جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون والعلوم السياسية
قسم القانون

ماهية الشرط وأثره في عقود الأحوال الشخصية بين الشريعة والقانون

بحث تقدم به الطالب(عزيز محسن سدرة)
إلى عمادة كلية القانون والعلوم السياسية وهي جزء
من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف
الأستاذ المساعد الدكتور
بكر عباس علي

١٤٣٧هـ ٢٠١٦م

الشكر والثناء

لايسعني الا ان اتقدم بالشكر الجزيل ، مع بالغ الاحترام والتقدير ، لأستاذي وقدوتي ، الاستاذ **بكر عباس علي** ، بما أولاني من مجهود ورعاية بتوجيهات سديدة ، وملاحظات رشيدة ، وتنقيحات فريدة ، كما لها الاثر الحاسم في انجاز هذا البحث ، فله مني كل الثناء واناله من الشاكرين.

ولفضله من المقربين .

كما واتقدم بالشكر الوفير لاساتذة قسم القانون ـ في كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة ديالى كافة، واخص منهم عميد الكلية الأستاذ الدكتور خليفة عودة إبراهيم التميمي ، كما لا يفوتني ان اتقدم بالشكر الى ادارة المكتبة والعاملين فيها لتعاونهم معي ، لهم مني جزيل الشكر والتقدير

المحتويات

ت	الموضوعات	الصفحة
١	المقدمة	٢-١
٢	المبحث الاول: ماهية الشرط وانواعه واثر الشرط	١٤-٣
٣	المطلب الاول :ماهية الشرط وانواعه	٧-٣
٤	المطلب الثاني : اثار الشرط في عقود الاحوال الشخصية	١٤-٨
٦	المبحث الثاني : مخالفة شرط الانعقاد	٢٠-١٥
٧	المطلب الاول : مخالفة شرط الانعقاد	١٦-١٥
٨	المطلب الثاني : مخالفة شروط العقد	١٩-١٧
٩	المطلب الثالث : مخالفة شرط النفاذ والزوم	٢٠-١٩
١٠	الخاتمة	٢١
١١	المصادر	٢٣-٢٢

اقرار المشرف

اشهد بان اعداد هذا البحث الموسوم **بـ (ماهية الشرط واثره في عقود الاحوال الشخصية بين الشريعة والقانون)** جرى تحت اشرافي في جامعة ديالى كلية القانون والعلوم السياسية وهو جزء من نيل شهادة البكالوريوس في القانون .

التوقيع :-

المشرف :- أ. م. د. بكر عباس علي

التاريخ / / ٢٠١٦

المقدمة

يعتبر قانون الأحوال الشخصية من القوانين المهمة التي لها مساس مباشر بحياة الناس فهو القانون الذي يعنى بشؤن الأسرة ويضع القواعد القانونية التي تكفل حل كل الإشكالات التي تواجه الأسرة في الحياة العملية ، فمسائل الزواج والطلاق والنفقة والعدة والحضانة والنسب والولاية والوصية والميراث وغيرها تدخل في صميم حياة الناس اليومية . وانطلاقا من هذه الحقيقة نجد أن مشرعي قوانين الأحوال الشخصية في مختلف بلدان العالم يحاولون جاهدين وضع قوانين محكمة ومتماسكة ودقيقة ويحاولون الارتقاء بها عن النقص أو الخطأ أو الغموض أو التعارض ، وذلك من خلال صياغة نصوصها صياغة واضحة ودقيقة وبلغة قانونية سليمة وبنصوص متسلسلة يكمل بعضها البعض الآخر . الأمر الذي يسهل على رجل القانون قاضيا كلن أم محاميا إن يطبق هذه النصوص أو يتعامل معها دون مشاكل أو معوقات ، إلا انه مع هذا الجهد الذي يبذله واضعوا هذه القوانين في ضمان ذمتها وسلامة نصوصها وأحكامها نجد في مقابل ذلك أن النفس البشرية مجبولة على النقص والخطأ والنسيان ، لذا كان من النادر أن نجد قانونا متكاملا يخلو من النقص أو الخطأ ، وفي العراق حاول مشرعو قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة(١٩٥٩) صياغة نصوص هذه القانون صياغة دقيقة ومحكمة بعيدا عن كل ما يمكن انم يعتري هذه النصوص من النقص أو الخلل أو الغموض ، إلا انه مع ذلك وعند دراستنا لنصوص هذا القانون وجدنا "وهو أمر ، وسنتناول موضوع البحث وفقا للخطة الآتية : حيث تم تقسيمه الى مبحثين مباحث خصص ماهية الشروط وأنواعه واثر الشروط والأخر مخالفة شرط الانعقاد .

الباحث

أهمية البحث

هذه الدراسة في كونها تأتي لبيان الشرط في الفقه الإسلامي والقانونية الوضعية، ومن كونها دراسة فريدة وجديدة في طرحها للموضوع بهذا الشكل,وكذلك معرفة مخالفة الشرط

منهج البحث:

بدأت البحث بمقدمة ذكرت فيها أهمية الموضوع– ذكرت التعريفات لمصطلح الشرط – مع الأحاديث الواردة في البحث– ذكرت في الهوامش مراجع ما نقل عن العلماء. – وضعت للبحث خاتمة وفهارس المراجع والموضوعات.

هيكلية البحث :

تطرقنا في موضوع بحثنا هذا في مبحثين المبحث الاول ماهية الشرط وانواعه واثر الشرط وفي الثاني مخالفة شرط الانعقاد

المبحث الأول

ماهية الشرط وأنواعه واثر الشرط

المطلب الأول ماهية الشروط وانواعه

اولآ الشرط في اللغة :-

الشرط معروف وكذلك الشريطة والجمع بين شروط وشائط ،والشرط الزام الشيئ والتزامه في البيع ونحوه ،والجمع شروط وفي الحديث الشريف "لايجوز شرطان في بيع واحد .[١]

وهو كقول بعتك هذا الثوب نقدأ بدينار اوبدينارين،وهو كالبيعتين في بيعة ،وجاء في اصول السرخسي "الشرط في اللغة :هو االعلاقة كقوله تعالى "فهل ينظرون الى الساعة ان تأتيهم بغتة فقد جاء اشاطها.[٢]

اي علاماتها ومنه سمى اهل اللغة حرف ان حرف الشرط ،ومن قول القائل لغيره :ان اكرمتني اكرمتك ،فأن قوله "اكرمتك "بصيغة الفعل الماضي ،ولكن يقوله :ان اكرمتني ،يصير اكرام المخاطب علاقة لازمة لاكرام المخاطب اياه ،فكان شرطأ من هذا الوجه ،ويظهر ان الشرط في اللغة العربية من الالفاظ المشتركة التي لها عدة معان منها العلاقة ومنها الزام الشيئ والتزامه في اللبيعونحوه، والشرط في اللغة ربطه بمشروطه واضع ،اي جعل هذا الربط اللفظي دالآ على ارتباط معنى اللفظ بعضه ببعض وهو كالتعليقات ،نحوان قمت ، قمت ونحو . [٣]

---

(١) البرهان هو اصول الفقة ،تحقيق صلاح بن محمد بن عويضة ،ط ١ ،دار الكتب العلمية ،بيروت ١٩٩٧ ،ص ٢٤٦

(٢) سورة ،محمد اية (١٨)

(٣) اصول السرخسي ،تحقيق ابي الوفاء الاخفاني ،ط ٢١ دار الفكر ،لبنان،بيروت ،٢٠٠٥،ص ٣٠٢ .

انت طالق ان دخلت الدار ، فأن اهل اللغة وضعوا هذا التركيب ليدل على ان مادخلت عليه اداة الشرط ،وهو الشرط ،والمعلق عليه هو الجزاء (١) امافي الاصطلاح الشرعي :وهو ماجعله الشارع شرطأ،وان امكن وجود الفعل بدونة وهو مايتوقف عليه الشيئوجودا او صفة دون ان يكون جزءآ من حقيقته بحيث يلزم من علمه العدم ولايلزم من وجوده الوجود كحضور الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور اكمال الزواج لكن يلزم من عدم صحته عند جمهور الفقهاء وان الشرط :هو مايلزم من عدمه العدم ،ولايلزم من وجوده الوجود ولاعدماي:هو الذي يلزم من نقده فقد الشيئ المشروط كالصلاة مثلآ،فمن شروطها الاسلام ،فمتى اتقنت صفة الاسلام في العيد لم تصح صلاته وان صلى ،فهذا الشرط حينما عدم المشروط وهو الصلاة ،ولايلزم من وجودة وجود المشروط ولاعدمه،فقد يوجد الشرط ولايوجد المشروط ،وقد وجدالشرطاذاكانموجوداً فلا يستلزم وجوده وجود المشروط ولاعدمه ،فالصلاة من شروط صحتها دخول الوقت ،فأذا ادخل الوقت الصلاة في ذلك تعين على من كان اهلآ لوجوبها اداتها ولكن قد لايؤديها :اما التعذر ادائها ،اوانة ليس اهلآلوجوبها وبهذا يتضح معنى :ولايلزم من وجوده وجود ولاعدم (٢) .

اما تعريف الشرط من الناحية القانونية فقد عرف الشرط امرمستقبل وغير محقق الوقوع ويترتب على تحققة وجود الالتزام او زوالة وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ٢٥٦ مدنى عراقي بقوله (يكون الالتزام معلق على شرط اذا كان وجوده او زوالة مترتبا على امر غير محقق الوقوع) (٣)

١–معوض عبد التواب موسوعة الاحوال الشخصية ،ط٣ ،مطبعة الاطلس ،القاهرة ١٩٨٦ ،ص٣٨٦

٢–محمد جواد مغنية ،الاحوال الشخصيةفي المذاهب الخمس ،ط١،دار للملايين،ببيروت ،١٩٦٤، ص ٢٤٠ ٠

٣–المادة ٢٥٦ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)

ثانيأأنواع الشرط :

ينقسم الشرط بأعتبارات مختلفة الى عدة انواع متعددة اهمها ما يلي :

اولآ:من حيث مصدره الشرعي او عقلي او عادي اوقانوني او جعلي .

أ–الشرط الشرعي : وهو وصف ظاهر متخبط جعل الشارع وجوده ضروريألآنعقاد التصرف او الصحته او النفاذة اة لزومه (١)وهي في

١– العبادات :النيه شرط لانعقادها والضوء شرط لصحة الصلاة

٢– في المعاملات المالية :التميز شرط لآنعقاده ،والقدرة على تسليم محل العقد شرط لمصلحته ،الاهلية الكاملة شرط لصحة التبرعات .والولاية على التصرف اوعلى محلة شرط لنفاذه ،وخلو التصرف مما يبرز فمنه شروط لزومه .

٣– في عقد الزواج :خصم كل من المتقاعدين وموافقة الايجاب للقبول شرط لانعقادة وحضور الشاهدين لشرط لصحته،والولاية على انشائه شرط لنفاذه ،والكفاءة شرط لزومه (٢)

أ– الشرط الفعلي :وهو الذي يتوقف عليه وجود الشيئ بمقتضى الفعل كالحياة للعلم ،فالفعل يقضي بأن الكائنات غير الحية لاعلم لها لأن الحياة من شروطه ،ولكن لايلزم من وجودها وجوده ،وكالماء والهواء من شروط الحياة واستمراريتها عقلاً

ج– الشرط العادي :وهو الذي يتوقف عليه وجود الشيئ عادة كنصب السلم لصعود السطح

د–الشرط القانوني :وهو الذي يكون مصدره القانون ،ومن الشروط القانونية شروط التعين في وظائف الدولة ،وشروط القبول في الجامعات وشروط القبول في المعهد القضائي

١– في مختصر المنتهى ٧/٢ .في الاحكام للامدي ١٠٠/١، وفي تسهيل الوصول ،ص ٢٥٥
٢– محمد الشيباني ،في الهداية فتح القدير ٢٥٦/٣

هـ: الشرط الجعلي –او الشرط اللغوي :وهو الشرط الذي يكون مصدره ارادة المتعاقدين وعبارة عن جملة شرطية مصدره بأداة من ادوات الشرط مثل (إن–إذا) وهو لا يتعلق الا بالامور مستقبلية ، اما الماضية فلا دخل له فيها ، وبموجبه يتحدد اثار العقد كالبيع بشرط تسليم البيع او بشرط تقسيط الثمن او بشرط ان تكون نفقات الثمن او النقل على احد الطرفين الذي يحدد في العقد وكشرط التصليح من قبل الشركات لمدة محددة اذا اعطل الجهاز بدون تقصير المشتري ،وغير ذلك من عشرات الشروط التجارية الفاسدة ،وان الشرط الجعلي بمثابة السبب لانه يلزم من وجوده وجود المشروط ،ومن عدمه العدم وهذا هو السبب وطبيعته بخلاف الشرط الجعلي ،حيث لا يلزم من وجوده الوجود المشروط(١)

وهناك عقود تقبل التعليق على الشرط الجعلي وهي العقود اللازمة والتي لا يترتب عليها ضرر احد المتعاقدين اذا اعلقت على امر مستقبل ، ومن هنا النوع من العقود الوكالة والاعارة والرهن ،وعقود تقبل التعليق على الشرط الجعلي وهي عقود المفاوضات كالبيع والاجازة وغير المالية كالزواج وتستثنى من ذلك قول البائع (بعتك ان شئت) وعقود تقبل التعليق على الشرط الجعلي الملائم كعقد الكفالة كعقد الكفالة بأن يقول الكفيل للدائن (اذا لم ينفذ المدين التزامه فأنه كفيل تنفيذه والحوالة (٢)

١– الاحكام في اصول الاحكام ،سيف الدين ابو الحسن الاموي ،ط١، دار الكتب العلمية ،بيروت ،١٩٨٣،ص ٢٦٨

٢– عبد الله الجبوري ،احكام الفصول في احكام الاصول ،ط١،مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٩،ص٣٦٦.

ثانياً: الشرط من حيث التكميل

١-الشرط المكمل للسبب

وهو ان يتوقف ترتيب الاثار على السبب على توفر شرط مكمل ،كشرط القدرة على تسليم المبيع فانه ترتب بعض الاثار الاصلية كانتقال ملكية المبيع الى المشتري يتوقف على ان يكون البائع قادراً فعلا تسليم المبيع في حينه، وكشرط العمل العدوان للقتل الذي هو سبب القصاص لأنه ان لم يكن عمداً كالقتل الخطأ او كان عمداً ولكن كان يحق كما في حالة الدفاع الشرعي فانه لا يوجب القصاص.

٢ -الشرط المكمل للمسبب(الحكم)

احياناً لا يكفي السبب وحده لترتيب المسبب (الحكم عليه بل يحتاج الى شرط يضاف الى المسبب حتى يتحقق ،مثل ذلك كل من الزواج والقرابة سبب الميراث ولكن يشترط في هذا الميراث ان يكون بعد وفاة الموروث مع بقاء حياة الوارث فالميراث يترتب على قرابة بشرط وفاة المورث وحياة الوارث بعده(١)

وجاء في اصول الشافعي الحنفي فقالوا المعلق بالشرط سبب عند وجود الشرط لا قبله ،وقال الشافعي : المعلق سبب في الحال الا ان عدم الشرط مانع من الحكم وفائدة الخلاف فيما اذا قال لأجنبية امرأة ليست زوجة له .ان تزوجتك فأنت طالق يكون التعليق باطلاً عنده لان حكم التعليق انعقاد صدور الكلام عليه والطلاق صيغته (٢)

١-الباب الحصول في علم الاصول ،ابن رشيق الحسين المالكي ،ط١،دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث ،١٩٥٦،ص٢٨٨.

٢-اصول السرخسي ،مصدر سابق ،ص٢٤٦

المطلب الثاني

اثار الشروط في عقود الاحوال

حتى ليتبين بوضوح ما يترتب على الشرط من اثار يجب التمييز بين مرحلتين : مرحلة التعليق ،وهي المرحلة التي يكون فيها الشرط قائماً لا يعلم هل يتحقق يتخلف وفي كلتا الحالتين تختلف اثار الشرط الواقف عن الشرط الفاسد :

١–اثار الشرط الواقف خلال فترة التعليق :

حيث جاء في القانون اذا كان في الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط ،اما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الا اذا تحقق الشرط ،اما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري ،على انه يجوز للدائن ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه (١)

وكذلك الالتزام او التصرف الانفرادي اذا كان وجوده متوقفاً على شرط بحيث اذا تحقق الشرط وجد الالتزام والا لم يوجد سمي شرطاً واقفا لأنه يتوقف عليه وجود الالتزام ،ومن رأى الشرط جزء مكمل للعقد او التصرف ، والسبب هو العقد او التصرف مع الشرط اي مجموعهما قال ان وجود العقد او التصرف يتوقف على تحقق الشرط لان الكل يتوقف وجوده على توافر جميع اجزائه ،ومن رأى ان العقد او التصرف المعلق على الشرط الواقف سبب تام والشرط ليس جزءاً متمماً .(٢)

١–معوض عبد التواب ، المصدر السابق،ص٣٨٠

٢– محمد بن اديب الشافعي ،ج٥،التصحيح محمد زهري النجار ،ط٢،دار المعرفة للطباعة والنشر ،بيروت ،١٩٩٧٣،ص ١٨٦

له عدم تحققه مانع من ترتيب الاثار قال ان نفاذ العقد او التصرف يتوقف على تحقق الشرط (١)

وعليه فان الحق المعلق على شرط واقف حق موجود فان وجوده فيما يلي :

١-ينقل هذا الحق من صاحبه الى الغير بالميراث وغيره من اسباب انتقال الحقوق .

٢-يجوز لصاحبه ان يجري الاعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف ان يقوم باي بعمل من شأنه ان يمنع الدائم من استعمال حقه عند تحقق الشرط او يزيد هذا استعمال صعوبة .

٣-يجوز لصاحبه ان يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه ويجوز ان يستعمل الدعوة غير المباشرة ودعوة الصورية(١)

٢-اثار الشرط الفاسخ خلال فترة التعليق:

ان الحق الدائم المرتبط بشرط فاسخ هو حق منجز قائم من كل وجه ومتبع لأثارة خلال فترة التعليق وان كان معرض للزوال يتحقق الشرط الفاسخ، فصاحب هذا الحق يملكه حالا ،وله ان يديره وان يتصرف فيه ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال على حقه فاذا ما تحقق الشرط الفاسخ زالة حقه وزالت معه جميع التصرفات التي اجراها فيه على ان هناك من الاعمال التي يقوم بها صاحب الحق العيني المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط وهي اعمال الادارة المقترنة بحسن النية ،فيستطيع المالك تحت شرط فاسخ ان يباشر دعاوي الملكية والحيازة وان يطلب قسمة العين اذا كانت على الشيوع (٢)

---

(١)مصطفى السباعي ،شرح قانون الاحوال الشخصية ،ط٥،مطبعة جامعة دمشق، سوريا ،١٩٦٢،ص٢٥١.

(٢)محمد زيد الابياني ،شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية،ج١،،ط١،مكتبة النهضة ،بغداد، ١٩٨٤،ص٢٢٩.

اثار الشرط الواقف بعد انتهاء فترة التعليق :

اذا تحقق الشرط الواقف ينفذ الالتزام المعلق عليه ،ويجوز للدائن ان ينفذ حقه اختيارا او اجبارا وله ان يستعمل الدعوى تمهيداً لهذا تنفيذ ،ولا يرد ما قبضه لأنه قبض ما هو مستحق له ويسري التقادم منذ تحقق الشرط، ويعد الالتزام بتحقق الشرط موجوداً منذ نشوء الالتزام لا منذ تحقق الشرط ،وهذا هو الاثر الرجعي للشرط اما اذا تخلف الشرط الواقف فان الالتزام الذي كان معلقاً على هذا الشرط يزول ،ويصبح كأن لم يكن ولا يعتبر له وجود لا كاملا ولا ناقصاً منذ البداية وهذا هو الاثر الرجعي لتخلف الشرط (١)

وهناك اثار اخرى اصلية واثار فرعية ميز فقهاء الشريعة الاسلامية بين حكم العقد وحقوق العقد فالأول عبارة عن اثار الاهلية التي تترتب فور انعقاده نافذا وهي انتقال ملكية كل المعوضين من احد العاقدين الى التعاقد الاخرى فبمجرد تمام العقد مثلا ينتقل الحق العيني في البيع الى المشتري والحق الشخصي في التحقق البائع بمقتضى الشرع ادارة المتعاقدان ام لا ، اما حقوق العقد عبارة عن اثاره الفرعية التي تتعلق بالالتزامات المترتبة على العقد وكيفية وفاء كل من العاقدين بتنفيذ التزمه فهذه الحقوق تقبل التحديد والتقييد بالشروط الجملية ، كا تحديد الطرف المسؤول عن نفقات الثمن او النقل للمبيع مثلا كيفية دفع الثمن نقدا او مؤجلا جمله او تقسيطا وكذلك تحديد زمن التسليم للبيع قبل دفع الثمن .(٢)

١- قواطع الادلة في اصول الفقه ،لابي المظفر منصور بن محمد عبد الجبار ،ط١ ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠ ،ص٣٠٨

٢- مصطفى السباعي ، مصدر سابق ،ص٢٥٤

الاثار التى تترتب على الشرط من الناحية القانونية

اولا : اثار الشرط الواقف فى فترة التعليق

من المعروف ان الشرط الواقف هو الشرط الذى يتوقف وجود الالتزام على تحققه فاذا تحقق الشرط تحقق الالتزام واذا تخلف الشرط تخلق الالتزام ويمكن القول بأن الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير مؤكد الوجود اذ ان وجوده معلق على تحقق الشرط وهو قد يتحقق وقد لا يتحقق ولكن ذلك لا يمنع من ان هناك رابطه قانونيه تربط بين الدائن والمدين فى فترة التعليق فلا يحق لمدين ان يرجع عن التعهد الذى التزم به كما ان الدائن الذى علق حقه على شرط واقف يتمتع بحق وليس بمجرد امل فهو حق وليس ولكنه غير مؤكد.(١)

بالدائن ويسمح المشرع للدائن تحت شرط واقف ان يقوم بأعمال تحفظية اللازمة للمحافظة على حقه وهذا ما نصت علية المادة ٢٥٦من القانون المدنى وعلى هذا يمكن للدائن ان يقوم بقيد الرهن المؤمن به دينه كذلك يمكنه ان يقوم بتسجيل عقده اذا كان المحل عقارا وله ايضا ايطلب تعيين حارس على الشيء محل الحق .(٢)

---

(١) د. احمد حسن البرعي ، نظرية الالتزام في القانون ، مصادر الالتزام ، ط١، دار الثقافة ، المغرب ، ١٩٨١،ص ٢٦٦

(٢) جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ،ط١،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢، ص٢٣٤

ثانيا : اثار الشرط الواقف بعد انتهاء فترة التعليق

تنتهى فترة التعليق بتحقق الشرط الواقف او بتخلف هذا الشرط ويعتبر هذا الشرط متحققا اذا تم على النحو الذى اتفق عليه المتعاقدان فاذا كان الاتفاق على قيام شخص معين بامر ما فلابد ان يقوم ذلك الشخص بالامر محل الاتفاق واذا قام شخص اخربذلك لا يكون الشرط متحققا واذا كان المتعاقدان قد حددا وقتا يجب ان يتحقق فيه الشرط فأنه يلزم ان يتحقق الشرط فى الوقت المحدد فأذا مضت المدة المحددة دون ان يتحقق الشرط فأن هذا يعنى ان الشرط قد تخلف حتى ولوتحقق الشرط بعد انتهاء المدة المحددة واذا كان المتعاقدان لم يحددا وقتا لتحقق الشرط ثم مضت مدة طويلة ولم يتحقق الشرط فليس معنى ذلك ان الشرط قد تخلف بل لا يعتبر الشرط متخلفا فى هذه الحالة الا اذا تأكدنا ان الشرط لن يتحقق ويلزم ان يكون تحقق الشرط او تخلفه غير راجع الى تدخل المدين لان المدين بتدخله يكون قد منع عنصر الاحتمال من الشرط فاذا قام شخص بالتامين على منزله ضد الحريق ثم قام صاحب المنزل بأشعال الحريق فيه فأن الشرط يكون قد تحقق ولكن لا قيمة لهذا التحقق ولا يعتد به ولا تكون شركة التأمين ملتزمة بدفع التعويض .[١]

---

(١) عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ط٥ ، ١٩٩٨ ، ص٧٣

ثالثا :اثار الشرط الفاسخ فى فترة التعليق

يمكن القول بأن الشرط الفاسخ فى فترة التعليق لا يمنع وجود الالتزام بل يكون الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاما موجودا ونافذا ولكن هذا الالتزام مهدد بالزوالويترتب على قولنا ان الالتزام المعلق على شرط فاسخ موجود ونافذ ان يكون هذاالالتزامفى قترة التعليق فى حكم الالتزام البسيط المنجزوعلى هذا يحق للدائن المطالبة بالتنفيذ الجبرى للالتزام وله الحق فى ان يتمسك بالمقاصة بين حقة وما قد ينشأفذمته من التزام للمدين كما يحق للدائن ان يلجأالى استعمال الدعاوى الثلاث حتى يمكنه المحافظة على الضمان العام بل يمكنه ايضا ان يستعمل الدعوى البوليصية لكى يطعن فى تصرفات مدينه واذا قام المدين بالوفاء فأن هذا الوفاء يعتبر صحيحا ولا يجوز له استرداده طالما ان الشرط لم يتحقق وبالنسبة للتقادم فأن التقادم المسقط للالتزام المعلق على شرط فاسخ يبدأ سريانة من يوم وجود الالتزام واذا كان الامر متعلقا بالتزام بنقل الملكية فأن الملكية تنتقل الى الدائن اذا كان الالتزام منصبا على منقول معين بالذات او على منقول معين بالنوع وتم افرازه وبالنسبه للعقار تنتقل الملكية الى الدائن بالتسجيل ولكن يجب الا ننسى ان الملكية تنتقل مهددة بالزوال لاننا امام شرط فاسخ يمكن ان يتحقق فيؤدى الى زوال الملكية وعلى ضوء ماسبق يمكن القول بأن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مهدد بالزوال فهو يزول اذا تحقق الشرط وعلى هذا اذا كان الدائن قد استوفى حقه من المدين ثم تحقق الشرط الفاسخ فعليه ان يرد ما استوفاه للمدين مرة اخرى. (١)

---

(١) د. احمد حسن البرعي ، نظرية الالتزام في القانون ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٢٧٠

رابعا: اثر الشرط الفاسخ بعد انتهاء فترة التعليق

اذا انتهت فترة التعليق بتحقق الشرط الفاسخ فقد نص المشرع على الاثار المترتبة على ذلك فى المادة -٢٦٩ – بقولة

١- يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزما برد ما اخذه فأن استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض ،وقد يقوم الدائن بعمل من اعمال الادارة ثم يتحقق الشرط الفاسخ وفى هذه الحالة تبقى هذه الاعمال نافذة على الرغم من تحقق الشرط الفاسخ واما اذا كان الدائن قد قام بعمل من اعمال التصرف فى فترة التعليق فانها تزول بأثر رجعى لانةلايعتبر مالكا اذا تحقق الشرط الفاسخ كما تزول الاجراءات التحفظية والتنفيذية التى اتخذها الدائن فى فترة التعليق ويمكن القول على ضوء ما سبق بأن حق الدائن يزول بأثر رجعى من وقت انعقاد العقد وليس من وقت تحقق الشرط الفاسخ (١)

---

(١) جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ،المصدر السابق ، ، ص٢٣٩

المبحث الثاني

المطلب الاول

مخالفة شرط الانعقاد

ان مخالفة شرط الانعقاد هو ان لا يكون العاقد عاقلا او فاقدا للأهلية كالصبي غير المميز او المجنون او المحجور او السكران وهذا خلافا لما جاء في نص المادة (٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي اشترطت ان يكون العاقد اهلا للزواج عاقلا بالغ الثامنة عشر من العمر ، فلا يصح عقد الزواج للصبي المميز الذي لم يبلغ الثامنة عشر ، وكما لا يصح عقد الصبية المميزة التي لم يبلغ الثامنة عشر بل يعقد العقد في هذه الحالة فاسدا ، لانها خالف الشروط الانعقاد المنصوص عليها في قانون الاحوال الشخصية العراقي في مادته (٥) بقولها " يشترط في اهلية الزواج ان يكون الخاطب او المخطوبة عاقلين وان يكون كل منهما قد اتم الثامنة عشرة سنة شمسية الا انه يجوز للقاضي ان يأذن لمن لم يتم منهما هذا السن اذا كان قد اكمل الخامسة عشرة من عمره وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد اساسها بمقتضى تعليمات يصدرها القاضي القضاة بفترة الغاية " ، ويتضح من نص المادة (٥) ان القانون اخذ برأي ابن شبرمة وابي بكر الاهم من انه ليس الاحد من اولياء تزويج الصغار ذكورا كانوا او اناثا حتى لو كان الاب والجد (١) منشغلين بالتعاقد دون ان يشغلهما شاغل اخر ، سواء طال ام قصر ، ويشترط ان يبقى الموجب عليه ايجابه الى ان يصدر القول ، فان رجع الايجاب عن ايجابه بطل هذا لايجاب ، ويجوز له

---

(١)د. عثمان التكروري و شرح قانون الاحوال الخصية وقتا وتعديلاته و ط٢ ، دار الثقافة للتوزيع والنشر ، عمان ، ص ٥٦

(٢) عبد الرحمن خلاف ، الاحوال الشخصية ٥ ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ١٢

ان يرجع عن ايجابه الى ان يصدر القبول ، اما اذا صدر عن احد الطرفين بعد الايجاب ، مايدل على الاعراض عنه او الانشغال بغيره كما اذا قام احدهما من مجلس بعد الايجاب وقبل القبول لقضاء المصلحة لا صلة لها بالعقد ، او انقطع الحديث عن الزواج واشتغل بحديث غيره لا علاقة له بالعقد ، فلا ينعقد العقد ولو وجد قبول بعد ذلك ، لان الانحراف عن الموضوع هو قطع له فيصبح الايجاب كأن لم يكن ، فلا يجد القبول مايقترن به. (١) وكذلك توافق الايجاب والقبول في العقد في الزوجة موضوع العقد ومقدار المهر ، فاذا خالف الايجاب والقبول من شيء من ذلك لا ينعقد العقد الا اذا كانت المخالفة فيها خير للموجب ، مثال ذلك مطابقة الايجاب والقبول ان تقول الزوجة لرجل : تزوجتك على مهر قدره الف دينار ، فيقول الرجل قبلت زواجك على المهر المذكور ، مثال مخالفة فيها ضير للموجب ان تقول المرأة للرجل تزوجتك على مهر الف دينار فيجب الرجل قبلت زواجك على الفين ، فيصبح العقد ويكون المهر الفا هو المهر المتفق عليه ، اما الالف الثاني فلا يجيب الا اذا قبلت المرأة بما في مجلس العقد ومن المخالفة ايضا ان لا تكون الصيغة متميزة ولا تدل على انشاء الارتباط في الخال ولا يتعلق الايجاب فيه على حصول امر مستقيل (٢)

---

(٢)د. عثمان التكروري، مصدر سابق ، ص ٥٩

المطلب الثاني

مخالفة شروط العقد

من الضروري ان يكون العقد هناك شهود في الزواج ولكي يكون صحيحا وهذا ما نص عليه عليه القانون بقول المادة (١٦) يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين رجلين او رجل وامرأتان وقد اخذ المشرع في ذلك برأي الحنفية والشافعية والحنابلة الذين استدلوا على ذلك باحاديث كثيرة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم " النكاح الا بشهود فقد اشترط التعدد في الشهادة ، فيعتبر مخالف للشروط الصحيحة اذل كان شاهد واحد وكذلك اذا كلن الشهود رجل وامراة واحدة ، لان المقصود من الشهادة اضهار الزواج واعلانه ، كذلك يكون مخالف للشروط اذا كانت الشهادة من النساء وحدهن الا في الاحوال الأستثنائية التي لا يطلع عليها الرجال مثل الولادة والبكارة (١) كذلك يعتبر مخالفا اذا كان الزواج من مسيحيين او الشهود غير المسلمين ، وهذا اتفاق الفقهاء و لان الشهادة من باب الولاية و ولا ولاية لغير المسلم والمسلم لقوله تعالى "ولن يجعل الله للكفرين على المؤمنين سبيلا " وكذلك يعد مخالفة الشروط اذا كان الشاهد مجنون او غير عاقل [٢]

الشهادة وهو اظهار خطر العقد واهميتة ، بل يتنافى مع جلال العقد وخطره واهتمام الشارع البالغ به ان يحضره المجانين والمعتوه [٣] وكذلك يعد مخالف لشروط الصحة اذا كانت الشهادة صبي ولو كان مميزا لانه ليس اهلا للولاية على نفسه ، فلا يكون اهلا للولاية على غيره بالشهادة ، ولا يتحقق بحضوره الاعلان او التكريم على الوجه الكامل الذي يكون بحضور الشهود البالغين ،وكذلك يعد مخالفا لشروط

---

(١)السعيد مصطفى السعيد ،مدى استعمال حقوق الزوجة و ط١ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٧

(٢)عمر عبد الله ، احكام الشريعة الاسلامية ، في الاحوال الشخصية ، ط٤ ، دار المعارف ، ١٩٦٣ ، ص ٥٩

(٣)د. عمر عبد الله. مصدر سابق ، ص ٦١

الصحة اذا لم يسمع الشهود والكلام العاقدين في ذات المجلس مثل اذا سمع احد الشهود والايجاب بالقبول وغادر المجلس ، ثم اعيد في المجلس بحضور الشاهد الثاني لم يصح العقد ، وكذلك لو سمع الشاهدان معا كلام احد العاقدين ولم يسمعهما لكلام الاخر ، او سمع احدهما كلام العاقدين وسمع الثاني كلام العاقد الاخر فلا يصح العقد ، وكذلك لم يعد مخالف للشروط اذا كان الشاهد اصم ولا يعرفون العربية لعدم تحقق الغرض من الشهادة ، ويعد كذلك مخالفا لشروط الصحة اذا كان المرأة محرمة بدليل ظني ، حيث ان كانت المرأة محرمة بدليل ظني ، حيث اذا كانت المرأة محرمة بدليل ظني ، او كان التحريم مما يخالف فيه بعض الفقهاء وان كان العقد فاسدا ، كذلك كتزوج المعتدة من طلاق بائن ونزوجت اخت المطلقة التي لا تزال في العدة من طلاق بائن ، او تزوج عمتها او خالتها وهذا مااختلف فيه الفقهاء فهو محرم عند الحنفية والقانون بينهما هو الصحيح عند الشافعية والمالكية سواء كان الطلاق البائن بينونة كبرى او صغرى .(١)

ويعد مخالف لشروط الصحة اذا كان بصيغة تدل التأقيت بوقت معلوم او غير معلوم قصير او طويل ، كان العقد فاسدا لتخلف شرط من شروط الصحة . والزواج غير مؤبد نوعان : الزواج المؤقت وهو ينشأ بلفظ من الالفاظ التي يعقد بها عقد الزواج ، ولكن يقترن بصيغة ما تفيد الاستمتاع بالمرأة لفترة معينة ، كما لو قال رجل لمرأة " تزوجتك الى شهر واحد : وقالت المرأة حتى يعود ابي من السفر "(٢) والثاني زواج المتعة : وصورته ان يقول رجل لامرأة : متعني بنفسك لمدة كذا على مبلغ كذا او امتعك بنفسي على كذا بكذا من المال ، وقد انعقد اجماع الفقهاء (عدا الشيعة) على ان هذا النكاح باطل ، وقد اباح الرسول صلى الله عليه وسلم هذا النوع في صدر الاسلام في غزوة غزاها واشتد على الناس فيها الغزو به ، وذلك

---

(١)عثمان التكروري ، مصدر سابق ص ٦٧

(٢)عبد الرحمن خلاف ، مصدر سابق ، ص ٣٥

خوفا من الزنى ، ثم حلامه الله تيمنانا لانه نهى عنه الرسول (ص) ست مرات مناسبات فيكون قد نسخ بالتواتر ، فقد روي عنه انه قال " اني كنت اذنت لكم في المتعة ، فمن كان عند شيء فليفارقه ، ولا تأخذ مما اتيتموهن شيئا ،فان الله تعالى قدومها يوم القيامة ، وروي ان عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) يتوعد من يقوم بزواج المتعة بالرجم ، وهذا قد اعتبر قانون الاحوال الشخصية في (ف٦ ٣٤) كلا من زواج المتعة وزاج المؤقت فاسدا ، لانه مخالف لشرط من شروط الصحة وهو التأبيد .[١]

المطلب الثالث

مخالفة شرط النفاذ واللزوم

ويعتبر مخالفا لشرط النفاذ اذا لم يكن له الحق من انشاؤه وكذلك يعتبر شرط النفاذ اذا كان العاقد فضوليا ، لان الفضولي ليس له حق الولاية والتزويج وقت العقد ، وكذلك يعد مخالفا ١١ذا كان العاقد وليا ، مع وجود الولي الاقرب المقدم عليه ، فأن الزوج الولي الابعد مع وجود من هو اقرب منه كان العقد موقوفا على اجازة الولي الاقرب ، وكذلك يعد مخالفا اذا كان العاقد وكيلا قد خالف موكله فيما وكله به ، فاذا وكل شخص غيره لزوجة فتاة معينة او بمهر معين فتزوجه فتاة غيرها او زوجة بمهر اكثر كان العقد موقوفا كلما جازه الموكل ، كذلك يعد مخالفا لشروط النفاذ اذا لم يكن العاقد اهلا لان ينعقد العقد لنفسه [٢]

---

(١)د. عثمان التكروري ، مصدر سابق ، ص ٦٨

(٢) د. عمر عبد الله ، مصدر سابق ، ٧٨

اما مخالفا لشرط اللزوم ، اذا كان قد شاب العقد تقرير بالزوجة فيما يتعلق بكفاءة الزوج لها كما لو انتسب الى غير نسبه فتزوجته بناءا على ذلك الانتساب ثم تبين انه دونها نسبيا وليس كفوءا ، فيكون العقد غير لازم فيحق له فسخ العقد لدفع الف دينار رهن نفسها ، وكذلك اذا لم يتم الزواج من كفء ، فأذا تولت البكر البالغة العاقلة الرشيدة عقد زواجها بنفسها او بوكيلها وانكرت ان لها وليا عاصيا ، ومن غير كفء وكان له وليا عاصي لم يرض بهذا الزوج ، فلهذا الولي ان يرفع الامر الى القاضي ويطلب منه فسخ العقد(١)

(١)محمد زبيدالابياني ، شرح الاحكام الشرعية ، ج١ ، ط١ ، الدار العلمية الدولية ، عمان ، ١٩٨٧ ، ص ٤٩

الخاتمة

في خِتام هذا البحث ،أحمدُ الله عز وجلّ على حسن إتمامه ، وأرجو أن يكون نافعاً، وقد توصلّتُ فيه إلى نتائج منها :

١– أنواع الشروط من حيث الجهة التي ربطت بين الشرط والمشروط ،أربعة أنواع هي : الشرط العقلي، والشرط العادي ، والشرط الشرعي ،والشرط اللغوي .

٢– الارتباط بيت الشرط والمشروط، قد يكون ارتباطا سببياَ ، أو تلازمياَ ،أو قد لا يكون هناك ارتباط حقيقي بينهما في حالات معينة.

٣– جملة الشرط والجواب جملة واحدة من حيث المعنى، ولا يجوز الفصل بينهما ألا في حالات معينة.

٤– أنَّ مفهوم الشرط هو: دلالة اللفظ المقيد فيه الحكم بأداة شرط على نفي الحكم عند انتفاء الشرط.

٥– أنَّ الشرط يتنوع لخمسة أنواع عند الحنفية هي: الشرط المحض، والشرط الذي هو في حكم العلل، والشرط الذي في حكم الأسباب، والشرط الذي هو شرط اسماً لا حكماً، والشرط الذي هو علامة.

٦– أنَّ الرأي الراجح هو العمل بمفهوم الشرط.

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا البحث على هذه الصورة، فالفضل والمنة له أولا وآخرا، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

اولاً :الكتب

١. ابن رشيق الحسين المالكي ،الباب الحصول في علم الاصول ،ط١،دار البحوث للدراسات واحياء التراث ،١٩٥٦.

٢. احمد حسن البرعي ، نظرية الالتزام في القانون ، مصادر الالتزام ، ط١، دار الثقافة ، المغرب ، ١٩٨١.

٣. اصول السرخسي ،تحقيق ابي الوفاء الاخفاني ،ط ٢١ دار الفكر ،لبنان،بيروت ،٢٠٠٥.

٤. البرهان هو اصول الفقة ،تحقيق صلاح بن محمد بن عويضة ،ط ١ ،دار الكتب العلمية ،بيروت ١٩٩٧ .

٥. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ،ط١،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢

٦. السعيد مصطفى السعيد ،مدى استعمال حقوق الزوجة و ط١ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٧

٧. سيف الدين ابوالحسن الاموي ،الاحكام فب اصول الاحكام،ط١،دار الكتب العلمية ،بيروت ،١٩٨٣

٨. عبد الرحمن خلاف ، الاحوال الشخصية ٥ ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ،

٩. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ط٥ ، ١٩٩٨ .

١٠.عبدالله الجبوري ،احكام الفصول في احكام الاصول ،ط١،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،١٤٠٩هـ.

١١.عثمان التكروري و شرح قانون الاحوال الخصية وقتا وتعديلاته و ط٢ ، دار الثقافة للتوزيع والنشر ، عمان .

١٢.عمر عبد الله ، احكام الشريعة الاسلامية ، في الاحوال الشخصية ، ط٤ ، دار المعارف ، ١٩٦٣ .

١٣.قواطع الادلة في اصول الفقه ،لابي المظفر منصور بن محمدعبد الجبار ،ط١،دار الكتب العلمية ،بيروت ،١٩٩٠.

١٤.محمد اديب الشافعي ،ج٥ ،التصحيح محمد الزهري النجار،ط٢،دار المعرفة للطباعة والنشر ،بيروت ،١٩٩٧.

١٥.محمد الشيباني ،في الهداية،فتح القدير،٣/٣٥٢

١٦.محمد جواد مغنية،الاحوال الشخصية في المذاهب الخمسة ،ط١،دار الملايين ،بيروت ،١٩٦٤

١٧.محمد زبيدالابياني ، شرح الاحكام الشرعية ، ج١ ، ط١ ، الدار العلمية الدولية ، عمان ، ١٩٨٧

١٨.معوض عبد التواب ،موسوعة الاحوال الشخصية ،ط٣،مطبعة الاطلس ،القاهرة ،١٩٨٦.

ثانياً: القوانين

١- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة (١٩٥٩)

٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)