الفرع الثالث

شروط النفاذ

هي الشروط التي تترتب آثار العقد حين توفرها حال اذا انعقد العقد صحيحا وبتخلف أحدها لا تترتب آثار العقد حتى يحين العقد من شرع الشرط لمصلحته (من له الحق في الإجازة) ويسمى العقد قبل الاجازة بالموقوف.

وتنحصر شروط النفاذ في شرطين هما:

١-كمال أهلية كل العاقدين ان يكون كل من المتعاقدين كامل أهلية، فان كان احدهما او كلاهما ناقص الاهلية كان العقد موقوفا على اجازة من له في الحق الاجازة على راي فقهاء الحنفية[79]،بينما ذهب فقهاء الامامية الى بطلان العقد في هذه الصورة[80] ،اما من الناحية القانونية فانه لايعد نافذاً الا بعد تحقق الشروط المذكورة في المادة ٨ من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي سنشير لها لاحقاً.

٢-ان يكون لكل من المتعاقدين صفة شرعية في تولي عقد الزواج كأن يكون أصيلاً أو ولياً أو وكيلاً، فان تولى العقد اجنبي كان العقد موقوفاً على اجازة صاحب الشأن.[81]

---

[78] د.فاروق عبد الله كريم،مرجع سابق،ص٦٣.

[79] بدائع الصنائع للكاساني،مرجع سابق،ص٢٣٣.

[80] جامع المقاصد للمحقق الكركي،مرجع سابق،ص٨٤،مهذب الاحكام للسيد السبزواري،مرجع سابق،ص٢٦٥،انوار الفقاهة للشيخ مكارم الشيرازي،مرجع سابق،ص١٩٧ ومابعدها.

[81] محمد زيد الابياني،شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية،ط١،ج١،منشورات مكتبة النهضة-بغداد،بيروت،دون سنة نشر،ص٢٠٨ وما بعدها.

Scanned by CamScanner

اثار انعدام شرط من شروط النفاذ

في حال انعدم أي شرط من شروط توقف العقد على إجازة من له حق الإجازة فلا يترتب عليه أي اثر من اثار الزوجية الا اذا لحقته الاجازة فان أجيز نفذ وان نقض اعتبر باطلاً هذا اذا لم يحصل الدخول، فان حصل قبل الاجازة ترتب على العقد ما يترتب على العقد الفاسد من اثار.[82]

الفرع الرابع

شروط اللزوم

هي الشروط التي يثبت العقد بتحققها من غير ان يكون لأحد العاقدين او غيرهما الحق في طلب فسخه ويسمى العقد حينئذ بالعقد اللازم وهذه الشروط هي:

١-الكفاءة

اذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها وهي كاملة الاهلية فيجب ان تتوفر الكفاءة في الزوج على رأي فقهاء الحنفية، فاذا لم يكن الزوج كفء لها فلأوليائها حق الاعتراض وطلب فسخ العقد، لان الكفاءة هي حق للزوجة ولأوليائها، فاذا اسقطت المرأة حقها في الكفاءة بقي حق اوليائها لانهم يتضررون بزواجها من غير كفء.[83] اما فقهاء الامامية فقالوا ان الكفاءة هي في الاسلام والايمان فقط.[84]

---

[82] د.احمد الكبيسي واخرون،مرجع سابق،٤٠.

[83] د.وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وادلته،ط٢،ج٧،دار الفكر-دمشق،١٩٨٥،ص٨٨،بدائع الصنائع للكاساني،مرجع سابق،ص٣١٨.

[84] رياض المسائل للسيد علي الطباطبائي،مرجع سابق،ص٢٨٦ ومابعدها.

Scanned by CamScanner

٢- ان يكون المهر مهر المثل،

ذهب فقهاء الحنفية الى ان المرأة العاقلة البالغة اذا زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها فان عقد الزواج يكون غير لازم، والمقصود بمهر المثل هو مهر مثيلاتها من النساء اللائي يشتركن معها في صفات الجمال، السن، العلم، النسب، وفي هذه الحالة يكون لأوليائها الحق في طلب فسخ العقد إلا اذا قام الزوج برفع المهر الى مهر يساوي مهر المثل.[85]

٣- تولي الأب أو الجد عقد ناقص الأهلية

من شروط اللزوم تولي الاب أو الجد زواج ناقص الاهلية او فاقدها، فاذا بلغ الصبي او عقل المجنون فلا يحق لهما ان يطلبا فسخ العقد[86]،اما اذا تولى العقد غير الاب أو الجد فان العقد يكون غير لازم ولناقص الاهلية الحق بفسخ العقد بعد تمام الاهلية.[87] لقد اشترط بعض الفقهاء أن يكون الأب أو الجد حسن التصرف لكي يكون العقد لازما فإذا انتفى هذا الوصف لدى الأب أو الجد اعتبر العقد غير لازم [88]، ولكن القضاء العراقي اتجه الى اعتبار العقد لازماً اذا تولاه الاب دون تفرقة بين ان يكون حسن التصرف او لا.[89] غير أن القضاء العراقي اشترط في قرارات أن يكون في العقد مصلحة للصغير وإلا عد باطلا

---

(85) بدائع الصنائع للكاساني،مرجع سابق،ص٣٢٢.

(86) جامع المقاصد للمحقق الكركي،مرجع سابق،ص١٤٤،د.وهبة الزحيلي،مرجع سابق،ص٨٧.

(87) المختصر النافع للمحقق الحلي،مرجع سابق،ص٢٠١،بدائع الصنائع للكاساني،مرجع سابق،ص٣١٥.

(88) الشيخ محمد جواد مغنية،مرجع سابق،ص٣٢٤،د.احمد الكبيسي،مرجع سابق،٧٤.

(89) القرار رقم ٣١٧٨/شرعية/٧٠ في ١٩٧١/٢/٢٣ النشرة القضائية،ع١،س٢،ص٧٧ اشار اليه ابراهيم المشاهدي،المبادئ القانونية في ثضاء محكمة التمييز في قسم الاحوال الشخصية،مطبعة اسعد-بغداد،١٩٨٩،ص١٥١.

Scanned by CamScanner

وجدير بالذكر ان حصول الدخول قبل البلوغ لا يعتبر مسقطاً لحق الصغيرة في طلب الفسخ بعد بلوغها.[91]

٤-ان يكون العقد خالياً من التغرير

اذا شاب عقد الزواج تغرير يترتب عليه ضرر مادي او ادبي يلحق بالزوجة كان لها او لاوليائها الحق في طلب الفسخ فاذا غرر الزوج بالزوجة ليوهمها انه كفء لها، كأن يدعي نسباً معيناً او مكانة اجتماعية ما، او وظيفة معينة وتم العقد على اساس ذلك ثم ظهر خلاف ذلك كان للزوجة ولاوليائها طلب فسخ العقد.[92] وذهب بعض فقهاء الامامية الى جواز طلب فسخ الزواج اذا اشترطت في العقد كون الزوج من قبيلة معينة او يعمل في وظيفة معينة.[93]

ولكن ما الحكم اذا غررت المراة بالرجل؟ فهل يحق له ان يفسخ العقد ؟وبعبارة اخرى اذا ادعت المرأة بانها صالحة لاغراض الزواج ثم تبين بعد الزواج انها غير صالحة او انها مريضة بمرض يمنع معاشرتها معاشرة الازواج فهل يستطيع الزوج طلب فسخ العقد؟

ذهب فقهاء الحنفية الى ان التغرير الصادر من المرأة لا يمنع من لزوم العقد فان اراد الزوج فسخ العقد استعمل حقه في ايقاع الطلاق.[94] اما فقهاء الامامية

---

(90) القرار رقم ١٠٩٤/شخصية/٧٦ في ١٩٧٦/٧/٢٢،القرار رقم ٢٠٥١/شخصية/٧٧ في ١٩٧٨/١/١٨ اشار لهما ابراهيم المشاهدي،مرجع سابق،١٥٦-١٥٧.

(91) القرار رقم ٥٦١/شرعية/٦٨ في ١٩٦٣/٨/١٥ اشار له ابراهيم المشاهدي،مرجع سابق،ص١٦١.

(92) محمد زيد الابياني،مرجع سابق،ص١٠٢-١٠٣.

(93) جامع المقاصد للمحقق الكركي،مرجع سابق،ص١٤١.

(94) د.فاروق عبد الله،مرجع سابق،ص٦٦.

Scanned by CamScanner

فقالوا ان التغرير الصادر من المرأة اذا كان هو الذي دفع الرجل الى ابرام عقد الزواج فان من حقه ان يطلب فسخ العقد[95]،وهذا هو الراي الراجح وذلك لاختلاف الاحكام المترتبة على كل من الطلاق والفسخ وهذا ما سنبينه عند الكلام عن الطلاق.

اثار انعدام شرط من شروط اللزوم

عاشر

اذا انعدم شرط من شروط اللزوم يكون عقد الزواج نافذ غير لازم ويحق لكل من العاقدين طلب فسخه وحكم هذا العقد انه يثبت به كل اثار الزواج الا اذا فسخ قبل الدخول فلا تستحق المراة شيئاً من المهر.[96]

الفرع الخامس

اقتران عقد الزواج بالشرط (الشروط المقترنة بالعقد)

قد يقترن عقد الزواج شرط فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، كأن تشترط المرأة على الرجل ان لا يخرجها من بلدها، او ان تشترط عليه ان تكون العصمة بيدها، فهل يصح هذا الشرط اذا ما قبله الطرف الاخر؟ اذا رجعنا الى الفقه الاسلامي نجد ان الفقهاء حينما يبحثون موضوع الشرط ينقسمون على ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الاول: اتجاه الفقه الظاهري الذي قرر أن الأصل في الشروط هو الحظر فلا يصح اقتران العقد بأي شرط إلا إذا كان هناك دليل خاص من الكتاب أو السنة يجوز ذلك.[97]

---

[95] جامع المقاصد للمحقق الكركي،ج١٣،مرجع سابق،ص٣٠٣.

[96] د.احمد الكبيسي واخرون،مرجع سابق،ص٤٠.

Scanned by CamScanner

الاتجاه الثاني: اتجاه فقهاء الامامية وبعض الحنابلة الذين يرون أن الأصل في الشروط هو الصحة وأن من الجائز على هذا الأساس أن يقترن العقد بأي شرط الا شرطا ورد به نهي خاص من الكتاب أو السنة او شرطا يحرم حلال الله أو يحل حرام الله.[98]

الإتجاه الثالث: اتجاه فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والبعض الاخر من الحنابلة والزيدية الذين يرون أن الأصل في الشروط هو الحظر، ولكنهم يجيزون من الشروط الشيء الكثير،وعندهم ان الشرط لايكون صحيحاً الا اذا تحققت به ثلاثة اوصاف: ان يكون من مقتضى العقد او مؤكد لمقتضى العقد او مما جرى بجوازه الشرع أو العرف.[99]

الشروط التي يصح ان تقترن بعقد الزواج

ذكرنا ان فقهاء الامامية وبعض الحنابلة وكذلك فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية بدرجة اقل يجيزون للزوج او للزوجة ان يشترط على الاخر شرط فيه مصلحة على ان يكون هذا الشرط مما يقتضيه العقد او يؤكد ما يقتضيه او يقوم دليل من العرف او الشرع بجوازه، فاذا ما اشترطت المرأة على الرجل شرطاً

---

(97) المحلى لابن حزم(أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد)، ج٨ ، المكتب التجاري للطباعة والنشر – بيروت (بدون سنة نشر)، ص ٤١٢.

(98) تحرير المجلة للشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء ،ج١ ، المطبعة الحيدرية – النجف الأشرف، ١٣٥٩هـ، ص ٧٧ وما بعدها والفتاوى الكبرى لابن تيمية (أبي العباس تقي الدين احمد بن عبد الحليم) ، ج٣ ، دار المعرفة – بيروت (بدون سنة نشر) ص ٤٧٠ واعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية،ج٢ ، بدون ذكر مكان أو سنة نشر ، ص ٣٢٧ .

(99) د. السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج٣ ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ ، ص ١٦٨ ود. احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ط١ ، مؤسسة الثقافة الجامعية – الإسكندرية (بدون سنة نشر) ص ٢٠٧.

Scanned by CamScanner

وكان هذا الشرط من مقتضى العقد فان هذا الشرط يكون صحيحاً مثل الشرط ان الزوجة على الزوج ان ينفق عليها، او ان يحسن عشرتها، او من مثل الشرط ان الزوج على الزوجة ان تراعي كرامته او ان لا تخرج من داره الا باذنه، فهذه الشروط صحيحة لانه لم تأت بجديد بل جاءت لتنص على مقتضى عقد الزواج، وكذلك يكون الشرط صحيحاً اذا كان يؤكد مقتضى العقد، كأن تشترط المرأة ان يكون والد الزوج ضامناً لإداء المهر، فهذا الشرط صحيح لانه يؤكد الحصول على ما هو من مقتضيات العقد وهو المهر، ويكون الشرط صحيحاً ايضاً اذا قام الدليل على جوازه سواء كان الدليل من السنة النبوية كما في اشتراط الزوجة ان يكون الطلاق بيدها او قام على جوازه دليل عرفي كأن تشترط الزوجة تعجيل المهر كله اذا كان عرف البلد يقضي بذلك.(100)

من هنا يجوز للمرأة ان تشترط على الرجل ان لا يخرجها من بلدها، او يسكنها في منزلاً معيناً، او ان لا يسافر بها، فهذه كلها شروط صحيحة ويجب على الزوج الوفاء بها. ولكن ما الحكم اذا لم يقم الزوج او الزوجة بالوفاء بالشرط؟

هناك اتجاهان في الفقه الاسلامي:

يرى فقهاء الحنفية ان عدم وفاء الزوج بالشرط الذي قبل به لا يعطي للطرف الذي اشترطه الخيار في فسخ العقد بل له الحق في المطالبة بالوفاء به امام القضاء.(101) بينما ذهب جمهور الفقهاء الى ان لصاحب الشرط اذا لم يف به

(100) الشيخ محمد جواد مغنية،مرجع سابق،ص٣٠١ وما بعدها، د.احمد الكبيسي،مرجع سابق،ص٦٤.

(101) د.احمد الكبيسي واخرون،مرجع سابق،ص٤١.

Scanned by CamScanner