الشرط الجعلي

حكمه، وأثره في عقد الزواج

دراسة مقارنة

أ . د . خالد محمد صالح

(٢٠١٢ - ٢٠١٣)

الشرط الجعلي

حكمه، وأثره في عقد الزواج

دراسة مقارنة

أ.د. خالد محمد صالح.

أستاذ الفقه المقارن، كلية القانون، جامعة السليمانية.

(٢٠١٢-٢٠١٣)

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيدنا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه أجمعين:

أما بعد: فإن الله قد خلق البشر متفاوتين في كل شيء، بحيث يستحيل أن نجد شخصين متشابهين في ل شيء، وهذا التفاوت والإختلاف لا يقتصر على المظاهر الشكلية فحسب، بل يتعدى إلى الأفكار والتصورات والطموحات أيضاً.

وبما أن الإنسان كائن إجتماعي لا يستطيع العيش بمفرده، فهو يحتاج إلى أن يعيش في إطار الأسرة والمجتمع، 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 دون أن يقف عند حقوقهم وحرماتهم، لذا جاءت الشرائع السماوية لتنظم تلك المصالح والرغبات، وتبين حدود تلك الحقوق والحرمات، بصورة تضمن الحفاظ على مصالح الفرد من جهة، وتضمن الحفاظ على حقوق الآخرين وحرماتهم من جهة أخرى.

لذا فإن جميع العقود التي نظمتها تلك الشرائع تأتي في إطار تلبية رغبات المتعاقدين وتحقيق طموحاتهم، ومن أجل الحفاظ عل مرونة التشريع ومواكبته للتطورات المستمرة التي تطرأ على حياة الأفراد والمجتمعات، و إبقاء مساحة مناسبة لإرادة 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 والخطوط العريضة لتلك العقود، وترك تحديد التفاصيل لإرادة الأفراد، بحيث يشعر كل فرد بأن بإمكانه أن يبرم من العقود ما يحس بأنه بحاجة إليها، وان يبرمها بالصورة التي يرتضيها لنفسه، وبالشروط التي يراها مناسبة مع رغباته وطموحاته.

وهذا ما درج القانونيون على تسميته بسلطان 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 سلطان 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 نص عليه القانون إجمالاً في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي من أن: ((الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها)). فقد نص القانون وبهذا الإطلاق على إعتبار وشرعية الشروط الجعلية التي تشترط ضمن عقد الزواج، دون الخوض في تفاصيل هذه الشروط، ومدى موائمتها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وغايات الزواج ومقاصده الأساسية.

إذن الهدف من هذا الكتاب هو بيان مفهوم الشرط بصورة عامة والشرط الجعلي بصورة خاصة، وذلك من خلال تعريفه، وبيان أقسامه، ومدى حرية العاقدين في إشتراطه، وبيان الضوابط الشرعية والقانونية له، مع بيان الآثار التي قد تترتب عليه، وكل ذلك في إطار الشريعة والقانون.

واتبعت في كتابته منهج التحليل والمقارنة بين الشريعة الإسلامية متمثلة بنصوصها وبآراء الفقهاء من جهة، وقانون الأحوال الشخصية العراقي مع الإشارة إلى قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية من جهة أخرى.

والكتاب يتكون من مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، خلاصة، مع فهرسين.

أما المقدمة: فتتضمن أهمية موضوع الكتاب، والهدف منه، ومنهجه العلمي، وخطته.

ثم يأتي المبحث الأول: وخصصته لبيان وتعريف المفردات الواردة في عنوان الكتاب، وذلك من خلال ستة مطالب تحوي تعاريف كل من: الشرط، والجعل، والحكم، والأثر، والعقد، والزواج.

يليه المبحث الثاني: ويتناول أقسام الشرط وذلك من عدة جوانب وبعدة إعتبارات منها: الشرط بإعتبار مصدر إشتراطه، الشرط بإعتبار زمن إشتراطه، الشرط بإعتبار تأثيره في العقد، الشرط بإعتبار الحكم. وخصصت لكل إعتبار من هذه الإعتبارات مطلباً.

ثم 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 الكتاب جمعتها في الخاتمة.

ولمن يريد الإطلاع على خلاصة على عجالة كتبت عقب الخاتمة خلاصة تحوي زبدة الموضوع باللغتين العربية، والإنكليزية.

وأخيراً كتبت فهرسين: أحدهما عن المصادر والمراجع التي استفدت منها، وثانيهما: عن فهرس الموضوعات الواردة في الكتاب.

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]

الشرط في اللغة بفتح الراء وسكونه:

جاء في لسان العرب: ((الشَّرْطُ: إِلزامُ الشيء والتِزامُه في البيعِ ونحوه... والشَّرَطُ بالتحريك العلامة...والاشْتِراطُ العلامة التي يجعلها الناس بينهم...وأَشْرَط فلان نفسَه لكذا وكذا أَعْلَمها له وأَعَدَّها، ومنه سمي الشُّرَطُ لأَنهم جعلوا لأَنفسهم علامة يُعْرَفُون بها الواحد... وأَشْراطُ الشيء: أَوائلُه... ومنه أَشراطُ الساعةِ، وقال أَبو عبيدة: أَشراطُ الساعةِ أَسبابُها التي هي دون مُعْظَمِها وقِيامِها...والشَّرَطُ رُذالُ المالِ وشِرارُه...والأَشْراطُ: الأَرْذالُ، والأَشْراطُ أَيضاً: الأَشْرافُ، قال يعقوب: وهذا الحرف من الأضداد))[٢]. وفي تاج العروس: ((الشَّرْطُ: إِلْزامُ الشَّيْء والْتِزامُه في البَيْع ونحوِه... والشَّرْطُ: الدُّونُ اللَّئيمُ السَّافِلُ... والشَّرَطُ بالتَّحريكِ: العلامَةُ الَّتِي يجْعَلُها النَّاسُ بينَهُم..والشَّرَطُ: أَوَّلُ الشَّيْءِ...ومِنْهُ أَشْرَاطُ السَّاعَةِ))[٣]. وفي تهذيب اللغة: ((شرط: قال الليث: أَشْراطَ السَّاعة..عَلاَمَاتُها،

---

١ – رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط١، ٢٠٠١، ص٢٣.

٢ – إبن منظور (مُحَمَّد بن مكرم بن منظور الأفريقي)، لسان العرب، ج٧، دار صادر، بيروت، ط١، ص٣٢٩. إبن فارس (أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا)، معجم مقاييس اللغة، ج٣، دار الفكر، بيروت، ط١٩٧٩،، تحقيق: عبد السلام هارون، ص٢٦٠. الجرجاني (علي بن مُحَمَّد بن علي)، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١ ،١٤٠٥، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ص١٦٦. الجوهري (إسماعيل بن حماد)، الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، ج٤، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤ ،١٩٩٠، ص٢٧٥. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، ط٢ ،١٩٩٨، ص١٩٢.

٣ – الزبيدي (مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن عبد الرزاق الحسيني) ، تاج العروس من جواهر القاموس،ج١٩، دار الهداية، تحقيق: مجموعة من المحققين، ص٤٠٤.

قال: ومنه الاشْتراط الذي يَشترِط الناسُ بعضُهم على بعض، إنما هي علامات يَجْعلونها بينهم...عن ابن السكيت: قال: .. أَشْرَطَ نفسه لكذا وكذا: أي أَعْلَمَها وأَعَدَّهَا...قال أبو سَعِيد: أَشْراط السَّاعة عَلاماتُها، و أَسْبابُها التي هي دون مُعْظمها وقِيامها. قال: وأشراطُ كلِّ شيء ابْتِدَاءُ أوّله))[1].

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

– العلامة الدالة على الشيء، يقال أشراط الساعة: أي علاماتها التي يستدل بها على قرب مجيئها، وسمي ما علق به الجزاء شرطا لأنه علامة لنزوله، ومنه الإشتراط الذي يشترطه الناس على بعضهم: أي العلامات التي يجعلونها بينهم في العقود والمواثيق، ومنه تسمية الشرطة؛ لأَنهم جعلوا لأَنفسهم علامات يُعْرَفُون بها.

– ويأتي الشرط أيضاً لمعنى إلزام الشيء و إلتزامه في البيع وغيره.

– كما يطلق على الإعداد للشيء والإستعداد له، يقال أشرط نفسه للهلاك أي أعد نفسه للهلاك واستعد له.

– ويطلق أيضاً على الدون من الشيء و رذاله، يقال علامات الساعة، أي علاماتها وأسبابها التي هي دونها في الهول والعظمة.

– وبعكس الدون والرذال يأتي الشرط بمعنى السامي والشريف من الشيء أيضاً، ومنه سمي الشرطة شرطة: أي خيار الناس وأشرافهم، وبهذا فإن هذه الكلمة تعتبر من الأضداد التي تأتي لمعنين متناقضين.

– وأخيراً يطلق الشرط على أوائل الشيء وبداياته، يقال أشراط الساعة: أي بداياتها.

ويعرف الشرط بصيغته إن دخل في الكلام حرف من حروف الشرط مثل: إن، ما، مهما، حيثما، ويعرف أيضا بدلالته عندما يكون الكلام الأول سببا للثاني.

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.

---

١ – الأزهري (أبو منصور مُحَمَّد بن أحمد)، تهذيب اللغة، ج١١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١، تحقيق: مُحَمَّد عوض مرعب، ص٢١٠.

كما نقصد بها: تهيئة العقد وإعداده بجعله مناسباً وملبيا 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 بإختلاف 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[١].
- أو هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده [٢].
- 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[٣].

وبالنظر إلى هذه التعاريف يتبين لنا أن تعريف الشرط في إصطلاح الأصوليين واحد وإن اختلفت عباراتهم في التعبير، وبناءاً على هذه التعاريف فإن الشرط هو: ما يلزم من عدمه عدم وجود الحكم (المشروط) وكان خارجا 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 المشروط عند عدم تحقق الشرط، فمثلاً: الإسلام شرط لصحة وقبول جميع العبادات، فإذا لم يسلم الشخص لم تقبل

---

١ – عبد الوهاب إبن السبكي، جمع الجوامع، والنقل من: البناني، حاشية العلامة البناني على شرح الجلال مُحَمَّد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع، ج٢، تبريز، إيران، ص٢٠. إبن النجار (مُحَمَّد بن أحمد بن عبد العزيز)، شرح الكوكب المنير، مكتبة العبيكان، ط٢ ،١٩٩٧، تحقيق: مُحَمَّد الزحيلي، ونزيه حماد، ص٤٥٢. وانظر: الزركشي (بدر الدين مُحَمَّد بن عبد الله)، البحر المحيط في أصول الفقه، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ،٢٠٠٠، تحقيق: مُحَمَّد مُحَمَّد تامر، ص٤٦٦.

٢ – الغزالي (مُحَمَّد بن مُحَمَّد الغزالي)، المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت،ط١ ،١٤١٣، تحقيق : مُحَمَّد عبد السلام عبد الشافي، ص٢٦١.

٣ – الشوكاني (مُحَمَّد بن علي)، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، ج١، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٩٩٩، تحقيق: أحمد عزو عناية، ص٢٧.

منه أية عبادة على الإطلاق، وبهذا القيد يخرج المانع الذي لا يلزم من عدمه شئ، كالكلام الأجنبي في الصلاة المانع من صحتها، فانه إذا انتفى في الصلاة لا يلزم من عدمه شئ.

– وقولنا: (وكان خارجا عن حقيقته): يعني أن الشرط ليس جزءا من حقيقة المشروط، بل هو أمر خارج عنه، كالشهادة في عقد الزواج فهي خارجة عن حقيقة عقد الزواج، بخلاف الصيغة التي تدخل في صلب العقد وهي جزء من حقيقته.

– وقولنا: (ولا يلزم من وجوده وجود الحكم (المشروط) ولا عدمه): أي أن مجرد تحقق الشرط لا يستلزم تحقق الأمر المشروط، ولا عدمه، فالزوجية 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 طلاق أصلاً. وبهذا القيد يخرج السبب، فانه يلزم من وجوده وجود الحكم، ومن عدمه العدم، 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 كاقترانه بالمانع، فانه يلزم من وجوده العدم، لكن لا لذات الشرط، وإنما لمقارنته 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 للعاقد في إيجادها، كما لا يملك صلاحية إلغائها، وهذا النوع من الشرط هو الذي يعد الأساس في إبرام العقد ، بحيث يؤدي انعدامه إلى انعدام العقد وبطلانه أو إلى فساده.

والشروط في عقد الزواج: والمراد بالشروط هنا الشروط الجعلية التي يعود مصدر إشتراطها 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 صلة لها بجوهر العقد وإنما هي شروط يضيفها الزوجان أو أحدهما تحقيقًا لمصلحة خاصة، وبالتالي فإن وجودها أو عدمها لا يؤثر في صحة العقد.

وأما الشرط في إصطلاح القانونيين فيطلق على عدة معان مختلفة منها:

– يطلق لفظ الشرط على العناصر اللازمة لإنعقاد العقد أو لصحته، أو ما نسميه بأركان العقد وشروطه، فقد نصت 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 واستيعابهما 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))[١].

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 – بإعتبار أن مصدر إشتراطها 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)[٢].

---

١ – قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).

٢ – أ. د. عبد المجيد الحكيم، أ.د. عبد الباقي البكري، د. مُحَمَّد طه البشير، القانون المدني (أحكام الإلتزام)، ج٢، ط١٩٨٠،١، ص١٥٨. د. جلال العدوي، أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٩٣م، ص ٢٢١ . حسن علي الذنون، أحكام الإلتزام، شركة الرابطة للطباعة والنشر، بغداد، ص١٢٧. د. رمضان مُحَمَّد أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ط١٩٩٨،١، ص٢٥٦. د. عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط٦، ٢٠٠١، ص١٣٥. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء، دمشق، ط٩، ١٩٦٧، ص٥٢١.

وهذا المعنى القانوني الثاني للشرط بشقيه (الواقف) و (الفاسخ) لا يتفق مع المقصود بالشرط في 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، ولكن لا تقبل التعليق على شرط أصلاً[١]، وقد نص قانون الأحوال الشخصية على إبطال مثل هذه الشروط والعقود، وذلك في المادة (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))[٢]. فلو علق العاقد إنعقاد 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 أيضاً لا يمكن تطبيقه في عقد الزواج، ولا يمكن التمثيل له بتعليق الطلاق على شرط؛ لأن الطلاق المعلق على شرط لا يعتبر واقعا، ولا يعترف به قانونا، وذلك بموجب المادة (٣٦) والتي تنص على أنه: ((لا يقع الطلاق غير المنجز، أو المشروط، أو المستعمل بصيغة اليمين)).

- ويطلق الشرط أيضاً 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.

وهناك فرق واضح بين تعليق العقد على شرط وإقتران العقد 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 معدوما 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 مطلقا عن الشرط، ولذلك يسمى بشرط التقييد ويصاغ عادة بكلمة (على أن) أو (على شرط أن) أو (بشرط أن).

---

١ - أنظر: د. مُحَمَّد شريف أحمد، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١ ،١٩٩٩، ص٩٨.

٢ - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).

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 أي شرط وذلك في (م٦) التي تنص على أنه: ((لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي)). ثم ذكر في الفقرة (هـ): ((أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة)). وعلى العكس من ذلك نص صراحة على جواز إقتران العقد بالشرط، وذلك في المادة (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))[٢].

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 إليها 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.

---

١ – أنظر: د. عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، ص١٣٥. حسن علي الذنون، أحكام الإلتزام، ص١٢٧.

٢ – قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).

المطلب الثاني
تعريف الجعل

الجعل في اللغة: جاء في لسان العرب: ((جَعَلَ الشيءَ يَجْعَله: ..وَضَعه،... وجَعَلَه...صَنَعه، وجَعَله: صَيَّرَه..وجَعَل الطينَ خَزَفاً، والقَبِيحَ حَسَناً: صيَّرَه إياه..وجَعَلَ يفعل كذا: أَقْبَل، وجَعَلَ: خَلَق..والجُعْل الاسم بالضم، والمصدر بالفتح، يقال جَعَل لك جَعْلاً وجُعْلاً: وهو الأَجر على الشيء فعلاً أَو قولاً))[١].

وفي تاج العروس: ((جعلَهُ..: أي صَنَعَهُ..وقال الراغِبُ: جَعَلَ لَفظٌ عامٌّ في الأفعال كلِّها، وهو أَعَمُّ مِن فَعَل، وصَنَع، وسائرِ أخواتِها... جَعَلَ الشيء جَعلاً: وَضَعَهُ، جَعَلَ بَعْضَه فوقَ بعضٍ: أَلْقَاهُ. جَعَلَ القَبِيحَ حَسَناً: صَيَّرَهُ...وجَعلْتُ زيداً أخاكَ: أي نَسَبْتُهُ إليكَ. و..الجَعْلُ بمعْنَى إيجادِ الشيء من الشيء، وتكوينه منه.. ويكون بمَعْنى التَّسوِيةِ والتَّهْيئة... وبمعْنَى إدخالِ شيءٍ في شيءٍ))[٢].

وفي كتاب العين: ((جَعَلَ جَعْلاً: صنع صنعاً، وجَعَلَ أعمُّ لأنَّكَ تقول: جَعَلَ يأكُلُ، وَجَعَلَ يصنع كذا، ولا تقول: صَنَعَ يأكُلُ، والجَعْلُ: ما جعلت لإنسان أجراً له على عملٍ يعملُهُ، والجَعْلُ واحدُها جَعْلَة: وهي النَّخلُ الصّغار))[٣].

وفي كتاب الصحاح: ((جَعَلَهُ الله نبيًّا: أي صيّره. وجَعَلوا الملائكة إناثاً: أي سمَّوهم. والجَعْلُ: النخلُ القِصارُ. والجُعْلُ بالضم: ما جُعِل للإنسان من شيء على الشيء يفعله. والجِعالُ: الخِرْقَةُ التي تُنْزَلُ بها القِدر عن النار، والجمع جُعُلٌ. وأَجْعَلَتِ الكلبةُ: إذا أرادت السِفاد، وكذلك سائر السباع[٤].

إذن الجعل في اللغة وكما يظهر من التعاريف السابقة: يأتي لمعاني الوضع، والصنع، والخلق، والإنشاء، والإقدام، والإلقاء، والتهيئة، والتسمية، ونسبة الشيء إلى الشيء، وتحويل الشيء وتحويره.

---

١ – إبن منظور، لسان العرب، ج١١، ص١١٠.

٢ – عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ج٢٨، ص٢٠٦.

٣ – الفراهيدي (الخليل بن أحمد الفراهيدي)، كتاب العين، ج١، دار ومكتبة الهلال، تحقيق : د.مهدي المخزومي، و د.إبراهيم السامرائي، ص٢٢٩. إبن سيده (علي بن إسماعيل الأندلسي)، المخصص، ج٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٩٩٦، ص٣٦٤، تحقيق: خليل بن إبراهيم. الأزهري، تهذيب اللغة، ج١، ص١١٢.

٤ – الجوهري، كتاب الصحاح، ج٥، ص٣٤٢.

وجميع هذه المعاني مقصودة بكلمة الجعل في بحثنا هذا، فالشرط الجعلي هو: الشرط الذي يضعه العاقد، ويصنعه، ويخلقه، وينشأه، ويقدم عليه، ويهيئه، ويسميه، وينسبه إلى العقد، ويحول به من آثار العقد ويحوره.

ويتبين ذلك أكثر من خلال بيان المعنى الإصطلاحي للشرط الجعلي.

الشرط الجعلي في إصطلاح الفقهاء:

والشرط الجعلي في إصطلاح الفقهاء: هو ما يشترطه المتعاقدان في تصرّفاتهما[١].

أو هو: الشرط الذي ينشئه العاقدان بإرادتهما مقترنًا بالعقد تحقيقًا لمصلحة العقد أو مصلحة أحدهما[٢].

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

١ – وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج١٣، ط٢، دار السلاسل، الكويت، ص٣١٢.

٢ – مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة المجمع، ع١٢، ص٤٩٦.

المطلب الثالث
تعريف الحكم

الحكم في اللغة: تطلق كلمة الحكم في اللغة على عدة معان متقاربة.

جاء في الصحاح: ((الحُكْمُ: مصدر قولك حَكَمَ بينهم: أي قضى..و الحكم أيضاً: الحكمة من العلم. و الحكيم: العالم))[١]. و في لسان العرب: ((الحُكْم: الحِكْمَةُ من العلم. والحَكِيمُ: العالِم، وصاحب الحِكْمَة. وقد حَكُمَ: أي صار حَكِيماً..والحُكْمُ: العِلْمُ، والفقه، والقضاء بالعدل. قال تعالى: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيّاً﴾[٢]، أَي علماً وفقهاً))[٣]. وفي تاج العروس: ((..(الحُكْمُ بالضَّمِّ: القَضاءُ) في الشَّيْء بأنّه كَذا، أو لَيْس بِكَذا، سواءٌ لَزِم ذلِك غَيْرَه أَمْ لاَ، هذا قولُ أهلِ اللّغة، وخَصَّصَ بَعضُهم فقال: القَضاءُ بالعَدْل))[٤].

إذن الحكم في اللغة: يأتي لمعاني: العلم، والحكمة، والقضاء، وهذا المعنى الأخير هو المتفق مع مضمون بحثنا الذي يدور 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 المستصفى: ((الحكم عندنا عبارة عن خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال المكلفين))[٥].

وفي المحصول: ((إنه الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير))[٦].

وفي إرشاد الفحول: ((هو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء، أو التخيير، أو الوضع))[٧].

٢٠- الجوهري ، الصحاح، ج٦، ص١٧٩.

٢ – سورة مريم: الآية: (١٢).

٣ – ابن منظور، لسان العرب، ج١٢، ص١٤٠.

٤ – الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس، ج٣١، ص٥١٠.

٥ – الغزالي، المستصفى في علم الأصول ، ص٤٥.

٦ – الرازي (مُحَمَّد بن عمر)، المحصول في علم أصول الفقه، ج١، جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود ، الرياض، ط١ ،١٤٠٠، تحقيق: طه جابر العلواني، ص١٠٧.

٧ – الشوكاني، إرشاد الفحول، ج١، ص٢٥.

وإذا نظرنا إلى هذه التعاريف الثلاثة نرى أن التعريف الأول ناقص؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾[١]، خطاب يتعلق بأفعال المكلفين وليس فيه أي حكم بالاتفاق.

أما التعريف الثاني والثالث فمفهومهما واحد، ويتفقان على أن خطاب الوضع جزء من الحكم الشرعي، إلا أن أصحاب التعريف الثاني يكتفون بدخوله ضمنا؛ لكون خطاب الوضع معرفا للحكم التكليفي سواء كان سببا، أو شرطا، أو مانعا فلا داعي لذكره صراحة، وأصحاب التعريف الثالث يفضلون ذكره صراحة وهو المختار؛ لأن في زيادة اللفظ زيادة المعنى، ومع هذا يبقى التعريف ناقصا؛ لأن الحكم لا يؤخذ من أي خطاب كما ورد في التعريف؛ و إنما يؤخذ من خطاب الشارع فقط.

فالتعريف المختار للحكم هو: خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، 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 بالاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع، احتراز عن قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾[٢]، فإنه خطاب يتعلق بأفعال العباد على وجه الإخبار عنها بكونها مخلوقة، وليس على وجه الاقتضاء، 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.

---

١ – سورة الصافات: الآية (٩٦).

٢ – سورة الصافات: الآية (٩٦).

المطلب الرابع
تعريف الأثر

الأثر في اللغة: جاء في لسان العرب: ((..(أثر) الأَثر بقية الشيء..وخرجت في إِثْره، وفي أَثَره: أَي بعده... والأَثر بالتحريك: ما بقي من رسم الشيء، والتأْثير: إِبْقاءُ الأَثر في الشيء... وأَثَّرَ في الشيء: ترك فيه أَثراً. والآثارُ: الأَعْلام، والأَثِيرَةُ من الدوابّ: العظيمة الأَثَر في الأَرض بخفها أَو حافرها... والمأْثَرة، والمأْثُرة بفتح الثاء وضمها: المكرمة؛ لأَنها تُؤْثر، أَي تذكر...وأَثَرُ السيف: ضَرْبَته، وأُثْر الجُرْح: أَثَرُهُ يبقى بعدما يبرأُ))[١]. وفي كتاب العين: ((الأثر: بقيّة ما ترى من كُلّ شيء، وما لا يُرَى بعد ما يُبْقي عُلْقَةً...وأَثَرُ الحديث: أَنْ يأثِرَه قَوْمٌ عن قَوْمٍ))[٢].

إذن الأثر في اللغة وكما يظهر من التعريفين السابقين: يطلق على ما يبقى من الشيء، سواء كان هذا الأثر حسياً أم معنوياً، فالحسي كما في آثار الأقدام 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 بإختلاف موضوعه:

فالأثر في اصطلاح أهل الحديث: يطلق على المروى مطلقا سواء كان عن رسول الله ﷺ أو عن صحابي، وقال الفقهاء الخراسانيون 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 بملابس أو جسم المجني عليه، أو المتهم، أو أي شيء يضبط بمسرح الحادث يساعد على كشف الحقيقة[٥].

---

١ – إبن منظور، لسان العرب، ج١٥،ص٦,١٥. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص٤٣٦.

٢ – الخليل الفراهيدي، كتاب العين، ج٨، ص٢٣٦. الزبيدي، تاج العروس، ج١٠، ص١٦.

٣ – العسكري، معجم الفروق اللغوية،ج١، ص٥٢.

٤ – النووي (يحيى بن شرف النووي)، شرح النووي على صحيح مسلم، ج١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢ ،١٣٩٢، ص٦٣.

٥ – سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، ط٢، ١٤٢٧، ص١٧.

والأثر في إصطلاح أهل الفقه وهو الذي نحن بصدد تعريفه، وبالرغم من أنني لم أقف على تعريف له في كتب الفقه، إلا أن معناه الإصطلاحي لا يخرج عن معناه اللغوي الذي ذكرناه آنفاً.

فالمقصود بأثر الحكم، أو العقد، أو التصرف في إصطلاح الفقهاء: هو ما يخلفه هذا الحكم، أو العقد، أو التصرف، أو ما يترتب عليه من تبعات وإلتزامات مادية ومعنوية، فيترتب على عقد البيع مثلاً تملك المشتري للمبيع، وتملك البائع للثمن، ويترتب على عقد الزواج مثلاً حل إستمتاع 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 هذه الشروط فإن تحققت ترتبت الآثار وإلا أعتبر العقد فاسداً.

ومن خلال ذلك يتبين لنا بأن المقصود بأثر الشرط الجعلي: هو ما يترتب على الشروط التي يشترطها العاقدان أو أحدهما من تبعات وإلتزامات 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: ((العَقْد نقيض الحَلّ...وعَقَدَ العَهْدَ واليمين.. أَكدهما... وعَقَدْتُ الحبْلَ، والبيع، والعهد فانعقد: وهي أَوكد العُهود، ويقال: عَهِدْتُ إلى فلانٍ.. وتأْويله: أَلزمته ذلك.. والعَقِيدُ: الحَليفُ...وعُقْدَةِ اللسان: ما غُلظَ منه... وعُقْدَةُ كلِّ شيءٍ: إبرامه.. وتَعَقَّد الإخاءُ: استحكم.. العقدة عند العرب: الحائط الكثير النخل... وكأَنّ الرجل إذا اتخذ ذلك فقد أَحكم أَمره عند نفسه واستوثق منه، ثم صيروا كل شيء يستوثق الرجل به لنفسه ويعتمد عليه عُقْدة))[١]. وفي تاج تاج العروس: ((عقد : (عَقَدَ الحَبْلَ والبَيْعَ والعَهْدَ يَعْقِدُهُ) ..(شَدَّهُ) والذي صَرَّحَ به أَئِمَّةُ الاشتِقَاقِ: أَنَّ أَصلَ العَقْدِ نَقِيض الحَلّ، ثم اسْتُعْمِل في أَنْواعِ العُقُودِ من البُيوعاتِ، والعُقُود وغيرها، ثم استُعْمِل في التصميم والاعتقادِ الجَازِم... والعَقْدُ بفَتح فسكونٍ) الضَّمَانُ (والعَهْدُ) جمْعُه: العُقُود .. (و) العَقْدُ (الجَمَلُ المُوَثَّقُ الظَّهْرِ)... (و) العُقْدَةُ (من النِّكاحِ، وكُلِّ شَيْءٍ) كالبَيْعِ ونحْوه (وُجُوبُهُ) قال الفرسيُّ: هو من الشَّدِّ والرَّبْطِ))[٢]. وفي القاموس المحيط: ((عَقَدَ الحَبْلَ، والبَيْعَ، والعَهْدَ يَعْقِدُهُ : شدَّهُ...والعَقْدُ: الضَّمانُ، والعَهْدُ، والجَمَلُ المُوَثَّقُ الظهْرِ...وتَعاقَدُوا: تَعاهَدُوا...وتَحَلَّلَتْ عُقَدُهُ : سَكَنَ غَضَبُهُ))[٣].

وجميع هذه التعاريف متفقة على أن كلمة العقد بجميع مشتقاتها تأتي لمعنى الربط بين شيئين بصورة موثقة ومؤكدة، أو الجزم، والتوثيق والتأكيد في الشيء ومن الشيء، يؤكد ذلك ما جاء في معجم مقاييس اللغة بأن: ((عقد) العين، والقاف، والدال، أصلٌ واحدٌ يدلُّ على شَدٍّ، وشِدّةِ وُثوق، وإليه ترجعُ فروعُ البابِ كلها[٤].

وهذا هو عين المقصود بكلمة العقد في بحثنا هذا، فعقد الزواج: يعني الربط بين إرادتين بصورة موثقة وجازمة، وإلزام كل طرف من طرفي العقد بما يترتب على هذا الربط من حقوق و واجبات، ومن أجل ذلك سمى الله هذا العقد على وجه الخصوص بالميثاق الغليظ حين قال: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ

---

١ – إبن منظور، لسان العرب، ج٣، ص٢٩٦.

٢ – الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج٨، ص٣٩٤.

٣ – الفيروزآبادي (مُحَمَّد بن يعقوب)، القاموس المحيط، ص٣٨٣. إبن عباد الطالقاني (إسماعيل ابن عباد بن العباس)، المحيط في اللغة، ج١، عالم الكتب، بيروت، ط١ ،١٩٩٤، تحقيق: مُحَمَّد حسن آل ياسين، ص١٥١. إبراهيم مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط، ج٢، ط، دار الدعوة، تحقيق: جامعة الدول العربية، ص٦١٣.

٤ – إبن فارس ، معجم مقاييس اللغة، ج٤، ص٨٦.

﴿أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً﴾[١]. فهو توكيد لفظي وإصطلاحي يضاف إلى معنى التوثيق والجزم المستوحاة أصلاً من المعنى اللغوي لكلمة العقد.

العقد في الإصطلاح: والعقد في إصطلاح الفقهاء يأتي بمعيين: أحدهما عام، والآخر خاص.

أما المعنى العام فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة،كما في النذر، والجعالة، والوقف، والإبراء، والوصية، واليمين، والكفالة، وغيرها. أم بإرادتين،كما في: النكاح، والبيع، والإجارة، والوكالة، وغيرها. وهو بهذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً.

أما المعنى الخاص فهو: عبارة عن إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يعتد يه شرعاً، ويثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر[٢].

وأما العقد في الإصطلاح القانوني: فقد عرفه القانون المدني في المادة (٧٣) بأنه: ((إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))[٣].

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 منفردة 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 على المعنى الثاني دون الأول، وهذا من جهة. ومن جهة أخرى يؤكد التعريف الفقهي على أن العقد يطلق على الارتباط الذي يتم على وجه يُعْتَدُّ به شرعاً، ولا يعتد بأي توافق يتم بخلاف الوجه الشرعي. أما التعريف القانوني فلم يتطرق إلى هذا القيد، وبذلك يكون تعريفُ العقد عند القانونين غيرَ مانع من دخول العقد الباطل فيه[٤].

١- سورة النساء: الآية:٢١.

٢ – إبن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٥، دار المعرفة، بيروت، ص٢٨٣. البابرتي (مُحَمَّد بن محمود البابرتي)، شرح العناية على الهداية (هامش فتح القدير)، ج٥، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الناشر دار صادر، بيروت. ط١، ١٣١٦هـ، ص٧٤. القونوي (قاسم بن عبد الله)، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء، جدة، ط١ ،١٤٠٦، تحقيق: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ص٢٠٣. مُحَمَّد بن علي، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة، ج٥، مكتبة الرشد، الرياض، ط١ ،٢٠٠١، تحقيق: د. صالح بن ناصر، ص٤٠. مُحَمَّد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، المادة (٢٦٢). لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية – المادة (١٠٣)، الناشر: نور مُحَمَّد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

٣ – القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

٤ – أنظر: منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج٢،ص١٢٠٤٦.

المطلب السادس

تعريف الزواج

الزواج في اللغة: جاء في لسان العرب: ((الزَّوْجُ خلاف الفَرْدِ. يقال: زَوْجٌ أَو فَرْد...ابن سيده الزَّوْجُ: الفَرْدُ الذي له قَرِينٌ...والأَصل في الزَّوْجِ: الصِّنْفُ، والنَّوْعُ من كل شيء، وكل شيئين مقترنين، شكلين كانا أَو نقيضين فهما زوجان، وكلُّ واحد منهما زوج، وقوله تعالى: ﴿وَآخَرُ مِن شَكْلِهِ أَزْوَاجٌ﴾[١]. قال: معناه أَلوان وأَنواع من العذاب))[٢]. وفي تاج العروس: ((..(و) الزَّوْج (خلاف الفَرْدِ) يقال: زَوْجٌ أَو فَرْدٌ، كما يقال: شَفْعٌ أَو وِتْر (و) الزَّوْجُ: النَّمَطُ...(و) زَوَّجَ الشيءَ بالشيءِ، وزَوَّجَه إليه: قَرَنه. وفي التَّنْزِيلِ: ﴿وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾[٣]. أَي (قَرَنّاهُم). وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾[٤]. وكل شيئين اقترن أحدهما بالآخَر فهما زَوْجَانِ))[٥].

إذن فكلمة الزواج في اللغة: مشتقة من الزوج، والزوج خلاف الفرد، والأصل في الزوج الصنف والنوع من كل شئ، قال تعالى: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ﴾[٦] أي الأصناف. وكل شيئين متشابهين كانا أو نقيضين فهما زوجان، وكل واحد منهما زوج، قال تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾[٧]. أي قرناهم بهن، وليس في الجنة تزويج كتزويج الدنيا، وكذلك قوله: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾[٨]. أي قرنائهم. والزوج يطلق على البعل، والزوجة. قال الله تعالى: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾[٩].

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

---

١ – سورة ص: الآية: (٥٨).
٢ – إبن منظور، لسان العرب، ح٢،ص٢٩١.
٣ – سورة الدخان: الآية: (٥٤). و سورة الطور: الآية: (٢٠).
٤ – سورة التكوير: الآية: (٧).
٥ ، الزبيدي، تاج العروس، ج٦،ص٢٠.
٦ – سورة يس: الآية (٣٦).
٧ – سورة الدخان: الآية (٥٤).
٨ – سورة الصافات: الآية (٢٢).
٩ – سورة البقرة: الآية (٣٥).

وأما الزواج في الإصطلاح: فتعاريف الفقهاء بمذاهبهم المختلفة تكاد تكون واحدة لعقد الزواج، ومنها:

جاء في الدر المختار للحنفية: ((هو (عقد يفيد ملك المتعة) أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي))[١]. وفي إرشاد السالك للمالكية: ((عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم، مجوسية، وغير أمة، كتابية، بصيغة لقادر محتاج، أو راج نسلاً))[٢]. وفي أسنى المطالب للشافعية: ((شرعاً عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح، أو تزويج، أو ترجمته))[٣]. وفي شرح منتهى الإرادات للحنابلة: ((النكاح شرعا حقيقة في عقد التزويج))[٤].

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؛ حيث 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 المادة (٣) الفقرة (١) منه بأنه: ((الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)).

وقد تم تعديل هذه الفقرة بموجب قانون رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٨) على النحو التالي:

---

١ – الحصفكي، الدر المختار، ج٣، دار الفكر، بيروت، ط٢ ،١٣٨٦، ص٣. ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، ج٣، ص٨٥. ص٨٥.

٢ – عبد الرحمن شهاب الدين البغدادي، إرشاد السالك، ج١، الشركة الإفريقية للطباعة، ص١٠٩.

٣ – زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ،١٤٢٢، تحقيق: د. مُحَمَّد مُحَمَّد تامر، ص٩٨. مُحَمَّد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج٢، دار الفكر، بيروت، ط،١٤١٥، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، ص٣٩٩. البجيرمي (سليمان بن مُحَمَّد بن عمر البجيرمي الشافعي)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (البجيرمي على الخطيب)، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ،١٤١٧، ص٧٨.

٤ – البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس البهوتي) – شرح منتهى الإرادات، ج٢، عالم الكتب، بيروت، ط،١٩٩٦، ص٦٢١. إبن مفلح (إبراهيم بن مُحَمَّد)، المبدع في شرح المقنع، ج٧، المكتب الإسلامي، بيروت، ط،١٤٠٠، ص٣. عبد الرحمن بن عبد الله البعلي، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، ج٢، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط،١٤٢٣، تحقيق: مُحَمَّد بن ناصر العجمي، ص٥٧٧.

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

وهذا التعريف قريب من تعريف المالكية، وهو أدق و أوسع 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 المشتركة، ودوام النسل، فهاتان الغايتان تتضمنان إباحة الوطء وأكثر؛ لأن إباحة الوطء تدخل ضمناً في دوام النسل، حيث لا تناسل دون الوطء، إلا أن التناسل الذي به دوام الحياة، وإستمرار الحضارات، وبقاء الأمم، أسمى من مجرد إباحة الوطء التي تحصر الغاية في مجرد إشباع الغريزة الجسدية.

المبحث الثاني
أقسام الشرط

ينقسم الشرط بإعتبارات عدة إلى عدة أقسام، وسوف نخصص لكل اعتبار من هذه الإعتبارات والأقسام مطلباً، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول
الشرط باعتبار مصدر إشتراطه

الشرط باعتبار مصدر إشتراطه ينقسم إلى ستة أقسام هي:

١- الشرط العقلي: وهو الشرط الذي يعود مصدر إشتراطه إلى العقل، بحيث يستلزم العقل ضرورة وجوده لتحقق 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 التصرفات.

٢- الشرط الشرعي أو القانوني: وهو الشرط الذي يعود مصدر إشتراطه إلى الشرع أو القانون، بحيث يستلزم الشرع أو القانون ضرورة وجوده لتحقق المشروط، مثل شرط إتحاد الدين في الزواج بمسلمة، فإن الشرع هو الذي يحكم بضرورة إسلام الزوج إذا أراد الزواج من مسلمة، فإن لم يكن مسلما بطل الزواج بينهما.

والشرط الشرعي يكون على ضربين:

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

ب - ما كان راجعاً إلى خطاب الوضع: كالعمد في القصاص، 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 يكون شرطاً للإنعقاد: كالأهلية لصلاحية التصرف.

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

ج- وإما أن يكون شرطاً للنفاذ: كاشتراط الولاية لنفاذ التصرف.

٣- الشرط اللغوي: وهو الشرط الذي يعود مصدر إشتراطه 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 إشتراطه إلى عادات الناس، كالسلم لصعود السطح، فإن العادة قاضية بأن لا يوجد صعود إلا بوجود السلم أو نحوه، مما يقوم مقامه.

٥- الشرط العرفي: وهو الشرط الذي يعود مصدر إشتراطه إلى أعراف الناس، وتقاليدهم 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 إشتراطه إلى إرادة العاقدين أو أحدهما، وليس له أصل شرعي أو عرفي، كإشتراط المرأة عدم التزوج عليها، أو تفويض الطلاق إليها وما إلى ذلك.

وبناءا 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، كإشتراط المرأة بقائها في الوظيفة بعد الزاوج، فهذا الشرط لا يعد من أركان العقد ولا من شروطه، بل هو شرط إضافي في العقد.

٢- إنه متعلق بأمر في المستقبل: أي أن المشروط شيء يطلب الإلتزام به مستقبلاً بعد انعقاد العقد، سواء كان موجوداً في الحال وطلب العاقد بقائه مستقبلاً كإشتراط 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 ماض أو بأمر محقق بالفعل من وقت توافر السبب المنشيء للإلتزام، فإن هذا الأمر لا يعتبر شرطا، ولا يعتبر الإلتزام بالتالي إلتزاما مشروطا، وإنما يعتبر إلتزاما منجزا.

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

٤- إنه متعلق بأمر مشروع: فيجب أن لا يخالف الشرط حكماً شرعياً، كما يجب أن لا يكون مخالفاً لمقتصى العقد، كإشتراط الرجل على المرأة قطع صلتها بأقاربها بعد الزواج، فهذا الشرط مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية كما أنه مخالف لمقتضى العقد وإحدى غاياته الأساسية التي تكمن في توطيد وتوثيق العلاقات الإجتماعية والأسرية[1].

---

١ - لمزيد من التفصيل حول أقسام الشرط هذه وخصائص الشرط الجعلي أنظر: الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللخمي)، الموافقات في أصول الشرعية، ج١، دار المعرفة، بيروت، تحقيق: عبد الله دراز، ص٢٦٦. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٣، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط٢ ،١٩٩٨، ص١٠٧. د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج١، دار الفكر، الجزائر، ط، ١٩٨٦، ص١٠١. د. جلال العدوي، أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٩٣م، ص ٢٢٢. د. مصطفى الجمال، أحكام الإلتزام، الدار الجامعية، القاهرة، ص١٥٥. د. علاء الدين الزعتري، الشرط الجزائي في الديون، بحث مقدم لمؤتمر قضايا فقهية معاصرة من منظور إسلامي، كلية الشريعة، جامعة الزرقاء الأهلية، ص٨٩. مُحَمَّد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٥٠. 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: ٢٠٠٣، ص١١.

المطلب الثاني
الشرط بإعتبار وقت 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 جديد زائد على أصل العقد ينشئه العاقدان بلفظ: بشرط كذا، أو على أن يكون كذا.

القسم الثالث الشرط اللاحق للعقد: وهو الشرط الذي يتم الإتفاق عليه بعد إبرام العقد وإتمامه.

وعلى الراجح من أقوال الفقهاء فإن جميع هذه الشروط بغض النظر عن زمن إشتراطها تدخل في إطار الشروط الملزمة التي يجب على العاقدين أن يلتزما بها:

جاء في البحر الرائق للحنفية: ((الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد... وأن الصحيح أنه لا يشترط لالتحاقه مجلس العقد))[١]. وفي الفتاوى الكبرى لإبن تيمية: ((الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له))[٢]. وفي إعلام الموقعين لإبن القيم: ((لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن، إذ مفسدة الشرط المتقدم لم تزل بتقدمه وإسلافه، بل مفسدته مقارنا كمفسدته متقدما))[٣]. وفي كتاب النكت ((الشرط المتقدم على العقد هل هو بمنزلة المقارن وهذا بناء صحيح))[٤].

ولكن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يأخذ بنظر الإعتبار إلا الشروط التي يتم ذكرها في العقد، وتدون في وثيقة الزواج أيضاً، وقد نصت على ذلك الفقرة [٣] من المادة [٣] ونصها: ((٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها)).

---

١ – إبن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٥، ص٢٠٤.

٢ – إبن تيمية (أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني)، الفتاوى الكبرى، ج٤، دار المعرفة، بيروت، ط١ ،١٣٨٦، تحقيق: حسنين مُحَمَّد مخلوف، ص١٠٨.

٣ – إبن قيم الجوزية (مُحَمَّد بن أبي بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين،ج٣، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط،١٩٦٨، تحقيق: طه عبد الرؤوف، ص١٦٢.

٤ – إبن مفلح (إبراهيم بن مُحَمَّد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي)، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية، ج١، مكتبة المعارف، الرياض، ص٢٥٨.

وهذا في نظري قصور في القانون لأن هذه الشروط تحقق رغبات ومصالح العاقدين، وقد إتفق الطرفان على الإلتزام بها، وهي لا تخالف نصاً شرعياً ولا نظاماً عاماً، وزمن الإشتراط لا يشكل عائقاً؛ 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 أثنائه، أو بعد العقد، لذا لا أرى مانعاً من تمكين العاقدين من إضافة الشروط التي غفلا عن ذكرها في أثناء العقد ويرغبان في إضافتها لاحقاً.

المطلب الثالث
الشرط باعتبار 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 معلقًا إلا إذا تحقق شرطان أساسيان:

أ- يجب أن يكون الشرط المعلق عليه غير موجود وقت التعاقد، فإن كان موجودا فإن التعليق عندئذ يكون صورياً والعقد منجزاً.

ب- ألا يكون الشيء المعلق عليه مستحيلا و إلا كان العقد باطلا.

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 الواقف[١]. وهو يتنافى ومقتضى عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة ولهذا يكون حكم الزواج المعلق على شرط هو البطلان[٢].

٢- شرط الإضافة: وهو الشرط الذي يتم بموجبه تأخير سريان العقد وأحكامه إلى زمن مستقبل[٣].

١- وقد تقدم تعريف الشرط الواقف.

٢ - وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٠١. محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، ج١، دار محمود للنشر، ص٨٠.

٣- وبخصوص حكم العقد المضاف في العقود التي تقبل الإضافة فإنه ينعقد علة لحكمه في الحال، أي أنه عقد قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة، ولكن لا يرتب عليه حكمه وآثاره 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 العقد أحكامه 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 كلاً منهما ينعقد ويتحقق مع وجود الصيغة، مع تخلف سريان الحكم فيهما وظهور آثارهما إلى زمن آخر، ولكنهما 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 إنعقاد العقد في العقود التي لا تقبل التعليق، أما في العقود التي تقبل التعليق فإن الحكم يترتب فيها من وقت الإجازة بدون أثر رجعي.

وهذا الشرط أيضاً يتنافى مع عقد الزواج؛ لأن عقد الزواج كما قلنا عقد منجز يوجب تمليك الاستمتاع في الحال، فلو قال الخاطب: تزوجت ابنتك غدا أو بعد ثلاثة أشهر، ثم يقول الأب قبلت، فإن مثل هذه الصيغة لا تعدو أن تكون وعداً بالزواج، ولا ينعقد بها الزواج لا في الحال ولا عند حلول الزمن المضاف إليه[١].

وقد إتفق الفقهاء على بطلان عقد الزواج إذا تم تعليقه على شرط، أو أضيف انعقاده إلى زمن مستقبل.

جاء في الدر المختار للحنفية: ((..(والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط) كتزوجتك إن رضي أبي، لم ينعقد النكاح لتعليقه بالخطر ... (ولا إضافته إلى المستقبل) كتزوجتك غدا أو بعد غد))[٢]. وفي المدونة للمالكية: ((قلت: أرأيت إذا تزوج امرأة بإذن ولي بصداق قد سماه تزوجها إلى أشهر أو سنة، أو سنتين أيصلح هذا النكاح؟ قال: قال مالك: هذا النكاح باطل إذا تزوجها إلى أجل من الآجال فهذا النكاح باطل))[٣]. وفي مغني المحتاج للشافعية: ((يشترط كون النكاح منجزا وحينئذ (لا يصح تعليقه) ك إذا طلعت الشمس فقد زوجتك بنتي))[٤]. وفي شرح منتهى الإرادات للحنابلة: ((وكذا إن وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها؛ لأن النكاح لا يصح تعليقه))[٥]. وفي المبدع لهم أيضاً: ((أو علق ابتداءه على شرط كقوله: زوجتك إذا جاء رأس الشهر، أو إن رضيت أمها، فهذا كله باطل من أصله))[٦].

ويتفق قانون الأحوال الشخصية 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)).

ومنها: أن العقد الموقوف قد ينقلب باطلا، 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، ص١٤٨. عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط١ ،١٩٩١، ص٢٤٦.

١ – وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص١٠٢. لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، ص٥١، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية١٩٩١.

٢ – الحصفكي، الدر المختار،ج٣، ص٥٨.

٣ – الإمام مالك (مالك بن أنس)، المدونة الكبرى، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: زكريا عميرات، ص١٣٠.

٤ – الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،ج٦، مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر، ص٣٥٨.

٥ – البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس البهوتي)، شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، ح٥، عالم الكتب، بيروت، ط٦،١٩٩٦، ص١٣٣.

٦– إبن مفلح (إبراهيم بن مُحَمَّد ابن مفلح)، المبدع شرح المقنع، ج٧، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣،٢٠٠٣، ص٨٠.

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 إلتزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا عن الشرط، ولذلك يسمى بشرط التقييد، ويصاغ عادة ب (على أن) أو (على شرط أن) أو (بشرط أن).

وقد أطلق بعض الباحثين خطأً تسمية الشرط التعليقي على الشرط الجعلي وساوى بينهما في الحكم، ومن بينهم الأستاذ حسن على الشاذلي الذي يقول في ثنايا حديثه عن الشرط التعليقي: ((ويطلق عليه الشرط اللغوي نظراً لما إحتوى 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 بإعتبار أن مصدر إشتراطه يعود إلى إرادة العاقد، وما يشترطه العاقد يمكن أن يكون معلقا للعقد، كما يمكن أن يكون مقارنا له.

والفرق بين شرط التعليق والشرط المقارن يكمن 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، إذن فلا يمكن إعتبار جميع الشروط الجعلية التي يشترطها العاقد من قبيل شرط التعليق، مما يترتب عليه إلغاؤه شرعاً وخصوصا في عقد الزواج الذي لا يقبل أي شرط من شروط التعليق[٢].

---

١ – د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في العقد، ص٤٩.

٢- وقد تحدثنا عن هذا الموضوع فيما مضى. ينظر: مُحَمَّد عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص٣٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ط، ١٩٨٤. د. مصطفى الزرقاء، مرجع سابق، ص٥٠٨، ص٥٠٩. ياسين مُحَمَّد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني (نظرية العقد) ج١، ص٥٥٩، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، ط، ٢٠٠٢. عدنان خالد التركماني، مصدر سابق، ص٢٤٦.

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 ضامنا 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، كما لو اشترط المقرض على المقترض رهنا أو كفيلا لضمان سداد القرض.

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

ث- أن لا يكون مخالفاً لنص أو دليل شرعي أو ما يسمى بالنظام العام في القانون[1]: وهذا يشمل كل أمر لم يمنعه الشرع، ولا ينافى مقتضى الزواج، كقبولها الزواج على أن يتم تعليمها، أو أن يكون أمر طلاقها بيدها تطلق نفسها متى شاءت، وهكذا.

ج- أن يحقق مصلحة لأحد العاقدين، أو كليهما، أو للغير: كأن تشترط الزوجة إكمال دراستها بعد الزواج.

٢- الشرط الفاسد: وهو اشتراط أمر محظور شرعا كأن يكون الشرط منافياً لدليل شرعي، أو لمقتضى العقد، أو ليس بملائم له، كأن يشترط الزوج في عقد الزواج عدم الإنفاق على زوجته. وقد ذكر 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

---

١ - يعرف النظام العام بأنه: مجموعة المباديء القانونية التي يقصد بها تحقيق المصلحة العامة، سياسية كانت، أو إجتماعية، أو إقتصادية، والتي يلزم الجميع إحترامها وطاعتها، ويكون جزاء كل تصرف 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، ص١٩، لا توجد أية معلومات أخرى عن المصدر.

جرى به التعامل بين الناس))[١]. وفي الإختيار لتعليل المختار: ((أنه كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه مضرة لأحدهما، أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد))[٢].

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 يقيده به الشارع[٣].

١ - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج٣، دار الفكر، ط،١٩٩١، ص٣.

٢ - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٥، تحقيق : عبد اللطيف مُحَمَّد عبد الرحمن، ص٢٦.

٣- أنظر تفاصيل هذه الشروط في: الشيخ نظام وجماعة، المصدر السابق،. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، نفس المصدر، ج٢،ص٢٦. التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي)، البهجة في شرح التحفة،ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٨، تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر شاهين، ص٤٣٥. البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس)، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، دار الفكر، يروت، ط،١٤٠٢، ص٩١. تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال. وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٤١، ط٢، دار السلاسل، الكويت، ص٣٠٨.

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

إختلف 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 الإحكام لإبن حزم الظاهري تحت عنوان: ((في استصحاب الحال وبطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة))[١].

واستدل هؤلاء بجملة أدلة منها:

- قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾[٢].
- وقوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[٣].
- وقوله تعالى: ﴿مَن يَعْصِ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾[٤].

١- إبن حزم الظاهري (علي بن أحمد بن حزم الأندلسي)، الإحكام في أصول الأحكام،ج٥، مطبعة العاصمة، القاهرة، تحقيق: أحمد شاكر، ص٥٩٠.

٢ – سورة المائدة: الآية: (٣).

٣ – سورة البقرة: الآية: (٢٢٩).

٤ – سورة النساء: الآية (١٤).

- وقوله ﷺ: {أَمَّا بَعْدُ مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ}[١].

يقول إبن 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))[٢]. 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.

– وإما أن 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 يحل[٣].

ويرد إبن حزم جميع الأدلة التي استدل بها المخالفون جملة وتفصيلاً وينتهي 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 أصلا، إلا أن يأتي نص أو إجماع على أن ذلك الشيء الذي التزمه بعينه 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 حكمه))[٤].

---

١ – البخاري (مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري)، صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر)، ج٢، 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)، ص٧٥٩. مسلم (بو الحسين مسلم بن الحجاج)، صحيح مسلم (الجامع الصحيح)، ج٤، كتاب (٢١) العتق، باب (٣) إنما الولاء لمن أعتق، دار الجيل بيروت، دار الآفاق الجديدة، بيروت، رقم الحديث (٣٨٥٢)، ص٢١٤.

٢– إبن حزم الظاهري، المصدر السابق،ج٥، ص٥٩٩.

٣– إبن حزم الظاهري، المصدر السابق،ج٥، ص٥٩٩.

٤– إبن حزم الظاهري، المصدر السابق،ج٥، ص٦٢٥.

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 خلافه.. فإذا شرط عليها أن لا ينفق عليها أبطل ما جعل لها، وأمر بعشرتها بالمعروف ولم يبح له ضربها إلا بحال، فإذا شرط عليها أن له أن يعاشرها كيف شاء وأن لا شئ 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 بَرِيرَةُ، فَقَالَتْ: كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ فِي كُلِّ عَامٍ وَقِيَّةٌ فَأَعِينِينِي. فَقُلْتُ: إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّهَا لَهُمْ وَيَكُونَ وَلَاؤُكِ لِي فَعَلْتُ. فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إِلَى أَهْلِهَا، فَقَالَتْ لَهُمْ فَأَبَوْا ذَلِكَ عَلَيْهَا، فَجَاءَتْ مِنْ عِنْدِهِمْ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَالِسٌ، فَقَالَتْ: إِنِّي قَدْ عَرَضْتُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ فَأَبَوْا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ، فَسَمِعَ النَّبِيُّ ﷺ فَأَخْبَرَتْ عَائِشَةُ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: **{خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمْ الْوَلَاءَ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ}**. فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ: **{أَمَّا بَعْدُ مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ}**...))[٢].

ولهم من هذا الحديث حجتان:

إحداهما: قوله: **{مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ}**. فكل شرط ليس في القرآن، ولا في الحديث، ولا في الإجماع، ولا في القياس فهو شرط باطل.

١- الشافعي (أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي)، كتاب الأم، ج٥، دار الفكر، بيروت، ط٢ ،١٩٨٣، ص٧٩. الماوردي (أبو الحسن الماوردى)، كتاب الحاوى الكبير، ج٩، دار الفكر، بيروت، ص١٢١٥. وانظر: النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٦، ص٣٣٧.

٢ - سبق تخريجه.

ثانيهما: قولها: {فَأَبَوْا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ}. وهم يقيسون جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء؛ لأن العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد، لأن العقود مشروعة على وجه، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع.

الإتجاه الثالث: إتجاه الموسعين وهم الحنابلة: وهم يرون بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما ورد الدليل الشرعي بحظره وإبطاله، ومذهب الحنابلة من أكثر المذاهب توسعاً في هذا الباب، وخاصة فى باب النكاح، تمسكا بقول النبي ﷺ: {أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ}[١].

جاء في الكافي للحنابلة: ((باب الشروط في النكاح وهي قسمان: صحيح، وفاسد، فالصحيح نوعان: أحدهما: شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه، وتمكينه من استمتاعها، فهذا لا يؤثر في العقد، ووجوده كعدمه. والثاني: شرط ما تنتفع به المرأة، 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))[٢].

وفي مجموع الفتاوى لإبن تيمية: ((ويجوز أحمد أيضا فى النكاح عامة الشروط التى للمشترط فيها غرض صحيح، لما فى الصحيحين عن النبى ﷺ: {أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوَفُّوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ}[٣]. ومن قال بهذا الحديث قال إنه يقتضى أن الشروط فى النكاح أوكد منها فى البيع والإجارة ...فيجوز أحمد أن تشترط المرأة ما يملكه الزوج بالإطلاق، فتشترط أن لا تسافر معه، ولا تنتقل من دارها، وتزداد على ما يملكه بالإطلاق، فتشترط أن تكون مخلية به فلا يتزوج عليها، ويشترط كل واحد من الزوجين فى الآخر صفة مقصودة كاليسار، والجمال ونحو ذلك، ويملك الفسخ بفواته))[٤].

---

١ – البخاري، صحيح البخاري، ج٧، كتاب (٥٨) الشروط، بَاب (٦) باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم الحديث (٢٥٧٢)، ص٧٦. مسلم، صحيح مسلم، ج٤، كتاب (١٧) النكاح، باب (٨) الوفاء بالشروط في النكاح، رقم الحديث (٣٥٣٧)، ص١٤٠. واللفظ للبخاري.

٢– إبن قدامة المقدسي (عبد الله بن قدامة المقدسي)، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد ابن حنبل، ج٣، تحقيق: الناشر المكتب الإسلامي، بيروت، ص٥٥. إبن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج٧، ط١ ،١٤٠٥، دار الفكر، بيروت، ص٤٤٨.

٣– سبق تخريجه.

٤ – إبن تيمية (أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني)، مجموع الفتاوى، ج٢٩، دار الوفاء، ط٣ ،٢٠٠٥، تحقيق: أنور الباز، عامر الجزار، ص١٣٥.

وفي إعلام الموقعين لإبن القيم: ((الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله))[١].

والراجح من هذه الإتجاهات والله أعلم هو الإتجاه الثالث والذي يرى أن الأصل في الشروط في العقود هو الإباحة، وذلك للأدلة التالية:

١- ما جاء في الكتاب والسنة من الأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود... والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة،...فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة، فمن الآيات:

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[٢].
- قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾[٣].
- قوله تعالى : ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ اللّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلاَ تَنقُضُواْ الأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾[٤].
- قوله تعالى: ﴿ وَبِعَهْدِ اللّهِ أَوْفُواْ ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[٥].

– وهذه الشروط التي يشترطها أحد المتعاقدين على الآخر هي من جملة العقود التي أمر الله تعالى بالوفاء بها وحث عليها.

ومن الأحاديث:

- قوله ﷺ:{أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوَفُّوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ}[٦].
- قوله ﷺ: {قَالَ اللَّهُ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ}. وذكر في مقدمتهم: {رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ}[٧]. فذم الغادر وكل من شرط شرطا ثم نقضه فقد غدر.

١- إبن قيم الجوزية (مُحَمَّد بن أبي بكر)، إعلام الموقعين عن رب العالمين ،ج١، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط، ١٩٦٨، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ص٤٠١.

٢ – سورة المائدة: الآية (١).

٣ – سورة الإسراء: الآية (٣٤).

٤ – سورة النحل: الآية (٩١).

٥- سورة الأنعام: الآية (١٥٢).

٦ –سبق تخريجه.

٧ – البخاري، صحيح البخاري، ج٢، كتاب (٣٩) البيوع، باب (١٠٦) إثم من باع حراً، رقم الحديث (٢١١٤)، ص٧٧٦. ص٧٧٦.

- قوله ﷺ: {مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ (لقحت) فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ}[١].
- قوله ﷺ: {الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ}[٢].

– وروي أن رجلا 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)[٣].

٢– جميع هذه النصوص والآثار وغيرها تؤكد على الأمر بالوفاء بالعهود، والشروط، والمواثيق، والعقود، وبأداء الأمانة، ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر، ونقض العهود، والخيانة، والتشديد على من يفعل ذلك. ولو كان الاصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر مطلقا.

٣– 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.

٤– ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود 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.

٥– إذا حرمنا 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[٤].

٦– إذا أوجب المشترط بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، أو منع بالشرط مالم يكن ممنوعا بدونه، لم يحرم بذلك حلالا، ولم يحلل حراما، ولم يخالف قوله ﷺ: {مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ

---

١ – البخاري، صحيح البخاري، ج٢، كتاب (٣٩) البيوع، باب (٩٠) من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة، رقم الحديث (٢٠٩٠)، ص٧٦٨. مسلم، صحيح مسلم، ج٥، كتاب (٢٢) البيوع، باب (١٥) من باع نخلاً عليها ثمر، رقم الحديث (٣٩٨٢)، ص١٦.

٢ – البخاري، صحيح البخاري، ج٢، كتاب (٤٢) الإجارة، باب (١٤) أجر السمسرة، ص٧٩٤.

٣ – البخاري، صحيح البخاري، ج٢، ص٩٦٩، كتاب (٥٨) الشروط، باب (٦) الشروط في المهر عند عقدة النكاح.

٤ – إبن تيمية (أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الدمشقي)، الفتاوى الكبرى، ج٤، دار المعرفة، بيروت، ط١ ،١٣٨٦، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، ص٨٩.

اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ}[١]. فالمقصود بما ليس في كتاب الله في الحديث هو ما يخالف كاب الله ويناقضه، فإن كان كذلك ثبت الشرع وسقط الشرط[٢].

وقد أخذ القانون أيضاً بهذا الرأي يظهر ذلك من خلال نص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي:

١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو يكون جاريا به العرف والعادة.

٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين، أو للغير، إذا لم يكن ممنوعا قانونا، أو مخالفا للنظام العام، أو للآداب، وإلا لغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً[٣].

ومن نص الفقرة (٣) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي ونصها:

٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة 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 المضيقين، 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 الإستغناء عن الفقرة الأولى الذي يخلق هذا الإيهام دون أدنى إضافة، والإكتفاء بالفقرة الثانية التي تفي بالغرض وتتفق مع نص المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية، ومع مراد المشرع أصلاً.

---

١ – سبق تخريجه.

٢ – د. علاء الدين الزعتري، مصدر سابق. وانظر أيضاً: أ.د. أحمد بخيت الغزالى، و أ.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 فى الزواج والنفقة والطلاق، الناشر مكتبة النهضة، القاهرة، ط، ٢٠٠٥.

٣ – فريد فتيان، مصادر الإلتزام، ص١٢٩، مطبعة العاني، بغداد.

المطلب الثاني
أثر الشرط الجعلي

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 تناقض مقتضى العقد أو غاياته، وأن أي شرط يؤدي إلى ذلك يعتبر باطلاً.

وبخلاف ذلك فللعاقدين أن يشترطا جميع الشروط التي يريانها مناسبة في عقد الزواج، وعلى العاقدين أن يلتزما 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 يضربها، أو أن يعاشرها بمعروف، أو أن لا يهضم حقوقها، ومثل هذه الشروط يجب الوفاء بها بإتفاق 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))[١]. وفي الفواكه الدواني للمالكية: ((ما يقتضيه العقد ولو لم يذكر، كشرط الإنفاق، أو المبيت، فهذا إشتراطه وعدمه سيان، أي لا يوقع في العقد خللاً ولا يكره إشتراطه، ويحكم به ذكر أو ترك))[٢]. وفي الوسيط للشافعية: ((والأصل أن النكاح لا يفسد بكل شرط يوافق مقصوده كقوله: بشرط أن أنفق عليك، أو أجامعك))[٣]. وفي الشرح 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

---

١ – الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج١٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢ ،١٩٨٦، ص٢.

٢ – النفراوي (أحمد بن غنيم بن سالم)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني.

٣ – الغزالي (أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد الغزالي)، الوسيط في المذهب، ج٥، ط، دار السلام، ص٨٠.

بلدها، أو لا يتزوج عليها، أو لا يفرق بينها وبين أبويها، أو أولادها، أو أن ترضع ولدها، أو يطلق ضرتها، فمتى لم يف بما شرط كان لها الفسخ))[١].

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 إختلف 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 والمهر، ويجب فيه مهر المثل. جاء في بدائع الصنائع: ((النكاح المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة لما قلنا: إن الشروط لو أثرت لأثرت في المهر بفساد التسمية))[٢]. وفي تحفة الفقهاء: ((ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير، أو على طلاق ضرتها، أو على العفو عن القصاص، أو على أن لا يخرجها من بلدها، ونحو ذلك فالنكاح صحيح، وبطلت التسمية، ويجب مهر المثل))[٣].

ومذهب المالكية: يعتبر العقد فاسداً إذا لم يتم الدخول، وإذا تم الدخول يلغى الشرط ويعتبر الزواج صحيحاً 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 لضرتها ليلتين ولها ليلة، أو شرط أن لا ميراث بينهما، أو نفقة 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 السفيه أو العبد أن نفقتها على الولي أو السيد.. إن النكاح يفسخ في الجميع قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل ويلغي الشرط كما قال (وألغى) الشرط المناقض بعد الدخول في جميع ما مر))[٤].

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))[٥].

---

١ – مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، دليل الطالب لنيل المطالب، ج١، دار طيبة، الرياض، ط١، ٢٠٠٤م، تحقيق: أبو قتيبة نظر مُحَمَّد الفاريابي، ص٢٣٩. إبن قدامة، الشرح الكبير، ج٧، ص٥٢٦. عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم العاصمي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج٦، ص٣١٥، ط١ ،١٣٩٧.

٢ – الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥،ص٥٠٠، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢,١٩٨٦.

٣ – السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، ص١٣٧.

٤ – الدردير، الشرح الكبير، ج٢، ص٢٣٨.

٥ – الغزالي (أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد الغزالي)، الوسيط في المذهب، ج٥، ص٨٠، ط، دار السلام.

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 اقل، 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 الا ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئا، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضاه، وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح، كما لو اسقط الشفيع شفعته قبل البيع، أما العقد في نفسه فهو صحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله))[١]. وفي الروض لهم أيضاً: ((وإن شرط أن لا مهر لها، أو أن لا نفقة (لها)، أو شرط أن يقسم لها أقل من ضرتها، أو أكثر (منها) أو شرط فيه (أي في النكاح) خيارا 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 تسلم نفسها إلى مدة كذا ونحوه (بطل الشرط) لمنافاته مقتضى العقد وتضمنه إسقاط حق يجب به قبل انعقاده (وصح النكاح) لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فيه))[٢].

ويستثنى من هذا الخلاف حالة واحدة وهي ما إذا كان من شأن الشرط أن يدخل التأقيت 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 فى رأى عامة الفقهاء.

القسم الثالث: وهو الذي لا يناقض عقد الزواج ولا يقتضيه، وفيه مصلحة لأحد العاقدين: كأن تشترط 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، ويستحب الوفاء به، ولكن لا يجب. جاء في الشرح الكبير: ((المكروه وهو ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كأن لا يتسرى

---

١ – إبن قدامة، الشرح الكبير، ج٧، ص٥٤٠.

٢ – البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس) ، الروض المربع شرح زاد المستقنع في إختصار المقنع، ج١، ص٣٤١، دار الفكر، بيروت، تحقيق: مُحَمَّد سعيد اللحام.

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))[١].

وأما الشافعية: فيعتبرون مثل هذا الشرط باطلاً ولكنه لا يفسد النكاح، بل يؤثر في الصداق فيفسده ويوجب مهر المثل: جاء في المجموع للشافعية: ((وان شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط؛ لأنه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع))[٢]. وفيه أيضاً: ((وان تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها، أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق فأبطله، ويجب مهر المثل))[٣]. وفي الوسيط لهم أيضاً: ((وأما الذي لا يخل بالمقصود ولكن يتعلق به غرض مقصود ويؤثر فيه كشرط أن لا يتسرى عليها، وأن يمكنها من الخروج متى شاءت، أو لا يجمع بينها وبين ضراتها 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))[٤].

وأما الحنابلة: فعندهم يصح الشرط والعقد ويجب 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 المبيع، (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)..))[٥].

خلاصة هذه المسألة والراجح فيها:

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

٢- 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 فساده مطلقاً.

---

١ – الدردير، المصدر نفسه.

٢ – النووي، المجموع، ج١٦، ص٢٥٠.

٣ – النووي، المجموع، ج١٦، ص٣٣٥.

٤ – الغزالي– المصدر السابق،.

٥ – إبن قدامة، الشرح الكبير، ج٧، ص٥٢٦.

٣- الشروط التي لا تناقض ولا توافق مقتضى عقد الزواج، وفيه مصلحة لأحد العاقدين: وقد إختلف الفقهاء في حكم هذا الشرط فذهب الحنابلة إلى صحته ووجوب الإلتزام به، وثبوت حق الفسخ وطلب التفريق 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 للمشترط حق طلب التفريق وفسخ العقد.

وأما إذا كان الشرط مناقضاً لمقتضى العقد فالأصل هو صحة العقد وبطلان الشرط.

وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي في الفقرتين (٣-٤) من المادة (٦) ونصهما:

((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)).

ولكن يؤاخذ 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 وآثار من قبيل المهر والنفقة وغيرها تضر بمصلحة الزوج، وأما حق طلب التفريق فيقلل 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، ومن أجل تصحيح ذلك أقترح 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 (١٤):

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

٢- وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرآة مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا تمس حقوق غيرها، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كان الشرط صحيحاً ملزماً.

٣- وإذا اشترطت المرآة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة، أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح[١].

قانون الأحوال الشخصية الكويتي المادتان: (٤٠-٤١):

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

ب- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله، ولكن ينافي مقتضاه، أو كان محرمًا شرعًا بطل الشرط وصح العقد.

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

المادة ٤١:

يجب أن يكون الشرط مسجلاً في وثيقة العقد[٢].

قانون الأحوال الشخصية العماني المادة (٥):

---

١ - قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة (١٩٥٣).

٢ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنه ١٩٨٤.

أ – الأزواج عند 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 التطليق[١].

قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المادة (٢٠):

١– الأزواج عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا.

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

٣– إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه، أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.

٤– إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه، وليس محرما شرعا 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 وصفا معينا فتبين خلافه كان 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 ضمنا، ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذا بالطلاق البائن[٢].

قانون الأسرة القطري المادة: (٥٣).

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 وصح 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[٣].

---

١ – قانون الأحوال الشخصية العماني رقم (٣٢) لسنة (١٩٩٧).

٢ – قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٥) لسنة (٢٠٠٥).

٣ – قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة (٢٠٠٦).

قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٩):

إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين، ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقا لما يلي:

أ- إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطًا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعًا 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 شاءت أو أن يسكنها في بلد معين، كان الشرط صحيحًا وملزمًا، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

ب- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطًا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعًا كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه كان الشرط باطلاً لا والعقد صحيحًا[١].

قانون الأحوال الشخصية الليبي المادة (٣):

أ- يحق لكل من الزوجين أن يشترط في عقد النكاح ما يراه من الشروط التي لا تتنافي مع غايات الزواج ومقاصده.

ب- لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج[٢].

مقارنة وتحليل:

- لو نظرنا إلى هذه القوانين نرى بأن جميعها تتفق على إباحة الشروط الجعلية التي يشترطها العاقدان مالم 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 تناقض 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 للغير، كما أنها تتفق على وجوب الالتزام بهذه الشروط، وإذا أخل أحد الزوجين بما اشترط عليه ضمن العقد فللعاقد الآخر

---

١ - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) لسنة (١٩٧٦).

٢ - قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم (١٠) لسنة (١٩٨٦).

أن يطالب بفسخ العقد، وهذا ما خالف فيه المشرع العراقي حيث أعطى حق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج عند الإخلال بشروط عقد الزواج.

– ذهبت غالبيتها إلى أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله الشرعي بطل العقد والشرط معاً. 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 معاً ، وكان من الأجدر بالمشرع السوري أن يحذو حذو القوانين الأخرى وأن يأخذ بما هو متفق عليه في الفقه الإسلامي.

– تتفق جميعها صراحة أو ضمناً 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 تعترف بالشروط السابقة ولا اللاحقة على عقد الزواج، وهذا الرأي مرجوح في الفقه الإسلامي، والراجح هو إعتبار جميع الشروط التي تشترط في الزواج إذا تم بإتفاق العاقدين، سواء اشترط قبل العقد أو في أثنائه، أو بعد العقد.

خاتمة

وفي الختام نعرض أهم النتائج التي توصلنا إليها، كما نعرض أهم التوصيات التي نراها مناسبة وسنبدأ أولاً بالنتائج وهي كالآتي:

١- الشرط الجعلى هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه العاقدان في عقد الزواج فيعدل آثاره الأصلية بإيجاب إلتزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا 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 واضح 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.

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

٥- حكم الشرط الجعلي يختلف تبعاً لإختلاف طبيعة الشرط وعلاقته بالعقد: فإذا كان الشرط موافقاً لمقتضى عقد الزواج فقد إتفق الفقهاء على إعتباره ولزومه، وإن كان الشرط منافياً لمقتضى عقد الزواج فقد إختلف الفقهاء في مدى إعتباره 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 إختلفوا 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 للمشترط حق طلب التفريق وفسخ العقد، وقد أخذ القانون العراقي بهذا الرأي.

بناءا على ما ذكرنا من نتائج نوصي:

١- بالعمل على 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 عليه، والتي من شأنها أن تحقق رغباتهم وتضمن إنجاح طموحاتهم وتلبي تطلعاتهم المتعلقة بحياتهم الزوجية.

٢- بالعمل على سد الثغرات القانونية الموجودة في قانون الأحوال الشخصية الحالي، وخصوصاً فيما يتعلق 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 لضمان حقوق المتضررين، كما أنه قد لا يكون زاجراً لمنع المخالفين، لذا من الأفضل وضع ضوابط وقيود أكثر صرامة مما هو موجود في القانون الحالي.

خلاصة

يحتوي هذا الكتاب على دراسة شرعية وقانونية مقارنة حول موضوع الشرط الجعلي حكمه وآثاره في عقد الزواج، ويختلف تعريف الشرط في الإصطلاح بإختلاف موضوعه المستخدم فيه.

فالشرط في إصطلاح الأصوليين يختلف عن تعريف الشرط في إصطلاح القانونيين.

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 نسميه بأركان العقد وشروطه، والشرط بهذا المعنى لا يدخل في نطاق موضوعنا.

– 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.

– ويطلق الشرط أيضاً 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 بعدة إعتبارات إلى عدة أقسام:

– فالشرط بإعتبار مصدر إشتراطه ينقسم إلى خمسة أقسام هي: الشرط العقلي، والشرط الشرعي أو القانوني، والشرط اللغوي، والشرط العادي، والشرط العرفي، والشرط الجعلي.

– وينقسم الشرط بإعتبار زمن إشتراطه إلى ثلاثة أقسام هي: الشرط السابق على العقد، والشرط المقترن بالعقد، والشرط اللاحق للعقد.

– وعلى الراجح من أقوال الفقهاء فإن جميع هذه الشروط بغض النظر عن زمن إشتراطها تدخل في إطار الشروط الملزمة التي يجب على العاقدين أن يلتزما بها.

وينقسم الشرط بإعتبار التأثير في العقد إلى ثلاثة أقسام هي:

- شرط التعليق.
- وشرط الإضافة.

- شرط التقييد.
- وعقد الزواج لا يقبل شرط التعليق ولا الإضافة ولكنه يقبل شرط التقييد والإقتران، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية العراقي.

وينقسم الشرط بإعتبار حكمه إلى ثلاثة أقسام هي:

- الشرط الصحيح: وهو الذي يكون مؤكداً لمقتضى العقد، أو ملائماً له، أو موافقاً للعرف الصحيح، أو ورد به دليل شرعي، أو يحقق مصلحة لأحد العاقدين، أو كليهما، أو للغير.
- الشرط الفاسد: وهو اشتراط أمر محظور شرعا كأن يكون الشرط منافياً لدليل شرعي، أو لمقتضى العقد، أو ليس بملائم له.
- الشرط المكروه: وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه.

والشرط الجعلى هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه العاقدان في عقد الزواج فيعدل آثاره الأصلية بإيجاب إلتزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا 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.
- 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.

ومع أن عقد الزواج يقبل الإقتران بالشرط إلا أنه لا يقبل التعليق على شرط، وهناك فرق واضح 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 وعلاقته بالعقد:

- فإذا كان الشرط موافقاً لمقتضى عقد الزواج فقد إتفق الفقهاء على إعتباره ولزومه.

– وإن كان الشرط منافياً لمقتضى عقد الزواج فقد إختلف الفقهاء في مدى إعتباره 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 إختلفوا 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 للمشترط حق طلب التفريق وفسخ العقد، وقد أخذ القانون العراقي بهذا الرأي.

وفي الختام أحمد الله على توفيقه وهدايته لي في كتابة هذا الكتاب 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

abstract

This book 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.

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

كتب التفسير:

١- القرطبي (مُحَمَّد بن أحمد بن أبي بكر)- الجامع لأحكام القرآن- دار الشعب/ القاهرة- ط٢/١٣٧٢- تحقيق: أحمد عبد العليم.

٢- إبن كثير (إسماعيل بن عمر)- تفسير إبن كثير- دار الفكر/ بيروت- ط/١٤٠١.

كتب شروح الحديث:

٣- البخاري (مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري)- صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر)- دار ابن كثير، اليمامة/ بيروت- ط٣/١٩٨٧- 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- إبن بدران (عبد القادر بن بدران الدمشقي)-المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل- مؤسسة الرسالة/ بيروت- ط٢/١٤٠١- تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي.

٦- البناني- حاشية العلامة البناني على شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع- تبريز/ إيران.

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

٨- الرازي (مُحَمَّد بن عمر)– المحصول – جامعة الإمام مُحَمَّد بن سعود / الرياض- ط١ /١٤٠٠- تحقيق: طه جابر العلواني.

٩- الزركشي (مُحَمَّد بن عبد الله)- البحر المحيط – دار الكتب العلمية/ بيروت- ط١/٢٠٠٠- تحقيق: مُحَمَّد مُحَمَّد تامر.

١٠- الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللخمي)- الموافقات في أصول الشرعية – دار المعرفة/ بيروت- تحقيق: عبد الله دراز.

١١- الشوكاني (مُحَمَّد بن علي)- إرشاد الفحول - دار الكتاب العربي/ بيروت- ط١/ ١٩٩٩- تحقيق: أحمد عزو عناية.

١٢- الغزالي (مُحَمَّد بن مُحَمَّد)- المستصفى- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط١/١٤١٣- تحقيق : مُحَمَّد عبد السلام.

١٣- إبن النجار (مُحَمَّد بن أحمد)- شرح الكوكب المنير- مكتبة العبيكان- ط٢/١٩٩٧- تحقيق: مُحَمَّد الزحيلي، ونزيه حماد.

١٤- د. وهبة الزحيلي- أصول الفقه الإسلامي- دار الفكر/ الجزائر- ط/ ١٩٨٦.

كتب الفقه:

فقه الحنفية:

١٥- البابرتي (مُحَمَّد بن محمود)- شرح العناية على الهداية- المطبعة الأميرية/ مصر/ الناشر دار صادر بيروت. ط١/ ١٣١٦هـ.

١٦- الحصفكي- الدر المختار- دار الفكر/ بيروت- ط٢/١٣٨٦.

١٧- السمرقندي- تحفة الفقهاء-.

١٨- إبن عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار-.

١٩- عبد الله بن محمود - الإختيار لتعليل المختار- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط٣/ ٢٠٠٥- تحقيق: عبد اللطيف مُحَمَّد.

٢٠- الكاساني (علاء الدين أبو بكر)- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط٢/١٩٨٦.

٢١- مُحَمَّد قدري باشا- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

٢٢- إبن نجيم الحنفي- البحر الرائق شرح كنز الدقائق- دار المعرفة/ بيروت.

٢٣- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند- الفتاوى الهندية- دار الفكر- ط/١٩٩١.

فقه المالكية:

٢٤- التسولي (علي بن عبد السلام)-البهجة في شرح التحفة- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط١/١٩٩٨- تحقيق: مُحَمَّد عبد القادر.

٢٥- الدردير- الشرح الكبير-.

٢٦- عبد الرحمن شهاب الدين 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 مُحَمَّد)- تحفة الحبيب على شرح الخطيب - دار الكتب العلمية/ بيروت- ط١/١٤١٧.

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 البابى الحلبي وأولاده بمصر.

٣٢- زكريا الأنصاري- أسنى المطالب في شرح روض الطالب- دار الكتب العلمية/ بيروت- ط١/١٤٢٢- تحقيق: د. مُحَمَّد تامر.

٣٣- الشافعي (أبو عبد الله مُحَمَّد بن ادريس الشافعي)- كتاب الأم- دار الفكر/ بيروت- ط٢/١٩٨٣.

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

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

٣٦- النووي- المجموع شرح المهذب-.

فقه الحنابلة:

٣٧- البهوتي (منصور بن يونس)- الروض المربع شرح زاد المستقنع في إختصار المقنع-دار الفكر/ بيروت- تحقيق: مُحَمَّد سعيد.

٣٨- البهوتي (منصور بن يونس) — شرح منتهى الإرادات- عالم الكتب/ بيروت- ط/١٩٩٦.

٣٩- البهوتي (منصور بن يونس)- كشاف القناع عن متن الإقناع- دار الفكر/ يروت- ط/١٤٠٢. تحقيق: هلال مصيلحي هلال.

٤٠- إبن تيمية (أحمد بن عبد الحليم الحراني)- الفتاوى الكبرى- دار المعرفة/ بيروت- ط١/١٣٨٦- تحقيق: حسنين مُحَمَّد مخلوف.

٤١- إبن تيمية (أحمد بن عبد الحليم الحراني)- مجموع الفتاوى- دار الوفاء- ط٣/٢٠٠٥- تحقيق: أنور الباز، عامر الجزار.

٤٢- عبد الرحمن بن عبد الله البعلي- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات- دار البشائر الإسلامية/ بيروت- ط/١٤٢٣- تحقيق: مُحَمَّد بن ناصر العجمي.

٤٣- عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن قاسم العاصمي- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع- ط١/١٣٩٧.

٤٤- إبن قدامة المقدسي (عبد الله بن قدامة)- الشرح الكبير-.

٤٥- إبن قدامة المقدسي (عبد الله بن قدامة)- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد ابن حنبل- تحقيق: الناشر المكتب الإسلامي/بيروت.

٤٦- إبن قدامة المقدسي (عبد الله بن قدامة)- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني- ط١/١٤٠٥- دار الفكر/بيروت.

٤٧- مرعي بن يوسف - دليل الطالب لنيل المطالب- دار طيبة/ الرياض- ط١/ ٢٠٠٤م- تحقيق: أبو قتيبة نظر مُحَمَّد الفاريابي.

٤٨- إبن مفلح (إبراهيم بن مُحَمَّد)- المبدع في شرح المقنع- المكتب الإسلامي/ بيروت- ط/١٤٠٠.

٤٩- إبن مفلح (إبراهيم بن مُحَمَّد)- النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية- مكتبة المعارف/ الرياض.

فقه عام:

٥٠- أ.د. أحمد بخيت الغزالى، وأ.د. رشدى شحاتة أبو زيد. ود. جلال السيد بندارى- أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين - الكتاب الأول فى الزواج والنفقة والطلاق- الناشر مكتبة النهضة/ القاهرة- ط/٢٠٠٥.

٥١- سعود بن عبد العالي- الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية- ط٢/١٤٢٧.

٥٢- عدنان خالد التركماني- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي- دار الشروق- ط١/١٩٩١،

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

٥٤- مُحَمَّد عبد الحميد- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- دار الكتاب العربي/ بيروت- ط/ ١٩٨٤.

٥٥- مُحَمَّد علي- تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة- مكتبة الرشد/الرياض- ط١/٢٠٠١- تحقيق: د. صالح ناصر.

٥٦- مصطفى الزرقاء- المدخل الفقهي العام- مطابع ألف باء/ دمشق- ط٩/١٩٦٧.

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/ مصر- ط/٢٠٠١.

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: ٢٠٠٣- ٢٠٠٤.

كتب القانون:

٦٠- د. جلال العدوي- أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني- الدار الجامعية- ١٩٩٣م.

٦١- د. حسن علي الذنون- أحكام الإلتزام- شركة الرابطة للطباعة والنشر/ بغداد.

٦٢- د. حسن علي الشاذلي- نظرية الشرط في العقد-.

٦٣- د. رمضان مُحَمَّد أبو السعود- أحكام الإلتزام- دار المطبوعات الجامعية/ الأسكندرية- ط/١٩٩٨.

٦٤- د. عبد القادر الفار- أحكام الإلتزام- دار الثقافة للنشر / عمان/ الأردن - ط٦/ ٢٠٠١.

٦٥- أ.د. عبد المجيد الحكيم، أ. د. عبد الباقي البكري، د. مُحَمَّد طه البشير- القانون المدني (أحكام الإلتزام)- ط/١٩٨٠.

٦٦- فريد فتيان- مصادر الإلتزام- مطبعة العاني/ بغداد.

٦٧- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٦١) لسنة (١٩٧٦).

٦٨- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٥) لسنة (٢٠٠٥).

٦٩- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة (١٩٥٣).

٧٠- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).

٧١- قانون الأحوال الشخصية العماني رقم (٣٢) لسنة (١٩٩٧).

٧٢- قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة (٢٠٠٦).

٧٣- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنه ١٩٨٤.

٧٤- قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم (١٠) لسنة (١٩٨٦).

٧٥- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

٧٦- لمطاعي نور الدين- الشرط المقترن بالعقد- مذكرة ماجستير- كلية الحقوق/جامعة الجزائر- السنة الجامعية١٩٩١.

٧٧- مُحَمَّد شتا أبو سعد- أحكام العقود المعلقة على شرط- ص٥٠- دار الجامعة الجديدة للنشر/ القاهرة- ٢٠٠٠.

٧٨- د. مُحَمَّد شريف أحمد- مصادر الإلتزام في القانون المدني- دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان- ط١/١٩٩٩.

٧٩- مُحَمَّد عزمي البكري- الأحوال الشخصية- ج١/ص٨٠- دار محمود للنشر والتوزيع.

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

٨١- ياسين مُحَمَّد الجبوري- المبسوط في شرح القانون المدني (نظرية العقد) -دار وائل للطباعة والنشر/ الأردن- ط/ ٢٠٠٢.

كتب اللغة:

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

٨٣- الأزهري (مُحَمَّد بن أحمد)- تهذيب اللغة- دار إحياء التراث العربي/ بيروت- ط١/٢٠٠١- تحقيق: مُحَمَّد عوض مرعب.

٨٤- أبو البقاء الكفومي (أيوب بن موسى)- كتاب الكليات- مؤسسة الرسالة/ بيروت- تحقيق: عدنان درويش، مُحَمَّد المصري.

٨٥- الجرجاني (علي بن مُحَمَّد بن علي)- التعريفات- دار الكتاب العربي/ بيروت- ط١/١٤٠٥- تحقيق: إبراهيم الأبياري.

٨٦- الجوهري (إسماعيل بن حماد)- الصحاح - دار العلم للملايين/ بيروت- ط٤/١٩٩٠.

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

٨٨- سعدي أبو حبيب- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً- دار الفكر/ دمشق- ط٢/١٩٩٨-.

٨٩- إبن سيده (علي بن إسماعيل)- المخصص- دار إحياء التراث العربي/ بيروت-ط١/١٩٩٦- تحقيق: خليل بن إبراهيم.

٩٠- إبن عباد الطالقاني (إسماعيل ابن عباد)- المحيط في اللغة- عالم الكتب/ بيروت- ط١/١٩٩٤- تحقيق: مُحَمَّد حسن آل ياسين.

٩١- العسكري- معجم الفروق اللغوية-.

٩٢- إبن 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- ط١/١٤٠٦- تحقيق: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي.

٩٦- إبن منظور (مُحَمَّد بن مكرم)- لسان العرب- ج٧/ص٣٢٩- دار صادر/ بيروت- ط١/.

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- ط٢/١٩٩٨.

٩٩- إبن قيم الجوزية (مُحَمَّد بن أبي بكر)- إعلام الموقعين عن رب العالمين – مكتبة الكليات الأزهرية/ القاهرة- ط/١٩٦٨- تحقيق: طه عبد الرؤوف.

المجلات:

١٠٠- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية- مجلة الأحكام العدلية – الناشر: نور مُحَمَّد- كارخانه تجارتِ كتب/ آرام باغ/كراتشي.

١٠١- مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي- مجلة المجمع- ع١٢/ص٤٩٦.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة:	٢
المبحث الأول: تعريفات:	٤
المطلب الأول: تعريف الشرط:	٤
المطلب الثاني: تعريف الجعل:	١١
المطلب الثالث: تعريف الحكم:	١٣
المطلب الرابع: تعريف الأثر:	١٥
المطلب الخامس: تعريف العقد:	١٧
المطلب السادس: تعريف الزواج:	١٩
المبحث الثاني: أقسام الشرط:	٢٢
المطلب الأول: الشرط بإعتبار مصدر إشتراطه:	٢٢
المطلب الثاني: الشرط بإعتبار وقت إشتراطه:	٢٥
المطلب الثالث: الشرط بإعتبار التأثير في العقد:	٢٧
المطلب الرابع: الشرط بإعتبار الحكم:	٣٠
المبحث الثالث: حكم الشرط الجعلي، وأثره:	٣٢
المطلب الأول: حكم الشرط الجعلي:	٣٢
المطلب الثاني: أثر الشرط الجعلي:	٣٩
المطلب الثالث: الشرط الجعلي في قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية:	٤٤
خاتمة	٤٨
خلاصة	٥٠
Abstract	٥٣
فهرس المصادر والمراجع	٥٦
فهرس الموضوعات	٦٤

الشرط الجعلي

حكمه، وأثره في عقد الزواج

دراسة مقارنة