https://doi.org/10.61353/ma.0140587

زواج الشغار دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفقه الإسلامي

الباحثة/ مريم مالك زباله

Maryeamalyasri@gmail.com

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٣/٦/٢ تاريخ ارجاع البحث ٢٠٢٣/٧/٨ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٣/٨/٥

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

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

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

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

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

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المقدمة

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

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

أولا: إشكالية البحث:

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

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

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

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

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

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

المبحث الأول

أثر الشروط في عقد الزواج

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

المطلب الأول

مفهوم وأنواع الشرط

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

أولًا/ تعريف الشرط لغة

الشرط لغة: التزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط وقد شرط له وعليه كذا يشرط وشرط شرطًا واشترط عليه امرًا الزمه إياه.[١]

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

ثانيًا/تعريف الشرط اصطلاحًا:

الشرط اصطلاحا: إن الخوض في التعريف بالشرط يتضمن معرفة معناه في الفقه القانوني والفقه الإسلامي إذ إن معنى الشرط في الفقه القانوني ثلاث ألا وهي : الأول للشرط وهو ما يتطلبه المشرع لترتيب أثر قانوني معين, وهذا ما يسمى بالشرط القانوني, كأشراط المشرع لصحة العقد، إن يكون كل من التعاقدين متمتعاً بالأهلية اللازمة لأبرام العقد, [٢] وأن يكون رضا كل منهما سالماً من العيوب، أما المعنى الثاني للشرط هو : (أمر مستقبل غير محقق الوقوع لتعليق عليه نشوء الالتزام أو زواله) وهذا هو الشرط كوصف من أوصاف الالتزام. [٣] أما المعنى الثالث للشرط فهو المعنى المتعلق بالأحكام التي يشترطها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما, أو بعبارة أخرى بكل ما يشترطه الطرفان لتحديد كلاهما المتعاقدين وتعني التزامهما وحقوقهما الناشئة عنها، وهذا ما يعرف بالشرط المقترن بالعقد.[٤]يعد شرط الشهادة على الزواج من شروط الصحة بدونها يُعدّ العقد غير صحيح، ولقد وردّ ذلك الشرط في المادة ٦من قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ نصت ((لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطًا من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة في ما يأتي: شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج)) [٥], وهذا أيضًا رأي الجمهور فعدم الحضور يلزم معه بطلان عقد الزواج ولكن العقد لا يلزم اكمال الزواج كما أن الأمثلة عليه – العقل والبلوغ بالنسبة إلى صحة التصرفات [٦].

أما الشرط في الفقه الإسلامي وهو ما يتوقف وجود الشيء عليه من دون أن يكون جزءً منه، كتوقف الصلاة على الطهارة مع إن الطهارة ليست جزءً من الصلاة، فالشرط ما كان خارج عن حقيقة الشيء وليس جزءً منه يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم،[٧] وإن الشروط المقترنة بالعقد هي الشروط تتصل بالعقد وتتأثر فيه، وهي شروط لا يوجبها المشرع ولا يفرضها القانون، بل يمليها العاقدان أو احدهما على وفق لما يراه انه مصلحة .[٨]هذا بالنسبة للمعنى العام للشرط، أما المعنى الخاص والمقصود في بحثنا فهو ما عرفه البعض ،احداث التزام زائد في العقد لم يكن يدل عليه لولاه.[٩]

ثانيًا/أنواع الشرط المقترن بعقد الزواج

إن القانون قد بين الشروط المشروعة في عقد الزواج إذ نصت المادة السادسة الفقرة ٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ما يأتي :- " الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها " . كما نصت الفقرة ٤ منها على أن :- " للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج [10]. " وبدءً للدخول في تفصيل هذا الموضوع نشير إلى أن معنى المقترن هو المرافق أو المصاحب، أي الشرط الذي يكون مرافقًا للعقد أو مصاحبًا له ، كما أن أي شرط يكون مقترنًا بالعقد يفترض أن يكون الطرف الآخر قد وافق عليه ابتداءً لكي يدرج ضمن شروط هذا العقد، كما انه لا يخرج عن كونه إما مشروعًا،

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

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

١- شرط يقتضيه العقد: وهو الشرط الذي يوجبه العقد في ذاته، إذ إن الهدف الأساس للزواج هو الحياة المشتركة بين الزوجين، ويترتب على ذلك التزام الزوج بالإنفاق على زوجته من تاريخ العقد إلى انتهاء العلاقة الزوجية بعد وقوع الطلاق وحتى انتهاء العدة، ويعد حقًا ثابتًا من الحقوق الثابتة للزوجة وهي حق وواجب للزوجة على زوجها، وتستحق الزوجة النفقة بمقتضى عقد الزواج الصحيح إذ نصت المادة ٢٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على ذلك بقولها(١-تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها الا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيت الزوجية فامتنعت بغير حق).[١١]

وهو من الأحكام المقررة لكل عقد لخلق التوازن بين المتعاقدين في الحقوق وهو الغاية المقصودة من العقد فإذا تعارض هذا الشرط مع هذه الغاية فهو مخالف لمقتضى العقد، [١٢]ومعنى كون الشرط مما يقتضيه العقد، هو أنه يجب بالعقد من غير اشتراطه في العقد لم يأت بشيء جديد ذكره العقد ذكرًا لشيء سيثبت نتيجة للعقد متى تم والعقد المقترن بهذا الشرط يكون صحيحًا وشرط معتبر، وهذا ما نصت عليه المادة(١٨٦) من مجلة الأحكام العدلية إذ قررت أن (البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر) ،[١٣] ومقتضى العقد يعني ما يرتبه من أثر فاذا كان هذا الشرط مفيدًا لأحد الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيعد عندئذ مشروعًا، كما لو اشترطت المرأة على الرجل أن يعطيها مهرًا بقدر معين فقبل، فهذا الشرط مشروع أن المهر هو أحد آثار العقد الواجبة على الرجل، سواء لشترط هذا الشرط، أم لم يشترط فهو ملزم به، وبصرف النظر عن مشروعية الشرط . وان لم يذكر من المتعاقدين كشرط النفقة على الزوجة وكشرط المعاشرة بالمعروف وشرطه ان ينفق على الزوجة او يكسوها او لا يؤثر عليها ،[١٤]

وإن نفقة كل انسان من ماله الا الزوجة فنفقتها على زوجها استنادا للمادة ٥٨ من قانون الاحوال الشخصية.[١٥] وهذا الشرط لا يؤثر على عقد الزواج لأنها من حقوق الزوجة على الرجل ذكرها أو لم يذكرها في العقد واجبه في ذمته .

٢- شرط يلائم مقتضى العقد ويؤيده ، وهو الشرط الذي يقرر حكم العقد من حيث المعنى وهو شرط مقرر لمقتضى العقد ولتأكيد مقتضى العقد كأشتراط الكفالة كشرط ان يكون والد الزوج كفيلا للمهر، او النفقة.او اشتراط الرجل في عقد الزواج تفويض زوجته في تطليق نفسها، إذ يتم اثناء العقد، أو بعدها، وقد أخذ المشرع العراقي بذلك ونص عليه في المادة ٣٤ من قانون الأحوال الشخصية العراقي كالاتي((الطلاق رفع قيد الزواج بأيقاع من الزواج أو الزوجة ان وكلت به أو فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً))،أما بالنسبة للفقه الإسلامي أشاروا إلى تفويض الطلاق للزوجة كالفقه الشافعي[١٦]و الفقه الحنفي[١٧]الفقه المالكي[١٨]،أما الفقه الإمامي لم يجيز طلاق التفويض على عكس معظم المذاهب الإسلامية أجازوا التوكيل فقط بالطلاق ولم يجيزوا التفويض[١٩].

إن هذا الشرط لا خلاف بين الفقهاء انه يعد من الشروط الصحيحة التي لا تؤثر على مقتضيات العقد بل إنها تؤكد وتقوي هذه المقتضيات ويجب مراعاتها في العقد.[٢٠]

٣- شرط ينافي مقتضى العقد وهو عكس الأول، إذا كان الشرط منافيًا لمقتضى العقد وطبيعته، فأنه شرط باطل وقد يبطل العقد أيضًا فمثلا لو اشترطت الزوجة في عقد الزواج أن لا يستمتع بها مطلقا ولا يكون محرمًا عليها بطل العقد والشرط معًا ،وكشرط ان يتزوجها ليحلها لزوجها الأول، وهذا الشرط يعتبر فاسدا لأنه يتنافى مع المقصود الشرعي للعقد ويترتب على فساد الشرط (شرط لغو)ويكون العقد صحيح. وقد أشار الفقه الامامي الى ذلك أيضا كما جاء في كلامهم (اذا اشترط ما يخالف مقتضى العقد، كأن اشترطت المرأة في عقد الانقطاع ان لا يكون للزوج حق الاستمتاع بها مطلقًا بطل العقد والشرط معًا).[٢١]

٤- شرط جرى به العرف وهو ليس من مقتضى العقد، ولا مما يلائمه، كشرط تعجيل المهر كله، أو تأجيله، أو تقسيطه، ونحوها. إذ يتم الرجوع إلى أعراف الدولة التي تم بها العقد لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطا،والعرف في العراق يتم تقسيم المهر الى معجل ومؤجل [٢٢]،وقد أشار اليه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة ٢٠ الفقرة ١ منها إذ نصت((يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلًا أو بعضًا وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف))،أما بالنسبة للفقه الإسلامي انفرد به فقهاء الحنفية وقد اجازوه استحسانا لأنه في القياس لا يجوز ،وقد أشار لذلك الكاساني بقوله: وكذلك إن كان مما لا يقتضيه ولا يلائم العقد أيضا لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كام اذا اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او جرابًا على أن يخرزه له خفًا أو ينعل خفه والقياس أنه لا يجوز.[٢٣]

المطلب الثاني

آثار الشروط المقترنة بعقد الزواج

بوصف عقد الزواج من العقود الملزمة للجانبين، فإنه تترتب عليه حقوق والتزامات لكلا الطرفين، وبالرغم من أن الشروط المقترنة بعقد الزواج شروطًا إضافية لا يستلزمها العقد لقيامه صحيحه، إلا انه تصبح جزءً من العقد بمجرد الاتفاق عليها، وتستمد القوة الإلزامية ما دامت تستجيب للضوابط الشرعية والقانونية المحددة، لذلك فان امتناع أحد الزوجين عن تنفيذ هذه الشروط يعرضه لتوقيع الجزاءات القانونية،[٢٤]لذلك سنبين آثار الشروط الصحيحة أولًا، ونتناول ثانيًا آثار الشروط غير الصحيحة كالآتي:

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

أولًا/آثار الشروط الصحيحة في عقد الزواج

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

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

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

ثانيًا: المهر، وقد حددت المادة١٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي أن الزوجة تستحق المهر المسمى بالعقد وتستطيع المطالبة به قضائيًا متى ما اخل الزوج بدفعه للزوجة ومن حق الزوجة المطالبة بالمهر المؤجل إذا كان الزواج على المذهب الإمامي متى شاءت.

ثالثًا: اثاث الزوجية، سواء كانت جزء من المهر أم لا، إذ إن من حق كل زوجة على زوجها أن يتم زفها إلى دار الزوجية الذي تتوافر فيه أثاث الزوجية كافة. ومتى وقع الخلاف تستطيع الزوجة إلزام الزوج بتسليم الأثاث المجهز به دار الزوجية كافة ، وأن تعذر تسليم الأثاث من قبل الزوج فيمكنها أن تأخذ مبلغاً ماليًا يعادل قيمته أمّا بالنسبة للمذاهب الإسلامية، اتجه معظم الفقهاء على أن الشروط الصحيحة هي ما كان عقد الزواج يقتضيه ولا يضر بأصله كما اتفقوا على وجوب الوفاء بها، كالانفاق على الزوجة أو دفع المهر لها.[٢٦] فمثل هذه الشروط يكون كل واحد من الزوجين ملزمًا بالوفاء بها وأن لم تشترط في العقد ،لذا فأن حكم هذه الشروط الصحيحة وجوب الوفاء بها وادائها على اتم وجه. لقوله تعالى (يا أيها الذين امنوا اوفوا بالعقود).[٢٧]كما انه من المشروط ما يعود نفعه وفائدته للمرأة ،وهي الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ولم ينص الشارع عليها مثل ان تشترط عليه الا يخرجها من دارها او بلدها او يسافر بها ،او يتزوج عليها ونحو ذلك .فمن العلماء من

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

يرى ان الزواج صحيح وان هذه الشروط ملغاة ولا يلزم الزوج الوفاء بها ومنهم من ذهب الى وجوب الوفاء بما اشترط للمرأة فأن لم يفِ لها فسخ الزواج.[٢٨] كما إن أصحاب الرأي الأول وهم جمهور الحنفية والشافعية والمالكية وكثير من أهل العلم، يرون إن الشرط فاسد ولا يلزم الوفاء به ،ولكن فساد الشرط لا يؤثر في العقد ،بل يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا.[٢٩] إذ يرى المالكية ان الشروط الغير المؤثرة في عقد النكاح كالتي تؤثر في جهالة المهر ولا تغير مقتضى العقد ،مثل ان يشترط عليه ان لا يتزوج عليها ولا يتخذ امة ولا يخرجها من بلدها ونحو ذلك من الشروط ،فهذه لا يبلغ من كراهية اهل العلم لها ان تكون حراما ،او يفسخ بها النكاح،اما أصحاب الرأي الثاني وهم الحنابلة والظاهرية والشيعة الامامية، فيرون أن هذه الشروط صحيحه يلزم الوفاء بها،فأن امتنع الزوج عن الوفاء بها كان لها حق الفسخ .[٣٠]إذ إن الشيعة الإمامية قالوا الاتيان ليلًا او نهارًا لأنه شرط لا ينافي العقد لجواز الغرض بالاستمتاع في وقت دون اخر فهو شرط صحيح. [٣١]

ثانيًا/آثار الشروط الغير صحيحة

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

بالنسبة للقانون العراقي، بين إذا كنت الشروط المشترطة في العقد تتنافى وطبيعة عقد الزواج، إذ تكون باطلة ولا يعتد بها، كاشتراط زواج بدون مهر لها، أو شرط عدم النفقة عليها، ربما يتخيل الكثير بأن عقد الزواج لا يمكن انهاؤه إلا بالطلاق والتفريق, إلا انه هناك طريق آخر لإنهاء العقد، أو الرابطة الزوجية بين الزوجين وهي طلب فسخ عقد الزواج, وبحسب ما جاء بنص المادة ٦ الفقرة ٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تنص (الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبره يجب الايفاء بها)[٣٢]، وإن مفهوم المخالفة لنص المادة ٦ الفقرة ٣ نستنتج منها بأن أي شرط مخالف للنظام العام والآداب العامة، يُعدّ باطلًا ولا يلزم الزوج بالإيفاء به, أي أنه يعد الشرط باطلًا والعقد صحيح ومثال ذلك شرط الزوجة بتطليق الزوج لضرتها, فهذا الشرط باطل ولا يمكن طلب الفسخ لعدم ايفاء الزوج به.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي، اتفق الأغلبية على عدم صحة الشروط التي تخالف ما أمر به الله ،أو نهى عنه، أو تخلى بمقصود النكاح الأصلي. ومن هذه الشروط أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه، أو أن تخرج من غير إذنه، أو ألا يقسم لضرائرها.[٣٣]

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

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

بمجرد انعقاد العقد،غير ان الخلاف بين الفقهاء كان حول معرفة حكم العقد الذي يشترط في هذه الشروط الفاسدة ، وكان ذلك في ثلاثة أقوال: الأول ذهب جماعة من الفقهاء، إلى بطلان العقود التي اشترطت فيها، فلا فرق بين ما نهى عنه الشرع ولم ينهى عنه واستدلوا بالأنكحة التي ورد الشرع بالنهي عنها كالشغار والتحليل.[٣٤]،والثاني ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح إلا إذا اشترط التأقيت في العقد فهذا يتنافى مع التأبيد الذي يوصف به عقد الزواج الذي يقوم على استمرار الحياة الزوجية . وعلى هذا فإن الانكحة المنهي عنها كالشغار، تصح إذا ابطلت منها الشروط الفاسدة، إلا نكاح المتعة لأنه اشترط فيه التأقيت فلا تصح، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للإنشاء، وهي التي تجعل صيغة العقد دالة بصريحها على توقيته بزمن، وتنحصر في اقتران اللفظ بذكر مدة معينة .[٣٥]،والثالث ذهب بعض من فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية، الى ان من شروط النكاح ما يبطل الشرط ويصح العقد، ومنها ما يبطل العقد من أصله. [٣٦]

المبحث الثاني

زواج الشغار

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

وللتعرف حول نكاح الشِغارِ أكثر سنتناول في المبحث أحكام زواج الشغار، عن طريق مطلبين نبحث في المطلب الأول مفهوم زواج الشغار، ونتناول في المطلب الثاني أحكام زواج الشغار كالآتي تباعًا:

المطلب الأول

مفهوم زواج الشغار

أولًا/الشغار لغة

الشغر يعرف بأنه الرفع والاخلاء يقال شغر البلد عن السلطان إذا خلا عنه، وسمي النكاح شغارا لارتفاع المهر بينهما .[٣٧]

الشغار: ،شغرت الأرض والبلد أي خلت من الناس ولم يبق بها احد يحميها ويضبطها ،والشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية، وهو أن تزوج الرجل امرأة ما كانت على أن يزوجك أخرى بغير مهر ،وخص بعضهم به القرائب ،والشغر البعد ومنه قولهم بلد شاغر إذا كان بعيدًا من الناصر والسلطان .[٣٨]

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

ثانيًا/الشغار اصطلاحا:

عرف بعض فقهاء القانون زواج الشغار، بأنه((أن يتزوج رجل من له الولاية عليها كبنته وأخته لآخر في مقابل أن يزوجه الآخر موليته بحيث تكون كل واحدة منهما مهر للآخر))[٣٩]، أيّ يقصد الزواج بدون مهر، التبادل بين الفتيات يكون مهر للزواج. وعرفه البعض بأنه (هو أن يزوج كل من الوليين موليته للآخر على أن تكون أحدهما مهرا للأخرى)[٤٠].

أما الفقه الإسلامي، إذ عرف فقهاء الامامية زواج الشغار بأنه ان يزوج كل من الوليين موليته للآخر على ان تكون كل منهما مهر للأخرى [٤١]،أي المهر هنا في عقد الزواج هو المبادلة بين الفتيات، أما الفقه الحنفي عرف زواج الشغار بأنه أن يزوجه بنته على ان يزوجه الاخر بنته ،او اخته مثلا معاوضة للعقدين[٤٢] ،يقصد به يكون العوض في عقد الزواج هو المبادلة بين سواء كانت اخت ،أو بنت، وقد عرفه الفقه المالكي بأنه ان يزوج لشخص ابنته على أن يزوجه الشخص الآخر ابنته أيضًا سواء كان يوجد مهر أم لا[٤٣]،أما الفقه الشافعي هو أن يزوج الآخر ابنته على أن يزوجه ذلك الرجل ابنته أيضًا[٤٤].

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

المطلب الثاني

أحكام زواج الشغار

لم ينص قانون الأحوال الشخصيه العراقي على زواج الشغار بصورة صريحة، لذلك زواج الشغار يحكمه نص المادة ١ من قانون الأحوال الشخصيه العراقي التي تنص بأنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) [45] ،بالتالي فإذا ما وقع نزاع أمام المحكمة فلا يحق للقاضي أن يرد الدعوى بحجه عدم وجود نص يحكم النزاع . من هنا نستنتج بأن زواج الشغار تحكمه أحكام الشريعة الإسلامية من حيث الشروط ويحكمه القانون المدني من حيث الآثار المترتبة على الفسخ .

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

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

المرأة والتعامل معها على أساس سلعة لا غير، وهذا النوع من الزواج أوله شر وإهانة ،واخره أسوء بكثير من اوله، إذ عندما تتوتر العلاقة الزوجية في أية جهة من الجهات الأربعة التي تم فيما بينهما التبادل بالنساء، فتنعكس سلبًا على الأطراف الأخرى، فلا بد أن ينتهي بالطلاق، ولا يهم أن كان هناك أولاد بينهما، أو حتى لم يكن بين الزوجين الآخرين أي نزاع ، أو سوء تفاهم وبموجب قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كردستان من يقوم بهذا العمل من أفراد الأسرة فهو يرتكب عنفًا أسريًا وتقوم المسؤولية الجنائية بحقه،(٤٦)وإن قانون تشريع منهاضه العنف الأسري في إقليم كردستان العراق رقم ٨ لسنة ٢٠١١ ، نصت المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون العنف الأسري في إقليم كردستان العراق على (يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفًا ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة)(٤٧)، إذ تُعدّ الأفعال الآتية على سبيل المثال عنفًا أسريًا كزواج الشغار، وقد نصت المادة التاسعة الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨ لسنة ١٩٥٩) على (لا يحق لاي من الأقارب ،او الاغيار اكراه أي شخص ذكر كان أم أنثى على الزواج دون رضا ويعد عقد الزواج بالإكراه باطلًا إذا لم يتم الدخول وإذا تم الدخول فيُعدّ موقوفًا كما لا يحق لأيٍّ من الأقارب أو الاغيار منع من كان اهلا للزواج بموجب القانون من التزويج)(٤٨) ،وإن الزواج المتبادل ،أو ما يعرف بزواج الشغار ،هو زواج باطل إذ قال رسول الله محمد(ﷺ) (لا شغار في الإسلام)(٤٩). وسنبين أيضًا موقف قوانين الدول المقارنة من زواج الشغار كالآتي: يرى القانون السوري انه إذا اشترط الرجل على المرأة عدم المهر، وقبلت بذلك صح العقد وبطل الشرط، والتزم الزوج بمهر المثل، إذ تنص المادة ١٤ فقرة الأولى منها:(اذا قيد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي، أو ينافي مقاصده فيلزم بما هو محظور شرعًا، كان شرطًا باطلًا والعقد صحيح).(٥٠)،أما القانون المصري أخذ برأي مذهب الحنفية، إذ إن مذهب الحنفية الذي يقضي بإلغاء شرط الشغار، وصحة الزواج المعمول به في قضاء الأحوال الشخصية، بعدّه الرأي الراجح في المذهب، وهو ما يتماشى مع طبيعة عقد الزواج، وإن المهر ليس ركنًا فيه ،ولكن إحدى الآثار المترتبة عليه.(٥١)أما القانون الكويتي، بالرجوع لقانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت، نجد أن المشرع وإن لم يتناول شرط الشغار بمادة صريحة بين عن طريقها حكم هذا الزواج، إلا انه في المادة ٤٠ منه نص على ما يأتي: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد.(٥٢)

أما الفقه الإسلامي اتفق معظم الفقهاء، أن معنى الشغار، أن ينكح الرجل وليته رجلًا آخر على أن ينكح الآخر وليته ولا صداق بينهما، إلا بضع هذه ببضع الأخرى، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه.(٥٣)

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

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الأخرى، أو لم يذكر صداقا أصلا، أو اشتراطا ،وبينا أنه لا صداق في ذلك فقالو: ولكل واحدة في هذا مهر مثلها والطاهر من قولهم: انهما إن سميا صداقًا انه ليس لهما إلا المسمى.(٥٤)

إن الشغار عند الفقهاء هو أن يشترط كل من الرجلين على صاحبه أن يزوجه موليته، وذهابهم إلى أن علة النهي عن نكاح الشغار، هي جعل كل واحدة من العاقدين شرطًا للآخر.(٥٥)، وكما استدل الجمهور من المالكية والشافعية على قولهم بالسنة، الفسخ على الاطلاق وإن العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل، مثل العقد على خمر، أو على خنزير وقد اجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسد إذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل.(٥٦) وقال ابن عبد البر (اجمع العلماء على ان نكاح الشغار لا يجوز، فالجمهور على البطلان، وفي رواية عن مالك: يفسخ قبل الدخول لا بعده، وحكاه ابن المنذر عن الاوزاعي، وذهب الحنفية إلى صحته، ووجوب المهر، وهو قول الزهري ومكحول والثوري والليث ورواية عن أحمد واسحاق وابي ثور، هكذا في الفتح قال: وهو قوي على مذهب الشافي لاختلاف الجهة لكن قال الشافعي :النساء محرمات إلا ما أحل الله أو ملك يمين ،فاذا ورد النهي عن نكاح تأكد التحريم.)(٥٧)،ولا شك أن الزواج المعرض للفسخ يهدد مستقبل الأبناء، ويعرضهم للضياع وبالتالي فتترتب جميع الاثار السيئة المترتبة على تفكيك الاسر ،بسبب نكاح الشغار.(٥٨)

قد اختلفوا في حكم زواج الشغار من حيث الصحة وعدمها للشرط المقترن به إلى قولين هما:

القول الأول: مذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية قالوا: إن نكاح الشغار باطل للشرط المقترن به، ويجب على جماعة المسلمين ان يفسخوه، متى علموا به سواء كان قبل دخول الزوج ام بعده، أما القول الثاني: مذهب الحنفية قالوا: إن نكاح الشغار صحيح والشرط الذي اقترن به باطل، فيصح العقد ويبطل الشرط ،ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلها. إذ استدل الجمهور على قولهم بالسنة والقياس والمعقول.(٥٩) وقول الرسول محمد(ﷺ) (لا شغار في الإسلام) إذ ان الحديث يحتمل أمرين نفي وجود الشغار في الإسلام، ونفي صحة الشغار، ولا شك أن وجوده في الإسلام واقع، فتعين حمل الكلام على نفي الصحة .(٦٠)،والفقه الشافعي في القديم انه عقد فيه تمويه، وان معناه إنه ملك الزوج بضع بنته بالنكاح، ثم ارتجعه منه، بأن جعله ملكًا لبنت الزوج بالصداق وهذا موجب لفساد النكاح، كما لو قال زوجتك بنتي على أن يكون بضعها ملكًا لفلان كان النكاح فاسدًا بالأجماع، كذلك هذا بالحجاج، ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفًا في الآخر فلم يصح(٦١)، إذ من المعقول أن كل واحد منهما جعل بضع موليته موردًا للنكاح وصداقًا للأخرى وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج موليته من رجلين .(٦٢)،وقد استدل ايضًا الحنفية على قولهم بالمعقول: لما جعلا بضع كل منهما صداقًا للأخرى، فقد سميا ما لا يصلح صداقًا، وهو بضع الأخرى، والنكاح لا يبطله الشرط الفاسد، فإذا كان الأمر كذلك صح النكاح، ووجب مهر المثل، كما لو سمي المهر خمرًا أو خنزيرًا.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

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

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

الصورة الأولى: صريح الشغار: ومقتضاه أن يقول أحد لغيره: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، ولا يكون لهما مهرًا، وحكمه: يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده ، فإذا فسخ قبل الدخول فلا شيء لهما، وإن فسخ بعده كان لهما مهر المثل بالوطء. ونشير أن المالكية والحنفية اختلفوا: إذ نجد أن المالكية يرون أنه يجب أن يعطي للمرأة المدخول بها صداق المثل، أما الحنفية فيرون أن هذا النكاح يصحح بإعطائها مهر المثل وهو الرأي الذي وافقه فيه الحنابلة. هذا وقد تمسك المبطلون لهذه الصورة من الشغار بتفسير الرسول محمد (ﷺ)بقوله(والشغار أن يزوج الرجل ابنته ويزوجه الآخر ابنته ولا مهر بينهما).[٦٣]الصورة الثانية: وجه الشغار: أي ما توقف نكاح أحدهما على الأخرى، كأن يقول أحدهما زوجني ابنتك بستين الف دينار، على أن أزوجك ابنتي بستين الف دينار أيضا، ويختلف هذا عن الأول، فالأول صريح الشغار، لأنه رفع منه المهر رأسا فلم يسميا لأحد مهرًا ،والثاني يقال له وجه الشغار، لأنه وان كان قد سمى لكل منهما صداقا ،ولكنه اشترط زواج احداهما في نظير الأخرى، وحكمه وجه الشغار عند المالكية البطلان، لكن يفسخ قبل الدخول لا بعده بطلاق .النكاح الفاسد، وعند المالكية حكم وجه الشغار البطلان ،لكن يفسخ قبل الدخول ،أما بعده فأن العقد فيه يثبت بالكاثر من المسمى،وصداق المثل بمعنى انها تأخذ الأكثر .[٦٤]،الصورة الثالثة: المركب بينهما :أي ان يتوقف نكاح احدهما على الأخرى ،كأن يقول احدهما زوجني ابنتك بستين دينار، وازوجك ابنتي بغير صداق أصلا. حكمه: يعد النكاح في هذه الحالة نكاح فاسد، يتم فسخه قبل الدخول ،أما بعد الدخول فيثبت بصداق المثل، لمن سمي لها الصداق بعد الدخول ،ويعد نكاحها صحيحًا ،أما من لم يسمَ لها المهر، فيفسخ نكاحها قبل، وبعد الدخول مع استحقاقها صداق المثل بعد البناء ،لاستحلال فرجها، وذهب الحنابلة إلى أن النكاح فاسد فيهما معًا، أي من سمى لها ومن لم يسمى لها مهر .[٦٥]

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

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

للشيرازي في فقه الشافعية لا يجوز نكاح الشغار لكن الشافعية يفرقون بين حالتين: الحالة الأولى إذا زوج الرجل ابنته، من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته ،وليس بينهما صداق، ففي هذه الحالة النكاح باطل، لأنه اشرك البضع بينه وبين غيره فكأنه زوج ابنته من رجلين. أما الثاني إذا قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك، صح النكاحين ،لأنه لم يحصل التشريك في البضع ،وإنما حصل الفساد في الصداق ،وهو أن جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح .[٦٦] اعترض الحنفية على هذا القول بثلاثة أوجه، الأول: أن المنهي عنه هو زواج الشغار الذي كان معروفًا في الجاهلية، وهو الاكتفاء بجعل كل من المرأتين مهرًا للأخرى، بدون ايجاب مهر لهما، فإذا اوجبنا مهر المثل لكل منهما بهذا العقد، لم تكن كل من المرأتين مهرًا للأخرى، وبعد عن كونه زواج شغار. الوجه الثاني: تأكيدًا للوجه الأول أضاف الحنفية: أن المنهي عنه حصول الشغار، وعند الحنفية هذه الحقيقة المنهي عنها غير نافذه ،لأن الذي يقولون بحله ونفاذه، انما هو العقد بمهر المثل، فبطل كونه صداقًا. أما الوجه الثالث: أن النهي للكراهة لا للفساد، وذلك لأن الشارع جعل فساد المسمى في الصداق موجبًا لمهر المثل في غير هذا مع الكراهية فيحمل النهي هنا على الكراهة قياسًا على غيره.[٦٧]

ثالثًا/المذهب الحنفي: يرى فقهاء المذهب الحنفي أن زواج الشغار يعد نكاحًا صحيحًا ،لأن زواج كليهما قد خلا من ذكر المهر، وقد واشترط نفيه فيصح زواجهما، ويجب لكل من المرأتين مهر المثل اذ قال الكاساني في بدائع الصنائع:هو نكاح مؤبد، لكنه خلا من تسمية المهر الصحيحة ،أدخل فيه شرط فاسد إذ شرط فيه أن يكون بضع كل واحد منهما مهر للأخرى .[٦٨]

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

وان سبب الخلاف إذ قال الإمام ابن رشد :سبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل، فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد اجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر أو الخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل، إذ أن أصحاب القول الأول ناقش أصحاب القول الثاني بقولهم: إن الفساد هنا ليس من جهة المهر، بل من جهة انه اوقفه على شرط فاسد يوجب فساد العقد، إذ فيه تشريك في البضع، لأن كل واحد منهما جعل بضع موليته موردًا للنكاح وصداقًا للأخرى، فأشبه تزوجها من رجلين. وناقش أصحاب القول الثاني أصحاب القول الأول بقولهم: إن النهي إنما ورد عن نكاح الشغار، ونكاح الشغار، هو الخالي عن العوض، وهذا نكاح بعوض وهو مهر المثل فلا يكون شغارا. وإن النهي في الحديث الذي ينهى عن الشغار، حمل على الكراهة لا التحريم.[٦٩]

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

الخاتمة

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

أولًا/النتائج

١- إن الشرط في عقد الزواج أمر جائز شرعًا وقانونًا تطبيقًا للمبدأ القانون المعروف(العقد شريعة المتعاقدين) .

٢- إن الشرط المقترن بالعقد هو:التزام واقع في العقد حال تكوينه،يزيد عن أصل العقد ومقتضاه، إذ يصبح جزءً من اجزائه التي تم التراضي على أساسها.

٣- إن الشروط المتفقة مع الشريعة الإسلامية ،وتتوافق ومقتضيات العقد يجب الوفاء بها إذا تراضيا عليها وذلك لان الرضا أساس العقد .

٤- إن الشروط المقترنة بالعقد إذا كانت تتنافى مع الشريعة الإسلامية وأصولها فهي مرفوضة وتبطل العقد.

٥- إن أثر الشروط الفاسدة أو الباطلة والمقترنة بالعقد محل خلاف بين الفقهاء، فالجمهور يرون فساد العقد لفساد الشرط المقترن به، وهذا يدل على أن العقد يلغى بسبب ما اقترن به من شروط فاسدة ،بعكس فقهاء الحنفية الذين يرون أن العقد صحيح لا يلغيه الشرط الفاسد بل يلغى الشرط فقط لأن العقد اكتملت أركانه وشروطه.

٦- لم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي صراحة على زواج الشغار، من هنا نستنتج بأن زواج الشغار تحكمه أحكام الشريعة الإسلامية من حيث الشروط ويحكمه القانون المدني من حيث الآثار المترتبة على الفسخ.

٧- إن نكاح الشغار باطل لاقترانه بالشرط الفاسد ما لم يتم الدخول بالزوجة، فيصح العقد ويجب لها مهر المثل مراعاة لمصلحة المرأة.

ثانياً/التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة في قانون الأحوال الشخصية العراقي عن زواج الشغار وكذلك عن الشروط المقترنة بالعقد .

٢- نقترح على المشرع العراقي بتجريم زواج الشغار كقانون تشريع منهاضه العنف الأسري في إقليم كردستان العراق رقم ٨ لسنة ٢٠١١ ،إذ نصت المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون العنف

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

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

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

المصادر والمراجع:

[١] ابن منظور،جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم،لسان العرب،مجلد ٧،حرف ص-ظ،دار صادر،بيروت،دون سنة طبع ،ص٣٢٩.

[٢] فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات الطبعة الثانية، القاهرة ، 1997 ،ص٤٥.

[٣] د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء الثالث , مكتبة النهضة المصرية , القاهرة ، ١٩٩٠،ص ٣٥.

[٤] د . صبحي المحمصاني , الطريقة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية , الجزء الثاني،الطبعة الثانية, دار العلم الإسلامي , بيروت ,١٩٧٢ , ص٢٠٦ .

[٥] قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

[٦]. مصطفى ابراهيم التركي , اصول الفقه في نسيجة الجديد , الجزء الثاني, دار الثقافي , بيروت , لبنان , ٢٠١١ , ص ٤١.

[٧] د.احمد فراج حسين ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ،دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٥،ص١٤٦.

[٨] محمد كمال الدين،امام الزواج في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،١٩٩٨ ،ص١٠١.

[٩] د.محمد عثمان شبير،الشروط المقترنة بالعقد واثرها في الفقه الإسلامي،مجلة كلية الشريعه والدراسات الإسلامية ،جامعة قطر،عدد٢٢، ٢٠٠٤،ص٦٠ .

[10] الفقره ٣ من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل.

[١١] المادة ٢٣ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

[١٢] د.عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او الآداب العامة في القانون المدني،المطبعة العالمية،القاهرة،١٩٥٨،ص٨٥.

[١٣] المادة ١٨٦ من مجلة الأحكام العدلية سنة ١٨٧٦.

[١٤] شمس الدين أبو الفرج ،الشرح الكبير على المقنع،الجزء الثاني،مكتبة المنار،مصر،١٩٢٩،ص٢٨٣.

[١٥] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٢١٣/نفقة/٢٠١٣.

[١٦] شمس الدين محمد الشربيني،مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،الجزء الثالث،مطبعة دار المعرفة-بيروت- لبنان،الطبعة الأولى ،١٩٩٧،ص٢٨٤.

[١٧] علاء الدين الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الجزء الثاني، مطبعة شركة الطبوعات العلمية،مصر،الطبعة الاوللا،١٣٢٨،ص ٣٢٦.

[١٨] محمد بن احمد الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،الجزء الثاني،دار الفكر،بدون مكان طبع ولا سنة نشر،ص ٤٠٦.

[١٩] المحقق الحلي،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام،الجزء الثالث،بدون دار طبع ولاسنة نشر،ص ،٣٩٧.

[٢٠] سامي محمد أبو عرجة،الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي،مجلة جامعة الازهر بغزة،سلسلة العلوم الإنسانية،المجلد ١٠،العدد٢، ٢٠٠٨،ص١٩.

[٢١] السيد علي الحسيني السيستاني،منهاج الصالحين،المعاملات ٢،مسألة ٣٣١.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

https://doi.org/10.61353/ma.0140587

[٢٢] د.احمد الكبيسي،الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون،الجزء الأول،مطبعه عصام،بغداد،ص١٠٣.
[٢٣] أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٥ ،دار الكتب العلمية ،بغداد،١٩٨٦،ص١٦٨
[٢٤] عشاش نهاد،بولطيف فاتن،الاشتراط في عقد الزواج،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،جامعة محمد الصديق بن يحيى-جيجل،كلية الحقوق والعلوم السياسية،الجزائر،٢٠٢١،ص٤٣.
[25] المادة ٢٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
[٢٦] محمد علي السرطاوي،فقه الأحوال الشخصيه(الزواج والطلاق)،ط١،دار الفكر،الأردن،٢٠٠٨،ص٨٧.
[٢٧٢٧] سورة المائدة،الاية (١) .
[٢٨] سيد سابق،فقه السنة،ج١٠،م ج ٢،ط٤،دار الفكر للطباعه والنشر والتوزيع،لبنان،١٩٨٣،ص٤٤.
[٢٩] كوثر كامل علي،شروط عقد الزواج في الشريعه الإسلامية،ط٢،دار سلامة للطباعه والنشر والتوزيع،تونس،١٩٨٥،ص٧٢.
[٣٠] كوثر كامل علي،شروط عقد الزواج في الشريعه الإسلامية،مصدر سابق،ص٧٢.
[٣١] محمد خضر قادر،دور الإرادة في احكام الزواج والطلاق والوصية ،دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ،٢٠١٠،ص١٦٣.
[٣٢] الفقره ٣ من المادة ٦ من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
[٣٣] عيسى حداد،عقد الزواج،منشورات جامعة باجي مختار ،الجزائر،٢٠٠٦،ص٢٠١.
[٣٤] عمر سليمان الأشقر،احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس،فلسطين،٢٠٠٦، ،ص١٨٢.
[٣٥] إسماعيل أبا بكر علي الباكري،احكام الاسرة(الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية، دار الحامد للنشر والتوزيع،الأردن،ص١٠٨.
[٣٦] عمر سليمان الأشقر ،احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،مصدر سابق،ص١٨٣.
[٣٧] مجد الدين او طاهر محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ،القاموس المحيط ،مؤسسة الرسالة للطباعه والنشر والتوزيع ،بيروت،٢٠٠٥،ص٦٩٢.
[٣٨] ابن منظور،جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم،لسان العرب،مصدر سابق،ص٢٢٨٣.
[٣٩] د.احمد محمود خليل،عقد الزواج العرفي، منشأة المعارف، الإسكندرية،٢٠٠٦،ص ٢٤.
[٤٠] د.سلام عبد الزهرة و د. نبيل مهدي زوين،الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته،دار السلام الجامعة،النجف الاشرف،الطبعة الخامسة،٢٠٢٠ص ١٠٨..
[٤١] محمد علي الطبطبائي،رياض المسائل،الجزء ١١،مؤسسة ال البيت، قم، ص ٢٧٤.
[٤٢] ،محمد امين ابن عابدين،رد المحتار على الدر المختار،الجزء الثالث،مطبعة مصطفى البابي الحلبي،مصر،الطبعة الثانية،١٩٦٦،ص ١٠٦.
[٤٣] ابو محمد المالكي،النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات،الجزء الرابع،دار الغرب الإسلامي،بيروت،الطبعة الأولى،١٩٩٩،ص ٤٥١.
[٤٤] ابو حامد الطوسي،الوسيط في المذهب،الجزء الرابع،دار السلام،القاهرة،الطبعة الأولى،١٤١٧ ،ص٤٩.
[45] المادة ١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .
[٤٦] د.هيفي حسن رمضان ،العنف الاسري،مصدر سابق،ص٦٧.
[٤٧] الفقر ة الاولى من المادة الثانيه من قانون منهاهضة الاسرة في إقليم كردستان العراق رقم ٨ لسنة ٢٠١١.
[٤٨] الفقره الاولى من المادة التاسعه من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
[٤٩] أبو عيسى محمد الترمذي،الجامع الصحيح سنن الترمذي :رقم الحديث:١١٢٣، بدون سنة طبع ولا دار نشر ص٣٢٤.
[٥٠] محمد الشماع،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري،ج١،دون طبعه،دمشق،١٩٩٥،ص١٨٠.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0

[٥١] محمد الشماع ،المصدر السابق ،ص١٨٢
[٥٢] محمد سمارة، احكام واثار الزوجية،دار الثقافة للنشر،عمان،٢٠٠٨،ص١٤٣.
[٥٣] ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،دار الحديث،القاهره،٢٠٠٤ ، ص٤٦.
[٥٤] ابن حزم ،المحلي بالاثار،دار الفكر ،بيروت،٢٠١٦، ص٥١٤.
[٥٥] احمد محمد الخليفي،عقود الزواج الفاسدة في الإسلام،ط١،دار المدار الإسلامي،ليبيا،٢٠٠٨،ص٢٤٤.
[٥٦] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،مصدر سابق،ص٤٧.
[٥٧] د.سامية عمر محمد العوض،صور مستحدثة للزواج ومدى المشروعية،مصدر سابق،ص١٤٧٤.
[٥٨] د.سامية عمر محمد العوض،صور مستحدثة للزواج ومدى المشروعية،المصدر نفسه،ص١٤٨٢.
[٥٩] ابن عبد الهادي الحنبلي،الضوابط الكلية والضوابط الفقهية،دار البشائر الإسلامية ،سوريا،١٩٠٠،ص٧٨.
[٦٠] الحديث اخرجه الامام مسلم في صحيحه في كتاب النكاح باب التحريم نكاح الشغار وبطلانه،جامع الأصول،ص٤٥٢.
[٦١] شمس الدين المقدسي ،المقنع وشرح الكبير والانصاف،هجر للطباعه والنشر والتوزيع،القاهره،١٩٩٥،ص٤٠٠.
[٦٢] ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،مصدر سابق،ص٥٧.
[٦٣] مالك بن انس،موطأ الامام مالك،دار الكتاب الحديث،السعودية،٢٠١٠،ص١٧٩.
[٦٤] عبد الرحمن الجزيري،الفقه على المذاهب الأربعة،دار الكتب العلمية،لبنان،٢٠٠٣،ص٨٨١.
[٦٥] لعريبي ايمان،لمطاعي نور الدين ،الشروط المقترنه بعقد الزواج ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،٢٠١٣،ص١٧٨.
[٦٦] الشيرازي،المهذب في فقه الامام الشافعي،ط١،ج٢،دار الكتب العلمية،لبنان،١٩٩٥،ص ١٠٢.
[٦٧] عبد الرحمن الجزيري،مصدر سابق،ص٨٨٢.
[٦٨] علاء الدين الكاساني،مصدر سابق،ص٥٦٥.
[٦٩] أبو الحسن علي بن محمد البصري،الحاوي الكبير،دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٩٩،ص٤٤٥.

هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. CC BY-NC 4.0