط يتلاءم مع اصول وطبيعة عقد الزواج واثاره المترتبة عليه فهو ضمني . لذا يكون لعقد الزواج شروط اصبح من المألوف الالتزام بها ، وان لم تذكر فيه تكون طبقا لما قررته الشريعة الاسلامية من مقتضيات واصول ثابتة لهذا

العقد ، تكون كفيلة بتحقيق المقاصد التي شرع من اجلها وهي بناء اسرة قوامها المودة والرحمة والتعاون .

رابعا / منهجية البحث : تعتمد دراستنا في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن بين المذاهب الاسلامية من جهة والتشريع العراقي متمثلا بالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٤ ، وقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث تتركز دراستنا على نص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي ، ونص المادة (١٥٠) من القانون نفسه ، ونص المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

خامسا / خطة البحث : سوف يتم تقسيم الدراسة على ثلاثة مطالب ، نخصص الاول لبيان مفهوم الشروط الضمنية في عقد الزواج والذي سوف نقسمه على فرعين نخصص الاول لتعريف الشروط الضمنية في عقد الزواج لغة ، اما الثاني سنتناول فيه تعريف الشروط الضمنية في عقد الزواج اصطلاحا . اما المطلب الثاني سوف نتناول فيه انواع الشروط الضمنية في عقد الزواج والذي سوف نقسمه الى فرعين نخصص الاول لبيان الشروط الضمنية ، اما الثاني سوف نتناول فيه لشروط العرفية ، اما المطلب الثالث سنبحث اثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج وذلك على فرعين سنفرد الاول لأثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج في الفقه الاسلامي اما الثاني فعرضنا فيه لأثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج في القانون .

المطلب الأول: مفهوم الشروط الضمنية في عقد الزواج : لكي نقف على معنى الشروط الضمنية في عقد الزواج بشكل دقيق لابد من ان نوضح معنى الالفاظ التي تحملها هذه المصطلحات بما يميزها عن غيرها وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الاول تعريف الشرط الضمني في عقد الزواج لغة ، وسنبحث في الثاني تعريف الشرط الضمني في عقد الزواج اصطلاحا .

الفرع الأول: تعريف الشرط الضمني في عقد الزواج لغة : تعريف الشرط لغة : وجمعه شروط وقد شرط عليه كذا من باب ضرب ونصر واشترط ايضا[1] ، كما عرف بأنه : الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، اي ما يتقرر ليلتزم به البائع ونحوه فيقال شرط له

امرا اي التزمه وشرط عليه امرا اي الزمه اياه . [٢] بذلك يكون الشرط عبارة عن الالزام والالتزام المقيد بوقوعه ضمن معاملة بيع او نحو ه . اما عن تعريف الضمني لغة : ضمن الشيء ضمانا اي كفل به، فهو ضامن له وضمين ، وضمنه الشيء تضمينا فتضمنه عنه ، وفهمت ما تضمنه كتابك اي ما اشتمل عليه وكان في ضمنه [٣].

الفرع الثاني : تعريف الشرط الضمني في عقد الزواج اصطلاحا : لبيان تعريفا بالشرط الضمني في عقد الزواج اصطلاحا قسمنا هذا الفرع على فقرتين خصصنا الاولى لبيان معنى الشرط الضمني في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وكرسنا الثانية لبيان معنى الشرط الضمني في عقد الزواج في القانون .

اولا / معنى الشرط الضمني في عقد الزواج في الفقه الاسلامي : عرف الفقهاء الشرط بأنه : " وصف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده الحكم ولا عدم وجود لذاته ويكون خارجا عن حقيقة المشروط " [٤] . وقد عرفه بعض الفقه بأنه : " هو ما يتوقف على وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده " [٥] . وفي ذات المعنى عرف بأنه : " كل امر ربط به غيره عدما لا وجودا وهو خارج عن ماهيته اي ان عدم الشرط يستلزم عدم الامر المشروط له اما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط " [٦] . وقال ابن رشد القرطبي عن الشرط بأنه : " وصف مكمل لشروطه ويكون مما اقتضاه المشروط " [٧] . اما عند الشيخ ابن تيمية فهو : " ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم " [٨] ، وبنفس المعنى عرفت مجلة الاحكام العدلية الشرط في المادة (٢٠٩) بأنه : " كل امر ربط به غيره عدما لا وجودا وهو امر خارج عن ماهيته " .

بذلك يراد بالشرط في الفقه الاسلامي احد معنيين :

الاول : هو امر زائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية اذ يتوقف عليه وجود الفعل فيلزم من عدمه عدم ذلك الفعل ولا يكون لوجوده تأثير في وجود الفعل ، فالشرط بهذا المعنى يعني كل امر يتوقف عليه الشيء وجودا او صفة بحكم الشارع او الواقع دون ان يكون جزءا من ماهيته او حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود[٩] .

كالزوجية بالنسبة للطلاق فهي زائدة عن الطلاق فالطلاق رفع لعقد النكاح وانهاء اثاره واحكامه بلفظ مخصوص ووجود الطلاق يتوقف على سبق الزوجية ويلزم من عدم الزوجية عدم ايقاعه او وقوع الطلاق فإذا لم توجد الزوجية لم يوجد الطلاق رغم انها غير مؤثرة في ايقاع الطلاق بل المؤثر في الطلاق اللفظ الدال عليه كما ان الزوجية بحد ذاتها لا تقود ولا تؤدي الى الطلاق فقد توجد ولا يوجد الطلاق .

اما الثاني : فهو امر زائد عن اصل العقد يلتزم به المتعاقد في عقده ويستوي في هذا الالتزام ان يقتضيه العقد او لا يقتضيه وسواء كان فيه منفعة للملتزم ام لغيره ام لا ، ثبت باللفظ ام لا فمثال على ما كان من مقتضيات التصرف اشتراط الزوجة ان يسكنها وينفق عليها ، فمثل هذا الشرط يحقق منفعة للمتعاقد وهي ليست زائدة عما يجب بالعقد وانما هي من مقتضاه وحكمه.[١٠] ومثال على ما لا يعتبر من مقتضيات العقد كما لو تزوج رجل بامرأة وشرط لها مهرا دون اتفاق بينهما على ميعاد حلوله وكان عرف البلد تعجيل النصف وتأجيل النصف الى الموت او الطلاق او الميسرة فمعه نصف المهر يتأجل الى هذه المواعيد العرفية وليس للزوجة المطالبة به قبل الطلاق او الموت او الميسرة كما ليس للزوجة الامتناع عن القيام بواجباتها الزوجية حتى يقوم الزوج بتسليمها النصف الاخر من مهرها ، فمثل هذا التأجيل لم يثبت باللفظ وانما ثبت بالعرف او العادة الجارية .

ثانيا / معنى الشرط الضمني في عقد الزواج في القانون : ان الشرط في الفقه القانوني له معان ثلاثة : المعنى الاول للشرط : هو ما يتطلبه المشرع لترتيب اثر

قانوني معين كإشتراط المشرع لصحة العقد ان يكون كل المتعاقدين متمتعا بالأهلية اللازمة لإبرام العقد فهذه الشروط تمثل العناصر التي يتطلبها القانون لاكتمال الحق اذ لا يكتمل وجوده ولا يترتب عليه اي اثر مالم يستوفي الشروط المطلوبة قانونا من غير ان يكون لها اثر رجعي [١١] والمعنى الثاني للشرط هو : امر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام او زواله وهذا الشرط يمثل وصف في الالتزام ويكون على نوعين شرط واقف وشرط فاسخ [١٢] . اما المعنى الثالث للشرط : فهو المعنى المتعلق بالأحكام التي يشترطها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما او بعبارة اخرى كل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقتهما التعاقدية وتعين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها وهذا ما يسمى بالشرط المقترن بالعقد .[١٣] اما الشرط في القانون المدني العراقي فقد حدد المشرع العراقي انواع الشروط التي اخذ بها في المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي نصت على انه : " يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة " . يتضح من مفهوم هذا النص ان المشرع العراقي تجنب الاشارة الى ما يقتضيه العقد بوصفه شرطا وانما هو حكما جعليا لأنه شرط صورة لا حقيقة يثبت بذات العقد فلا حاجة لاشتراطه لان اشتراطه تأكيد للمؤكد ، كما نجد ان المشرع العراقي قد اقتفى اثر الفقه الاسلامي في ما يصح من الشروط فقد قسم الشرط الى شرط صحيح وشرط غير صحيح . كذلك نصت المادة (٢/١٥٠) من القانون المذكور والتي جاء النص فيها : " ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " . الملاحظ على النص جعل المشرع العراقي كل ما يعد من مستلزمات العقد والتي تتحدد وفقا للقانون والعرف والعدالة هي شروط تلزم العاقدان . اما في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ فإن المشرع العراقي جعل المعيار بمشروعية الشروط هي كل الشروط التي تتفق مع مقتضى عقد الزواج بحيث

تدخل في نطاق الحقوق الزوجية لكل منهما حيث تقوم هذه الشروط بتأكيد هذه الحقوق وليس بإنشائها وسواء اشترطت في عقد الزواج ام لم تشترط كاشتراط الزوج على الزوجه ان تطيعه . وكذلك يمكن عد ما هو مباح عرفا لدى الناس من الشروط الضمنية المشروعة مثلا ماجرى به العرف من تعجيل المهر للمرأة كان لها ذلك . لذا يكون الوفاء بهذه الشروط واجب من الطرف الملتزم بها شرعا سواء اشترطت في العقد ام لم تشترط . وهذا ما اشارت اليه المادة ونصت المادة (٣/٦-٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩منه : " ٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها ٤- للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج " . وفيما سبق عرضه من المعاني اللغوية والفقهية للشرط الضمني يمكن تعريفه بأنه : هو ما يكون معتبرا في العقد بدون تصريح فهو كل شرط معتبرا في عقد الزواج سواء صرح به او لا. بذلك يكون الشرط الضمني هو كل شرط يقوم بوظيفة تكوينية للعقد ، او وظيفة تكميلية له يسمى شرط ضمني . فيقصد بالوظيفة التكوينية : هو كل شرط يساهم في ارساء اركان التصرف ، او عناصر اركانه وبيان مديات الالتزام المفروض قانونا فإقتضاء الزوج للزوجية هو ما يقتضيه عقد الزواج من غير ان يحتاج امضاء الشارع واعتباره او امضاء العقلاء واعتبارهم . ، اما الوظيفة التكميلية : هو كل شرط يقوم بإكمال ارادة المتعاقدين في المسائل التي اغفلا الاتفاق عليها ، ومن امثلته اشتراط الزوجة على الزوج ان لا يضارها في نفسها ولا في مالها ، واشتراطها عدم التقصير في حقوقها ، واشتراط الزوج على الزوجة خلوها من الموانع الشرعية فلا تكون مثلا زوجة للغير ، او ان لا تكون في عدتها وغيرها .

المطلب الثاني : انواع الشروط الضمنية في عقد الزواج : تقسم الشروط الضمنية في عقد الزواج الى شروط صورية او ما تسمى بالشروط المجازية ، والشروط العرفية ، وللإحاطة بهذين النوعين من الشروط نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول الشروط الصورية ونخصص الفرع الثاني للشروط العرفية .

الفرع الأول: الشروط الصورية او المجازية في عقد الزواج : ان هذا الشروط مأخوذ من نظرية (مقتضى العقد) فأساس نظرية مقتضى العقد تتحدد بمعنيين هما :

أولاً : أن مقتضى العقد يتمثل في المضمون الجوهري للعقد إذ أن لكل عقد من العقود جوهراً ذاتية خاصة تميزه من غيره من العقود هذا الجوهر الخاص للعقد يسمى بمقتضى العقد، فمقتضى عقد الزواج هو انفاق الزوج على زوجته ومعاشرة الزوجة لزوجها ولو اشترط ما يخالف ذلك كاشتراط عدم الانفاق وعدم المعاشرة لأفضى هذا إلى سلب ذاتية العقد.[١٤]

ثانياً : إن مقتضى العقد يتمثل في الآثار التي تترتب على العقد إذ أن لكل عقد مجموعة من الآثار التي تترتب عليه وهذه الآثار تشكل جزءاً من هوية العقد ومن شأنها تثبيت الاثر الاصلي للعقد وتأكيده ، فجوهر العقد أو ذاتيته إنما تشترك مع آثاره لتشكل صورة العقد المتميز من غيره من العقود [١٥]. فالشرط الذي ينافي جميع آثار العقد يعتبر منافياً لمقتضى العقد، كأن يشترط الزوج على زوجته عدم الانفاق عليها . كما وهناك مجموعة من الآثار رتبها الشارع على العقد فتتحقق تلك الاثار بمجرد انعقاد العقد صحيحا اذ يتولى الشارع ترتيبها وتنفيذها فور انعقاد العقد فمثلا رتب على عقد النكاح مجموعة من الآثار أبرزها آثار الزوجية كأن يشترط الزوج عدم الاعتراف بنسب الابناء [١٦]. لذا يكون وفقا لهذه النظرية ان الشرط الصوري هو ما يكون مقررا بحكم العقد او مقررا لمقتضاه دون حاجة لاشتراطه . لذا يمكن ان تعرف الشروط الصورية في عقد الزواج بأنها الشروط التي يقتضيها عقد الزواج اي كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى وان لم تذكر فيه بالنظر لكونها تعد حكما من احكام عقد الزواج واثرا من اثاره ومن ثم هي تجب بالعقد من غير حاجة الى اشتراطها في الاصل [١٧]. ويطلق عليها ايضا بالشروط المجازية باعتبار انها مقررة وثابتة بموجب عقد الزواج ذاته .

ومن امثلتها اشتراط الزوجة على زوجها الانفاق ، او دفع المهر او عدم تأجيله ، المعاملة الحسنة ، حسن المعاشرة ، اما بالنسبة للزوج كإشتراطه على الزوجة الطاعة ، القرار في بيت الزوجية . فإن اشتراط هذه الشروط لا يضيف شيئا جديدا على عقد الزواج فبمجرد انعقاد العقد تثبت هذه الشروط فلا حاجة لاشتراطها في العقد . حيث تتمثل هذه الشروط في الاثار المترتبة على العقد بمجرد انعقاده والوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط [١٨].

مما تقدم يتضمن مقتضى العقد امرين جوهرين :

اولا / الحكم الاصلي للعقد : للعقد حكم اصلي لا ينفك عنه ولا يتصور وجوده بذاته بدونه مالم تتغير ماهيته ولا فائدة لهذا العقد مالم يتحقق الحكم الاصلي ويطلق عليه بمقصود العقد والمقصد الاصلي للعقد وموضوع العقد والاثر النوعي للعقد والغاية النوعية له وهذا الحكم يكون ثابتا في جميع العقود ذات النوع الواحد .[١٩]

ثانيا / الاحكام التابعة للحكم الاصلي : يقصد الاحكام التابعة للحكم الاصلي للعقد فتتمثل بالحقوق الثابتة بالحكم الاصلي وبالالتزامات التي ينشئها العقد ، فالحقوق الثابتة للحكم الاصلي للعقد هي ما يستفيده العاقد من جراء ثبوت الحكم الاصلي له في المعقود عليه ، فالحكم الاصلي يتحقق وينفذ بمجرد انعقاد العقد صحيحا فلا يحتاج الى تنفيذ ، ففي الزواج تحل العشرة بين الزوجين بمجرد ، " لأنها تمثل الغاية الرئيسية والمنشودة من العقد والتي يراد الوصول اليها والتي شرع العقد طريقا موصلا لها . اما الالتزامات التي ينشئها العقد هي الالتزامات المجعولة لكل عقد والتي تحقق مقصوده فهذه الالتزامات نظمها المشرع في كل عقد تحقيقا للغرض المنشود منه وتحقيقا للتوازن الواجب الرعاية ما بين حقوق والتزامات الطرفين ومجموع هذه الحقوق تدرج تحت مسمى " مقتضى العقد "وماعدا ذلك من الالتزامات لا تجب على الطرفين الا من خلال الاتفاق وهي ما لا تكون من مقتضى العقد . [٢٠]

اما الالتزامات التي ينشئ ها العقد فهي التزامات وتكاليف تستقر في ذمة المتعاقد

لمصلحة المتعاقد الاخر عملا بثبوت الحكم الاصلي للعقد ، فكل عقد يفرض جملة من الالتزامات على كل من طرفيه ففي عقد الزواج يفرض على عاتق الزوج الانفاق على الزوجة ويفرض على الزوجة واجب طاعة الزوج. [٢١] بذلك تكون الشروط الصورية او المجازية هي التي تكون معتبرة بحسب الارتكاز والبناء العقلاني فتكون ضمن العقد بحيث لا يحتاج الى ذكرها .[٢٢] فاقتضاء الزواج للزوجية حيث عقد الزواج يقتضي ذلك بدون حاجة الى امضاء الشارع والعقلاء واعتبارهم . ولو يممنا وجهنا نحو موقف القانون من الشروط الصورية في عقد الزواج نجد ان المشرع العراقي لم يتصدى لبيان مقتضى العقد رغم تصديه لبيان الشروط المؤكدة للعقد من خلال نص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ حيث جاء النص فيها : " يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه ____ " . يتبين من النص ان المشرع العراقي لم يبين مقتضى العقد وحسنا فعل حيث الا تعدو ان تكون من موجبات العقد الاصلية والتزاماته الرئيسية . اما نص المادة (١٥٠) منه على انه : " ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " . الملاحظ على النص ان هناك علاقة بين مقتضى العقد ومستلزماته لكن لا تصل الى حد التطابق ما بينهما ، فالمقتضى يتصل بذات العقد واحكامه الرئيسية اي بأحكام العقد الاصلية والحقوق التابعة لهذه الاحكام ، اما المستلزمات فهي تتعلق بحقوق العقد اي بالشيء محل العقد الذي انتقل بموجبه . الملاحظ على هذه النصوص الاعتراف بالشرط الصوري وهو الذي يكون ضمن العقد بحيث لا يحتاج الى ذكره بعبارة اخرى هو ما يكون معتبرا بالاشتراط الصريح اي من خلال الأخذ بكل ما يقتضيه عقد الزواج من شروط لا تنافي مقتضاه وتكون من مصلحته فهي تثبت كنتيجة للعقد متى ما تم ، وكل ما يعتبر من مستلزماته قانونا وعرفا وعدالتا .

الفرع الثاني : الشروط العرفية في عقد الزواج : يقصد بها تلك الشروط التي جرى بها العرف [٢٣] او التي جرى بها التعامل بين الناس وان لم تكن مما يقتضيه العقد او يلائمه او مما ثبت بالنص [٢٤] فهي الشروط الذي درج العرف على ادراجه في عقد الزواج دون الحاجة الى النص عليها صراحة لاستقرار العمل بها ولجريان عرف التعامل على ذلك كأن يشترط الزوج توافر صفة معينة في المرأة كصفة تتعلق بالجمال او البكارة او الثقافة [٢٥] . عليه يكون الشرط الجاري به العرف شرط متعارف عليه وباستمرار اتباعه يولد شعورا بعدم جواز مخالفته فهو يكتسب صفة الالزام من شعور المتعاقدين بعدم جواز مخالفته لذا فالشرط العرفي هو الشرط الذي يتوافر فيه عنصران مادي ومعنوي [٢٦] . وان الفقه الحنفي انفرد بهذا النوع من الشروط دون بقية المذاهب الاخرى [٢٧] ، لان تلك المذاهب باستثناء الشافعية والمالكية لم تكن بحاجة لإقرار هذا النوع من الشروط مادامت تصح عندهم بإعتبارها شروطا لا تتناقض مع متقتضى العقد او مقصوده [٢٨]. ويلاحظ ان الفقه الحنفي يعلل مشروعية هذه الشروط بالقاعدة التي تقضي ان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، الا ان ابا حنيفة وصاحبيه يجيزون هذا الشرط استحسانا لان العرف مما يخص القياس [٢٩] ، الا ان زفر يأخذ بالقياس ويعتبر هذا الشرط فاسدا لأنه زائد على مقتضى العقد وغير مؤكد له وفيه منفعة لاحد العاقدان .[٣٠] ونجد ان الفقه الشافعي لا يتفق مع الفقه الحنفي في مسالة تصحيح العر ف للشرط التي تعتبر في الاصل غير صحيحة لان ترك القياس لثبوت التعامل بالشرط يعتبر لديهم مخالفة لحكم النص اذ ان النص لديهم امر على

المعاملات والعرف لا يكون امرا على النص [٣١] . بذلك نجد ان الفقه الحنفي قد فتح بابا للتوسع في صحة الشروط لان كل معاملة اعراف وعادات ألفها الناس واعتادوا عليها فلا يمكن النزول عنها لان في النزول عنها حرجا وضيقا [٣٢]. بالتالي لا مانع من الاخذ بكل شرط متماشي مع العرف المحيط بالأسرة مما يجعل وجود العرف في مسائل الاحوال الشخصية ضابط اساسي ومهم لصحة الاخذ بالشروط الصورية العرفية فلا يعقل الاخذ بشروط صورية في عقد الزواج غير متعارف عليها في وسط مجتمع معين وهذا دليل قوي على مشروعية العرف في قضايا الاسرة . وبذلك يكون هذا الشرط شرطا معتمدا في العقد سواء اتفق عليه ام لم يتفق كونه من الشروط العرفية او الضمنية وهو في حقيقة الامر ليس شرطا بالمعنى الحقيقي لأنها لم تشترط من قبل المتعاقدين لأنها دخلت في نطاق العقد عملا بالمادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت بان لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام [٣٣] كما اشار القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لهذه الشروط في المادة (١٣١) منه حيث جاء النص فيها : " يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة " . نرى ان المشرع العراقي بهذا النص قد اخذ بهذا النوع من الشروط تأثرا بالفقه الحنفي . كما ويلاحظ على هذه المادة اعتراف من المشرع العراقي الاعتداد بكل ما هو قائم على الاعراف والعادات التي اطرد على اعتمادها في العقود والتصرفات وجار التعامل بها بين الناس فكل ما متعارف عليه ومعمول به في المجتمع كشرط صوري يمكن ان يقترن به عقد الزواج حتى وان لم يذكر فيه .

المطلب الثالث : اثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج : تلعب الشروط دورا مهما في التأثير على عقد الزواج من حيث الصحة والفساد ومن اجل معرفة اثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج في الفقه الاسلامي والقانون نقسم هذا المطلب

على فرعين نتناول في الاول اثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج في الفقه الاسلامي ونبحث في الثاني اثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج في القانون .

الفرع الأول: اثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في حكمهم على الشروط الضمنية في عقد الزواج الى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الاول / يمثل هذا الاتجاه الفقه الظاهري حيث نجد ان ابن حزم الظاهري ضيق من نطاق الشروط والذي يرى ان الاصل في الشروط الحضر الا ما ورد به نص خاص او اجماع بجوازه فإرادة الانسان في التعاقد مقيدة بالتالي عدم صحة اي شرط ليس في كتاب الله او شروطه [٣٤]. بذلك الشرط الصحيح عندهم هو ما نص عليه الكتاب او السنة او انعقد على جوازه الاجماع ومن ضمنها الشروط التي يقتضيها عقد الزواج كالشروط التي تتعلق بالصداق والنفقة والكسوة والاسكان والمعاشرة بالمعروف وغيرها فهذه الشروط صحيحة ويجب الوفاء بها وان لم يتم اشتراطها او النص عليها لانها لا تثبت شيئا زائدا على العقد فهي اثرا من اثاره [٣٥].

الاتجاه الثاني / يمثل هذا الاتجاه الفقه الحنبلي الذي يرى جواز ادراج اي شرط فيه مصلحة للمشترط بذلك يكون فقهاء الحنابلة قد توسعوا في اطلاق ارادة المتعاقدين في اشتراط مالم يرد دليل بتحريمه من الشروط [٣٦]. ففقهاء الحنابلة ذهبوا الى ان الشروط الصحيحة تقسم الى شروط من مقتضى العقد ، وشروط من مصلحة العقد ، واشتراط شرط فيه نفع معلوم .[٣٧] بذلك يكون كل ما يشترطه المتعاقد على الاخر صحيح ويجب الوفاء به مادام لم يخالف نص في كتاب الله ورسوله حيث يكون الشرط بمنزلة العقد ، فالأصل في الشرط ان يكون صحيحا ويصح معه العقد مادام لا يخالف قصد الشارع ولا يناقض مقصود العقد[٣٨] . بالتالي تكون من الشروط الصحيحة عند

فقهاء الحنابلة ما يقتضيه عقد الزواج كتسليم الزوجة نفسها اليه ، او وشرط تمكين الزوج من الاستمتاع بها ، أو شرط تسليم الزوج جميع المهر لها وتمكينها من الانتفاع به فهذه الانواع من الشروط صحيحة ولا يؤثر اشتراطها لان عقد الزواج يقتضيها [٣٩].

الاتجاه الثالث / ويمثله فقهاء الجمهور من الامامية والحنفية وفقهاء المالكية والشافعية فقد جمعوا بين الاتجاهين السابقين فلم يقولوا بتحريم الشروط مطلقا ولم يبيحوها مطلقا حيث تتقيد حرية المتعاقدين بما يشترطه على الاخر بموضوع العقد وما يقتضيه على ان لا يكون الشرط مخالفا للشرع ليكون العقد برمته وما يقتضيه صحيحا ومشروعا ومتزنا حفظا لمصلحة الطرفين حيث لا يصح من الشروط الا ما كان يقتضيه العقد او ما كان ملائما لما يقتضيه او موجبا بنص او جاريا عرفا بذلك تكون العلة من النهي تظهر عند منافاة الشرط لما يجب به العقد من احكام واثار [٤٠].

فذهب الطوسي من فقهاء الامامية الى اعتبار الشرط صحيح هو كل شرط يوافق مقتضى العقد ويؤكده ، وكل شرط لا يقتضيه العقد لكن يتعلق به مصلحة المتعاقدين للعقد لكنه مما بني على السراية والتغليب ، مالم يبنى على السراية والتغليب والشيوع والانتشار ولا يتعلق به مصلحة العاقدين ولا يقتضيه العقد .[٤١] اما الاحناف فالشرط لديهم ام حلال او حرام فان كان حلال فهو اما يقتضيه العقد وقد بان حكمه ، واما ان لا يقتضيه العقد لكن يقرر ما يقتضيه العقد اي يكون ملائما له بحكمه ، او قد يكون ورد به نص اي ثبت جوازه بنص شرعي على خلاف القياس او قضي به عرف اي جرى به العرف .[٤٢] اما فقهاء المذهب الشافعي فقد اعتبروا في صحة الشرط هو كل ما كان من مقتضى العقد وواجباته فهي واجبة بالعقد واشتراطها تأكيد فيه والعقد لازم بها ، ومنها ما كان في مصلحة العقد ومباحاته ، و يضيف الشافعية على ما لدى الاحناف الشرط الذي فيه معنى من معاني البر .[٤٣] اما الفقه المالكي

فالشروط الصحيحة عندهم تتمثل بالشرط الذي يلائم العقد ، واشترط المتعاقد بعض المنافع له ، واشترط عمل في المعقود عليه ، واشتراط منع المشتري من تصرف يسير في المعقود عليه ، وشرط فيه معنى من معاني البر . [٤٤] فالشروط المعتبرة في صحة الشرط هي ان يكون الشرط مقدورا ، وسائغا في نفسه ،وان لا يكون منافيا للكتاب والسنة ، وان يكون فيه غرض عقلاني معتد به ، وان لا يكون منافيا لمقتضى العقد ،وان لا يكون مجهولا ،وان لا يكون مستلزما لمحال ، وان يكون منجزا .[٤٥] يتضح مما سبق عرضه من الشروط التي اشترطها الفقهاء في صحة الشروط نجد ان الفقه الظاهري كان من اكثر الاتجاهات تضيقا للشروط . اما الفقه الحنفي فقد انفرد عن بقية المذاهب الاسلامية في توسيع دائرة الشروط الصحيحة من خلال اعتبار الشروط التي جرى بها التعامل هي شروط صحيحة تلحق بأصل العقد مما يساهم ذلك في تحقيق المرونة المطلوبة والاستجابة لمتطلبات الواقع . اما بقية المذاهب فلم يكونوا حاجة الى اشتراط مثل هكذا شروط طالما يقولون بصحة الشروط التي لا تناقض مع مقتضى العقد ولا تتعارض مع الحلال والحرام . مما تقدم نجد انه لا خلاف بين الفقهاء ان كل الشروط التي يقتضيها عقد الزواج والتي تكون متفقة مع طبيعته ونظامه ، وكذلك الشروط التي جرى بها العرف الصحيح تكون جائزة وصحيحة حتى وان لم تشترط او تذكر في العقد فهي في حقيقتها شروط ثابتة لذا كان الوفاء بها واجبا لأنها تمثل جزءا لا يتجزأ من مقتضى العقد . بذلك ذهبوا الى صحة ادراج الشروط التي يقتضيها عقد الزواج كإشتراط الزوجة حسن معاملة زوجها معها ، او ان ينفق عليها واجازوا ايضا الشروط التي جرى العرف الصحيح بها كان تشترط الزوجة تعجيل كل المهر او نصفه [٤٦] . فالشروط اعلاه صحيحة وملزمة ويجب الايفاء بها دون حاجة للاشتراط اذ تصبح جزءا من العقد ويلزم العمل بمقتضاها [٤٧] .

الفرع الثاني: اثر الشروط الضمنية في صحة عقد الزواج في القانون العراقي : تبنى المشرع العراقي الاتجاه الذي يرى بضرورة الوفاء بالشروط التي تؤكد مقتضى العقد بشكل عام ففي القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (١٣١) منه حيث جاء النص فيها : " يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة " . الملاحظ على هذا النص ان المشرع العراقي قد اكد على صحة جميع الشروط التي يقتضيها اي عقد او تلائمه او قد جرى العرف على التعامل بها فتكون جائزة ويجب الوفاء بها [٤٨]. وبما ان عقد الزواج له مكانة عظيمة وتأكيدا على تعظيمه هو وضع الشروط التي تتوافق مع مقاصده . لذا اشار المشرع العراقي في المادة (٦ /٣-٤) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الى انه : " ٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها ٤- للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج " . الملاحظ ان المشرع العراقي اتجه الى الاعمام بالشروط دون بيان ماهيتها فالمعيار بمشروعية الشروط هي الشروط التي يقتضيها عقد الزواج او يقوم دليل من الشرع او العرف على جوازها فهي الشروط التي يكون موجبها حكما من احكامه او اثرا من اثاره فهذه الشروط صحيحة لأنها لم تأتي بشيء جديد بل جاءت لتنص صراحة على مقتضى العقد . يتضح لنا من خلال البحث في اثر الشروط الضمنية في عقد الزواج في الفقه الاسلامي والقانون العراقي ما يلي :

١- يتفق كلا الجانبين عدم بيان المقصود بمقتضى العقد على الرغم من كثرة استخدامه في عباراتهم لكن يظهر من عباراتهم انهم يقصدون بمقتضى العقد ما يثبت بذات مطلق العقد دون اشتراط ، اي ما يجب دون حاجة الى النص عليه وعبروا عنه بحكم العقد او غاية العقد او مقصوده .

الخاتـــمة

بعد وصولنا إلى نهاية بحثنا في موضوع الشروط الصورية في عقد الزواج يجدر بنا أن نخرج بجملة من النتائج والتوصيات نورد منها ما يأتي:

أولاً / النتائج :

١- الشروط الضمنية في عقد الزواج : هي الشروط التي يقتضيها عقد الزواج فتمثل المضمون الجوهري له حيث لعقد الزواج جوهرا وذاتية خاصة به حيث يرتب حقوقا وواجبات متبادلة بين الرجل والمرأة وله وجملة من الاثار حيث تشكل بمجموعها جزءا من هوية العقد لتكون صورة لعقد الزواج تميزه عن غيره من العقود .

٢- تبين لنا من خلال البحث ان الشروط الضمنية في عقد الزواج هي نوعين شروطا صورية تمثل جوهر العقد او ذاتيته ، وشروطا عرفية تمثل ما تعارف عليه الناس في مجتمع معين فصح ادخالها ضمن مقتضيات عقد الزواج وان لم تذكر فيه بحيث تصبح جزء لا يتجزأ من مقتضى العقد ويجب الوفاء بها وتلحق بأصل العقد وتكون مستحقة الاداء .

٣- اتفق الفقهاء على مشروعية الشروط التي يقتضيها عقد الزواج لانها شروط تجب بذات العقد واشتراطها وعدم اشتراطها سواء فهي لا تزيد شيء على العقد بل تؤكد موجبه فمعيارها انها تدخل في العقد في حال عدم ذكرها فهي مقتضى العقد ولوازمه التي لا تنفك عنه ، لكن لا يصح الاعتداد بكل الشروط الا بوجود مجموعة من الضوابط الشرعية اي تلك التي لا تتعارض مع الحلال والحرام .

٤- تبين لنا ان المشرع العراقي اخذ برأي جمهور فقهاء المسلمين في موضوع الشروط من حيث تحديدها وبيان اثرها حيث تأثر بنظرية مقتضى العقد التي قال بها الفقه الاسلامي بعموم مدارسه ، في كل من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٤ في المادة (١٣١) ، وقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة (٦) .

ثانيا / التوصيات :

١- نوصي المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وذلك من خلال تحديد الضوابط التي تحكم مشروعية الشروط من عدمها في عقد الزواج لما لها من عظيم الاثر على صحة العقد واستقرار الحياة الزوجية وتمام الرضا بين الزوجين وبالشكل الذي يتفق مع الضوابط التي وضعها الفقه الاسلامي لما يتسم به من الانضباط والوضوح .

الهــوامش

١- محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرضوان ، ٢٠٠٥ ، ص٢٣٨ .

٢- الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، ج٢، ط٣ ، المطبعة الاميرية بولاق ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص٣٨١

٣- محمد بن ابي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص٢٧٠ .

٤- وهبة الزحيلي ، اصول الفقه الاسلامي ، ج١ ، ط١، دار الفكر المعاصر ، بيروت – لبنان ، ١٩٨٦، ص٩٣-٩٥ .

٥- التعريفات الجرجاني ، ج١، ط١، دار الفضيلة ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٠٩ .

٦- د. مصطفى الزرقا نقلا عن سامي محمد ابو عرجة ، الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر للعلوم الانسانية ، مجلد ١٠، ع٢، ٢٠٠٨ ، ص من ١٥ - ٦٠

٧- ابي وليد محمد ابن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط١، مؤسسة المعارف ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص٥٥٥ .

٨- د. محمد رواس قلعة جي ، موسوعة فقه ابن تيمية ، ج٢ ، ط٣، دار النفائس ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ٨١٦ .

٩- د. زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص٣١ .

١٠- د. زكي الدين شعبان ، مرجع سابق ، ص٢٩ .

١١- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣ ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص٣٤ وما بعدها .

١٢- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج٢، ط٣، ١٩٧٧ ، ص١٣٩ .

١٣- د. صبحي المحمصاني ، محاضرات في القانون المدني اللبناني ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٨٥ ، ص٦٥ .

١٤- السيد عبد الاعلى السبزواري ، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، ج١٧ ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٨٢ ، ص٢٤٣ .

١٥- الأستاذ مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،ج١،المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية، ط٣ ، مطبعة الجامعة السورية – دمشق ، ١٩٥٢ ، ص٣٤١، د. ايمان طارق الشكري ، اثر الشرط في حكم العقد (دراسة مقارنة) ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت –لبنان ، ٢٠١٨ ، ص٤٧ وما بعدها .

١٦- القواعد الفقهية للسيد ميرزا حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج٣ ، النجف الأشرف ، بدون سنة نشر ، ٢٣٧، د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، شرط المنع من التصرف ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠١ ، ص٦٨ .

١٧- د. احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص٥٧ -٥٨

١٨- د. محمد خضر قادر ، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية ، دار اليازوري ، ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص١٦٢-١٦٣ .

١٩- د. علي بن حمد الصالحي المقعدي ، الشرط المخالف لمقتضى العقد حقيقته وتطبيقاته المعاصرة ، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية ، المجلد ٤٥ ، ٢٠٢٢ ،ص١٤٤٨ .

٢٠- مصطفى احمد الزرقا ، مرجع سابق ، ص٥١٩ .

٢١- المرجع ذاته ، ، ص ١٤٤٩ .

٢٢- السيد ابو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة ، ج٥ ، بلا مكتن طبع ، بلا سنة طبع ، ص٣١٩ -٣٢٢ .

٢٣- لابد من ان نميز في هذا الصدد بين العرف والشرط المألوف في العقد حيث يكون الشرط المألوف هو شرط يتكرر ادراجه في العقد بالتالي لا يكون ملزما للمتعاقدين بمجرد تكراره وانما يكتسب صفة الالزام من اتفاق المتعاقدين عليه الصريح او الضمني بخلاف الشرط الجاري به العرف فهو الشرط الذي يكون متعارف عليه في العقد ويكتسب صفة الالزام من شعور المتعاقدين بعدم جواز مخالفته ، اما تمير العرف عن العادة فالعادة تقتصر على العقد التي وردت فيه فهي لا تلزم الا الاطراف الذين اتفقوا عليها دون غيرهم بخلاف العرف الذي لا تقتصر الزاميته على عقد معين وانما يمتد ليشمل جميع العقود ويكسب صفة الزاميته من شعور المتعاقدين بالجزاء الذي يقع عليهم عند المخالفة بخلاف العادة التي تكتسب صفة الالزام من اتفاق المتعاقدين عليها ، سهير حسن هادي ، الشرط المألوف في العقد (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠٨ ، ص ٦وص١٠ .

٢٤- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني ، مصادر الالتزام (مقارنة بالفقه الاسلامي) ،ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ ، ص٣٣٦ ، د. محمد طه البشير وأ.عبد الباقي البكري ، مصادر الالتزام ،ج١، بلا مكان طبع ، ١٩٨٦ ، ص١٦٠ ، د. مصطفى الجمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي ، مصادر الالتزام ، ،ط١، الفتح للطباعة والنشر ،الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص٤٣١ ، د. رمضان محمد ابو السعود ود. نبيل ابراهيم ، مصادر الالتزام واحكامه ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص١٩٢ ، د. احمد ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام) ، ط٢، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص٣١٣ .

٢٥- د. مصطفى احمد الزرقا ، مرجع سابق ، ص٣٤٢ ، لعوبي هالة ، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية العلوم الانسانية والاجتماعية ، جامعة محمد بوضياف ، ٢٠١٩ ، ص١٧ ، لخذاري عبد الحق ، اثر الاعتداد بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة خنشلة ، المجلد ٨ ، ع١، السنة ٢٠٢١ ، ص١٩٧ .

٢٦- د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، ط١، مطبعة الفرات ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص١٤٥ ، د. اسماعيل امين نواهضة ود. احمد محمد المومني ، الاحوال الشخصية في فقه النكاح ، ط١ ، دار المسيرة ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص١٩٠ -١٩١ .

٢٧- علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥، ط١ ، المكتبة الحبيبة ، بلا مكان طبع ، ١٩٨٩ ، ص١٧٣

٢٨- الامام زكريا يحيى الدين النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج١٢ ، دار الفكر ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص٣٧٣ .

٢٩- علاء الدين بن مسعود الكاساني ، ج٥، مرجع سابق ، ص١٧٣

٣٠- زين الدين بن نجم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٥، ط٢ ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع ، ص ٤٢٩ .

٣١- الامام زكريا يحيى الدين النووي ، ج١٢ ، مرجع سابق ، ص٣٧٣ .

٣٢- زين الدين بن نجيم الحنفي ، ج٥ ، مرجع سابق ، ص١٧٣ .

٣٣- انظر نص المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي .

٣٤- ابو محمد علي بن سعيد بن حزم ، المحلى، ج٩، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص٤٠٣ ، د. عدلان مطروح ، الشروط المقترنة بعقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية ، كلية الحقوق - جامعة تبسة ، ع١٢ ، ص١٦٧.

٣٥- د. حيدر حسين كاظم الشمري ، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي ، ط١، مطابع دار الوارث ، كربلاء المقدسة ، ٢٠٢٠ ، ص٣٩ .

٣٦- ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج٤ ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع والطبع ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص١٩٦ ، فتيحة يعقوبي ، الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري ، بحث منشور في مجلة الحضارة الاسلامية ، جامعة وهران ، المجلد ٢٠ ، ع١، ٢٠١٩ ، ص ٥٤٨ .

٣٧- المرجع السابق ، ج٤، ص ٤٩ .

٣٨- محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة،ج٢ ،ط١، مؤسسة دار الكتاب الاسلامي ، بلا مكان طبع ،٢٠٠٦ ، ص٣٢ .

٣٩- الشيخ محمد جواد مغنية ، مرجع سابق ، ص٣٢ ، د. سلام عبد الزهرة ود. نبيل مهدي زوين ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، ط١ ، مكتبة دار السلام القانونية ، النجف الاشرف ، ٢٠١٥ ، ص٤٩ .

٤٠- السيد زين الدين العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ،ج٣، ط٤، دار التفسير ، قم ، ١٣٨٢هـ ، ص٥٠٦ ، علاء الدين بن مسعود الكاساني ، مرجع سابق ، ج٥، ص١٧٤ ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣، دار احياء الكتب العربية عيسى البابي وشركاؤه ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص٦٥ ، شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج٣ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص٤٥٢ .

٤١- ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط ، ج٢، المكتبة المرتضية لاحياء الاثار الجعفرية ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص١٤٩ ، محمد جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج١٤ ، ط١، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة ، ١٤٢٥ ،ص٧١٨ .

٤٢- عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط١ ، المطبعة الاميرية ، بولاق ،ة مصر ، ١٣١٤هـ ، ص٢٣ .

٤٣- شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص٤٥٢ .

٤٤- ابو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، ج٢، ط١، دار الغرب الاسلامي ، بيروت –لبنان ، ١٩٨٨ ، ص٦٤ .

٤٥- الشيخ مرتضى الانصاري ، المكاسب ،ج٦، ط١٣ ، مجمع الفكر الاسلامي ، ١٤٣٢، ص١٥-٥٧ .

٤٦- السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين (المعاملات) ، ج٣ ، المؤسسة العالمية للمطبوعات ، بيروت-لبنان ، ١٤١٦ هـ ، ص٧٢ ، محمد امين المعروف بابن عابدين ، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار ، ج٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٥ ، ص٧٧ ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، دار احياء الكتب العربية عيسى البابي وشروكاه ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص ١٠٨ ، محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج٣ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٩٥٨ ، ص ٢٨٩ ، مراد قصابي وجعفر سفاري ، الاشتراط في عقد الزواج ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، ٢٠٢١ ، ص ٢٥ .

٤٧- د. محمد خضر قادر ، مرجع سابق ، ص ١٦٢ -١٦٣ ، د. سجى عمر شعبان ، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد والشريعة والقانون (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، كلية الحقوق - جامعة الموصل ، المجلد ١٠ ، ع٣٧ ، ٢٠٢١ ، ص٣٢٧ -٣٢٨ .

٤٨- الملاحظ على المشرع العراقي قد تأثر بالفقه الحنفي في اجازة الشرط الجاري به العرف لانه كان يجيز الشروط التي جرى بها العرف وكانوا يعللون ذلك بقولهم " ان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي" د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج٢، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص١٨٠ .

المـــراجع

القـران الكريـــم

اولا / مراجع الشريعة الاسلامية

أ- اصول الفقه

١- وهبة الزحيلي ، اصول الفقه الاسلامي ، ج١ ، ط١، دار الفكر المعاصر ، بيروت – لبنان ، ١٩٨٦.

ب – كتب الفقـه الاسلامـي

١-الفقه الامامي

١- السيد ابو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة ، ج٥ ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٢- ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط ، ج٢، المكتبة المرتضية لإحياء الاثار الجعفرية ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٣- السيد زين الدين العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ،ج٣، ط٤، دار التفسير ، قم ، ١٣٨٢هـ
٤- السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين (المعاملات) ، ج٣ ، المؤسسة العالمية للمطبوعات ، بيروت-لبنان ، ١٤١٦ هـ
٥- . السيد عبد الاعلى السبزواري ، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام ، ج١٧ ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٨٢ . ص٢٤٣
٦- محمد جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج١٤ ، ط١، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة ، ١٤٢٥.
٧- الشيخ مرتضى الانصاري ، المكاسب ،ج٦، ط١٣ ، مجمع الفكر الاسلامي ، ١٤٣٢.

٢-الفقه الحنفي
١- زين الدين بن نجم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٥، ط٢ ، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع .
٢- علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥، ط١ ، المكتبة الحبيبة ، بلا مكان طبع .

٣-الفقه المالكي
١- ابي وليد محمد ابن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ط١، مؤسسة المعارف ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
٢- ابو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدات ، ج٢، ط١، دار الغرب الاسلامي ، بيروت –لبنان ، ١٩٨٨.
٣- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣، دار احياء الكتب العربية عيسى البابي وشركاؤه ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٤-الفقه الشافعي
١- شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج٣ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤.
٢- محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج٣ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٩٥٨ .

٥-فقه الحنبلي
١- ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج٤ ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع والطبع ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

٦-الفقه الظاهري
١- ابو محمد علي بن سعيد بن حزم ، المحلى، ج٩، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .

ج/ المراجع الفقهية المتفرقة

١- الأستاذ مصطفى احمد الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،ج١،المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية، ط٣ ، مطبعة الجامعة السورية ، دمشق ، ٢٠٠٤
٢- د. محمد رواس قلعة جي ، موسوعة فقه ابن تيمية ، ج٢ ، ط٣، دار النفائس ، بيروت ، ٢٠٠٧ .
٣- القواعد الفقهية للسيد ميرزا حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، ج٣ ، النجف الأشرف ، بلا سنة طبع
٤- محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة،ج٢ ،ط١، مؤسسة دار الكتاب الاسلامي ، بلا مكان طبع ،٢٠٠٦ .

ثانيا / المراجـــع القانونية
أ- الكتــب

١- د. ايمان طارق الشكري ، اثر الشرط في حكم العقد (دراسة مقارنة) ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت –لبنان ، ٢٠١٨ .
٢-د. احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ١٢
٣-د. احمد ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام) ، ط٢، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤ .
٤-د. اسماعيل امين نواهضة ود. احمد محمد المومني ، الاحوال الشخصية في فقه النكاح ، ط١ ، دار المسيرة ، عمان ، ٢٠١٠.
٥- د. حيدر حسين كاظم الشمري ، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي ، ط١، مطابع دار الوارث ، كربلاء المقدسة ، ٢٠٢٠، ١١-
٦-د. رمضان محمد ابو السعود ود. نبيل ابراهيم ، مصادر الالتزام واحكامه ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص١٩٢ ،
٧- د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، ط١، مطبعة الفرات ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ١
٨- د. زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨
٩-سلام عبد الزهرة ود. نبيل مهدي زوين ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، ط١ ، مكتبة دار السلام القانونية ، النجف الاشرف ، ٢٠١٥.
١٠-د. صبحي المحمصاني ، محاضرات في القانون المدني اللبناني ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٨٥ .
١١- ٨-د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني ، مصادر الالتزام (مقارنة بالفقه الاسلامي) ،ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ .
١٢-- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣ ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨.
١٣-د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج٢، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع.
١٤- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج٢، ط٣،بلا مكان طبع ، ١٩٧٧ .
١٥- د. محمد خضر قادر ، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية ، دار اليازوري ، ، عمان ، ٢٠١٠.
١٦-د. محمد طه البشير وأ.عبد الباقي البكري ، مصادر الالتزام ،ج١، بلا مكان طبع ، ١٩٨٦ .
١٧-د. مصطفى الجمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي ، مصادر الالتزام ، ،ط١، الفتح للطباعة والنشر ،الاسكندرية ، بلا سنة طبع .

البحوث
١-. د. سجى عمر شعبان ، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد والشريعة والقانون (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، كلية الحقوق - جامعة الموصل ، المجلد ١٠ ، ع٣٧ ، ٢٠٢١.
٢-فتيحة يعقوبي ، الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري ، بحث منشور في مجلة الحضارة الاسلامية ، جامعة وهران ، المجلد ٢٠ ، ع١، ٢٠١٩.
٣-د. عدلان مطروح ، الشروط المقترنة بعقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية ، كلية الحقوق - جامعة تبسة ، ع١٢
٤-علي بن حمد الصالحي المقعدي ، الشرط المخالف لمقتضى العقد حقيقته وتطبيقاته المعاصرة ، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية ، المجلد ٤٥
٥-لخذاري عبد الحق ، اثر الاعتداد بالعرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة خنشلة ، المجلد ٨ ، ع١، السنة ٢٠٢١ .
٦- د. مصطفى الزرقا نقلا عن سامي محمد ابو عرجة ، الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر للعلوم الانسانية ، مجلد ١٠، ع٢، ٢٠٠٨
ج- الرسائل والاطاريح الجامعية
١-د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، شرط المنع من التصرف ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠١
٢-سهير حسن هادي ، الشرط المألوف في العقد (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠٨.
٣-لعوبي هالة ، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية العلوم الانسانية والاجتماعية ، جامعة محمد بوضياف ، ٢٠١٩ .
٤-مراد قصابي وجعفر سفاري ، الاشتراط في عقد الزواج ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، ٢٠٢١.
د- القوانين والاعمال التحضيرية
١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٢-قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩
ثالثا / المعاجم اللغوية
١-الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، ج٢، ط٣ ، المطبعة الاميرية بولاق ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
٢- التعريفات الجرجاني ، ج١، ط١، دار الفضيلة ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٠٩ . ١
٣-محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرضوان ، ٢٠٠٥.