

زواج الشغار دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفقه الإسلامي

الباحثة/ مريم مالك زبالة

Maryeamalyasri@gmail.com

تاريخ استلام البحث 2023/6/2 تاريخ ارجاع البحث 2023/7/8 تاريخ قبول البحث 2023/8/5

زواج الشغار يُعدّ من الأمور السلبية التي قد تحصل في المجتمع، وما قد يسببه هذا الزواج من ظلم للمرأة وإهانة لكرامة المرأة، لأنّ ضياع حقها الشرعي والقانوني المتمثل بالمهر، وذلك بسبب قيام الولي بتزويج المولى عليها (الاخت أو البنت) لشخص آخر، مقابل زواج ذلك الولي لبنت الولي الآخر، أي تكون فتاة مقابل فتاة، بدون أيّ مهر، وهذا الشيء مخالف للقانون والشرع لأنّ المهر من حقوق الزوجة.

لذلك سنتناول في دراستنا ماهية الشرط وأنواعه، والشروط المقترنة بعقد الزواج الصحيح منها، والغير صحيح عن طريق مطلبين تم بيانها في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني تناولنا مفهوم زواج الشغار، وماذا يقصد بالشغار، والأحكام المترتبة على زواج الشغار في القانون والفقه الإسلامي تم تناولها في مطلبين.

exchange marriage is one of the negative things that happen in society, and what this marriage may cause in terms of injustice to women and an insult to the dignity of women is the loss of her legal and legal right represented in the dowry, because of the guardian marrying her guardian (his sister or daughter) to another person, in return for that guardian's marriage to a daughter The other guardian, that is, a girl for a girl, without any dowry, and this thing is contrary to the law and Sharia because the dowry is one of the rights of the wife.

Therefore, in our study, we dealt with what the condition and its types are, and the conditions associated with the valid marriage contract, and the incorrect ones through two requirements that were clarified in the first topic. dealt with in two matters.

الكلمات المفتاحية: مفهوم وأنواع الشرط، آثار الشروط المقترنة بعقد الزواج، مفهوم زواج الشغار، أحكام زواج الشغار.

المقدمة

كانت المجتمعات القديمة سابقاً قد أشارت إلى إباحة نوع من أنواع الزواج، يعرف (بنكاح الشغار)، الذي يختلف كلياً عن الزواج الذي جاء الإسلام الحنيف ليوطده، لبناء الأسرة، إذ تعدّ الأسرة الركيزة الأساسية لبناء المجتمع، وقد أهتم بها الشارع، ببيان أحكامها عن طريق قوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف). إذ إن الزواج في الإسلام ليس مسألة فردية فقط، بل له بعد اجتماعي وإنساني، ومن ثم فالدولة الإسلامية مطالبة بالاعتناء التام للأسرة من التفكك والفرقة، وذلك عن طريق التثقيف الشرعي والتربوي والنفسي قبل الزواج.

إن الزواج مبني على الرضا والقبول، وهي صيغة العقد التي تستلزم وجود العاقلين، وإن الشروط التي تدخل على عقد الزواج إما أن تكون على سبيل التعليق - وما في حكمه - ، أو على سبيل التقييد. وهي تتعلق بإنشائه أو بآثاره وما يتعلق بإنشائه وصيغته مما قد يبطل العقد ويفسده، كما في نكاح الشغار، أو تعلق بإنشائه، يعني كونه ثابتاً في أصل العقد، فيبطل العقد عند الجمهور، وكذلك الحال بالنسبة لنكاح المتعة. إن نكاح و زواج الشغار (بكسر الشين) ، هو نوع من أنواع الزواج الذي كان منتشراً وسائداً بين العرب قبل الإسلام في الجاهلية، وهو التزويج مقابل التزويج سواء كانت بنتاً، أو اختاً، أي امرأة مقابل امرأة، إذ تكون مقابل بنت الشخص، أو أخته مقابل أخت الآخر، مثل يقول الشخص: زوجتك ابنة عمي على أن تزوجني ابنة عمك، أو ما شابه، وذلك بدون الصداق والمهر وغيره من التكاليف المالية التي تكون في الزواج الشرعي - القانوني، وإن العرب سابقاً يُسمون نكاح الشغار بـ (نكاح المقايضة) أيضاً، لأنهم كانوا يقايضون بمن تحت ولايتهم من البنات والأخوات، أو غيرهن لهذا النوع من الزواج التبادلي. ومن هنا جاءت تسمية هذا النوع من الزواج بالشغار، أي حُلُوّه من المهر والتكاليف المالية.

أولاً: إشكالية البحث:

تبدو إشكالية بحث زواج الشغار بسؤال عن ماهية هذا الزواج؟ وهل هو قانوني نظمه التشريعات في قانون الأحوال الشخصية أم عربي؟ وماهي المشكلات والآثار السلبية لمثل هذا الزواج، وهل يخضع هذا الزواج لشروط الزواج الصحيح من حيث نشأته وصيغته، إذا ما عرفنا أن الزواج مبني على الرضا والقبول، فهل زواج الشغار يبنّي على الشروط نفسها التي يتضمنها الزواج الشرعي أم هو فاسد يخضع للبطلان؟ وهل لا زال يطبق في مجتمعنا بالرغم من التطور والانفتاح على المجتمعات الأخرى.

ثانياً: أهمية البحث: تكمن أهمية موضوع البحث من خلال تسليط الضوء على:.

- التعريف بزواج الشغار وطبيعة هذا الزواج
- وما هي المعايير التي يستند عليها هذا الزواج.
- وبيان السلبات لمثل هكذا الزواج وكيف يمكن الحدّ منه والتثقيف والتوعية لمثل هكذا حالات.
- ما مدى صحة وبطلان هذا الزواج.

ثالثاً: منهجية البحث: سنعتمد في هذا البحث على ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل، وبسبب طبيعة الموضوع وندرة مفهومه في الوسط القانوني، نختار المنهج التحليلي المقارن مع الفقه الإسلامي هو الأقرب له ، وبيان موقف المذاهب الإسلامية منه، وكذلك بعض مواقف الدول المقارنة بخصوص زواج الشغار، للوصول إلى النتائج والتوصيات اللازمة.

رابعاً: خطة البحث: من أجل الإحاطة العلمية التامة بموضوع البحث، قسمنا خطة البحث الى مقدمة ومبحثين وخاتمة، نتناول في المبحث الأول أثر الشروط في عقد الزواج ، الذي قسمناه إلى مطلبين، نتناول في الأول مفهوم وأنواع الشرط إذ بينا تعريف الشرط لغة واصطلاحاً وما الذي يقصد بالشرط، وأيضاً ذكرنا أنواع الشروط الصحيحة وغير الصحيحة ، وبيننا الشروط التي يجب الإيفاء بها، والشروط الفاسدة، وشروط اللغو، أما المطلب الثاني قد بينا فيه أثر الشروط المقترنة بعقد الزواج. أما المبحث الثاني قد تناولنا فيه زواج الشغار، إذ بينا في المطلب الأول تعريف زواج الشغار لغة واصطلاحاً في القانون والفقه الإسلامي، وما الذي يقصد بالشغار، أما المطلب الثاني تناولنا أهم الأحكام التي ترد على زواج الشغار، وموقف القوانين العربية وموقف القانون العراقي من زواج الشغار.

المبحث الأول

أثر الشروط في عقد الزواج

قبل بيان موضوعنا وهو (زواج الشغار)، والدخول بتفاصيله، لا بد أن نبين في المبحث الأول مفهوم الشرط وأنواع الشرط التي ترد عقد الزواج، وكذلك في سبيل معرفة مشروعية الشرط من عدمها، وضعت أربعة معايير يعد الشرط فيها مشروعاً في حال انطبق عليه أحدها، والا يعد غير مشروع، وبالتالي فلا يلزم الطرف المقابل بالإيفاء به، إذ سنبين في المطلب الأول مفهوم وأنواع الشرط ، ونتناول في المطلب الثاني أثر الشروط في عقد الزواج كالاتي :

المطلب الأول

مفهوم وأنواع الشرط

لكي نفهم معنى الشرط لا بد أن نبين معنى الشرط لغة واصطلاحاً وكذلك أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج و هي كالاتي:

أولاً/ تعريف الشرط لغة

الشرط لغة: التزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط وقد شرط له وعليه كذا يشترط وشرط شرطاً واشترط عليه امرأ الزمه إياه.⁽¹⁾

ثانياً/تعريف الشرط اصطلاحاً:

الشرط اصطلاحاً: إن الخوض في التعريف بالشرط يتضمن معرفة معناه في الفقه القانوني والفقه الإسلامي إذ إن معنى الشرط في الفقه القانوني ثلاث ألا وهي : الأول للشرط وهو ما يتطلبه المشرع لترتيب أثر قانوني معين، وهذا ما يسمى بالشرط القانوني، كأشراط المشرع لصحة العقد، إن يكون كل من التعاقدين متمتعاً بالأهلية اللازمة لأبرام العقد،⁽²⁾ وأن يكون رضا كل منهما سالماً من العيوب، أما المعنى الثاني للشرط هو : (أمر مستقبل غير محقق الوقوع لتعليق عليه نشوء الالتزام أو زواله) وهذا هو الشرط كوصف من أوصاف الالتزام.⁽³⁾ أما المعنى الثالث للشرط فهو المعنى المتعلق بالأحكام التي يشترطها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما، أو بعبارة أخرى بكل ما يشترطه الطرفان لتحديد كلاهما المتعاقدين وتعني التزامهما وحقوقهما الناشئة عنها، وهذا ما يعرف بالشرط المقترون بالعقد.⁽⁴⁾ يعد شرط الشهادة على الزواج من شروط الصحة بدونها يُعدّ العقد غير صحيح، ولقد ورد ذلك الشرط في المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ نصت ((لا ينقذ عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة في ما يأتي: شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج))⁽⁵⁾، وهذا أيضاً رأي الجمهور فعدم الحضور يلزم معه بطلان عقد الزواج ولكن العقد لا يلزم اكمال الزواج كما أن الأمثلة عليه – العقل والبلوغ بالنسبة إلى صحة التصرفات⁽⁶⁾.

أما الشرط في الفقه الإسلامي وهو ما يتوقف وجود الشيء عليه من دون أن يكون جزءاً منه، كتوقف الصلاة على الطهارة مع إن الطهارة ليست جزءاً من الصلاة، فالشرط ما كان خارج عن حقيقة الشيء وليس جزءاً منه يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم،⁽⁷⁾ وإن الشروط المقتترنة بالعقد هي الشروط تتصل بالعقد وتتاثر فيه، وهي شروط لا يوجبها المشرع ولا يفرضها القانون، بل يملئها العقادان أو احدهما على وفق لما يراه انه مصلحة.⁽⁸⁾ هذا بالنسبة للمعنى العام للشرط، أما المعنى الخاص والمقصود في بحثنا فهو ما عرفه البعض، أحداث التزام زائد في العقد لم يكن يدل عليه لولاه.⁽⁹⁾

ثانياً/أنواع الشرط المقترون بعقد الزواج

إن القانون قد بين الشروط المشروعة في عقد الزواج إذ نصت المادة السادسة الفقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يأتي :- " الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها " . كما نصت الفقرة 4 منها على أن :- " للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج (10) " . وبدءً للدخول في تفصيل هذا الموضوع نشير إلى أن معنى المقترون هو المرافق أو المصاحب، أي الشرط الذي يكون مرافقاً للعقد أو مصاحباً له ، كما أن أي شرط يكون مقتراً بالعقد يفترض أن يكون الطرف الآخر قد وافق عليه ابتداءً لكي يدرج ضمن شروط هذا العقد، كما انه لا يخرج عن كونه إما مشروعاً،

أو غير مشروع. وفي سبيل معرفة هذه المشروعية للشرط من عدمها، وضعت أربعة معايير يعد الشرط مشروعاً في حال انطبق عليه أحدها، والا يعد غير مشروع وبالتالي فلا يلزم الطرف المقابل بالإيفاء به، وللشرط أنواع متعددة منها:

1- شرط يقتضيه العقد: وهو الشرط الذي يوجب العقد في ذاته، إذ إن الهدف الأساس للزواج هو الحياة المشتركة بين الزوجين، ويترتب على ذلك التزام الزوج بالإنفاق على زوجته من تاريخ العقد إلى انتهاء العلاقة الزوجية بعد وقوع الطلاق وحتى انتهاء العدة، ويعد حقاً ثابتاً من الحقوق الثابتة للزوجة وهي حق وواجب للزوجة على زوجها، وتستحق الزوجة النفقة بمقتضى عقد الزواج الصحيح إذ نصت المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ذلك بقولها (1- تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها الا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيت الزوجية فامتنعت بغير حق). (11)

وهو من الأحكام المقررة لكل عقد لخلق التوازن بين المتعاقدين في الحقوق وهو الغاية المقصودة من العقد فإذا تعارض هذا الشرط مع هذه الغاية فهو مخالف لمقتضى العقد، (12) ومعنى كون الشرط مما يقتضيه العقد، هو أنه يجب بالعقد من غير اشتراطه في العقد لم يأت بشيء جديد ذكره العقد ذكرًا لشيء سيثبت نتيجة للعقد متى تم والعقد المقترب بهذا الشرط يكون صحيحاً وشرط معتبر، وهذا ما نصت عليه المادة (186) من مجلة الأحكام العدلية إذ قررت أن (البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر)، (13) ومقتضى العقد يعني ما يترتب من أثر فإذا كان هذا الشرط مفيداً لأحد الآثار التي يربتها عقد الزواج فيعد عندئذ مشروعاً، كما لو اشترطت المرأة على الرجل أن يعطيها مهراً بقدر معين فقبل، فهذا الشرط مشروع أن المهر هو أحد آثار العقد الواجبة على الرجل، سواء لشرط هذا الشرط، أم لم يشترط فهو ملزم به، وبصرف النظر عن مشروعية الشرط. وان لم يذكر من المتعاقدين كشرط النفقة على الزوجة وكشرط المعاشرة بالمعروف وشرطه ان ينفق على الزوجة او يكسوها او لا يؤثر عليها، (14)

وإن نفقة كل انسان من ماله الا الزوجة فنقتها على زوجها استنادا للمادة 58 من قانون الاحوال الشخصية. (15) وهذا الشرط لا يؤثر على عقد الزواج لأنها من حقوق الزوجة على الرجل ذكرها أو لم يذكرها في العقد واجبه في ذمته.

2- شرط يلائم مقتضى العقد ويؤيده، وهو الشرط الذي يقرر حكم العقد من حيث المعنى وهو شرط مقرر لمقتضى العقد ولتأكيد مقتضى العقد كأشترط الكفالة كشرط ان يكون والد الزوج كفيلاً للمهر، او النفقة. او اشترط الرجل في عقد الزواج تفويض زوجته في تطبيق نفسها، إذ يتم اثناء العقد، أو بعدها، وقد أخذ المشرع العراقي بذلك ونص عليه في المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية العراقي كالآتي ((الطلاق رفع قيد الزواج بأيقاع من الزواج أو الزوجة ان وكلت به أو فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق

الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً))، أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي أشاروا إلى تفويض الطلاق للزوجة كالفقه الشافعي⁽¹⁶⁾ و الفقه الحنفي⁽¹⁷⁾ الفقه المالكي⁽¹⁸⁾، أما الفقه الإمامي لم يميز طلاق التفويض على عكس معظم المذاهب الإسلامية أجازوا التوكيل فقط بالطلاق ولم يميزوا التفويض⁽¹⁹⁾.

إن هذا الشرط لا خلاف بين الفقهاء انه يعد من الشروط الصحيحة التي لا تؤثر على مقتضيات العقد بل إنها تؤكد وتقوي هذه المقتضيات ويجب مراعاتها في العقد.⁽²⁰⁾

- 3- شرط يناهض مقتضى العقد وهو عكس الأول، إذا كان الشرط منافياً لمقتضى العقد وطبيعته، فإنه شرط باطل وقد يبطل العقد أيضاً فمثلاً لو اشترطت الزوجة في عقد الزواج أن لا يستمتع بها مطلقاً ولا يكون محرماً عليها بطل العقد والشرط معاً، وكشرط ان يتزوجها ليحلها لزوجها الأول، وهذا الشرط يعتبر فاسداً لأنه يتناقض مع المقصود الشرعي للعقد ويترب على فساد الشرط (شرط لغو) ويكون العقد صحيح. وقد أشار الفقه الإمامي الى ذلك أيضاً كما جاء في كلامهم (إذا اشترط ما يخالف مقتضى العقد، كأن اشترطت المرأة في عقد الانقطاع ان لا يكون للزوج حق الاستمتاع بها مطلقاً بطل العقد والشرط معاً).⁽²¹⁾
- 4- شرط جرى به العرف وهو ليس من مقتضى العقد، ولا مما يلائمه، كشرط تعجيل المهر كله، أو تأجيله، أو تقسيطه، ونحوها. إذ يتم الرجوع إلى أعراف الدولة التي تم بها العقد لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والعرف في العراق يتم تقسيم المهر الى معجل ومؤجل⁽²²⁾، وقد أشار اليه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 20 الفقرة 1 منها إذ نصت ((يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلياً أو بعضاً وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف))، أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي انفرد به فقهاء الحنفية وقد أجازوه استحساناً لأنه في القياس لا يجوز، وقد أشار لذلك الكاساني بقوله: وكذلك إن كان مما لا يقتضيه ولا يلائم العقد أيضاً لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كام إذا اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او جراباً على أن يخزّه له خفّاً أو ينعل خفه والقياس أنه لا يجوز.⁽²³⁾

المطلب الثاني

آثار الشروط المقترنة بعقد الزواج

يوصف عقد الزواج من العقود الملزمة للجانبين، فإنه تترتب عليه حقوق والتزامات لكلا الطرفين، وبالرغم من أن الشروط المقترنة بعقد الزواج شروطاً إضافية لا يستلزمها العقد لقيامه صحيحه، إلا انه تصبح جزءاً من العقد بمجرد الاتفاق عليها، وتستمد القوة الإلزامية ما دامت تستجيب للضوابط الشرعية والقانونية المحددة، لذلك فان امتناع أحد الزوجين عن تنفيذ هذه الشروط يعرضه لتوقيع الجزاءات القانونية،⁽²⁴⁾ لذلك سنبين آثار الشروط الصحيحة أولاً، وتتناول ثانياً آثار الشروط غير الصحيحة كالاتي:

أولاً/آثار الشروط الصحيحة في عقد الزواج

عن طريق أحكام الشروط الصحيحة سواء كانت مما يقتضيه العقد ، أم مما لا يقتضيه العقد ولا تؤثر فيه وذلك عن طريق رأي الفقه والقانون وكالاتي:

بحسب ما جاء في المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي، فإن هنالك العديد من الشروط لضمان صحة عقد الزواج، وفيما يأتي هذه الشروط: الإيجاب والقبول. استيعاب كل من العاقلين بأن المقصود من هذا العقد هو الزواج. موافقة كلا الطرفين على الزواج. حضور شاهدين يتمتعان بالأهلية القانونية على عقد الزواج. و أن لا يُعْلَق العقد على شرط معين، إذ يجب أن تكون صيغة العقد مؤبدة لا مؤقتة. السماح للزوجة بأن تشترط على الزوج عند عقد الزواج تفويضها بالتطبيق. الإيفاء بجميع الشروط المتضمنة في عقد الزواج. و من بين الالتزامات المالية التي تقع على عاتق الزوج هي كما يأتي:

أولاً: النفقة الزوجية، التي حددتها المادة ٢٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي، التي تستحقها الزوجة من اليوم الاول لإبرام عقد الزواج، ولو كانت تسكن في بيت أهلها مالم يطلبها لبيت الزوجية وامتنعت عن ذلك. وعند مطالبة الزوجة بالنفقة عن طريق إقامة دعوى قضائية ستصدر المحكمة حكماً لمصلحتها ثم تقوم الزوجة بتنفيذه في مديرية التنفيذ، وفي هذه الحالة يمكن ان يتم حجز راتب الزوج الشهري سواء كان موظفاً، أم عاملاً في القطاع الخاص، أما إن كان يعمل في مشروعه الخاص، أو لا يعمل من الأساس فيمكن أن يتم حجز ما يمتلكه كالعقار، أو السيارة وما شابه ذلك في حالة عدم تسديده للنفقة وعند امتناعه كلياً عن دفع النفقة فسيتم حبسه وايداعه في السجن.⁽²⁵⁾

ثانياً: المهر، وقد حددت المادة ١٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي أن الزوجة تستحق المهر المسمى بالعقد وتستطيع المطالبة به قضائياً متى ما اخل الزوج بدفعه للزوجة ومن حق الزوجة المطالبة بالمهر المؤجل إذا كان الزواج على المذهب الإمامي متى شاءت.

ثالثاً: اثاث الزوجية، سواء كانت جزء من المهر أم لا، إذ إن من حق كل زوجة على زوجها أن يتم زفها إلى دار الزوجية الذي تتوافر فيه أثاث الزوجية كافة. ومتى وقع الخلاف تستطيع الزوجة إلزام الزوج بتسليم الأثاث المجهز به دار الزوجية كافة ، وأن تعذر تسليم الأثاث من قبل الزوج فيمكنها أن تأخذ مبلغاً مالياً يعادل قيمته أمّا بالنسبة للمذاهب الإسلامية، اتجه معظم الفقهاء على أن الشروط الصحيحة هي ما كان عقد الزواج يقتضيه ولا يضر بأصله كما اتفقوا على وجوب الوفاء بها، كالانفاق على الزوجة أو دفع المهر لها.⁽²⁶⁾ فمثل هذه الشروط يكون كل واحد من الزوجين ملزماً بالوفاء بها وأن لم تشترط في العقد، لذا فإن حكم هذه الشروط الصحيحة وجوب الوفاء بها وادائها على اتم وجه. لقوله تعالى (يا أيها الذين امنوا اوفوا بالعقود).⁽²⁷⁾ كما انه من المشروط ما يعود نفعه وفائدته للمرأة، وهي الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ولم ينص الشارع عليها مثل ان تشترط عليه الا يخرجها من دارها او بلدها او يسافر بها، او يتزوج عليها ونحو ذلك. فمن العلماء من

يرى ان الزواج صحيح وان هذه الشروط ملغاة ولا يلزم الزوج الوفاء بها ومنهم من ذهب الى وجوب الوفاء بما اشترط للمرأة فان لم يَف لها فسخ الزواج.⁽²⁸⁾ كما إن أصحاب الرأي الأول وهم جمهور الحنفية والشافعية والمالكية وكثير من أهل العلم، يرون إن الشرط فاسد ولا يلزم الوفاء به، ولكن فساد الشرط لا يؤثر في العقد، بل يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً.⁽²⁹⁾ إذ يرى المالكية ان الشروط الغير المؤثرة في عقد النكاح كالتى تؤثر في جهالة المهر ولا تغير مقتضى العقد، مثل ان يشترط عليه ان لا يتزوج عليها ولا يتخذ امة ولا يخرجها من بلدها ونحو ذلك من الشروط، فهذه لا يبلغ من كراهية اهل العلم لها ان تكون حراماً، او يفسخ بها النكاح، اما أصحاب الرأي الثاني وهم الحنابلة والظاهرية والشيعة الامامية، فيرون أن هذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها، فان امتنع الزوج عن الوفاء بها كان لها حق الفسخ.⁽³⁰⁾ إذ إن الشيعة الإمامية قالوا الاتيان ليلاً او نهاراً لأنه شرط لا ينافي العقد لجواز الغرض بالاستمتاع في وقت دون اخر فهو شرط صحيح.⁽³¹⁾

ثانياً/آثار الشروط الغير صحيحة

عن طريق أحكام الشروط غير الصحيح سنحاول معرفة أثر الشرط غير الصحيح المنافي لمقتضى العقد، وتأثيره في صحة العقد في حال تمام العقد مع النص على هذا الشرط وما كان رأي الفقه تجاه هذا الشرط مع بيان لموقف المشرع منه كالاتي:

بالنسبة للقانون العراقي، بين إذا كنت الشروط المشتركة في العقد تتنافى وطبيعة عقد الزواج، إذ تكون باطلة ولا يعتد بها، كاشتراط زواج بدون مهر لها، أو شرط عدم النفقة عليها، ربما يتخيل الكثير بأن عقد الزواج لا يمكن انهاءه إلا بالطلاق والتفريق، إلا انه هناك طريق آخر لإنهاء العقد، أو الرابطة الزوجية بين الزوجين وهي طلب فسخ عقد الزواج، وبحسب ما جاء بنص المادة 6 الفقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تنص (الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبره يجب الايفاء بها)⁽³²⁾، وإن مفهوم المخالفة لنص المادة 6 الفقرة 3 نستنتج منها بأن أي شرط مخالف للنظام العام والآداب العامة، يُعدّ باطلاً ولا يلزم الزوج بالإيفاء به، أي أنه يعد الشرط باطلاً والعقد صحيح ومثال ذلك شرط الزوجة بتطبيق الزوج لضرتها، فهذا الشرط باطل ولا يمكن طلب الفسخ لعدم ايفاء الزوج به.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي، اتفق الأغلبية على عدم صحة الشروط التي تخالف ما أمر به الله، أو نهي عنه، أو تخلى بمقصد النكاح الأصلي. ومن هذه الشروط أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه، أو أن تخرج من غير إذنه، أو ألا يقسم لضرائها.⁽³³⁾

ومن هذا النوع من الشروط، إن اشترطت عليه أن يطلق ضررتها، لم يصح الشرط لنهي الشرع عنه، لما روي عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه واله وسلم نهي أن تشترط المرأة طلاق أختها. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده، وباطال حقه وحق امرأته فلم يصح وعليه أن كل شرط يحرم حالاً، أو يحل حراماً، هو شرط باطل، كأن يشترط الرجل أن لا مهر لها. فهذا يعد اسقاط حق من الحقوق التي تجب

بمجرد انعقاد العقد، غير أن الخلاف بين الفقهاء كان حول معرفة حكم العقد الذي يشترط في هذه الشروط الفاسدة، وكان ذلك في ثلاثة أقوال: الأول ذهب جماعة من الفقهاء، إلى بطلان العقود التي اشترطت فيها، فلا فرق بين ما نهي عنه الشرع ولم ينهي عنه واستدلوا بالأنكحة التي ورد الشرع بالنهي عنها كالشغار والتحليل.⁽³⁴⁾ والثاني ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح إلا إذا اشترط التأقيت في العقد فهذا يتنافى مع التأييد الذي يوصف به عقد الزواج الذي يقوم على استمرار الحياة الزوجية. وعلى هذا فإن الأنكحة المنهي عنها كالشغار، تصح إذا ابطلت منها الشروط الفاسدة، إلا نكاح المتعة لأنه اشترط فيه التأقيت فلا تصح، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للإنشاء، وهي التي تجعل صيغة العقد دالة بصريحها على توقيته بزمان، وتنحصر في اقتران اللفظ بذكر مدة معينة.⁽³⁵⁾ والثالث ذهب بعض من فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية، إلى أن من شروط النكاح ما يبطل الشرط ويصح العقد، ومنها ما يبطل العقد من أصله.⁽³⁶⁾

المبحث الثاني

زواج الشغار

ساد قديماً في كثير من المجتمعات نوع من النكاح يعرف بـ نكاح الشغار يعتقد البعض بأنه مباح ولكن مع التطور والاستدلال من القرآن والسنة تبين أن هذا النوع محرم والسبب في ذلك، هو ظلم المرأة وانتهاك حقها، إذ كانوا يعتبرونها كأشياء سلعة من دون مقابل إذ يقوم الشاب بالزواج من الفتاة دون مقابل، بشرط زواج أخيها من أخت الشاب ولا يقوم كلاً منهما بدفع ما تستحقه الزوجة من مهر ومتطلبات الزواج، لهذا السبب حرم الله عز وجل هذا النكاح لكثرة ظلمه للزوجة، لكن أجاز قليل من الفقهاء ومنهم الفقه الحنفي هذا النكاح، إذ ألزم للمرأة حقها بمهر المثل.

وللتعرف حول نكاح الشغار أكثر سنتناول في المبحث أحكام زواج الشغار، عن طريق مطلبين نبحت في المطلب الأول مفهوم زواج الشغار، وتتناول في المطلب الثاني أحكام زواج الشغار كالاتي تباعاً:

المطلب الأول

مفهوم زواج الشغار

أولاً/ الشغار لغة

الشغار يعرف بأنه الرفع والاخلاء يقال شغار البلد عن السلطان إذا خلا عنه، وسمي النكاح شغاراً لارتفاع المهر بينهما.⁽³⁷⁾

الشغار: شغرت الأرض والبلد أي خلت من الناس ولم يبق بها أحد يحميها ويضبطها، والشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية، وهو أن تزوج الرجل امرأة ما كانت على أن يزوجك أخرى بغير مهر، وخص بعضهم به القرائب، والشغار البعد ومنه قولهم بلد شاغر إذا كان بعيداً من الناصر والسلطان.⁽³⁸⁾

ثانياً/الشغار اصطلاحاً:

عرف بعض فقهاء القانون زواج الشغار، بأنه ((أن يتزوج رجل من له الولاية عليها كبنته وأخته لآخر في مقابل أن يزوجه الآخر موليته بحيث تكون كل واحدة منهما مهر للآخر))⁽³⁹⁾، أي يقصد الزواج بدون مهر، التبادل بين الفتيات يكون مهر للزوج. وعرفه البعض بأنه (هو أن يزوج كل من الوليين موليته للآخر على أن تكون أحدهما مهرًا للآخرى)⁽⁴⁰⁾.

أما الفقه الإسلامي، إذ عرف فقهاء الامامية زواج الشغار بأنه ان يزوج كل من الوليين موليته للآخر على ان تكون كل منهما مهر للآخرى⁽⁴¹⁾، أي المهر هنا في عقد الزواج هو المبادلة بين الفتيات، أما الفقه الحنفي عرف زواج الشغار بأنه أن يزوجه بنته على ان يزوجه الآخر بنته، أو اخته مثلاً معاوضة للعقدين⁽⁴²⁾، يقصد به يكون العوض في عقد الزواج هو المبادلة بين سواء كانت اخت، أو بنت، وقد عرفه الفقه المالكي بأنه ان يزوج لشخص ابنته على أن يزوجه الشخص الآخر ابنته أيضاً سواء كان يوجد مهر أم لا⁽⁴³⁾، أما الفقه الشافعي هو أن يزوج الآخر ابنته على أن يزوجه ذلك الرجل ابنته أيضاً⁽⁴⁴⁾.

بعد بيان تعريف زواج الشغار من قبل فقهاء القانون وفقهاء الإسلام، يراد بزواج الشغار المبادلة في الفتيات بين الموالين يكون بمثابة مهورهن في عقد الزواج، وقد كانت معظم تعريفات مذاهب الفقه الإسلامي متقاربة في التعريف إلى درجة كبيرة، أما بالنسبة لفقهاء القانون لم نجد تعريفات كثيرة عن زواج الشغار على الرغم من أهميته ولما فيه ظلم للمرأة. ولقد كان هذا الزواج، زواج الشغار شائع الانتشار في الزمن القديم، إذ نرى أن هذا الزواج فيه ظلم للمرأة إلى حد كبير، لعد تقديم مهر للزوجة لأنه يكون مهرها هو المبادلة بين الفتيات، إذ لا يتم الدفع لا مهر مهرها المقدم ولا مهرها المؤخر، وقد نعى الرسول صلى الله عليه وسلم عن هذا الزواج لما فيه ظلم وانتهاك لحقوق المرأة.

المطلب الثاني

أحكام زواج الشغار

لم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي على زواج الشغار بصورة صريحة، لذلك زواج الشغار يحكمه نص المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تنص بأنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)⁽⁴⁵⁾، بالتالي فإذا ما وقع نزاع أمام المحكمة فلا يحق للقاضي أن يرد الدعوى بحجه عدم وجود نص يحكم النزاع. من هنا نستنتج بأن زواج الشغار تحكمه أحكام الشريعة الإسلامية من حيث الشروط ويحكمه القانون المدني من حيث الآثار المترتبة على الفسخ.

إن هذا النكاح باطل شرعاً ويجب فسخه، ويمارس هذا النوع من الزواج في المجتمعات البدائية والمتحضرة، إذ يتم التبادل بصورة مباشرة بين الأخوات، أو البنات، أو القريبات، وإن زواج الشغار فيه استهانة لكرامة

المرأة والتعامل معها على أساس سلعة لا غير، وهذا النوع من الزواج أوله شر وإهانة، وآخره أسوأ بكثير من أوله، إذ عندما تتوتر العلاقة الزوجية في أية جهة من الجهات الأربعة التي تم فيما بينهما التبادل بالنساء، فتنعكس سلباً على الأطراف الأخرى، فلا بد أن ينتهي بالطلاق، ولا يهم أن كان هناك أولاد بينهما، أو حتى لم يكن بين الزوجين الآخرين أي نزاع، أو سوء تفاهم وبموجب قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كردستان من يقوم بهذا العمل من أفراد الأسرة فهو يرتكب عنفاً أسرياً وتقوم المسؤولية الجنائية بحقه،⁽⁴⁶⁾ وإن قانون تشريع مناهضة العنف الأسري في إقليم كردستان العراق رقم 8 لسنة 2011، نصت المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون العنف الأسري في إقليم كردستان العراق على (يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفاً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة)⁽⁴⁷⁾، إذ تُعدّ الأفعال الآتية على سبيل المثال عنفاً أسرياً كزواج الشغار، وقد نصت المادة التاسعة الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188 لسنة 1959) على (لا يحق لأي من الأقارب، أو الاغيار اكراه أي شخص ذكر كان أم أنثى على الزواج دون رضا ويعد عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول وإذا تم الدخول فيعدّ موقوفاً كما لا يحق لأي من الأقارب أو الاغيار منع من كان اهلاً للزواج بموجب القانون من التزويج)⁽⁴⁸⁾، وإن الزواج المتبادل، أو ما يعرف بزواج الشغار، هو زواج باطل إذ قال رسول الله محمد (ﷺ) (لا شغار في الإسلام)⁽⁴⁹⁾. وسنبين أيضاً موقف قوانين الدول المقارنة من زواج الشغار كالآتي: يرى القانون السوري انه إذا اشترط الرجل على المرأة عدم المهر، وقبلت بذلك صح العقد وبطل الشرط، والتزم الزوج بمهر المثل، إذ تنص المادة 14 فقرة الأولى منها: (إذا قيد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي، أو ينافي مقاصده فيلزم بما هو محظور شرعاً، كان شرطاً باطلاً والعقد صحيح).⁽⁵⁰⁾ أما القانون المصري أخذ برأي مذهب الحنفية، إذ إن مذهب الحنفية الذي يقضي بإلغاء شرط الشغار، وصحة الزواج المعمول به في قضاء الأحوال الشخصية، بعدّه الرأي الراجح في المذهب، وهو ما يتماشى مع طبيعة عقد الزواج، وإن المهر ليس ركناً فيه، ولكن إحدى الآثار المترتبة عليه.⁽⁵¹⁾ أما القانون الكويتي، بالرجوع لقانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت، نجد أن المشرع وإن لم يتناول شرط الشغار بمادة صريحة بين عن طريقها حكم هذا الزواج، إلا انه في المادة 40 منه نص على ما يأتي: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد.⁽⁵²⁾

أما الفقه الإسلامي اتفق معظم الفقهاء، أن معنى الشغار، أن ينكح الرجل وليته رجلاً آخر على أن ينكح الآخر وليته ولا صداق بينهما، إلا بضع هذه ببضع الأخرى، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه.⁽⁵³⁾

واختلفوا إذا وقع زواج الشغار، هل يصح بمهر المثل أم لا؟ فقال مالك: لا يصح ويفسخ ابداً قبل الدخول وبعده، وقال الليث وأبو حنيفة وأصحابه: وهو نكاح صحيح ذكر لكل واحدة صداقها، أو لأحدهما دون

الأخرى، أو لم يذكر صداقا أصلا، أو اشتراطا، وبيننا أنه لا صداق في ذلك فقالوا: ولكل واحدة في هذا مهر مثلها والظاهر من قولهم: انهما إن سميا صداقا انه ليس لهما إلا المسمى. (54)

إن الشغار عند الفقهاء هو أن يشترط كل من الرجلين على صاحبه أن يزوجه موليته، وذهابهم إلى أن علة النهي عن نكاح الشغار، هي جعل كل واحدة من العاقدین شرطاً للآخر. (55)، وكما استدل الجمهور من المالكية والشافعية على قولهم بالسنة، الفسخ على الاطلاق وإن العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل، مثل العقد على خمر، أو على خنزير وقد اجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسد إذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل. (56) وقال ابن عبد البر (اجمع العلماء على أن نكاح الشغار لا يجوز، فالجمهور على البطلان، وفي رواية عن مالك: يفسخ قبل الدخول لا بعده، وحكاها ابن المنذر عن الاوزاعي، وذهب الحنفية إلى صحته، ووجوب المهر، وهو قول الزهري ومكحول والثوري والليث ورواية عن أحمد واسحاق وإبي ثور، هكذا في الفتح قال: وهو قوي على مذهب الشافعي لاختلاف الجهة لكن قال الشافعي: النساء محرمات إلا ما أحل الله أو ملك يمين، فإذا ورد النهي عن نكاح تأكد التحريم. (57)، ولا شك أن الزواج المعرض للفسخ يهدد مستقبل الأبناء، ويعرضهم للضياع وبالتالي فتترتب جميع الآثار السيئة المترتبة على تفكيك الاسر، بسبب نكاح الشغار. (58)

قد اختلفوا في حكم زواج الشغار من حيث الصحة وعدمها للشرط المقترن به إلى قولين هما: القول الأول: مذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية قالوا: إن نكاح الشغار باطل للشرط المقترن به، ويجب على جماعة المسلمين أن يفسخوه، متى علموا به سواء كان قبل دخول الزوج ام بعده، أما القول الثاني: مذهب الحنفية قالوا: إن نكاح الشغار صحيح والشرط الذي اقترن به باطل، فيصح العقد ويبطل الشرط، ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلها. إذ استدل الجمهور على قولهم بالسنة والقياس والمعقول. (59) وقول الرسول محمد (ﷺ) (لا شغار في الإسلام) إذ أن الحديث يحتل أمرين نفي وجود الشغار في الإسلام، ونفي صحة الشغار، ولا شك أن وجوده في الإسلام واقع، فتعين حمل الكلام على نفي الصحة. (60)، والفقهاء الشافعي في القديم انه عقد فيه تمويه، وإن معناه إنه ملك الزوج بضع بنته بالنكاح، ثم ارتجعه منه، بأن جعله ملكاً لبنت الزوج بالصداق وهذا موجب لفساد النكاح، كما لو قال زوجتك بنتي على أن يكون بضعها ملكاً لفلان كان النكاح فاسداً بالأجماع، كذلك هذا بالحجاج، ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح (61)، إذ من المعقول أن كل واحد منهما جعل بضع موليته مورداً للنكاح وصداقاً للآخرى وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج موليته من رجلين. (62)، وقد استدل أيضاً الحنفية على قولهم بالمعقول: لما جعلوا بضع كل منهما صداقاً للآخرى، فقد سميا ما لا يصلح صداقاً، وهو بضع الأخرى، والنكاح لا يبطله الشرط الفاسد، فإذا كان الأمر كذلك صح النكاح، ووجب مهر المثل، كما لو سمى المهر خمرًا أو خنزيرًا.

قد اختلف الفقهاء حكم شرط عدم المهر أو شرط الشغار إذ ان حكم زواج الشغار في الفقه الإسلامي نقسمها إلى اتجاهين:

أولاً/ فقهاء المالكية في قولهم، انه سمي نكاح الشغار بهذا الاسم، لخلوه من الصداق، وإنه محرم باتفاق ومضمونه، أن يعلق النكاح بشرط يخالف العقد، أو يخالف بعضاً بما يترتب على العقد، كأن يشترط الخيار لهما، أو لأحدهما، أو كأن يقول إذا لم تأت بالصداق إلى يوم كذا، فلا نكاح، أو كان يشترط الصداق خمراً، أو خنزيراً، فالنكاح يفسخ قبل الدخول، أما إذا حصل الدخول صح النكاح، ووجب مهر المثل، وبتفصل أدق قسمه المالكية إلى ثلاث صور:

الصورة الأولى: صريح الشغار: ومقتضاه أن يقول أحد لغيره: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، ولا يكون لهما مهرًا، وحكمه: يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده، فإذا فسخ قبل الدخول فلا شيء لهما، وإن فسخ بعده كان لهما مهر المثل بالوطء. ونشير أن المالكية والحنفية اختلفوا: إذ نجد أن المالكية يرون أنه يجب أن يعطي للمرأة المدخول بما صدق المثل، أما الحنفية فيرون أن هذا النكاح يصح بإعطائها مهر المثل وهو الرأي الذي وافقه فيه الحنابلة. هذا وقد تمسك المبطلون لهذه الصورة من الشغار بتفسير الرسول محمد (ﷺ) بقوله (والشغار أن يزوج الرجل ابنته ويزوجه الآخر ابنته ولا مهر بينهما).⁽⁶³⁾ الصورة الثانية: وجه الشغار: أي ما توقف نكاح أحدهما على الأخرى، كأن يقول أحدهما زوجني ابنتك بستين ألف دينار، على أن أزوجك ابنتي بستين ألف دينار أيضًا، ويختلف هذا عن الأول، فالأول صريح الشغار، لأنه رفع منه المهر رأساً فلم يسميا لأحد مهرًا، والثاني يقال له وجه الشغار، لأنه وإن كان قد سمي لكل منهما صداقًا، ولكنه اشترط زواج أحدهما في نظير الأخرى، وحكمه وجه الشغار عند المالكية البطلان، لكن يفسخ قبل الدخول لا بعده بطلاق النكاح الفاسد، وعند المالكية حكم وجه الشغار البطلان، لكن يفسخ قبل الدخول، أما بعده فأن العقد فيه يثبت بالكاثر من المسمى، وصداق المثل بمعنى أنها تأخذ الأكثر.⁽⁶⁴⁾ الصورة الثالثة: المركب بينهما: أي ان يتوقف نكاح أحدهما على الأخرى، كأن يقول أحدهما زوجني ابنتك بستين دينار، وأزوجك ابنتي بغير صداق أصلاً. حكمه: يعد النكاح في هذه الحالة نكاح فاسد، يتم فسخه قبل الدخول، أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل، لمن سمي لها الصداق بعد الدخول، ويعد نكاحها صحيحًا، أما من لم يسم لها المهر، فيفسخ نكاحها قبل، وبعد الدخول مع استحقاقها صداق المثل بعد البناء، لاستحلال فرجها، وذهب الحنابلة إلى أن النكاح فاسد فيهما معاً، أي من سمي لها ومن لم يسم لها مهر.⁽⁶⁵⁾

ثانياً/ بعض من الشافعي والحنبلي: إذ يرى الحنابلة أن شرط عدم المهر يعد شرطاً فاسداً، والزواج يفسد بهذا الشرط الفاسد، الذي يرمي لاشتراط تزويج بنتيهما لولديهما هذه في نظير الأخرى بدون مهر، وبالتالي فنكاح الشغار باطل عند الحنابلة، واستدلوا بقوله (ﷺ) (لا شغار في الإسلام) والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، وعدم صحته، إذ طالما النبي محمد (ﷺ) نهى عنه فهو غير صحيح. أما بالنسبة للشافعية فقد جاء في المذهب

للشيرازي في فقه الشافعية لا يجوز نكاح الشغار لكن الشافعية يفرقون بين حالتين: الحالة الأولى إذا زوج الرجل ابنته، من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق، ففي هذه الحالة النكاح باطل، لأنه اشرك البضع بينه وبين غيره فكأنه زوج ابنته من رجلين. أما الثاني إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، صح النكاحين، لأنه لم يحصل التشريك في البضع، وإنما حصل الفساد في الصداق، وهو أن جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح. (66) اعترض الحنفية على هذا القول بثلاثة أوجه، الأول: أن المنهي عنه هو زواج الشغار الذي كان معروفاً في الجاهلية، وهو الاكتفاء بجعل كل من المرأتين مهراً للأخرى، بدون إيجاب مهر لهما، فإذا أوجبا مهر المثل لكل منهما بهذا العقد، لم تكن كل من المرأتين مهراً للأخرى، وبعد عن كونه زواج شغار. الوجه الثاني: تأكيداً للوجه الأول أضاف الحنفية: أن المنهي عنه حصول الشغار، وعند الحنفية هذه الحقيقة المنهي عنها غير نافذة، لأن الذي يقولون بحله ونفاذه، إنما هو العقد بمهر المثل، فبطل كونه صداقاً. أما الوجه الثالث: أن النهي للكرهية لا للفساد، وذلك لأن الشارع جعل فساد المسمى في الصداق موجباً لمهر المثل في غير هذا مع الكراهية فيحمل النهي هنا على الكراهية قياساً على غيره. (67)

ثالثاً/المذهب الحنفي: يرى فقهاء المذهب الحنفي أن زواج الشغار يعد نكاحاً صحيحاً، لأن زواج كليهما قد خلا من ذكر المهر، وقد واشترط نفيه فيصح زواجهما، ويجب لكل من المرأتين مهر المثل إذ قال الكاساني في بدائع الصنائع: هو نكاح مؤبد، لكنه خلا من تسمية المهر الصحيحة، أدخل فيه شرط فاسد إذ شرط فيه أن يكون بضع كل واحد منهما مهر للأخرى. (68)

وبهذا نرى أن الحنفية قد اعتبروه عقد اقتزان بشرط غير صحيح، فيصح العقد ويلغو الشرط، كما هو الشأن في كل عقد زواج اقتزن بشرط غير صحيح، وقالوا بوجود مهر المثل لكل منهما، لأنه يجب عند خلو العقد من تسمية المهر تسمية صحيحة.

وان سبب الخلاف إذ قال الإمام ابن رشد: سبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل، فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد اجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر أو الخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل، إذ أن أصحاب القول الأول ناقش أصحاب القول الثاني بقولهم: إن الفساد هنا ليس من جهة المهر، بل من جهة أنه أوقفه على شرط فاسد يوجب فساد العقد، إذ فيه تشريك في البضع، لأن كل واحد منهما جعل بضع موليته مورداً للنكاح وصداقاً للأخرى، فأشبه تزوجها من رجلين. وناقش أصحاب القول الثاني أصحاب القول الأول بقولهم: إن النهي إنما ورد عن نكاح الشغار، ونكاح الشغار، هو الخالي عن العوض، وهذا نكاح بعوض وهو مهر المثل فلا يكون شغاراً. وإن النهي في الحديث الذي ينهى عن الشغار، حمل على الكراهية لا التحريم. (69)

الخلاصة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع زواج الشغار دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفقه الإسلامي وعلى ضوء ما تناولنا في هذا البحث . لا بد أن بيان مجموعه من النتائج والتوصيات وهذا ما سنبينه في الفقرتين الآتيتين:

أولاً/النتائج

- 1- إن الشرط في عقد الزواج أمر جائز شرعاً وقانوناً تطبيقاً للمبدأ القانون المعروف (العقد شريعة المتعاقدين) .
- 2- إن الشرط المقترن بالعقد هو: التزام واقع في العقد حال تكوينه، يزيد عن أصل العقد ومقتضاه، إذ يصبح جزءاً من اجزائه التي تم التراضي على أساسها.
- 3- إن الشروط المتفقة مع الشريعة الإسلامية، وتتوافق ومقتضيات العقد يجب الوفاء بها إذا تراضيا عليها وذلك لان الرضا أساس العقد .
- 4- إن الشروط المقترنة بالعقد إذا كانت تتنافى مع الشريعة الإسلامية وأصولها فهي مرفوضة وتبطل العقد.
- 5- إن أثر الشروط الفاسدة أو الباطلة والمقترنة بالعقد محل خلاف بين الفقهاء، فالجمهور يرون فساد العقد لفساد الشرط المقترن به، وهذا يدل على أن العقد يلغى بسبب ما اقترن به من شروط فاسدة، بعكس فقهاء الحنفية الذين يرون أن العقد صحيح لا يُلغى الشرط الفاسد بل يلغى الشرط فقط لأن العقد اكتملت أركانه وشروطه.
- 6- لم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي صراحة على زواج الشغار، من هنا نستنتج بأن زواج الشغار تحكمه أحكام الشريعة الإسلامية من حيث الشروط ويحكمه القانون المدني من حيث الآثار المترتبة على الفسخ.
- 7- إن نكاح الشغار باطل لاقتترانه بالشرط الفاسد ما لم يتم الدخول بالزوجة، فيصح العقد ويجب لها مهر المثل مراعاة لمصلحة المرأة.

ثانياً/التوصيات

- 1- نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة في قانون الأحوال الشخصية العراقي عن زواج الشغار وكذلك عن الشروط المقترنة بالعقد .
- 2- نقترح على المشرع العراقي بتجريم زواج الشغار كقانون تشريع منهاضه العنف الأسري في إقليم كردستان العراق رقم 8 لسنة 2011، إذ نصت المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون العنف

الأسري في إقليم كردستان العراق على (يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفا ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة).

3- نقترح على المشرع العراقي الاخذ بحذو الشريعة الإسلامية والسنة النبوية بقول الرسول محمد(صلى الله عليه واله وسلم) (لا شغار في الإسلام).

المصادر والمراجع:

- 1 ابن منظور، جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، مجلد 7، حرف ص-ظ، دار صادر، بيروت، دون سنة طبع، ص 329.
- 2 فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات الطبعية الثانية، القاهرة، 1997، ص 45.
- 3 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1990، ص 35.
- 4 د. صبحي المحمصاني، الطريقة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار العلم الإسلامي، بيروت، 1972، ص 206.
- 5 قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
- 6 مصطفى ابراهيم التركي، اصول الفقه في نسيجة الجديد، الجزء الثاني، دار الثقافي، بيروت، لبنان، 2011، ص 41.
- 7 د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 146.
- 8 محمد كمال الدين، امام الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 101.
- 9 د. محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد واثرها في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، عدد 22، 2004، ص 60.
- 10 الفقرة 3 من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
- 11 المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
- 12 د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او الآداب العامة في القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1958، ص 85.
- 13 المادة 186 من مجلة الأحكام العدلية سنة 1876.
- 14 شمس الدين أبو الفرج، الشرح الكبير على المقنع، الجزء الثاني، مكتبة المنار، مصر، 1929، ص 283.
- 15 قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1213/نفقة/2013.
- 16 شمس الدين محمد الشرييني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، مطبعة دار المعرفة-بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص 284.
- 17 علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، مطبعة شركة الطبوعات العلمية، مصر، الطبعة الأولى، 1328، ص 326.
- 18 محمد بن احمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بدون مكان طبع ولا سنة نشر، ص 406.
- 19 المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، الجزء الثالث، بدون دار طبع ولا سنة نشر، ص 397.
- 20 سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الازهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 2، 2008، ص 19.
- 21 السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات 2، مسألة 331.

- 22 د.احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مطبعة عصام، بغداد، ص103.
- 23 أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتب العلمية، بغداد، 1986، ص168.
- 24 عشاش نهاد، بولطيف فاتن، الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى-جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2021، ص43.
- 25 المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
- 26 محمد علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008، ص87.
- 27 سورة المائدة، الآية (1).
- 28 سيد سابق، فقه السنة، ج10، م ج2، ط4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983، ص44.
- 29 كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ط2، دار سلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1985، ص72.
- 30 كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص72.
- 31 محمد خضر قادر، دور الإرادة في احكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2010، ص163.
- 32 الفقرة 3 من المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
- 33 عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، الجزائر، 2006، ص201.
- 34 عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، فلسطين، 2006، ص182.
- 35 إسماعيل أبا بكر علي الباكري، احكام الاسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ص108.
- 36 عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مصدر سابق، ص183.
- 37 مجد الدين او طاهر محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص692.
- 38 ابن منظور، جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، مصدر سابق، ص2283.
- 39 د.احمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص24.
- 40 د.سلام عبد الزهرة و د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، دار السلام الجامعة، النجف الاشرف، الطبعة الخامسة، 2020، ص108..
- 41 محمد علي الطبطبائي، رياض المسائل، الجزء 11، مؤسسة ال البيت، قم، ص274.
- 42 محمد امين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1966، ص106.
- 43 ابو محمد المالكي، النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات، الجزء الرابع، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، ص451.
- 44 ابو حامد الطوسي، الوسيط في المذهب، الجزء الرابع، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417، ص49.
- 45 المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 .
- 46 د.هيفي حسن رمضان، العنف الاسري، مصدر سابق، ص67.
- 47 الفقرة الاولى من المادة الثانية من قانون منهاضة الاسرة في إقليم كردستان العراق رقم 8 لسنة 2011.
- 48 الفقرة الاولى من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
- 49 أبو عيسى محمد الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي: رقم الحديث: 1123، بدون سنة طبع ولا دار نشر ص324.

50 محمد الشماخ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج1، بدون طبعه، دمشق، 1995، ص180.
مجلة المعهد، مجلة علمية محكمة مفتوحة المصدر، ذات الرقم المعياري (ISSN 2518-5519) و (eISSN 3005-3587)

- 51 محمد الشماع، المصدر السابق، ص182
- 52 محمد سمارة، احكام واثار الزوجية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2008، ص143.
- 53 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص46.
- 54 ابن حزم، المحلى بالاثار، دار الفكر، بيروت، 2016، ص514.
- 55 احمد محمد الخليلي، عقود الزواج الفاسدة في الإسلام، ط1، دار المدار الإسلامي، ليبيا، 2008، ص244.
- 56 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ص47.
- 57 د. سامية عمر محمد العوض، صور مستحدثة للزواج ومدى المشروعية، مصدر سابق، ص1474.
- 58 د. سامية عمر محمد العوض، صور مستحدثة للزواج ومدى المشروعية، المصدر نفسه، ص1482.
- 59 ابن عبد الهادي الحنبلي، الضوابط الكلية والضوابط الفقهية، دار البشائر الإسلامية، سوريا، 1900، ص78.
- 60 الحديث أخرجه الامام مسلم في صحيحه في كتاب النكاح باب التحريم نكاح الشغار وبطلانه، جامع الأصول، ص452.
- 61 شمس الدين المقدسي، المقنع وشرح الكبير والانصاف، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص400.
- 62 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ص57.
- 63 مالك بن انس، موطأ الامام مالك، دار الكتاب الحديث، السعودية، 2010، ص179.
- 64 عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص881.
- 65 لعريبي ايمان، لمطاعي نور الدين، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص178.
- 66 الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص102.
- 67 عبد الرحمن الجزيري، مصدر سابق، ص882.
- 68 علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ص565.
- 69 أبو الحسن علي بن محمد البصري، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص445.