حكم الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج

https://doi.org/10.61353/ma.0020225

أ.م. علي محمد خلف الفتلاوي الباحث: كرار محمد فاضل الاسدي
كلية القانون/ جامعة كربلاء

الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تشترط من قبل أحد الزوجين , أو كليهما , في عقد الزواج يصب في استقرار العلاقة الزوجية بينهما ومن ثم تستقر الأسرة , لذلك من الواجب الايفاء بالشرط المقترن من قبل المشترط عليه , أمَّا في حال الإخلال بالشروط المقترنة يعطي الحق للمشترط أن يطلب فسخ العقد أو التفريق بين الزوجين , وعليه فإنَّ فسخ العقد جعله المُشرِّع العراقي أثراً للزوجة في عدم الايفاء بالشرط المقترن من قبل الزوج , ومعتمداً على بعض الفقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الإخلال .

كلمات المفتاحية: الشروط، عقد الزواج، المشرتط عليه، الاخلال بالشروط، فسخ العقد .

The conditions associated with the marriage contract that are required by one of the spouses, or both, in the marriage contract serve to stabilize the marital relationship between them and then the family settles, so it is obligatory to fulfill the condition associated with the condition of the condition. In the case of breaching the conditions attached gives the right to the stipulator to request the annulment of the contract or the separation of the spouses, and accordingly, the annulment of the contract that the Iraqi legislator made an effect for the wife in not fulfilling the condition stipulated by the husband, and relying on some jurists Islamic law in the rule of breach.

المُقدِمة

يعدّ الشرط المقترن بعقود المعاوضات بندًا من بنود هذه العقود، لذلك يجب الوفاء به في مرحلة نفاذ العقد، باعتباره قد أصبح من آثار هذا العقد، وفي حال عدم الوفاء به فسيتعرض الطرف المخل به إلى حكم قانوني معين، يختلف هذا الحكم بحسب مضمون الشرط الذي تم الإخلال به، فقد يكون التنفيذ العيني الجبري، أو فسخ العقد، أو إنقاص الاجرة، أو الحق في الحبس، أو التعويض، ولذلك يتبين لنا بأن هذا الشرط قد دخل في أجزاء العقد , وأصبح من آثار هذا العقد , أمَّا في عقد الزواج عندما يقترن بشروط تعود بالمنفعة للمشترط فإنَّه من الواجب على المشترط عليه الايفاء, ولكن إذا أخَل المشترط عليه ,يحقُ للمشترط أن يطلب فسخ العقد أو طلب التفريق , بحسب قانون الأحوال الشخصية لبلد المتعاقدين .

أولاً: مشكلة البحث

السؤال المركزي : إنَّ الإخلال بالشرط المقترن بعقد الزواج يولد للمشترط خيارات عدّة يضمن بها حقه , فقد يكون بفسخ العقد أو التفريق بين الزوجين .

الأسئلة الفرعية :

١- هل يحق للزوجين فسخ عقد الزواج , عند إخلال أحدهم بالشرط المقترن؟.

٢- ماذا نعني بفسخ عقد الزواج , وهل يختلف عن عقود المعاوضات الأخرى ؟.

٣- هل يختلف فسخ عقد الزواج لعدم الإيفاء بالشرط المقترن عن الطلاق والتفريق القضائي؟.

٤- هل اختلفت المذاهب في حكم الإخلال بالشرط المقترن؟.

٥- هل اختلف التشريعات العربية في الحكم بالإخلال بالشرط المقترن بعقد الزواج ؟.

ثانياً: منهجية البحث

سنتناول موضوع حكم الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج مدار البحث عبر منهجية مقارنة بين المذاهب الإسلامية والقانون الوضعي , وعليه سوف نقسم البحث إلى مبحثين, نشير في المبحث الأول إلى قابلية ثبوت حق الفسخ , ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين, سنتطرق في المطلب الأول مفهوم الفسخ لعدم الوفاء بالشرط, ونخصص الثاني للبحث تمييز الفسخ مما يشتبه به , أمّا المبحث الثاني فسوف نخصصه إلى موقف التشريعات من الإخلال بالشروط وحالات إسقاط حق الفسخ , وسنقسمه إلى مطلبين, نشير في المطلب الأول إلى موقف التشريعي من الإخلال بالشروط المقترنة , وسنخصص الثاني إلى مسقطات حق الفسخ.

ثم نختم موضوع البحث بخاتمة ضمناها أهم النتائج والمقترحات التي تخص البحث.

المبحث الأول

قابلية ثبوت حق الفسخ

في هذا المبحث سنتناول مدى ثبوت حق الفسخ لعدم الوفاء بالشروط المقترنة, لذلك سوف يقسم هذا المبحث إلى مطلبين , ندرس مفهوم الفسخ لعدم الوفاء بالشرط في المطلب الأول , ونترك تمييزه عمّا يشتبه معه في المطلب الثاني.

المطلب الاول

مفهوم الفسخ لعدم الوفاء بالشرط

الزواج وسيلة للاستقرار واستمرار الحياة الزوجية وقد أراده الإسلام أبدياً إلّا أنَّه لم يجعل منه سجناً أو قيداً دائماً لا يمكن الخروج منه إلّا بالوفاة ، فقد شرع حالات يمكن اللجوء اليها لأنهاء رابطة زوجية منشؤها عقد زواج صحيح أو غير صحيح , وذلك حين يعجز أطراف العقد عن تحقيق أهدافه وغاياته ومن هذه

الحالات إنهاء عقد الزواج بالفسخ , ولتحديد تعريف الفسخ سنحاول أن نبين معناه في اللغة , وفي اصطلاح الفقهاء في الفرع الأول , وبعد ذلك نعرف فسخ لعدم الإيفاء بالشروط المقترنة ولأجل الإحاطة بهذه المعاني في الفرع الثاني .

الفرع الاول

تعريف الفسخ

أولاً / الفسخ في اللغة: مصدره فسخ واصل الكلمة الفاء والسين والخاء ويأتي بعدة معاني منها النقض والتفريق, ويقال فسخ الشيء أي فرقه وكذلك فسخ البيع أي فرق البيع وكذلك فسخ النكاح[1]ويقال فسخت العقد فسخاً أي رفعته وتفاسخ القوم العقد أي توافقوا على فسخه وفسخت الشيء أي فرقته[2], وبذلك يتضّح لنا أنَّ الفسخ يطلق في اللغة على معاني عدّة متقاربة وهي : النقض , الرفع , التفريق وهذه المعاني بينها قاسم مشترك وهو نقض الشيء , والمعنى الأقرب للفسخ مما تقدم هو التفريق .

ثانياً / الفسخ اصطلاحاً : إنَّ الفسخ مصطلح نابع من اللغة ولا يخرج عن نطاق معناه اللغوي, وفي تعريفه الفقهي هو حلّ رابطة العقد المبرم وهدم الآثار التي كانت تترتب عليه بحيث لا يعود له وجود لكن الفسخ لا يعدم العقد من الناحية المادية لأنَّه موجود بالفعل ، ومن هنا فهو تحلل أطراف العقد المفسوخ من التزاماتهم فلا يستطيع أحدهما إلزام الآخر استناداً إلى عقد مفسوخ[3].

وقد أورد فقهاء الشريعة تعريفات للفسخ تشير إلى المعنى الذي ذكرناه والمعنى الاصطلاحي للفسخ لا يختلف من عقد إلى آخر فحكم الفسخ هو تحلل المتعاقدين من الالتزامات المترتبة عليهما وارجاعهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد سواء أكان العقد في اطار المعاملات المالية مثل البيع أو كان في اطار العلاقات الاسرية مثل الزواج. فقد عرفه بعض فقهاء الحنفية بأنَّه :" رفع للعقد من الاصل وجعله كأنه لم يكن:"[4], وذكر بعض فقهاء المالكية ان الفسخ

"هو حل ورفع للعقد من الاصل[5] ، وأورد بعض فقهاء الشافعية تعريفاً للفسخ هو" رفع العقد في حاله لا من اصله "[6] , في حين عرفه بعض الحنابلة بأنَّـه " حل ارتباط العقد"[7]، أمَّا الظاهرية فقد عرفوه بأنَّـه " حل للعقد وفك الارتباط بين أطرافه [8].

وصفوة القول إنَّ تحقق سبب من الأسباب التي تؤدي إلى فسخ العقد يؤدي إلى هدمه وتحلل أطرافه من الالتزامات المترتبة عليهم بموجبه ، ولما كان لعقد الزواج خصوصية من حيث طبيعة الاثار المترتبة عليه فهل إنَّ المعنى العام للفسخ سيكون متناسباً مع الطبيعة الخاصة لعقد الزواج , وهذا ما سنحاول أن نبينه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

تعريف الفسخ لعدم الإيفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج

لم يورد فقهاء الإسلام القدامى تعريفاً خاصاً بفسخ عقد الزواج واكتفوا بإيراد التعريف العام للفسخ ينطبق على العقود جميعها ومنها عقد الزواج , ولعل من الأسباب التي ترجع إلى عدم وضع تعريف للفسخ هو عدم اتفاق كلمتهم على مشروعية الفسخ , إذ نجد أنَّ بعض المدارس الفقهية مثل الفقه الظاهري[9] قد منعت فسخ عقد الزواج بشكل مطلق , في حين جعلته بعض المذاهب الإسلامية مثل الحنفية مقتصراً على الزوجة وحدها.

وقد انسحب موقف الفقه الإسلامي على بعض قوانين الأحوال الشخصية من مثل قانون الأحوال الشخصية العراقي التي فضلت عدم إيراد تعريف فسخ عقد الزواج باستثناء قانون الأحوال الشخصية الكويتي الذي أورد تعريفاً لفسخ عقد الزواج هو ما نصّت عليه المادة (٩٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي "فسخ الزواج هو نقض عقده ، عند عدم لزومه ، أو إذ يمتنع بقاؤه شرعا ، وهو لا ينقص عدد الطلقات"[10] , وكذا الحال بالنسبة لقانون الأسرة القطري الذي عرف

الفسخ في المادة (١٠٥) بأنَّـه "الفسخ هو نقض عقد الزواج لخلل صاحب نشؤه، أو عارض طارئ مانع لبقائه والفسخ فرقة بائنة ، ولا رجعة فيها ، ولا ينقص عدد الطلقات , وكل فرقة بحكم القضاء تعتبر فسخاً"[11].

ومن جانبه , حاول الفقه القانوني أن يضع تعريفاً لفسخ عقد الزواج يحدد معناه بشكل وافٍ , فقد عرفه بعضهم بأنَّـه "عبارة عن رفع عقد الزواج ونقضه وإزالة ما يترتب عليه من أحكام في الحال"[12] , وعرفه آخرون "بأنَّـه عبارة عن انحلال عقد الزواج بسبب من الأسباب وهي على قسمين هما الفسخ بسبب خلل في العقد ينشأ لطرأ سبب يمنع ويقطع استمراره وبقاءه مثل ارتداد احد الزوجين , فرقة اللعان , والسبب الثاني بسبب خلل رافق العقد فيكون فسخاً للعقد ونقض من أساسه مثل عدم الكفاءة"[13] , وهناك من عرفه بأنَّـه " كل عارض يمنع بقاء الزواج أو يتدارك به أمر اقترن بإنشاء العقد فجعله غير لازم ، ومن الفسخ الذي يمنع بقاء الزواج الفسخ بردة احد الزوجين ، ومن الفسخ الذي يعتبر تدارك لأمر اقترن بإنشاء العقد الفسخ بعدم الكفاءة"[14].

وعرفه آخر بأنَّـه" نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت العقد أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره"[15], وأراد بعضهم أن يبين الفرق بينه وبين الطلاق فعرّفه بأنَّـه " ما تنحل به عقدة الزواج , ولا يعدّ طلاقاً وهو نوعان ما يحتاج إلى قضاء قاضي وما لا يحتاج إلى ذلك" [16].

المطلب الثاني

تمييز الفسخ مما يشتبه به

لتحديد مفهوم فسخ عقد الزواج لعدم الايفاء بالشروط المقترنة بالعقد بوضوح لهذا لابدَّ أن نميزه عمّا يشابهه من مصطلحات: كالطلاق و التفريق القضائي , لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ,سنتناول في الفرع الأولى تمييز

الفسخ لعدم الوفاء بالشروط عن الطلاق, وسنكرس الفرع الثاني لتمييز الفسخ لعدم الوفاء بالشروط من التفريق القضائي.

الفرع الأول

تمييز الفسخ لعدم الوفاء بالشرط المقترن عن الطلاق :

تمييز الفسخ لعدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج عن مصطلح الطلاق الذي يملك , من التعريفات عدّة من الناحية اللغوية[17], والاصطلاحية [18], أمّا تعريفه التشريعي فقد عرّفه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (٣٤) ف(١)التي نصّت على أنَّه "الطلاق رفع الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة أن وكلت به أو فوضت أو من القاضي, ولا يقع الطلاق إلّا بالصيغة المخصوصة له شرعاً"[19], بما أنَّ الطلاق والفسخ لعدم الإيفاء بالشرط المقترن ,ينهيان الرابطة الزوجية, مع ترتيب بعض الآثار, مثل النسب وغيره , إلّا أنَّهما يختلفان في أنَّ الفرقة بين الزوجين التي تكون عن طريق الطلاق تحسب من عدد الطلقات الثلاث ,التي هي ملك الرجل على زوجته, وهذا خلاف الفسخ لعدم الايفاء بالشرط, فإنَّه لا يحتسب من عدد الطلقات في حالة زواجها من نفس الرجل[20], وهذا هو المقرر في الشريعة ,بأنَّ الزوج له على زوجته ثلاثة طلقات ,ولا تحلُ له بعدها إلّا بعد أن تنكح من رجل آخر[21], وهذا مستند إلى قوله تعالى :((الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ))[22], وعلى ذلك فإذا عدّت الفرقة طلاقاً رجعياً أو بائناً ينقص بذلك عدد الطلقات التي يملكها الرجل , بخلاف ما إذا أعدت الفرقة فسخا إذ يبقى عدد الطلقات , ولا ينقص منها بعد الفرقة بين الزوجين.[23]

أمَّا الفرقة بين الزوجين , إذا كانت الفرقة فسخا ينهي الحل بين الزوجين في الحال من دون التوقف على انتهاء العدة , بعضها يقطع الاستمرار ويمنع البقاء وبعضهم الآخر يهدم العقد كأنه لم يكن , بخلاف الطلاق فلا ينقض العقد بل ينهي الحياة الزوجية في المآل كالطلاق الرجعي أو في الحال كالطلاق البائن , نجد بأنَّ

فقهاء المسلمين قد اتفقوا على العدة للزوجة سواءُ كان طلاقاً أم فسخاً, إلّا أنَّ الخلاف في حكم المعتدة من طلاق عن المعتدة من الفسخ ؛ لأنَّ المعتدة من الطلاق البائن بينونة صغرى , أو من طلاق رجعي , تكون صالحة لوقوع طلاق آخر, وهذا خلاف الفسخ لعدم الوفاء بالشرط , فإنّها لا تكون صالحة في أن يقع عليها طلاق آخر[24], ونصّت قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ في المادة (٤٨): (١-عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء.).

وفي حال الطلاق , فأنَّ الزوج لا يحتاج إلى سبب في إيقاع الطلاق , وإن كان هناك اختلاف فقهي في التعويض في الطلاق التعسفي , إلّا أنَّ الأصل هو حق للزوج , أمَّا الفسخ لعدم الايفاء بالشرط فلابد من أن يكون هناك سبب وهو الإخلال بالشرط الصحيح المعتبر المقترن بعقد الزواج[25] , وحق الطلاق يمكن أن ينتقل إلى الزوجة لإيقاع الطلاق عن طريق التفويض ,أو التوكيل ,على خلاف في ثبوته للزوجة , إلا أنَّ التشريعات العربية , وكذلك التشريع العراقي , أجاز ذلك فقد نصّ في المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (الطلاق....إن وكلت به أو فوضت ...), بينما الفسخ لعدم أيفاء بالشرط فهو من حق المشترط وحده , ولكن نجد من التشريعات العربية قد اختلفت في اعطاء هذا الحق , منهم يعطي الحق للمشترط سواء كان الزوج أم الزوجة , وآخر اقتصره للزوجة , فطلب الفسخ لعدم إيفاء بالشرط المقترن من قبِل الزوج.[26]

ومن ناحية المهر , فإنَّ الزوجة تستحق نصف المهر عند الطلاق وقبل الدخول , أو الخلوة الصحيحة, بينما إنَّ وقع الفسخ لعدم الايفاء بالشرط قبل الدخول فلا تستحق المهر[27] , أمَّا بعد الدخول والإخلال من جانب الزوج فأنَّها تستحق كل المهر[28] , نستنتج مما تقدم أنَّ الفسخ لعدم الايفاء بالشرط يختلف عن الطلاق في الآثار المترتبة في عدد الطلقات , وفي العدة والنفقة أثناء العدة.

الفرع الثاني

تمييز الفسخ لعدم الوفاء بالشروط عن التفريق القضائي(29)

منح المُشرِّع الزوجة عدد من الأسباب التي تحفظ حقها في التفريق بينها وبين زوجها بما يمنع تسلط الزوج عليها ويحفظ حقوقها فلا تستشعر أي قيد يفرضه زوجها عليها غير التي تحتمها العشرة الزوجية وذلك باستعمال التفريق القضائي ليس كبديل للخلع , بل حتى لا تفقد المرأة حقها في مهرها ، وإنَّ التفريق القضائي هو طريق شرع للأخذ بيد من يلحقه الاذى والضرر ومنع الإساءة الآتية من الزوج.[30]

والتفريق القضائي باب خلاص فتحته الشريعة للزوجة للخلاص من زوجٍ لم يرض بقبول بدل الفدية أو قد تكون المرأة عاجزة عن دفع البدل الخلع ، إذ جعلت لها حق اللجوء إلى القاضي ليطلقها[31] , وقبل تحديد أوجه الفرق بين الفسخ والتفريق القضائي لابد من معرفة معنى التفريق القضائي إذ عرّفه بعضهم من الفقه بأنَّـه حل قيد الزواج يوقعه القاضي بناء على طلب الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية.[32]

ولتحديد أوجه الفرق بين الفسخ لعدم الوفاء بالشرط , والتفريق القضائي , من حيث ماهية الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فأنَّ الأصل يؤدي إلى التفرقة بين الزوجين بدون الحاجة لتدخل القاضي , إلّا أنَّ في حال المخالفة للشرط المقترن الذي جعل الإخلال سبباً إلى الفسخ , وهو ما ذهب إليه المذهب الحنبلي , وكذلك معظم التشريعات العربية التي استندت بالشروط على المذهب الحنبلي, فأنَّه لا بد من تدخل القاضي للفصل وليبين ما إذا كانت الشروط المقترنة من الشروط الصحيحة المعتبرة , أو غيُر ذلك ولاسيما في التشريعات[33] التي لم تحدد الشروط , وإنَّما ذُكرت بشكل عام , وبعد إثبات صحة الشرط يحكم القاضي بالفسخ لعدم الايفاء بالشرط ,أو أن تفسخ الزوجة بحضور القاضي.[34]

بينما في التفريق القضائي يتوقف الحكم على القاضي وحده , بعد أن يثبت بأنَّ الحياة لا يمكن أن تستمر بينهم , واستناداً للدعوى المرفوعة أمامه , سواء

من الزوج أم من الزوجة[35], أمَّا الاختلاف من حيث الأسباب , فالفسخ لعدم الوفاء بالشرط , هو الإخلال بالشروط بحيث يثبت للقاضي أنَّ هناك إخلالاً قد وقع فعلا بالشرط المقترن الصحيح , أمَّا التفريق القضائي فإنَّه لا يكون إلّا بناءً على دعوى تقيمها الزوجة على الزوج , أمام القضاء لطلب التفريق بينهما عند توفر الأسباب التي تتطلب ذلك , ومن تلك الأسباب عدم انفاق الزوج ، إساءة عشرة الزوج ،غيبة الزوج .[36]

ومن حيث الأثر فالفسخ لعدم الوفاء بالشرط قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر , أمَّا التفريق القضائي قبل الدخول فأنَّه يوجب للمرأة نصف المهر المسمى , فإن لم يكن المهر مسمى, استحقت المتعة.[37]

وعليه نقترح أن يكون الحكم بالإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج هو التفريق أو ما يسمى ـ التطليق ـ , وعلى المُشرِّع أن يحذو حذُو المُشرِّع الجزائري في حكم الإخلال بالشرط المقترن, و هذا الامر ليس بغريب على المُشرِّع العراقي فقد جاء في المادة(٥٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ فقد نصّت الفقرة (٩/ج) على " إذا أخل زوج لأم بالتعهد المنصوص عليه في المادة (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من قبل الزوجة. " إذ المُشرِّع أعطى الحق للزوجة طلب التفريق , يرجى على المُشرِّع أن يعيد تنظيم الفقرة (٤) من المادة (٦) ويجعل من الإخلال بالشروط الصحيحة سبباً لطلب التفريق ولكن متوقف على تحقق الضرر الحاصل من الإخلال بالشروط المقترنة , فضلاً عن أنَّ الفسخ الذي اعتمده المُشرِّع العراقي في المادة (٦) فقرة (٤) لا يتناسب مع عقد الزواج , ولأنَّ الزواج يحمل في طياته آثاراً لا يمكن للفسخ أن يعالجها , لذلك نجد بعض الفقهاء لا يعطون الحق بأن يفسخ عقد الزواج.

المبحث الثاني

موقف التشريعات من الإخـلال بالشروط وحالات إسقاط حق الفسخ .

إذا اشترط أي من الزوجين شرطاً في العقد , وكان الشرط صحيحاً, فإنَّه يلزم الوفاء به , فإذا أخل به المشترط عليه , يثبت الحق في طلب الفسخ لمن شرط له , لذلك نقسم المبحث على مطلبين , نخصص المطلب الأول لحكم القانون من الإخلال بالشروط , ونترك المطلب الثاني لحالات إسقاط حق الفسخ .

المطلب الأول

موقف التشريعي من الإخـلال بالشروط المقترنة.

إنَّ الأثر المترتب على الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج يختلف من تشريع لآخر, فقد تبين بأنَّ بعض التشريعات قد نصّت على الاثر المترتب على عدم الوفاء بالشرط وهذا ما نبحثه في الفرع الأول , بينما نترك الفرع الثاني لبيان التشريعات التي لم تنص على أثر عدم الوفاء بالشرط .

الفرع الأول

التشريعات التي نصّـت على حكم الاخلال.

القوانين التي نصّت تشريعاتها على الأثر المترتب على عدم الوفاء بالشروط المقترنة , إذ نصّ قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨لسنة ٢٠٠٥,الفقرة (٤) من المادة (٢٠) , فقد نصّت على أنَّـه ((إذا اشترط فيه شرط لا ينافي اصله ولا مقتضى , وليس محرماً شرعاً, صح الشرط و وجب الوفاء به , وإذا اخل به من شرط عليه كان لمن اشترط له طلب فسخ الزواج, سواء كان من جانب الزوجة , أو من جانب الزوج , ويعفى الزوج من نفقة العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة)).

وبهذا قد أخذ المُشرِّع الاماراتي بالمذهب الحنبلي في ما يخص بالشرط المقترن , ويعد المُشرِّع الاماراتي من أكثر التشريعات العربية التي أوضحت الشروط وأثرها على العقد , إذ أعطى الحق بخيار الفسخ أو المضي للزوجين ,

وبين الأثر على النفقة في ما إذا كان الإخلال من جانب الزوجة , نستنتج من ذلك بأنَّ الحق يثبت للمشترط سواء كان الزوج أو الزوجة .

والقانون الكويتي [38], الفقرة (ج) (المادة ٤٠) فقد نصّت على أنَّه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه ، وليس محرماً شرعاً صح الشرط ووجب الوفاء به ، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ" , وكذلك قانون الأحوال القطري[39] نصّت المادة (٧٣) على أنَّه " إذا اقترن عقد الزواج بشرط لا ينافي أصله , ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً , صح الشرط و وجب الوفاء به , فإن لم يوف به كان للمشترط له حق الفسخ ", وعليه نجد أنَّ القانون الكويتي ,والقطري لم يختلفا عن ما سار عليه قانون الاماراتي, لأنَّهم قد اعتمدوا على مذهب واحد وهو مذهب الحنابلة في اعطاء حق الخيار بالفسخ للمشترط , و سواء كان الزوج ام الزوجة . والقانون . الاردني ـ [40] إذ نصّت المادة (١٩)" إذا اشتُرِط حين العقد شرط نافع لأحد الزوجين، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، وسجل في وثيقة العقد، وجبت مراعاته وفقاً لما يأتي: أ. إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يسكنها في بلد معين، أو أن لا يمنعها من العمل خارج البيت، أو أن تكون عصمت الطلاق بيدها، كان الشرط صحيحاً، فإن لم يفِ به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية. ب. إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورةٍ شرعاً ولا يمس حق غيره، كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت، أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه، كان الشرط صحيحاً وملزماً، فإذا لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلبٍ من الزوج، وسقط مهرها المؤجل ونفقة عدتها. ج. إذا قُيد العقد بشرط ينافي مقاصده، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً، 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 والعقد صحيحاً", لا يوجد اختلاف بين قانون الاردني والقوانين التي ذكرت ؛لأنَّهم معتمدون مذهب الحنابلة في الاشتراط والأثر المترتب على عدم الوفاء بالشرط المقترن بإعطاء الحق للمشترط بفسخ العقد , إلّا أنَّ المُشرِّع الأردني قد نص في نهاية الفقرة الثانية من المادة (١٩) بأنَّ اشتراط الزوج على الزوجة عند عدم الوفاء به من قبل الزوجة ، وطلب الزوج فسخ عقد الزواج للإخلال بالشرط فإنَّ الزوج يعفى من المهر المؤخر، فهذا النص أخطأ الصواب ؛ لأنَّ المهر المؤخر قد يكون كله مؤخرا، فيأخذ الزوج المهر كله ، وقد يكون المؤخر نصف المهر، فلا يأخذ منه إلّا النصف ، وقد يكون المهر كله معجلا فلا ينال منه شيئا ، فهذا الإطلاق في هذه الفقرة لا يحقق العدالة التي يسعى المُشرِّع إلى تحقيقها.[41]

أمَّا القانون البحريني [42], الفقرة (د) من المادة (٥) إذ نصّت بأنَّـه " للزوجين عند الإخلال بموجب الشرط طلب الوفاء به تحت طائلة فسخ العقد أو التطليق " , ومن نص الفقرة نجد قانون البحريني قد جمع بين الفسخ الذي يقره مذهب الحنابلة و بين مذاهب أخرى كالمذهب الشافعي في كل فرقة للزوجين عن طريق القاضي تعتبر طلاقاً[43], وهذا تخبط قد وقع به المُشرِّع البحريني وأرباك في توجه القضائي كون آثار فسخ العقد يختلف عن التطليق , لذلك يرجى من المُشرِّع البحريني أن يعدل من هذه النصوص كي يرفع الغموض عنها , والقانون السوري[44]، في الفقرة (٢) و (٣)، فقد نصتا على أنَّـه "إذا قيد عقد الزواج بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما. وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحا ولكن ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح" ,والقانون العراقي [45], فقد نصّ المُشرِّع بالفقرة (٤) من المادة (٦) بأنَّ " للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترطت ضمن عقد الزواج", وعليه فأنَّ الحق الذي اعطاه القانون السوري و العراقي للزوجة من دون

الزوج , وهذا إذا اشترط الزوج بعقد الزواج واخلتَ الزوجة بالشرط المقترن , فأنَّ الزوج لا يمكن له إن يطلب فسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط من قبِل الزوجة , وهذا واضح في ما ذكره المُشرِّع السوري والعراقي , واعتماد المُشرِّع كان على أساس ما ذهب إليه المذهب الحنفي ,في إنَّ الرجل لا يحق له الفسخ إلّا أنَّهُ يملك الطلاق[46] , وهذا خلط قد وقعا فيه التشريعان في الاعتماد على مذهب الحنابلة ومن وافقهم في الاشتراط , ولم ينهجا منهج الحنابلة في الإخلال بالشرط المقترن , وهذا بدوره قد ولدّ شيئاً من التناقض في تفسير النص من الناحية الفقهية[47], والقضائية.[48]

ولكن هناك قوانين قد نصّت على الأثر المترتب على عدم الوفاء بالشرط المقترن إلّا أنَّها لم تنص على فسخ العقد عند الإخلال وإنّما نصّت على التفريق ,أي يعدّ الإخلال شرطاً للتفريق , أو ما يسمى بالتطليق , إذ رتب قانون الجزائري[49] الأثر المترتب على الإخلال بالشروط الواردة بالمادة (١٩) , فنصّ القانون على حق التطليق في حالة عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج , وعليه أذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً صحيحاً , ففي حال الإخلال من قِبل الزوج يحق للزوجة طلب التطليق منه , وهذا مستند على ما ذهب إليه مذهب المالكية , إذ أنَّ المُشرِّع الجزائري قد أورد فقرة في المادة (٥٣) من باب انحلال عقد الزواج إذ نصّت المادة (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية (... ٩- يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند مخالفة الشروط المتفق عليها بعقد الزواج), وعليه فإنَّ الزوج إذا رضي بالعقد شروطاً , وأخل بالشرط حينئذ يحق لها أن تطلب من القاضي أن يطلقها من الزوج المخل بالشرط الصحيح المسجل بالعقد ,ابتداءً أو لاحقاً على العقد[50], ونصّ القانون المغربي[51] , في المادة(٩٨) الفقرة (١) (للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الاتية : ١- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج ...) والأمر نفسه نجده بالمادة ٩٩ من القانون نفسه إذ تنص (يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج مبرراً لطلب التطليق ...) وملاحظ أنَّ كل من المُشرِّعين الجزائري والمغربي قد جعلا حق الإخلال بالشروط المقترنة هو

التطليق , وهذا هو مذهب المالكية في أنَّ الزوجة لا تملك الحق في حل الرابطة الزوجية , وإنَّما يرفع الأمر للقاضي , وعدّ الإخلال ضرراً يحق للمتضرر بطلب للقاضي بالتطليق.[52]

الفرع الثاني

التشريعات التي لم تنص على حكم الإخلال

القوانين التي لم تنص على الأثر المترتب على عدم الوفاء بالشرط ، وهذه القوانين، كما يأتي: القانون اليمني، والمصري، والسوداني، واللبناني، والليبي، والموريتاني، فهذهِ القوانين لم تنص على أي جزاء مترتب على مخالفة الشرط وعدم الوفاء به ، وفي هذه الحالة يكون المعمول به بحسب نصوص هذه القوانين ، أمَّا أقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية أو الرأي الراجح على وفق أحد المذاهب الإسلامية ، أو بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، ونصوص هذه القوانين، كما يأتي:

القانون اليمني[53]، المادة (٣٤٩) تنص على أنَّه: "كل مالم يرد به نص في هذا القانون يعمل فيه بأقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية", فنلاحظ من هذه المادة بأنَّ المُشرِّع قد زاد من حدَّ الخلاف ؛ لإنَّ كل فريق من الفقهاء يرى أنَّ الأدلة التي اعتمد عليها في ترجيحه لهذه المسألة أقوى من أدلة الفريق الآخر، وهذا يفضي إلى اختلاف أحكام القضاة في المسألة الواحدة , وأعتقد أنَّ وضع هذا النص بهذه الصيغة يرجع إلى التركيبة الدينية في اليمن التي تعتمد المذهب الشافعي , والزيدي , بينما القانون المصري[54] في المادة (٣) نصّت على أنَّه: "تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة", وأيضاً القانون السوداني [55], فقد نصّت المادة (٥) على أنَّه : "يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه بهذا القانون".

فالقانون المصري، والسوداني، نصّت موادهم على العمل بالقول الراجح من المذهب الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين، والقول الراجح عند

الحنفية أنه لا يحق للمشترط الخيار في فسخ العقد عند الإخلال بالشرط ؛ لأنه لا تأثير لفوات الشرط في العقد عندهم.[56]

والقانون الموريتاني، المادة (٣١١)، نصّت على أنَّه "كل مالم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك", وقول المشهور في مذهب المالكية لا يختلف عن مذهب الحنفية إلّا إذا كان الشرط معلقا على يمين ، فيلزم الوفاء به[57], ولكن نجد القانون الليبي[58]، الفقرة (ب) من المادة (٧٢)، نصّت على أنّه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون", فهذا النص لم يقيد القاضي بمذهب معين، وهذا يؤدي إلى اختلاف الأحكام في المسألة الواحدة، ما يؤدي إلى اهتزاز القضاء وزيادة عبء كبير على القضاة من حيث البحث والاختيار في أقوال المذاهب الإسلامية في المسائل التي لم يرد بشأنها نص.

المطلب الثاني

مسقطات حق الفسخ

مسقطات حق الزوجة في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط تطبيقا لمذهب الحنابلة ومن وافقهم من الفقهاء القائلين بصحة الشروط , التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولاتكون موافقة لمقتضى عقد الزواج ولا منافية لمقتضاه ، ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها ، ويكون فيها منفعة للمشترط , فإذا أخل أحد الزوجين بالشرط يثبت للمشترط خيار فسخ الزواج ، فللزوجة الحق في فسخ عقد الزواج عند إخلال الزوج بالشرط؛ فالأصل في هذا الحق أنه يبقى قائما على التراخي، ولا يلزم العمل به فور مخالفة الشرط؛ لأنَّه خيار يثبت لدفع ضرر متحقق , فيكون على التراخي، كخيار العيب، وخيار أولياء الدم بين القصاص أو الدية أو العفو؛ ولأن الزوجة أدري وأعرف بما ينفعها من الفورية في الفسخ، أو التأمل و التأني و التراخي فيه[59], لكن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات يسقط فيها حق الزوجة في الفسخ، وهذه المسقطات ، كما يأتي:

١- الرضا بإخلال الزوج بالشرط: للزوجة حق فسخ عقد الزواج، لعدم وفاء الزوج بالشرط , ولكن إذا رضيت الزوجة بإخلال الزوج بالشرط الذي اشترطته عليه، فإنَّه يسقط حقها في خيار فسخ الزواج، سواء كان هذا الرضا بالقول، أو بالفعل، كأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط، أمَّا إذا لم تعلم أنَّ الزوج قد أخل بالشرط ومكنته من وطئها، لا يسقط حقها في الفسخ؛ لأنَّ موجبه لم يثبت ، فلا يكون له أثر، كالمسقط لشفعته قبل البيع.[60]

٢- زوال سبب الشرط : يسقط حق الزوجة في الفسخ إذا زال سبب الشرط ، كما لو شرط لها ألّا يخرجها من منزل أبويها ، أو شرطت في ذلك ، فمات الأب، والأهم بطل الشرط ؛ لأنَّ المنزل صار لأحدهما بعد أن كان لهما ؛ لذلك فإنَّ السبب الذي من أجله كان الشرط لا محل له ، ويقاس على ذلك الشروط التي تشترطها الزوجة على الزوج كافة ، مما لا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج ولا منافية لمقتضاه ، ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للزوجة.[61]

٣- استحالة تنفيذ الشرط: قد يعجز الزوج عن الوفاء بالشرط لأمر خارج عن إرادته وهو استحالة تنفيذ اشتراط الزوجة، فلو شرطت عليه ألّا يخرجها من منزلها، ثم تعذر سكني المنزل – الذي اشترطت عدم الخروج منه إلى سكن آخر – لسبب طارئ، كحدوث زلزال أدى إلى انهيار المنزل ولم يعدّ صالحا سكناه ، أو أن تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها بمفردها، ثم يعجز الزوج عن الوفاء بالشرط، لعدم كفاية موارده المالية أو نظراً لفقره المفاجئ؛ لذلك لا يلزم الزوج بالوفاء بما هو عاجز عنه ، فتتزوج السكن بها حيث أراد ، ويسقط حقها في الفسخ؛ لأنَّ الشرط أمر عارض، و باستحالة تنفيذه يزول حق الزوجة في الفسخ، فرجعنا إلى الأصل، و السكن محض حقه. [62]

جاء في كشاف القناع: "من شرط لها أن يسكنها بمنزل أبيه، فسكنت، ثم طلبت سكناً منفردة وهو عاجز، فلا يلزمه ما عجز عنه، بل لو كان قادرا، فليس لها غير ما شرط لها".

سبق أن بيّنا حق الزوج في الطلاق حق أصيل؛ لذلك فإن حق الزوجة في فسخ الزواج عدم وفاء الزوج بالشرط، لا يسقط حق الزوج في طلاق زوجته بمحض إرادته ، ولكن إذا لم يفِ الزوج بالشرط، وقبل أن تطلب الزوجة فسخ الزواج، قام الزوج بتطليقها، فهل يقع طلاقه؟

قال ابن تيمية: "إذا شرط الزوج لزوجته في العقد، أو اتفقا قبله أن لا يخرجها من دارها، أو بلدها، أو لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، صح الشرط، وهو مذهب الإمام أحمد، وإذا فعل ذلك، ثم قبل أن تفسخ طلق، فقياس المذهب أنها لاتملك الفسخ ".[63]

والراجح في هذه الحالة: أن الزوج يملك حقه في الطلاق قبل أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي، ولكن إذا رفعت الدعوى، فينبغي القول بلزوم انتظار نتيجة الدعوى، فإذا ثبت القاضي المحكمة ما تدعيه الزوجة من إخلال الزوج بالشرط الذي اشترطته الزوجة، وأصدر قاضي المحكمة المختصة حكمه بالتفريق بينهما، فلا يملك الزوج بعد ذلك تطليقها، ولكن عند عدم ثبوت ما تدعيه الزوجة عبر الزوج بالشرط، وردّ القاضي دعوى الزوجة كان له أن يطلقها .[64]

أمَّا في القانون فمعظم قوانين الأحوال الشخصية لم تنص على مسقطات حق الزوجة في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط ، وعدد قليل من هذه القوانين مَنْ نصّت على مسقطات حق الزوجة في الفسخ، وذلك كما يأتي:

أولا– القوانين التي نصّت على مسقطات حق الزوجة في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط :قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات , فقد جاءت الفقرة (١) من المادة (٢٠)، نصّت على أنَّه: يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه , أو رضاه بالمخالفة صراحة و ضمناً، ويعدّ في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذا الطلاق البائن , وقانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ ، إذ نصّت المادة (٤٢) على أنَّه: يسقط حق الفسخ إذا اسقطه صاحبه صراحة أو

ضمنا, القانون القطري المادة (٥٤) , نصّت على أنَّه: يسقط حق طب الفسخ اذا أسقطه صاحبة صراحة أو ضمنا القانون المغربي، المادة (٤٨)، نصّت على أنه: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا ، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة (٤٠)", ولنا بعض الملاحظات على هذه النصوص، وهي كالآتي:

١) لم تنص هذه القوانين على كل مسقطات حق الزوجة في الفسخ، فقد نصّ القانون الاتحادي الاماراتي، والكويتي، والقطري، على أن رضا الزوجة بإخلال الزوج بالشرط يسقط حقها في طلب الفسخ، سواء كان هذا الرضا بالمخالفة صريحا أو ضمنا، ولكن هذه القوانين أغفلت، زوال سبب الشرط ، و استحالة تنفيذه؛ لأنَّ ذلك من مسقطات حق الزوجة في الفسخ، لذلك نرجو المُشرِّع الاتحادي الاماراتي، والكويتي، والقطري، تلافي هذا النقص، والنص على كل مسقطات حق الزوجة في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط .

٢) القانون المغربي، نصّ على أنَّ الظروف والوقائع التي يصبح معها التنفيذ العيني الشرط الصحيح مرهقا للملتزم به، أمكن لهذا الملتزم أن يلجأ إلى المحكمة ويطلب إمَّا اعفاءه منه الشرط أو تعديله، مع استثناء شرط عدم التعدد – المنصوص عليه في المادة (٤) من هذا القانون – الذي لا يمكن التحلل منه إلّا بالتنازل عنه من الزوجة التي اشترطته.

فيفهم من هذا النص أنَّ من مسقطات حق الزوجة في الفسخ أن يكون تنفيذ الشرط مرهق للملتزم به، والمحكمة هي التي تحدد إن كان الشرط مرهقا أو غير مرهق؛ لذلك نرجو من المُشرِّع المغربي النص على مسقطات حق الزوجة في الفسخ، وهي: الرضا بإخلال الزوج بالشرط، أو زوال سببه، أو استحالة تنفيذ؛ أمَّا مسألة أن يكون الشرط مرهقا، فكل شرط فيه ارهاق للملتزم به , وهكذا يدعي كل ملتزم بشرط أنَّ هذا الشرط أصبح مرهقا له و غير قادر على تنفيذه؛ لذلك فإنَّ

النص على استحالة تنفيذ الشرط يعدّ من مسقطات حق الزوجة في الفسخ يزيل مسألة أن يكون الشرط مرهقا أو غير مرهق.

ثانيا- القوانين التي لم تنص على مسقطات حق الزوجة في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط:

القانون المصري , واليمني، و السوري، والأردني، العراقي، والجزائري، و الليبي، والموريتاني، فهذا الإغفال في هذه النصوص يعدّ تقصيرا في هذه القوانين؛ لأنَّ نصوص هذه القوانين في الشروط المقترنة بعقد الزواج أخذت بمذهب الحنابلة ومن وافقهم، و هو القول بصحة هذه الشروط؛ لذلك نرجو من المُشرِّع في هذه الدول النص على مسقطات حق الزوجة في الفسخ.

الخاتمة :

بعد وصولنا إلى نهاية دراستنا في الموضوع (حكم الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج ,) لذلك يجب أن من بين أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها البحث , وعليه نوردهما بالتتابع :

أولاً :النتائج :

١- تذهب معظم التشريعات العربية إلى حكم الفسخ لعدم الايفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج , إلّا أنَّها اختلفت في هذا الحق في اثباته للزوجين معاً , أي يثبت للمشترط سواء كان هذا المشترط الزوج أم الزوجة , وبين من يعطي الحق للزوجة من دون الزوج , كما فعل التشريع العراقي في المادة (٦) فقرة (٤).

٢- ترتيب حكم الفسخ لعقد الزواج الذي أخذت به معظم التشريعات العربية ,لا يمكن وقوعه إلّا بناء على طلب للقاضي , لذلك لا يعدّ عقد الزواج مفسوخاً لمجرد الإخلال بالشرط المقترن.

٣- إنَّ فسخ عقد الزواج , يرتب آثار تختلف عن الآثار التي يرتبها الطلاق, فهو يرفع الحل بين الزوجين فور وقوعه ولا يملك الزوج أن يراجع زوجته بعد الفسخ.

٤- إنَّ الفسخ وإن كان ليتفق مع الطلاق في ان كلاً منهما يؤدي إلى زوال عقد الزواج , ومحو آثاره إلّا أنَّهما مختلفان من حيث الآثار المترتبة على كلٍ منهما ، لذلك فان كلاً منهما يعدّ نظاماً مستقلاً عن الآخر من حيث أسبابه والآثار المترتبة عليه , لم يحدد المُشرِّع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي مفهوم الفسخ كما فعل مع الطلاق، خلافاً لبعض تشريعات الأحوال الشخصية في البلدان العربية التي حددت بشكل دقيق مفهوم فسخ عقد الزواج.

٥- نجد بعض التشريعات العربية قد جعل . التطليق . (التفريق), لعدم الإيفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج , معتمدة بذلك على مذهب مالك ؛ لإنَّ كلَّ حلٍّ لرابطة الزوجية عن طريق القاضي تعد تفريق .

ثانياً: التوصيات

١- رفع نص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ, ويجعلها من ضمن أسباب التفريق للضرر, ويعطي الحق لمشترط طلب التفريق سواء كان الزوج المخل أم الزوجة, وبهذا يساير المُشرِّع الجزائري الذي عدّ الإخلال بالشروط سبباً من أسباب التطليق؛ لإنَّ قاعدة الفسخ تحمل في طياتها مشاكل عدّة لا تتلاءم مع خصوصية عقد الزواج , وتوافقاً مع مذهب الإمامية في ذلك.

٢- لابد من ايضاح الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج , من حيث عدم التنفيذ الكلي للشرط والتأخير بتنفيذ الشرط , و التنفيذ الجزئي للشرط.

المصادر والهوامش

[1] العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن كرم بن منظور الافريقي المصري ,لسان العرب ,المجلد الأول, باب الشين, مؤسسة الاعلى للطباعة , بيروت , لبنان , الطبعة الاولى,٢٠٠٥., ص ٣٠٣٢.

[2] مختار الصحاح, محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ,دار القلم , بيروت ١٩٩٥, ص ٥٧١.

[3] د. عبد المؤمن عبد الله شجاع الدين, فسخ عقد الزواج دراسة مقارنة, بحث منشور على موقع نت مراجع قانونية يمنية www.permalint.com

[4] الامام علاء الدين بن بكر بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , الجزء الخامس ,المكتبة الحبيبية , ط١ ,١٩٨٩,ص ٢٨٢ .
[5] احمد بن محمد بن احمد الدرديري , اقرب المسالك لمذهب الامام مالك, مكتبة ايوب , كانوا نيجيريا , ٢٠٠٠ ,ص ٥٧ وما بعدها.
[6]الامام ابو زكريا محي الدين بن شرف النووي , المجموع شرح المهذب الجزء سادس عشر, دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع , بدون سنة طبع , ص ٢٧٥.
[7]عبد القادر بن عمر الشيباني بن ابي تغلب , نيل المارب شرح دليل الطالب , مكتبة الفلاح , الكويت ,١٩٨٣ , ص ١٧٨
[8] أبي محمد بن علي بن سعيد بن حزم, المحلى , ج٨, منشورات المكتب التجاري ,للطباعة والنشر والتوزيع ,بيروت ,بلا تاريخ طبعة., ص٢٩٠١.
[9]المصدر نفسه, ص١٠٩.
[10]المادة م ٩٩ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ – لسنة ١٩٨٤
[11] المادة ١٠٥ من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦.
[12] د. عبد الحميد الشواربي ,فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه ,بدون سند طبع , ص ١١٤.
[13] د. نظام الدين عبد الحميد , احكام انحلال العقد , طبع على نفقة جامعة بغداد, سنة ١٩٨٩, ص ٦.
[14] د. عبد العزيز عامر الأحوال الشخصي في الشريعة الاسلامية فقهاً وقضاءً- دار الفكر العربي – ١٩٨٤ –ص ٢٥٤ .
[15] محمد محي الدين عبد الحميد , الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية , المكتبة العلمية , بيروت –لبنان – ٢٠٠٧ , ص٢٤٢
[16] علي بحسب الله , الفرقة بين الزوجين , دار الفكر العربي , مصر , ١٩٦٨, ص١٦٩.
[17] الطلاق لغة : يراد به هو رفع القيد ,أو حل العقد الصحيح و لا يفرق في ما كان رفع القيد حسياً أو معنوياً, كما يعرف من الناحية اللغوية ايضاً بانه فك الارتباط , أو فك قيد العقد حسياً أو معنوياً ,ويقال طلقت الأسير من قيده وأطلقته ,وهذا ايضاً يطلق على الرجل حينما يقول لزوجته أنتِ طالق , والصيغة عند بعض الفقهاء لابد أن يكون بهذا اللفظ , لذا نجد بان العرف قد لعب دوراً مهم في تخصيص استعمال لفظ الاطلاق في اطلاقه على حل قيد العقد ولهذا نجد عنده يقال بان الرجل طلق و ولا يقال اطلقها , بينما يذكر أطلق البعير ولم يقول طلق ,لذا فان العرب وكذلك الجاهلية استعملونه في الفرقة بين الزوجين , عباس زياد السعيدي, الطلاق واحكامه واثاره في الشريعة والقانون ,بغداد ,ط١, ٢٠٠٦,ص ١٠٢, د. احمد الكبيسي ,الوجيز في شرح القانون الأحوال الشخصية ,ج١,ط٢, ٢٠٠٦,ص ١٢٩ , القاضي الشيخ أسد الله الحرشي ,الطلاق أسبابه الاجتماعية ومبرراته الشريعة, دار العلم ,ط١ ,٢٠٠٢ ,ص ٦٦ وما بعدها. د. وهبة الزحيلي , الفقه الاسلامي وادلته , الجزء السابع, دار الفكر العربي , دمشق , سوريا , ١٩٨٥, ص٣٥٦.
[18] الطلاق اصطلاحاً : فهو حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو المآل, أو هو ازالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق, وعرفه آخر انه رفع لقيد النكاح أو بعضه لأن القصد من رفع بعض القيد بطلقة رجعية وإنّ القيد يرتفع كله بثلاث طلقات ويرتفع بعضه بواحدة, وعرفه بعضهم بـأنَّـه حلُ رابطة الزوجية الصحيحة في حال أو مآل بعبارة تفيد ذلك صراحة أو دلالة, وإنّ الامامية قد عرفته إزالة قيد نكاح بصيغة طالق, محمد مصطفى الشلبي , احكام الأسرة بالإسلام دراسة مقارنة بين الفقه والقانون , دار النهضة العربية بيروت ,١٩٧٧, ص ٤٧١, و محمد محي الدين عبد الحميد , الأحوال

الشخصية , مصدر سابق , ص ٢٥٠.و محمد محي الدين عبد الحميد , الأحوال الشخصية , مصدر سابق , ص ٢٥٠. عبد الرحمن الجزيري ,الفقه على المذاهب الاربعة, المكتبة العصرية,بيروت,٢٠١٣,ص ٩٣٣. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية , زين الدين بن علي العاملي, الشهيد الثاني, مؤسسة بستان للكتاب, قم , ٢٠٠٦ , ص ٥٨٩.

[19] جاء في القانون الأحوال الشخصية المصري ,رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩المعدل بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩كناية الطلاق وهي ما يحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلّا بالنية.وقانون الأحوال الشخصية الاردني ,فقد جاء في المادة ٨٦يقع الطلاق باللفظ أو بالكتابة ويقع بالعاجز عنهما بإشارته المعلومة ,أيضا ذهب إلى المعنى نفسه المُشرّع السوري في المادة ٨٧.

[20] عمر جمعة محمود ,فسخ عقد النكاح ,بين الشريعة الاسلامية والقانون ,دارسة مقارنه, دار زين الحقوقية ,ط١, ٢٠١٦ ,ص ٣٠.

[21] القاضي محمد حسن كشكول ,شرح قانون الأحوال الشخصية ,رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته, مكتبة القانونية ,بغداد, بدون سنة طباعة ,ص ١٣٧.

[22] سورة البقرة , آية ٢٢٩.

[23]عمر جمعة محمود , مصدر سابق, ص ٣٣.

[24] د. وهبة الزحيلي, الفقه الاسلامي وادلته ,مصدر سابق, ص٣٤٩ , عمر جمعة محمود , المصدر سابق ,ص ٣٥.

[25] قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ مادة ٦ فقرة ٤.

[26] على سبيل المثال , ينظر إلى قانون الأحوال الشخصية الاماراتي مادة ٢٠ , وقانون الأحوال الشخصية العراقي مادة ٦ ف ٤.

[27] هذه الحال فيها اختلاف لدى فقهاء المسلمين , فقد ذهب مذهب الحنفية إلى أن الزوجة تستحق نصف المهر المسمى عند الفرقة , أنظر ابن همام ,شرح فتح القدير , الجزء الثالث , مصدر سابق , ٣٧٣. أمَّا مذهب المالكية فأن فقهاء المذهب لا يوجبون الوفاء بالشروط , وعليه فإنَّ الإخلال قبل الدخول لا يعطي الحق للزوجة بالمهر , أنظر البرزلي , فتاوى البرزلي , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٩٥. ومذهب الحنابلة ينحصر عندهم الاثر على المهر بحالتين في حالة عدم اوفاء من قبِل الزوج وطلبت الزوجة فسخ عقد الزواج : أولاً: الفسخ قبل الدخول= =المشهور عندهم يسقط حقها بالمهر ؛ لان كل فرقة من جانب الزوجة قبل الدخول يسقط حقها بالمهر , والمتعة. قال المرداوي: "ولو شرط صحيح حالة العقد ، فلم يفِ به ، وفسخت - أي: قبل الدخول - سقط به مهرها على الصحيح من المذهب" للمزيد أنظر المرداوي , الانصاف , مصدر سابق , الجزء الثامن , ص ١٨١, أمَّا بعد الدخول وسمي لها مهرها وقبضته فلا يسترد منها شيء ؛ لان المهر يوجب بالعقد , انظر ابن قدامة , المغني , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ١٨٦. أمَّا مذهب الشافعية فانهم يعتمدون على صحة الشرط , فعندهم الشرط فاسد وعقد صحيح ,أو الشرط باطل والعقد باطل وفي الحالتين لا يستوجب المهر قبل الدخول .

[28] للمزيد أنظر , ابن ادريس , كشاف القناع , الجزء الرابع , ص ١٠٠. كذلك عبد الفتاح احمد ابو العينين ,الاسلام والأسرة , الجزء الثاني ,خالي من مكان طبع وسنة طبع , ص ١٣.

[29] التفريق القضائي التطليق : هو الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوج أو الزوجة لأسباب حددها الشارع المقدس , وأخذت بذلك التشريعات العربية , من ضمنها التشريع العراقي , فقد ذكر في نصوصه الأسباب التي يكون فيها للقاضي حق التفريق بناء على طلب أحد الزوجين . د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي , د. نبيل مهدي زوين , مصدر سابق ,ص ١٦٨ وما بعدها . د. أحمد محمد المومني , د. إسماعيل أمين نواهضه , مصدر سابق, ص٤٠.

[30]احمد نصر الجندي , شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي ,دار الكتب القانونية, مصر, المحلة الكبرى,٢٠٠٦م ,ص ٢٥٣.
[31]محمد مصطفى الشلبي , أحكام الأسرة بالإسلام دراسة مقارنة بين الفقه والقانون , دار النهضة العربية بيروت ,١٩٧٧م., ص ٥٥٧.
[32] د. فاروق عبد الكريم , الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي, طبع على نفقة جامعة السليمانية , ٢٠٠٤ , ص١٩٣.
[33] التشريع العراقي فقد جاء النص في القانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ في المادة ٦ ف ٣, عامة ولم تحدد الشروط وانما ترك ذلك للقاضي بذكر الشروط الصحيحة المعتبرة.
[34]علي محمد قاسم ,التفريق بين الزوجين لعد الوفاء بالشرط, دار الجامعة الجديدة للنشر , مصر , ٢٠٠٥., ص ١٦٧.
[35] محمد مصطفى الشلبي, مصدر سابق , ص٥٥٨.
[36]عبد الفتاح احمد ابو العينين ,الاسلام والأسرة , الجزء الثاني ,خالي من مكان طبع وسنة طبع, ص٣٢٥.
[37] د. محمد كمال الدين , احكام الأحوال الشخصي للمسلمين , الناشر المعرف الاسكندرية ,٢٠٠١ , ص١١٥.
[38] قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤.
[39] قانون الأحوال الشخصية القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦.
[40] قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠.
[41] د. عمر سليمان الأشقر , الواضح في شرح قانون الأحوال الأردني , عمان , الطبعة الثالثة , ١٤٢٦ه_ ٢٠٠٦م, ص ١٤٥.
[42] قانون أحكام الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩م
[43] أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، المتوفي سنة ٤٥٠ه , الحاوي الكبير ، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤١٤ه-١٩٩٤م. ص ٥٠٤.
[44] قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣.
[45] قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسن ١٩٥٩.
[46] للمزيد أنظر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي المتوفى: ٤٨٣هـ, المبسوط , دار المعرفة , بيروت- لبنان, ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.,ص ٩٧ , كذلك أنظر, الامام علاء الدين بن بكر بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , الجزء الخامس ,المكتبة الحبيبية , ط١ ,١٩٨٩م,ص ٣٢٧
[47] عبد القادر إبراهيم , محاضرات في القانون الأحوال الشخصية , بلا سنة نشر , بلا مكان طبع, ص٢٠.
[48]انظر نص القرارالإضبارة ٢٨٤\موسعه\٨٢ تاريخه ٨٤\٧\٣٠ القرار:- لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الاولى لمحكمة التمييز , استبان أن محكمة الأحوال الشخصية في المعقل قد اصدرت حكمها المميز القاضي برد دعوى المدعي بحجة أن عقد الزواج لا يلحقه الفسخ أو الابطال , وترى الهيئة الموسعة أن هذا النظر من المحكمة غير مقبول شرعاً وقانوناً ذلك أن الاصل أن كافة العقود الصحيحة الملزمة للجانبين قابله =للفسخ عند تحقق موجبه الشرعي والقانوني ما لم يرد نص خاص في القانون يمنع من فسخ عقد الزواج إذ أن قانون الأحوال الشخصية جاء خالياً من نص يمنع فسخ عقد الزواج بل انه اقر مبدأ الفسخ الوارد في بعض حالات الفقرة ٤ من المادة السادسة منه لذلك فيكون

عقد الزواج وهو من العقود الملزمة للجانبين مشمولا بالأصل العام وقابلا للفسخ عند تحقق موجبه والقول بخلاف ذلك لا سند له من القانون ومجانب للعدالة , وبناء عليه وبما أن الزواج شرعاً هو عقد يفيد حل استمتاع الرجل بالمراءة لم يمنع من معاشرتها مانع وقد ورد بالآية الكريمة ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمه ... وعليه من استبيان من كتاب اللجنة الطبية المرقم..... والمؤرخ..... الصادر من المستشفى التعليمي في البصرة بان المميز عليها مصابه بما يلي عدم تكون المهبل والرحم ونزول الكلية في الحوض .... وبما أن المميز ما كان ليتم عقد زواجه من المميز عليها لو علم بهذه العيوب ووجود الاستحالة الذاتية بسببها من المعاشرة الزوجية إذ أن الزوجة ملزمه شرعا بموجب عقد الزواج من تمكن زوجها من معاشرتها معاشرة الازواج ولما كان محل الالتزام غير مستوف للشروط الشرعية للاستحالة الدائمة الامر الذي تكون مطالبة المميز بفسخ عقد الزواج صحيحه شرعا وقانونا اذ اتفقت اغلبية المذاهب الإسلامية بإمكان فسخ عقد الزواج للعيب تأصيلا على فكرة عادله يسمح بموجبها للطرف الذي استحال عليه أن يحصل على حقوقه المقررة شرعا بعقد الزواج أن يتحلل ...وعقد الزواج عقد معاوضة المساواة بين الجانبين وانعدام محل العقد وفوات المنفعة المقصودة اذا حالت موانع دون استيفائها يعطي الحق بالفسخ للعيب لوجود الحلل من المحل وذلك يؤثر على القوه الملزمة للعقد فيصبح قابلا للفسخ بناء على طلب من تتأثر مصلحته وهذا المبدأ مستقر في فقه غالبية المذاهب الإسلامية ولما كان المميز قد استعمل حقه في طلب الفسخ وفق اصوله الشرعية والعيب المتحقق يعطيه هذا الحق فكان على المحكمة الحكم بفسخ العقد فإصدار حكمها برد الدعوى بحجة أن عقد الزواج لا يلحقه الفسخ أو الابطال لا سند له من الشرع والقانون لذلك قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى لمحكمتها للسير بها وفقا للمنهاج المذكور والحكم بفسخ العقد.. بينما يوجد قرار آخر صادر من محكمة التمييز بتاريخ ٤/ربيع الثاني /١٤٤٠ه الموافق ٢٠١٨/١٢/١٢.ادعى المدعي بواسطة وكيله لدى محكمة الأحوال الشخصية في الشوملي بان المدعى عليها زوجته بموجب عقد الزواج المرقم ٢٥٩ في ٢٠١٦/٤/٣ ولوجود عيب خلقي فيها لعدم وجود عنق الرحم وعدم استطاعتها على الإنجاب عليه اطلب دعوتها للمرافعة والحكم بفسخ عقد الزواج ... حكما حضوريا برد دعوى المدعى... ولدي عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب الواردة فيه واقرار المدعي الدخول بالمدعى عليها إذ أن المادة السادسة /٤ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل اعطت الحق للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج وهذا الحق حصريا بالزوجة إذ أن المحكمة قضت برد الدعوى فيكون الحكم المميز بما قضى به صحيحاً. وهذا سببه ما جاء بنص الفقرة ٤ من المادة ٦ في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ.

49 القانون رقم ١١-٨٤ المؤرخ في ٩ رمضان عام ١٤٠٤ الموافق ٩ يونيو سنة ١٩٨٤ المتضمن قانون الأسرة ,المعدل.

50 عبد الفتاح تقية ,قضايا شؤون الأسرة, منشورات ثاله ,جزائر,٢٠١١,ص ٤٩, وأنظر أحمد شامي ,قانون الأسرة الجزائرية ,طبقاً لأحدث التعديلات ,دار الجامعة الجديد, مصر ,٢٠١٠,ص ٢١٠.

151 قانون مدونة الأسرة المغربية رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٠.

252 أبن شيوخ رشيد , شرح قانون الاسرة المعدل ,دراسة مقارنة ,لبعص التشريعات العربية ,ط١,دار الخلدونية والتوزيع ,جزائر,٢٠٠٨,ص ١٣٧.

53 قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم٢٠ لسنة ١٩٩٢ م وتعديلاته.

[54] القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.
[55] قانون الأحوال الشخصية السوداني رقم ٤٣ لسنة ١٩٩١ م.
[56] الشوكاني , فتح القدير ,مصدر سابق, ص ٣٥٠.
[57] القرافي شهاب الدين أحمد أبن ادريس, الذخيرة بفروع المالكية ,تحقيق محمد بو بخيزة, ,دار الغرب الاسلامي, الطبعة الأولى ,١٩٩٤ ,ص ٤٠٥.
[58]القانون الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما.
[59] ينظر: أبن قدامة ,المغني، الجزء العاشر , مصدر سابق ، ص ٤٢. ايضاً أنظر ابن إدريس البهوتي ,وكشاف القناع، الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ٨٣. للمزيد أنظر للإمام علاء الدين أبي الحسن علي ين سليمان بن أحمد المرداوي , الإنصاف في معرف الراجح من الخلاف , تحقيق محمد حامد الفقي, دار إحياء التراث العربي, الجزء العشرون , بيروت , ١٩٥٧م , ص٣٩٨. و د. علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مصدر سابق , ص ٢٨٣.
[60]ينظر: أبن قدامة ,المغني، مصدر سابق ، ص ٦١ . و المرداوي ,الإنصاف، مصدر سابق ، ص ٣٩٨
[61]ينظر : الكاساني , كشاف القناع، ج ٤، مصدر سابق, ص٨٣.
[62]ينظر: ابن قدامى ,المغني، الجزء العاشر , مصدر سابق ، ص ٦٢ . ايضاً أنظر ابن إ دريس البهوتي, كشاف القناع، الجزء الرابع , مصدر سابق ، ص ٨٣ .
[63] أبن تيمية ,الفتاوى الكبرى، الجزء الخامس، مصدر سابق, ص ٤٦.
[64]ينظر: د. عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج ٩، ص ١١٧.