مشارطة زواج التجربة وتأصيلها الشرعي والقانوني
(دراسة تحليلية في قواعد النظرية العامة للأشتراط في الفقه الاسلامي والقانون)

Doi: 10.23918/ilic9.58

أ. د. حميد سلطان علي
استاذ القانون الخاص في كلية القانون - جامعة بغداد
dr.hameedsultan@colaw.uobaghdad.edu.iq
أ. م. د. عباس فاضل عباس
كلية القانون والعلوم السياسية – الجامعة العراقية
Alicmi24@gmail.com

The marriage contract of experience and its legal and legal rooting
Analytical study of the rules of the general theory of requirements
In Islamic jurisprudence and law

Prof. Dr. Hamid Sultan Ali
Professor of private law at the College of Law - University of Baghdad
Asst. Prof. Dr. Abbas Fadhil Abbas
College of Law and Political Science - Iraqi University

الملخص

يعد الزواج من العقود المهمة التي لا غنى للإنسان عنها, وذلك لما يمثله من سد لحاجاته الاساسية, اذ به يتحصل الإحصان والاستقرار والسكن والمودة, وبه أيضا يتحقق التناسل والتكاثر وتكوين الأسرة بطريق صحيح ومتناسب مع مقاصد الشريعة الاسلامية . ولا شك في إن هذا العقد يتأثر في بعض أحكامه بأحوال المجتمع وتغير الأحكام فيه من زمان لأخر, ومن مكان إلى مكان آخر, وذلك وفقا للقاعدة الفقهية المعروفة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " , ولعل آخر ما استجد من الأمور المتعلقة بهذا العقد هو ما أطلق على تسميته بزواج التجربة أو مشارطه زواج التجربة كفكرة مستوحاة مما يسمى ب" قائمة المنقولات " وهي من العادات المصرية القديمة التي تتمثل بوجود قائمة ملحقة بعقد الزواج يوثق فيها ملكية كل من الزوجين من منقولات بيت الزوجية, ويتم النص فيها على إلزام الإطراف برد هذه المنقولات عند طلبها من احدهما عند حدوث طارئ معين يؤثر في العقد, وقد تباينت المواقف الفقهية والدينية من هذه الفكرة بين مؤيد لها بوصفها حلا لتزايد حالات الطلاق في المجتمع المصري, وبين منكر لها بعدها منافية لأصول عقد الزواج والضوابط الشرعية الحاكمة له. وهذا البحث هو محاولة لتسليط الضوء على فكرة مشارطة زواج التجربة من جميع النواحي, وذلك ببيان مفهومها ومحتواها وتأصيلها من الناحيتين الشرعية والقانونية.

الكلمات المفتاحية: العقد – عقد الزواج – الايجاب – القبول – الشرط – الشروط المقترنة بالعقد.

Abstract

Marriage is one of the important contracts that are indispensable for Man because it represents a response to his basic needs, as it obtains stability, housing and affection, and also achieves reproduction, reproduction and family formation in a correct way and proportionate to the purposes of Islamic law. There is no doubt that this contract is affected in some of its provisions by the conditions of society and the change of provisions in it from time to time and from one place to another , according to the well-known jurisprudence rule "does not deny the change of provisions change times", and perhaps the latest of the things related to this contract is what certain affects the contract , The doctrinal and religious positions of this idea have differed between the supporter of her as a solution to the growing divorce cases in Egyptian society , and the denier of her after contrary to the origins of the marriage contract and the rules of Sharia governing him. This research is an attempt to shed light on the idea of a marriage of experience in all respects by stating its concept, content and root in term of legality and legal.

Keywords: contract, marriage contract, offer, acceptance, condition, conditions associated with the contract.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين , والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى اله وصحبه أجمعين .

أولا – فكرة عامة عن البحث : يعد الزواج من النعم التي امتن بها الله تعالى على عباده تكريما وتفضيلا لهم, ولأهمية هذا العقد فقد نظمت الشريعة الإسلامية الكثير من إحكامه, وقد سارت التشريعات الوضعية على منوال التشريعات السماوية نفسه بعنايتها بعقد الزواج عن طريق تنظيم إحكامه بصورة تفصيلية على النحو الذي يضمن ضبط وجوده واستمراره وترتيب أثاره على الوجه المطلوب .

ولا شك في إن هذا العقد يتأثر في بعض أحكامه بأحوال المجتمع وتغير الأحكام فيه من زمان لأخر وذلك وفقا للقاعدة الفقهية المعروفة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ", ولعل آخر ما استجد من الأمور المتعلقة بهذا العقد هو ما أطلق على تسميته بزواج التجربة أو مشارطه زواج التجربة, حيث يتضمن الزواج وجود عقد ملحق به يسمى بعقد أو مشارطه التجربة يتضمن شروطا معينة يجب الالتزام بها خلال مدة معينة يتم تحديدها في هذا العقد الملحق, على نحو يكون فيه مصير عقد الزواج مرتبط بمصير العقد الملحق, فإذا ما اخل احد الطرفين بالشروط المثبتة في العقد الملحق ترتب على ذلك انحلال عقد الزواج بنهاية مدة المشارطة أو قبل ذلك وفقا للشروط المثبتة في هذه الوثيقة. وقد تباينت المواقف الفقهية والدينية من هذه الفكرة بين مؤيد لها بوصفها حلا لتزايد حالات الطلاق, وبين منكر لها بعدها منافية لأصول عقد الزواج والضوابط الشرعية الحاكمة له .

ثانيا - اشكالية البحث : مشارطة الزواج من المسائل المستحدثة التي لم يتناولها الفقهاء المسلمون بالدراسة, مما يمكن معه القول انها تعد من النوازل الفقهية التي لا يعرف حكمها الشرعي او القانوني, وتكمن المشكلة في ان عقد الزواج مستمد من احكام الشريعة الاسلامية, وهو من العقود المتعلقة بالحل والحرمة, وينبني عليه النسب فضلا عن الكثير من المسائل التي تترك اثرا مهما في الحياة الفرد من الناحية الشرعية والقانونية. لذا فان مشكلة البحث تكمن في ايجاد الحلول الفقهية والقانونية لموضوع الدراسة .

ثالثا – اهمية موضوع البحث : عقد الزواج هو اهم العقود التي يمارسها الانسان, وذلك لخصوصية هذا العقد كون المعقود عليه ليس مالا وانما المعقود عليه هو حل المتعة بين الزوجين. لهذا السبب اعتنى به الفقهاء المسلمون عناية فائقة, وقد اكد الله سبحانه وتعالى اهمية عقد الزواج اذ سماه الميثاق الغليظ وذلك بقوله تعالى :**(وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا).** فتاتي اهمية البحث من اهمية المواضيع التي يتناولها.

رابعا – منهجية البحث : سنعتمد المنهج الوصفي التحليلي عن طريق طرح الافكار ومناقشتها وارجاع المسائل الجزئية او الفرعية الى اصولها, ونستعين بالقواعد العامة المتعلقة بالبحث لنتمكن من خلالها ايجاد الحلول القانونية والفقهية لموضوع الدراسة. وفضلا عن المنهج التحليلي فقد تضمنت الدراسة المقارنة بين بعض الانظمة القانونية في البلدان العربية, وعلى هذا الاساس ستكون الانطلاقة من القانون العراقي ثم المصري مروراً بالاماراتي .

خامسا – خطة البحث : سنحاول في هذا البحث إن نسلط الضوء على فكرة مشارطة زواج التجربة من جميع النواحي وذلك ببيان مفهومها ومحتواها وتأصيلها من الناحيتين الشرعية والقانونية, ويتطلب منا هذا الأمر أن نقسم البحث على مبحثين : نخصص الأول منهما لبيان التعريف بفكرة مشارطة زواج التجربة , وذلك في مطلبين نخصص الأول منهما لبيان خصوصية عقد الزواج وما يميزه عن العقود الأخرى, ونخصص المطلب الثاني لتعريف مشارطة زواج التجربة, اما المبحث الثاني فسنتناول فيه بيان التأصيل الشرعي والقانوني لفكرة مشارطة التجربة, ونقسم البحث فيه على مطلبين نخصص الأول منهما لبيان التأصيل الشرعي لفكرة مشارطة زواج التجربة, ونتناول في الثاني التأصيل القانوني لهذه الفكرة , والله تعالى من وراء القصد .

المبحث الأول

التعريف بفكرة مشارطة زواج التجربة

عقد الزواج له من الخصوصيات ما يتميز بها عن العقود الأخرى , إلا إن خصوصية هذا العقد لا تمنع من القول بأن هناك أحكاما كثيرة يشترك فيها هذا العقد مع العقود الأخرى, ولعل أهم هذه الأحكام هو إمكانية اقتران هذا العقد بالشروط الاتفاقية التي يسعى من خلالها العاقدين لتنظيم عقدهما على نحو منضبط , ومن ثم يتطلب منا التعريف بفكرة زواج التجربة أن نبرز أولا خصوصية عقد الزواج عن العقود الأخرى, ثم نتناول بعد ذلك التعريف بمشارطة زواج التجربة للوقوف على مدى انسجامها مع القواعد العامة المتعلقة بأحكام الاشتراط في العقود, وبحسب التفصيل الآتي :

المطلب الأول

خصوصية عقد الزواج بين العقود الأخرى

يعد عقد الزواج من أهم العقود التي حظيت بعناية ورعاية التشريعات السماوية والتشريعات الوضعية وذلك لقدسية هذا العقد وأهميته وخطورة الآثار التي تترتب عليه, لذا نجد إن التشريعات السماوية أظهرت بصورة جلية خصوصية هذا العقد وتمايزه عن العقود الأخرى. فبالزواج يتحقق السكن النفسي والاجتماعي للإنسان على وجه يطمئن فيه كل من الزوجين للأخر بما يحقق السكن والمودة والتناسل والتي تعد من الغايات الأساسية لعقد الزواج. قال تعالى : **" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"** [١] . فيقول ابن كثير في تفسيره للآية السابقة **" وجعل بينهم مودة ورحمة "** بأن المودة هي المحبة, والرحمة هي الرأفة , فأن الرجل يمسك المرأة إما لمحبته لها , أو لرحمة بها ' بأن يكون له منها ولد, أو محتاجة إليه في الإنفاق , أو للألفة بينهما [٢]. ولقدسية هذا العقد فقد حرم الشارع كل أنواع العلاقات الأخرى التي لا تأخذ وصف الزواج كالزنا وغيره من العلاقات الأخرى المحرمة [٣] .

ولا تختلف التشريعات الوضعية في عنايتها بهذا الرباط المقدس لأهميته وانعكاس آثاره على المجتمع بصورة مباشرة, إذ عرف المشرع العراقي عقد الزواج تعريفا دقيقا من خلاله يمكن تحديد ماهية هذا العقد وشروطه وأركانه وذلك في نص المادة (٣) الفقرة (١), والتي نصت على انه : **عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة مشتركة للحياة والنسل** [٤]. وبذات التعريف عرف المشرع الأماراتي عقد الزواج في المادة ١٩ بالقول **: " الزواج عقد يفيد حل استمتاع احد الزوجين بالآخر شرعا غايته الإحصان وانشاء اسرة مستقرة برعاية الزوج على أسس تكفل لهما تحمل أعباءها بمودة ورحمة "** [٥], فهذا النص اشترط أن تكون الزوجة محللة على الرجل

---

[١] سورة الروم / ٢١

[٢] ينظر تفسير القرآن العظيم ,ابن كثير الدمشقي, ج ٥, دار الكتب العلمية, ص ٥٨٢ .

[٣] قال تعالى " الزانية والزاني فجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ", سورة النور ٢ .

[٤] ينظر قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .

[٥] ينظر القانون الإتحادي الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ .

والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى عدم مشروعية العقد وذلك عندما تكون المرأة محرمة على الرجل سواء أكانت هذه الحرمة مؤبدة أم كانت مؤقتة [١], لصيانة هذا العقد من كل أشكال العلاقات التي تناقض وتخالف هذا المفهوم .

ثم إن هذا العقد تدخله الأحكام التكليفية الخمسة من الوجوب والندب والإباحة والكراهة والتحريم, فهو واجب في حالة الخشية من الوقوع في الزنا مع القدرة المالية والبدنية عليه, وهو محرم إذا ثبت وتيقن للإنسان إن في إقدامه على الزواج ضرر لنفسه أو لغيره, فالضرر والأذى مدفوعان شرعا, ويكون مستحبا إذا توفرت القدرة والإمكانية من الأمن من الخشية في الوقوع في الحرام, وهو مكروه عند الأمن من الوقوع في الحرام لكن هناك شك في عدم القدرة على القيام بمتطلباته ومستلزماته, وهو أخيرا مباح عند القدرة والأمن من الوقوع في الحرام[٢] .

ويبدو واضحا ان خصوصية عقد الزواج وماهيته وما ينصب عليه هذا العقد من محل تجعله يتمايز بصورة واضحة عن العقود الاخرى وخصوصا العقود المالية منها, فعقد الزواج لا يمكن عده من العقود المالية وان احتوى في بعض جوانبه أحكاما مالية, فالالتزام بالمهر والنفقة والمسكن هي مسائل مالية تلقى على عاتق احد أطراف العقد, وهي يمكن ان تؤثر على هذا العقد على النحو الذي قد يؤدي الى انحلاله بسبب اخلال من تقع عليه هذه الالتزامات في الوفاء بها, فالمهر مال واجب في ذمة الزوج للزوجة تستطيع المطالبة به بحسب ما تم الاتفاق عليه والنفقة كذلك ومثلهما السكن, الا انه معلوم ان وجود هذه الالتزامات المالية لا يخرج عقد الزواج من كونه عقدا غير مالي, وسبب ذلك هو ان وصف الزواج بأنه عقد مالي يخرجه من خصوصيته ويهدر الحكمة والغاية من تشريعه, فضلا عن ان طبيعة الزواج تأبي ان تعتريه الاحكام الخاصة بعقود الاموال فاغلب احكام ابرام هذه العقود وطرق انقضاء الالتزامات فيها لا يمكن اعمالها في عقد الزواج .

ثم ان طبيعة الالتزامات في العقود المالية ومحتواها يفارق بينها وبين عقد الزواج, فعقد الزواج تغلب عليه الالتزامات الدينية والاخلاقية والعرفية, بخلاف العقود المالية فأحكامها مادية في الغالب, فعقد الزواج يعد عهدا روحيا بين عاقديه ولذلك سماه القران الكريم " الميثاق الغليظ " , قال تعالى : " وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليضا " [٣] , وقد فسر الامام الطبري الميثاق الغليظ الوارد في الآية الكريمة بأنه : الإمساك بالمعروف واللين والحفظ او التسريح بإحسان دون أذى او ظلم [٤].

وهو من جانب اخر ارتباط عاطفي وخلقي يستحل بموجبه بكلمة الله ما يكون محرم في غيره, لذا نجد ان هذا العقد يختل ويتأثر وينهار عندما يغيب فيه الجانب العاطفي عندما تهمل الزوجة ولا تعامل المعاملة اللائقة[٥], وينهار كذلك عندما يغيب عنه الجانب الاخلاقي بارتكاب احد الزوجين أعمال محرم عليه القيام بها كالزنا والشذوذ وغيرهما من العلاقات المحرمة, ولعل واقع المحاكم في كل البلدان يخبرنا بازدياد حالات انحلال عقود الزواج لهذه الأسباب .

المطلب الثاني
التعريف بزواج التجربة

التجربة عند اهل الاصطلاح اللغوي مفرد تجارب وهي الاختبار المنظم لظاهرة او ظواهر يراد ملاحظتها ملاحظة دقيقة, وهي تأتي أيضاً بمعنى ما يعمل أولا لتلافي النقص في شيء وإصلاحه, ويقال تحت التجربة : يجرب فترة زمنية معينة للتأكد من كفائتة, وعلى سبيل التجربة : في مراحل البحث الأولى, وحقل تجارب : اي المكان الذي تجرى فيه التجارب على شيء للتأكد من انه صالح للغرض منه [٦].

والتجربة مصدر للفعل جرب , فيقال : جرب الرجل تجربة اي اختبره [٧].

ولا يختلف المعنى الاصطلاحي لمفردة التجربة عن معناها اللغوي, فقد عرفها الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات بأنها : كل أمر مشاهد في اي علم كان [٨]. وتعرف أيضا بأنها : عملية منظمة للحصول على المعلومات, واثبات صحة الفروض من خلال تناول متغير واحد, وتثبيت جميع العوامل الأخرى, ثم ملاحظة ما يطرأ على هذا المتغير للوصول الى نتيجة معينة[٩].

وزواج التجربة من المفاهيم الحديثة التي ظهرت في الآونة الأخيرة كطرح مثير للإشكال عندما أعلن البعض عن طرح مبادرة جديدة للحد من حالات الطلاق المتفشية في المحاكم, مستنبطا هذه الفكرة من الإحصائيات الرسمية التي تشير الى ارتفاع نسب الطلاق في المحاكم المصرية بصورة ملفتة للنظر [١٠] .

وقد اثار طرح هذه الفكرة لغطا واسعا واهتماما كبيرا في الأوساط الدينية والإعلامية والقانونية لحداثة المصطلح وما يمكن ان يحتويه من إشكالات شرعية وقانونية, فمعلوم أن الظواهر المستجدة والتي يسميها أهل الفقه الإسلامي بالنوازل لا يمكن العمل بها ومن ثم بناء الأحكام عليها إلا بعد عرضها للاجتهاد من المتخصصين لبيان مدى تناسقها او تعارضها مع ثوابت الشريعة وأحكامها العامة, بما ينتج عنه تحقيق مصلحة ودرء مفسدة, ومن ثم ان كانت النازلة ملائمة لمقاصد الشارع ولا تتعارض مع اصول التشريع يفتى بجواز بناء الاحكام عليها, وان كانت غير ذلك بأن كانت المفاسد المترتبة على العمل بها اكثر من المصالح او ثبت بالدليل تعارضها مع المقصد العام والقواعد العامة للتشريع يفتى بتحريم العمل بها وعدم جواز بناء الاحكام عليها وفقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن **" درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"[١١].**

---

[١] ينظر في بيان النساء المحرمات في عقد الزواج المواد (١٢ – ١٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

[٢] ينظر علاء الدين محمد بن علي بن محمد, الدر المختار شرح تنوير الابصار, دار الفكر, بيروت, ج ٣ ص ٧ وما بعدها .

[٣]سورة النساء ٢١ .

[٤] ينظر تفسير الطبري, ابي جعفر محمد بن جرير الطبري, ج ٨, المكتبة الاسلامية , ص ١٢٧ .

[٥] ينظر القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي, شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته , ط٢, ٢٠١١, المكتبة القانونية, بغداد, ص ٢٤ .

[٦] لسان العرب, ابو الفضل جمال الدين ابن منظور , ج ١, ص ٣١٠ .

[٧] المعجم الوسيط, ابراهيم انيس, عبد الحليم منتصر, عطية الصوالحي, محمد خلف الله احمد, ج٢, ص ١٥٣ .

[٨] ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي, الموافقات, ج١, ص ١٩٤ .

[٩] ينظر ناريمان وفيق محمد ابو مطر, التجارب العلمية على جسم الانسان, الجامعة الاسلامية, غزة, ٢٠١١, ص ٤ .

[١٠] ينظر الموقع الرسمي للمحامي احمد مهران على صفحة الفيس بوك, مكتب . أ . د / احمد مهران – المحامي, المنشور بتاريخ ٢٠ يناير ٢٠٢١ .

[١١] ينظر مؤلفنا : الوافي في اصول الفقه, د حميد سلطان علي, ط٢, ٢٠١٨, مكتبة السيسبان, ص ١٠٩ وما بعدها .

ولا يقصد بزواج التجربة وفقا لما بينه صاحب الفكرة بأن يجرب الزوجين بعضهما لفترة محددة للتأكد من ملائمة بعضهما لبعض ومن ثم يقرران بعد ذلك اما الانفصال أو الاستمرار, وانما يقصد به " وثيقة شروط إضافية في صورة عقد مدني تضاف وتلحق بعقد الزواج الأصلي المبرم بين الزوجين تتضمن بنودا يقترحها الطرفان ويتوافقان عليها لإكمال كل ما يمكن ان يكون فات العاقدين من مسائل لم ينتبها اليها وقت ابرام العقد, وفضلا عن الشروط يضع المتعاقدين حلولا لما يمكن ان يتوقع من مشاكل او خلافات خلال مدة المشارطة التي تحدد في الاتفاق المبرم بين الطرفين, وبعد انتهاء مدة التجربة يقرر الطرفان اما الاستمرار بالزواج أو إنهاؤه " .

ومن خلال المفهوم أعلاه يمكن القول بأن هذه الوثيقة لا تمثل عقد زواج جديد وانما هي عقد ثانوي يلحق بعقد الزواج الاصلي يتضمن شروطا وحلولا لمشاكل متصورة الهدف منها تجربة مدى امكانية اختبار الزوجين لوضعهما العام في خلال فترة يحددانها ومن ثم يقرران بعد انتهاء هذه المدة اما الاستمرار بالعقد واما إنهاؤه .

ومعلوم ان عقد الزواج من العقود التي يمكن ان تتخللها الشروط والاتفاقات التي يرتضيها اطراف العقد بعده شريعتهما وقانونهما الخاص, لذا اجازت احكام الشريعة الاسلامية ان يشترط الاطراف من الشروط ما يشاؤون متى ما كانت هذه الشروط لا تخالف القاعدة العامة في الاشتراط الواردة في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " **المسلمون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما** "[١] ' وهو ذات الحكم الذي تقرره التشريعات الوضعية التي تعالج في احكامها مسائل الاسرة, ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ الذي قسم الشروط الخاصة بعقد الزواج الى شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم, ويختلف الاثر المترتب على تخلف هذه الشروط باختلاف كل قسم منها [٢].

واشار المشرع العراقي في الفقرة الثالثة من المادة السادسة الى الشروط التي يمكن ان تقترن بالعقد وتضاف اليه بالنص على انه " **الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يحب الإيفاء بها** " وبين في الفقرة الرابعة من نفس المادة الأثر الذي يمكن ان يترتب على مخالفة هذه الشرط وعدم الإيفاء بها والمتمثل بحق الزوجة في طلب فسخ العقد. ونص المشرع الإماراتي كذلك على مشروعية الاشتراط في عقد الزواج على نحو موافق لأصول التشريع الإسلامي إذ نص في المادة ٢٠ على إنه " **الأزواج عند شروطهم إلا شرطا احل حراما او حرم حلالا** " [٣], ونص في نفس المادة على حق طلب فسخ العقد من احد الطرفين عند اخلال الطرف الآخر بما اشترط فيه بالقول : " **إذا اشترط فيه شرط لا ينافي اصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به, وإذا اخل به من شرط عليه له طلب فسخ الزواج** ..... "[٤].

ويأخذ زواج التجربة صورة اتفاق على مشارطة الزواج يثبت في هذه المشارطة المسائل الآتية :

أولا : تاريخ الاتفاق وأسماء إطراف المشارطة .

ثانيا : تمهيدا يتضمن الإشارة الى ما يأتي :

١ : الإشارة الى عقد الزواج الأصلي الثابت والصحيح من الناحية الشرعية والقانونية بين الطرفين بكونه العقد الأصلي الذي يحكم العلاقة الزوجية بينهما .

٢ : الإشارة الى ان التشريع السماوي والتشريعات الوضعية تجيز إيراد الشروط المشروعة ضمن عقود الزواج .

٣ : الإشارة الى رغبة الزوجين في توسيع دائرة هذه الشروط قياسا على الأصل العام في جواز الاشتراط ضمن عقد الزواج .

٤ : الإشارة الى ان الهدف من هذه المشارطة هو ضمان استمرار الحياة الزوجية وتجنب الخلافات التي قد تحدث خلال السنوات الأولى من الزواج .

ثالثا : بنود المشارطة : حيث تتضمن المشارطة البنود الآتية [٥]:

١ : البند الخاص بالتمهيد للمشارطة : ويتضمن النص على ان التمهيد الذي ورد في بداية المشارطة يعد جزء لا يتجزأ من عقد اتفاق مشارطة الزواج على النحو الذي يكمل بنود هذه المشارطة وأركانها, وفي هذا البند يتم الإشارة الى اتفاق الطرفين على المشارطة وان يكون هذا الاتفاق غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون, وان الهدف منها هو ضمان استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين على نحو سليم والعمل سوية على حل الخلافات المحتملة للمحافظة على كيان الأسرة وديمومتها [٦] .

٢ : البند المتعلق بالشروط الخاصة بالزوجة : وهو البند الذي يتضمن كل الشروط التي تريد الزوجة التأكيد عليها وتثبيتها في مواجهة الزوج لضمان حياتها الهادئة والمستقرة وبما يمنع من تجاوز الزوج على حقوقها ومكتسباتها الثابتة بموجب عقد الزواج الأصلي, ويفترض ان تختلف الشروط الواردة في هذا البند بحسب كل مشارطة على حده, ويمكن للزوجة ان تثبت فيه ما تشاء من الشروط كشرط معاملة الزوج لها بالحسنى, والتزامه بتكاليف الحياة الزوجية, وعدم اجبراها على ترك العمل, وحقها في زيارة أسرتها, ووجوب اخطارها عند نية الزوج الزواج بامرأة ثانية, وحقها في الاطلاع على حسابات الزوج المالية, وحقها في الاشتراك في القرارت المصيرية المتعلقة بالاسرة, وغيرها من الشروط .

٣ البند المتعلق بالشروط الخاصة بالزوج : وفيه يتم النص على الشروط التي يرغب بها الزوج ويعتقد بأنها كفيلة لضمان استمرار الزواج وحفظ عائلته من الضرر والاذى, ولذلك يجوز للزوج ان يورد في هذا البند شرطا يتضمن تنازل الزوجة عن حقها في مبيته في منزلة الزوجية لأيام محددة خلال الاسبوع, وله ايضا ان يشترط الاطلاع على حسابات الزوجة المصرفية وحساباتها على مواقع التواصل الاجتماعي, وله ايضا اشتراط تقييد حق الزوجة في الخروج من منزل الزوجية بشروط معينة, كأن يشترط عليها عدم الخروج او السفر

---

[١] ينظر : سنن الترمذي, الجامع الكبير, ابو عيسى محمد بن عيسى الترمذي, دار الجيل, بيروت, ١٩٩٨, ج٣, ص ٢٧, رقم الحديث ١٣٥٢ .

[٢] ينظر المادة السادسة من هذا القانون .

[٣] ينظر الفقرة ١ من هذه المادة

[٤] ينظر الفقرة الرابعة من المادة ٢٠ .

[٥] ينظر في تفاصيل هذه الشروط نموذج مشارطة التجربة المعدة من قبل المحامي احمد مهران والمنشورة على صفحته الرسمية على موقع الفيس بوك .

[٦] ويبدو لنا ان الهدف من هذا البند هو إضفاء صفة المشروعية على المشارطة, وذلك باشتراط ان توافق بنودها النصوص الشرعية والقانونية لضمان عدم الطعن بها من الناحية الشرعية او القانونية .

الا بموافقته, واشتراط عدم زيارة صديقاتها غير المرغوب بهن, وقيامها بواجبات المنزل من الطبخ والتنظيف ورعاية الاولاد, وله أيضا تقييد الزوجة في ملبسها وفقا للشرع والعرف السائد(١) .

٤ : البند الخاص بالجزاء المترتب على مخالفة بنود المشارطة : وفي هذا البند يتفق الطرفان على ماهية الجزاء المترتب على مخالفة اي طرف ما اشترطه على نفسه في المشارطة, وللطرفين هنا ان يختارا الجزاء الذي يريانه مناسبا مع حجم المخالفة واهمية الشرط الذي تم اختراقه او مخالفته من احد الاطراف. ولعل من الجزاءات التي يمكن الاتفاق عليها ما يأتي :

أ : الاتفاق على حق الزوجة في طلب الفسخ او الخلع دون النظر الى انتهاء مدة المشارطة, او الاتفاق على ان يسرحها الزوج مقابل تنازلها عن حقوقها الزوجية الثابتة في عقد الزواج الاصلي من نفقة العدة ومؤخر المهر المسمى والتزامها برد ما قبضنه من الزوج من اموال او منقولات .

ب : الاتفاق على حق الزوج في ايقاع طلاقها دون الحاجة الى انتهاء مدة المشارطة المتفق عليها مع تسليمها كل حقوقها الثابتة بموج عقد الزواج الاصلي, من نفقة عدة ومتعة ومؤخر الصداق المسمى في العقد وحقها في حضانة الصغير وانفاقه عليه , وحقها في رؤية الاطفال في اوقات معينة .

ج : الاتفاق على جعل الجزاءات المتعلقة بطلب الفسخ والتفريق اخر الحلول لانهاء عقد الزواج اذ يجب ان يسبقها محاولات لحل هذه الخلافات بالصورة الودية الشخصية او باللجوء الى محكمين .

ويعد تنظيم الجزاءات المترتبة على مخالفة مشارطة التجربة من المسائل المهمة لضمان عدم خرق بنود الاتفاق من اي طرف, وضمان تنفيذها التنفيذ الصحيح والمطلوب .

ولضمان سهولة اثبات مشارطة التجربة يمكن النص على ان تكون هذه الوثيقة مكتوبة وان تحرر باكثر من نسخة باشراف متخصص قانوني في تحرير الوثائق القانونية وان تذيل بتوقيع اطراف المشارطة وشهادة الشهود, ولا مانع يمنع من تصديقها من جهة مختصة لإضفاء القوة القانونية لها في الاثبات (٢) .

وبعد بيان مضمون ومحتوى مشارطة زواج التجربة يمكن القول ان البنود التي يمكن ان ترد فيها هي بنود يجب ان تكون محكومة بنص القانون وكذلك ان لا تكون مخالفة لاحكام الشرع, فالنظرة العامة لهذه البنود يعطى انطباعا عاما بانها شروط قانونية وشرعية يمكن ادراجها بلا حرج ضمن عقد الزواج الاصلي, فعقد الزواج كما اشرنا هو شريعة عاقديه ومن ثم كان لهما ان يضمناه من الشروط ما يشاءان متى كانت هذه الشروط غير مخالفة لأحكام الشرع والقانون, الا ان المهم هنا هو البند المتعلق بمدة المشارطة, فكما اشرنا تقضي مشارطة التجربة ان يحدد لها مدة معينة يتم خلالها تنفيذ الاتفاق الوارد في المشارطة, فان انتهت هذه المدة دون اخلال بالشروط مضى عقد الزوج على حاله واستمرت حياة الزوجين, وان خرقت بنود المشارطة من احد الطرفين فان هذا الاخلال يؤثر في العقد بقاء وانحلالا, وسنحاول في المبحث الثاني من هذه الدراسة بيان الحكم الشرعي والقانوني لتحديد مدة مشارطة تجربة الزواج ومدى مشروعية تحديد هذه المدة .

المبحث الثاني

التأصيل الشرعي والقانوني لاتفاق مشارطة الزواج " زواج التجربة "

اثار موضوع زواج التجربة كما اشرنا تفاعلا واسعا في الأوساط الدينية والاعلامية وادلى كل صاحب اختصاص فيه برأيه بحسب امكاناته واجتهاده, ولعل سبب هذا الخلاف كما اشرنا حداثة الامر وعدم وجود تنظيم شرعي او قانوني له على النحو الذي يمكن وصفه بالمسألة المستحدثة التي لم تتناولها نصوص واحام الشريعة الاسلامية, والحال نفسه في القوانين الوضعية, اذ نضمت احكام الشرع واحكام القانون عقد الزواج بصورتة المعروفة على انه اتفاق بين رجل وامراة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل, واجازت للعاقدين ان يشترطا فيه من الشروط ما يضمن حسن تنفيذه وفقا للقواعد العامة في الإشترط وبما لا يخالف احكام الشرع والقانون, ويتطلب منا تأصيل مشارطة زواج التجربة تقسيم هذا المبحث على مطلبين نخصص الاول منهما لبيان التأصيل الشرعي لهذه المشارطة فيما نتناول في المطلب الثاني التأصيل القانوني لها, وبحسب التفصيل الآتي:

المطلب الأول

التأصيل الشرعي لمشارطة زواج التجربة

ان دراسة مسألة التأصيل الشرعي لمسألة معينة يعد أحد أهم وسائل ربط الأمة بأحكام شرعها لبيان مدى توافق هذه المسألة مع احكام هذا الشرع او تضادها ومخالفتها له, وهو امر واجب ومطلوب من كل من يتصدى للإفتاء في أي مسألة خصوصا ما كان منها متعلقا بالمسائل المستحدثة التي قد لا يجد فيها المجتهد نصا واضحا في مصادر التشريع الاصلية او التبعية يمكن ان يستند اليه للقول بمشروعية هذه المسألة او عدم مشروعيتها, فالشريعة الاسلامية تتضمن أحكاما وقواعد لتنظيم سائر علاقات الافراد في المجتمع الا ان العائق الذي قد يحول في بعض الاحيان دون تبني مثل هذه الاحكام هو عدم وجود النصوص الصريحة لمعالجة مسألة معينة مما يستوجب الذهاب الى المصادر العقلية للقاعدة الشرعية كالقياس والاستصحاب والاستحسان والمصلحة (٣). فيعمد الى الاجتهاد ضمن القواعد العامة للشريعة الاسلامية كوسيلة لمعالجة حالة عدم النص على حكم مسألة معينة (٤).

---

(١) ويبدو واضحا اطلاق يد الزوج في الاشتراط ضمن خانة البنود الخاصة بشروطه, الا ان الضامن من عدم تعسف الزوج في هذه الشروط هو ان هذه المشارطة مشارطة اتفاقية ولذلك يجوز للزوجة رفض المشارطة باكملها او رفض البنود التي ترى ان فيها مساسا بحقوقها .

(٢) ونشير هنا الى ان هذه المشارطة يمكن ان تكون مشافهة دون حاجة الى الكتابة فهي وثيقة ملحقة بعقد رضائي وهو عقد الزواج فهو عقد لا تشترط فيه الكتابة لانعقادة , الا ان تشريعات الاثبات تعطي للكتابة حجية مهمة في الاثبات , لذا فان كتابة بنود مشارطة التجربة يعد امرا مهما لاثبات ما ورد فيها , ينظر في بيان قيمة الكتابة كدليل اثبات في السندات العادية المواد " ٢٥ – ٢٧ " من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ , ينظر المواد ٧ – ٩ من قانون القانون الإتحادي الأماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ الخاص بالإثبات في المعاملات المدنية والتجارية .

(٣) ينظر في هذا المعنى هيثم حامد صاروة , دراسة التأصيل الشرعي للأحكام القانونية, بحث منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد, ملخص متاح على شبكة الانترنت على الرابط الاتي : www.asjp.cerist.dz article .

(٤) ينظر في موضوع الاجتهاد وسلطة القاضي فيه : د حميد سلطان علي, د محمود ابراهيم عبد الرزاق الهيتي, الاجتهاد القضائي ودوره في سد الفراغ التشريعي, بحث منشور في مجلة روح القوانين, جامعة طنطا, كلية الحقوق, ٢٠١٧, ص ٥٥٣ - ٦٠٤ .

وتستوجب مسألة تأصيل مشارطة زواج التجربة البحث في بعض خصوصيات عقد الزواج التي يتميز بها عن العقود الاخرى, وقد سبق لنا بيان هذه الخصوصية وقلنا ان عقد الزواج وان احتوى بعض الاحكام المالية الا انه يبقى مع ذلك عقدا مدنيا لا يمكن ان يكون محله مالا معينا.

وقد بينا ان مشارطة تجربة الزواج تقوم على مسألة جوهرية وهي تحديد هذه المشارطة بمدة معينة بانتهائها اما ان يستمر العقد او ان ينحل, وذلك بحسب ما اذا تم الوفاء بالشروط الواردة فيها او الاخلال بها, ولعل السؤال الذي يطرح هنا وقبل الاجابة عن حكم مسألة المدة في مشارطة تجربة الزواج, هو هل ان هذه المشارطة تعد عقدا جديدا يختلف عن عقد الزواج الاصلي ام انها عقد ملحق بالعقد الاصلي ولا يقوم مقامه, ولعل سبب هذا التساؤل هو تسمية المشارطة نفسها اذ سميت ب " زواج التجربة " , وبالتأكيد سيختلف الحكم الشرعي في حالة ما اذا عدت هذه المشارطة عقدا جديدا يقوم مقام العقد الاصلي عما اذا كانت تمثل عقدا ملحقا بالعقد الاصلي, وبحسب التفصيل الاتي :

اولا : اذا كانت مشارطة زواج التجربة تمثل عقدا بديلا عن العقد الاصلي, فان ذلك يستوجب اهمال العقد الاصلي بكل بنوده والاحكام التي ترتبت عليه, وهو الامر الذي لا يمكن قبوله في عقد الزواج, فهو عقد يرتب اثاره بمجرد التقاء الايجاب بالقبول وصحة محله, وهو من العقود التي لا يمكن بفسخها اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد اذ به تستحل الفروج وتأخذ النساء بكلمة الله لقوله صلى الله عليه وسلم **" اتقوا الله في النساء فأنكم اخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ..."** ويقول الامام الطبري في تفسيره لهذا الحديث مانصه " خافو من الله وأدوا حق النساء الزوجات فأنكم اخذتموهن بأمانة الله اي بعهده, واستحللتم فروجهن بكلمة الله اي بالعقد الذي نشأ من كلمتي ايجاب وقبول من الولي والزوج "[١] . واذا كان الامر كذلك فأن انتهاء عقد الزواج وانحلاله لا يكون الا بالطرق الرسمية التي رسمها الشارع الكريم وذلك أما بالطلاق لقوله تعالى **" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بأحسان .. "**[٢], او بالخلع لقوله تعالى **" فأن خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به "**[٣] **, او بطريق التفريق القضائي لقوله تعالى " وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته "**[٤].

واذا كان الامر كذلك فأنه لا يجوز لأطراف العقد انهاء الزواج الاصلي الا بالطرق السالفة الذكر, وكل اتفاق على غير ذلك يعد باطلا, فلا يمكن بأي حال من الاحوال اهمال الزواج الاصلي والقول بأن مشارطة الزواج تقوم مقام العقد الاصلي إذ تعد مثل هذه المشارطة باطلة لورودها على غير محل.

ولعل من يطلع على صورة لوثيقة زواج التجربة يدرك بأن المنظرين لهذه المشارطة لم يقولوا بكونها تقوم مقام الزواج الاصلي او انها تعد بديلا عنه, وانما اعتبروها وبشكل صريح وثيقة تلحق بالعقد الاصلي ولا تقوم مقامه, فهي مكملة لهذا العقد وتتضمن شروطا تضاف الى الشروط المثبته في هذا العقد, وان اختيار تسمية زواج التجربة كان الهدف منه كما يقولون هو التسويق الاعلامي وليس لإبتداع نوع جديد من انواع الزواج [٥].

ثانيا : اذا كانت مشارطة زواج التجربة تمثل عقدا ملحقا بعقد الزواج الاصلي : وفي هذه الحالة تعد مشارطة التجربة بمثابة العقد التابع لعقد الزواج الاصلي من حيث الحكم فتصح بصحته وتبطل ببطلانه وفقا للقاعدة الفقهية المعروفة **" التابع تابع في الحكم "** [٦] , فإن الاصل العام كما اشرنا في مسألة الاشتراط هو الجواز متى ماكان الاشتراط موافقا لأصل العقد وطبيعته ولا يخالف نصا شرعيا ثابتا او يخالف اصول التشريع الاسلامي[٧] .

ويبدو انه لا اشكال في تلك الشروط التي تنظم حقوق الاطراف في مشارطة زواج التجربة, فالشروط التي تضمنها نموذج عقد مشارطة التجربة والمتعلقة بحقوق الاطراف تخضع للقواعد العامة في الاشتراط, الا ان الاشكال يتعلق بالبند الذي تعلق بالشرط الذي يحدد مدة المشارطة بمدة معينة, ومن ثم فالسؤال هنا ذو شقين : الاول يتعلق بطبيعة مثل هذا الشرط هل يعد من باب الشرط الواقف ام انه يدخل في مفهوم الشرط الفاسخ , اما الشق الثاني فيتعلق بمدى مشروعية مثل هذا الشرط في احكام الشريعة الاسلامية, وفي هذا نقول :

اولا : فيما يتعلق بطبيعة شرط المدة في مشارطة زواج التجربة نقول ان هناك نوعان من الشروط التي يمكن ان تقترن بها العقود : **الاول :** هو الشرط الواق, **والثاني :** هو الشرط الفاسخ , اما الشرط الواقف فهو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام, فأذا تحقق نفذ الالتزام, وأذا تخلف لا يقوم الالتزام [٨], ومثاله ان يعد الزوج زوجته بمبلغ معين اذا قبل في وظيفة معينة, فنفاذ الشرط هنا موقوف على واقعة القبول في الوظيفة, فأن قبل الزوج نفذ الشرط واصبح التزاما في ذمة الزوج, وان لم يقبل انتفى هذا الالتزام [٩].

اما الشرط الفاسخ فهو الشرط الذي يؤدي تحققه الى زوال الالتزام [١٠], ومثالة ان يتنازل الدائن عن جزء من الدين بشرط ان يدفع له المدين المتبقي من الاقساط, فتنازل الدائن موقوف على شرط فاسخ وهو قيام المدين بتسديد اقساط الدين المتبقية, فبتحقق هذا الشرط يزول الالتزام المتعلق في ذمة المدين. ويشترط في كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ ان لا يكون مخالفا للنظام العام وللاداب, ومخالفة هذا الامر يؤدي الى بطلان الالتزام اذا كان الشرط واقفا, اما اذا كان الشرط المخالف للنظام العام والاداب فاسخا فيعتبر مثل هذا الشرط لغوا ويبقى الالتزام قائما.

---

(١) ينظر تفسير الطبري, ابن جرير الطبري, رقم الحديث ٣٩٢. ص ٢ – ٣ .

(٢) البقرة ٢٢٩ .

(٣) البقرة ٢٢٩ .

(٤) النساء ١٣٠ .

(٥) ينظر : زواج التجربة بمصر, جريمة مستترة ام وسيلة لمنع الطلاق, مقال منشور على شبكة الانترنت عللى الموقع الالكتروني : www.aljazeera.net .

(٦) ينظر في بيان مفهوم قاعدة التابع تابع في الحكم : خالد بن سليم الشراري, الشرح الجامع لقاعدة التابع تابع – حقيقتها وتطبيقاتها , بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود للعلوم التربوية والدراسات الاسلامية, ص ٤ وما بعدها .

(٧) مع الاشارة هنا الى ان فقهاء الشريعة الاسلامية قد تعددت مذاهبهم في مسألة مدى حرية الارادة في الاشتراط في العقود بين مضيق لذلك وهو مذهب فقهاء الظاهرية الذي يقيد من حرية الارادة في الاشتراط في العقود في حدود الشروط التي جائت بها النصوص الشرعية, وبين موسع لذلك في اطلاقه لحرية الارادة في الاشتراط وفقا لظوابط معينة, وهو تقريبا مذهب جمهور الفقهاء, ينظر في تفصيل ذلك, علي محي الدين. مبدأ الرضائية في العقود, ج٢ , ط٢, دار البشائر الاسلامية, ٢٠٠٢, ص ٥٩ وما بعدها .

(٨) ينظر السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, المجاد الثالث , ط٣, منشورات الحلبي بيروت, ص ٢٧ .

(٩) وقد بين المشرع العراقي حكم هذا الشرط في نص المادة ٢٨٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي نصت انه " العقد المعلق عللى شرط واقف لا ينفذ إلا اذا تحقق الشرط ".

(١٠) ينظر : ياسين محمد الجبوري, الوجيز في شرح القانون المدني الاردني, ج٢, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ط٢, عمان, ص ٤٨ .

ووفقا لما تقدم يعد شرط المدة في مشارطة زواج التجربة بمثابة الشرط الفاسخ الذي رتب عليه المنظرون لفكرة زواج التجربة انتهاء عقد الزواج بانتهاء مدة المشارطة في حالة اخلال اي من طرفي المشارطة بالتزاماته المثبتة فيها.

ثانيا : اما فيما يتعلق بمدى مشروعية اشتراط المدة في مشارطة زواج التجربة : فبعد ان انتهينا في الفقرة السابقة الى ان شرط المدة في هذه المشارطة يعد من قبيل الشرط الفاسخ الذي يؤدي الى وجوب انهاء عقد الزواج عند اخلال احد طرفي المشارطة بالشروط المشترطة فيها, مما يجعل من عقد الزواج بمثابة العقد المحدد بمدة, وهذا الأمر يخالف شرط التأبيد الذي يشترط في عقد الزواج الامر الذي يترتب عليه بطلان العقد عند جمهور فقهاء الشريعة وفساده عند فقهاء الحنفية وصحته عند فقهاء الامامية, فعقد الزواج من العقود التي تبنى على التأبيد عند جمهور الفقهاء, اذ يشترطون لصحتة ان يكون عقدا دائميا غير محدد المدة وبخلافه يكون العقد فاسدا عند فقهاء الحنفية وباطلا عند غيرهم من الجمهور, بخلاف فقهاء الامامية الذين قالوا بصحة النكاح المؤقت وفقا لشروط معينة [١].

وهكذا فأن شرط المدة في مشارطة زواج التجربة يعد شرطا باطلا يؤدي الى ابطال العقد وفقا لتوجه جمهور الفقهاء, ويعد وفقا لرأي فقهاء الحنفية شرطا فاسدا يبطل معه الشرط ويصح العقد, ويعد شرطا صحيحا عند فقهاء الامامية مع كراهة الزواج الذي يحتوي مثل هذا الشرط عندهم.

وقد اكدت دار الأفتاء المصرية بأن مسألة مشارطة زواج التجربة قيد الدراسة والبحث من خلال لجان هذه الدار وانه ستتم دراستها من من كافة جوانبها الشرعية والقانونية والإجتماعية بهدف الوقوف على الرأي الشرعي الصحيح لها, وانها ستعلن ما يتم التوصل اليه بهذا الخصوص فور انتهاء هذه اللجان من البحث والدراسة [٢].

المطلب الثاني

التأصيل القانوني لمشارطة زواج التجربة

قبل بيان التأصيل القانوني لمشارطة زواج التجربة نقول ان مسألة التجربة في العقود معروفة في اطار العقود المالية [٣], وخصوصا في عقد البيع ' فيما يسمى بخيار التجربة في عقد البيع, وقد تناول المشرع العراقي في القانون المدني هذا النوع من البيوع في نص المادة " ٥٤٢ " إذ نصت في فقرتها الاولى على انه " **أ – في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه, وعلى البائع ان يمكنه من التجربة, فأذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها, فاذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع, فأذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا للبيع " .**

وبموجب هذا النص اجاز المشرع تجربة المبيع من قبل المشتري لمدة معينة, واعتبر المشرع العراقي البيع بشرط التجربة بيعا معلقا على شرط واقف وهو قبول المبيع, الا اذا تبين من الاتفاق والظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ [٤] .

ولبيان التأصيل القانوني لمشارطة زواج التجربة ومدى مشروعيتها في أحكام القانون فأن قوانين الأحوال الشخصية نظمت الأحكام المتعلقة بعقد الزواج على نحو دقيق لأهمية هذا العقد وتعلقه بالأسرة التي هي نواة المجتمع وعماده الاساس, فتبين هذه القوانين مفهوم عقد الزواج وشروطه والآثار المترتبة عليه والاحكام الخاصة بانحلال هذا العقد وكذلك الآثار المترتبة على هذا الانحلال.

وفضلا عما تقدم فإن التشريعات تجيز اقتران عقد الزواج بالشروط التي يتفق عليها الاطراف مشترطة في ذلك ان تكون هذه الشروط مشروعة بحيث لا تناقض اصل العقد ومفهومه ولا تخالف النصوص الشرعية والقانونية ولا تخالف النظام العام والآداب, وتلزم طرفي العقد بالإيفاء بها متى ما كانت بالوصف السابق [٥], وهذا الحكم مقرر ايضا في القوانين المدنية إذ تجيز هذه القوانين اقتران العقود بتلك الشروط التي تؤكد مقتضاها او تلاؤمها او يكون قد جرى العرف بها [٦], وتجيز التشريعات للزوجة طلب فسخ عقد الزواج عند عدم ايفاء الزوج بتلك الشروط التي اقترن بها العقد[٧], ومن ثم لا مانع يمنع طرفي العقد من ان يقرنوا عقد الزواج بالشرط المشروعة التي يرون ان في ايرادها ضمان لسلامة واطمئنان الحياة الزوجية .

وبالعودة الى مشارطة زواج التجربة فقد تبين لنا انها تحتوي مجموعة من الشروط التي يتفق عليها الاطراف في عقد الزواج بهدف معالجة كل المشاكل التي يمكن ان تعتري الحياة الزوجية على نحو يؤثر في دوامها واستمرارها على الوجه المطلوب, وهو امر تجيزه تشريعات الاحوال الشخصية والتشريعات المدنية كما بينا, ومن ثم لا اشكال قانوني في ارفاق وثيقة ملحقة بعقد الزواج كوثيقة مشارطة زواج التجربة, ويمكن للطرفين قانونا التمسك بهذه الوثيقة عند اخلال اي منهما بما ورد فيها من شروط .

الا ان الحكم القانوني السابق والمتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج ولا يشمل البند المتعلق باشتراط مدة معينة ينحل العقد بعد انقضائها في حالة اخلال اي من طرفي العقد بالشروط الواردة في المشارطة الملحقة بعقد الزواج, فمن الناحية القانونية لا يستقيم هذا الشرط مع مفهوم العقد المنصوص عليه في المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي جاء فيها **" الزواج عقد بين رجل وأمرة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل "** , اذ وفقا لهذا النص الغاية من عقد الزواج هي دوام الحياة الزوجية وانشاء الاسرة بما يضمن التناسل المشروع, وشرط المدة في مشارطة زواج التجربة لا يستقيم ولا يتوافق مع هذه الغاية ومن ثم يمكن القول بأن هذا الشرط يؤثر في طبيعة العقد ويهدم الغاية الاساسية منه [٨] .

---

[١] د احمد الكبيسي, المصدر السابق, ص ٤٣- ٤٤ .

[٢] ينظر الموقع الالكتروني www.alquds.uk

[٣] ونعتقد ان تنظيم التشـريعات المدنية لاحكام التجربة في عقد البيع دون العقود الاخرى لا يمنع من القول بأمكانية الاتفاق بين المتعاقدين على اعمال احكام التجربة في العقود الاخرى كعقد الايجار وعقد العارية, مادام ان ايراد مثل هذا الشرط لا يخالف نصا صريحا في القانون ويحقق مصلحة مشروعة لاحد العاقدين او كلاهما .

[٤] نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٢٤ على انه ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، الا اذا تبين من الاتفاق والظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ .

[٥] تنص الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه " الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها " .

[٦] وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة " .

[٧] وهذا مانصـت عليه الفقرة الرابعة من المادة السـادسـة من قانون الاحوال الشـخصـية العراقي والتي جاء فيها " للزوجة طلب فسـخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج " .

[٨] ينظر في هذا المعنى د احمد الكبيسي, المصدر السابق, ص ٤٣- ٤٤ .

من ناحية اخرى فقد خلصنا في المطلب السابق الى ان شرط المدة في مشارطة التجربة يعد بمثابة الشرط الفاسخ الذي يعلق عليه عقد الزواج والذي بتحققه ينحل هذا العقد, وهو شرط يمكن عده من الشروط المخالفة للنظام العام, إذ ان النظام العام في العراق يقضي بأن عقد الزواج هو من العقود المؤبدة التي لا تقبل التأقيت, فالتأقيت يخالف اصل العقد والغاية منه, وهذا الحكم وإن لم يصرح به المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية الا انه نص عليه صراحة في القانون المدني عندما اعتبر الشروط المخالفة للنظام العام والاداب والتي يمكن ان يعلق عليها العقد شروطا باطلة تؤدي الى ابطال العقد نفسه متى ما كان هذا الشرط واقفا, اما اذا كان الشرط المخالف للنظام العام والاداب شرطا فاسخا فان الحكم في هذه الحالة هو عد الشرط لاغيا دون ان يؤثر إلغائه على العقد الاصلي, وهذا ماصرح به المشرع المدني العراقي في نص المادة الفقرة الاوالى من المادة ٢٨٧ [١] , ووفقا لهذا الحكم يعد عقد الزواج والمشارطة الملحقة به صحيحة بعد الغاء الشرط المتعلق بمدة التجربة .

وجعل المشرع المدني العراقي العقد المقترن بشرط فاسخ مخالفا للنظام العام والاداب عقدا باطلا اذا كان الشرط الفاسخ هو الباعث الدافع للتعاقد, وعند محاولة تطبيق هذا الحكم على شرط المدة في مشارطة تجربة الزواج ومدى عد هذا الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد, نقول ان معيار الباعث الدافع هو معيار ذاتي خارج عن العقد يتعلق بالأشخاص وباختلاف العقود ويشترط فيه ان يكون معلوما لدى طرفي العقد ومتفق عليه بين المتعاقدين, ومن ثم يمكن عد شرط المدة في مشارطة تجربة الزواج هو الباعث الدافع للتعاقد فهو يؤثر في مصير العقد من جانب, وأخذه المتعاقدان بنظر الاعتبار عند التعاقد ولو لم يوافق عليه احد الاطراف فأن ذلك يؤدي الى عدم ابرام العقد والمشارطة الملحقة به, ولعل ذلك يقودنا الى نتيجة مفادها ان شرط المدة في مشارطة تجربة الزواج هو شرط فاسخ مخالف للنظام العام يؤدي الى ابطال العقد والمشارطة الملحقة به بعده الباعث الدافع للتعاقد .

الخاتمة

بعد ان انهينا البحث في موضوع مشارطة زواج التجربة من حيث ماهيتها وتأصيلها من الناحيتين القانونية والشرعية ندرج في ادناه أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال البحث في هذا الموضوع :

اولا : نتائج البحث : تتمثل أهم النتائج بالاتي :

١ : ان خصوسية عقد الزواج وتمايزه في كثير من الجوانب عن العقود المالية تدعو الى التأني في تحميل هذا العقد احكاما جديدة قد لا تتفق مع مفهومه وخصوصيته, وقبل الحكم في أي مسألة مستحدثة يتطلب الأمر استشعار مدى توافق هذه المسألة مع ماهية عقد الزواج وخصوصيته, اذا انه ليس في كل الاحوال يمكن تطبيق القواعد العامة الواردة في العقود المالية على عقد الزواج, فأن كان ثمة أمر مستحدث او مسألة من مسائل النوازل وجب الاحتياط كثيرا قبل الحكم بمشروعيتها من عدمه.

٢ : ان فكرة مشارطة زواج التجربة لا ينصرف مفهومها الى ان عقد الزواج المبرم والذي يتضمن هذه الوثيقة هو عقد جديد محدد بمدة, فالقائمين على هذه الفكرة والمنظرين لها نفوا هذا الأمر صراحة, ادراكاً منهم لخصوصية عقد الزواج بما يمنع معها ان يكون هذا العقد محلا للتجربة وذلك لقدسية هذا العقد وخطورة الآثار التي تترتب عليه, وبناء على ما تقدم فإن فكرة مشارطة زواج التجربة تنصرف الى تلك الوثيقة التي يتفق عليها الاطراف والتي تتضمن شروطا تنظم حياتهم الزوجية خلال مدة معينة يحددانها في المشارطة ويترتب على اخلال اي طرف بها الحق للطرف الاخر في طلب بفسخ العقد استعمال حقه في الطلاق او التفريق او الخلع .

٣ : ان وثيقة مشارطة زواج التجربة وفقا للمفهوم اعلاه لاتمثل اشكالية بحد ذاتها, اذ من الجائز شرعا وقانونا ايراد الشروط في عقد الزواج سواء أوردت هذه الشروط قبل ابرام العقد ام اثناء ابرامه ام بعد تمام الابرام, وسواء أورت هذه الشروط في صلب العقد ام وردت في وثيقة منفصلة, الا أن الاشكال كما بينا يتمثل بقيمة ومشروعية تحديد المشارطة بمدة معينة وما يترتب على انقضاء هذه المدة من اثار على عقد الزواج, تتمثل بوجوب انحلال العقد عند اخلال احد الطرفين بما اشترط في مشارطة التجربة, وهذا الامر يخالف الاصل العام الذي يقوم عليه عقد الزواج فهو عقد لا يتحمل الاتفاق مقدما على انهائه او تحديده بمدة معينة ينتهي خلالها.

٤ : شرط المدة في وثيقة التجربة يعد من قبيل الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام الذي يترتب عليه ان عقد الزواج اصبح من العقود المؤقتة من حيث المدة, وهو الامر الذي يؤدي الى بطلان العقد عند جمهور فقهاء الشريعة, وفساده عند بعضهم, وصحته عند البعض الاخر.

٥ : من الناحية القانونية يعد شرط المدة من الشروط المخالفة للنظام العام ولاداب, وهو من قبيل الشرط الفاسخ الذي يبطل معه العقد اذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد, فأن لم يكن كذلك بأن لم يكن هذا الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد كان الشرط لغوا ولا اثر له في العقد اذ يبقى العقد صحيحا.

ثانيا : التوصيات :

تتمثل أهم التوصيات التي خلصنا من خلال البحث اليها بالاتي :

١ : نوصي الجهات المتخصصة بالفتوى في المسائل الشرعية في العراق والبلدان العربية بصورة عامة الى التريث كثيرا قبل الحكم بمشروعية او عدم مشروعية مشارطة تجربة الزواج وشرط المدة الوارد في هذه المشارطة للتاكد من مدى تناسقها وتوافها مع القواعد العامة في الشريعة الإسلامية والأحكام المثبتة لخصوصية عقد الزواج .

٢ : نوصي القضاء في العراق والبلدان العربية الى انتظار نتائج الإفتاء من الناحية الشرعية في مسألة شرط المدة الوارد في مشارطة زواج التجربة قبل الحكم في الدعاوى التي يمكن أن ترفع أمامه بخصوص هذه المشارطة .

٣ : نوصي المنظرين لفكرة مشارطة زواج التجربة باحترام خصوصية عقد الزواج, وعدم تحميله من الأحكام ما لا يتفق مع طبيعة وخصوصية هذا العقد المقدس, وذلك لضمان استقرار الأسرة واستقرار المجتمع .

المصادر

١- ابن منظور محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل , جمال الدين ابن منظور الأنصاري , لسان العرب ,دار صادر, بيروت ,ج ١.
٢- ابراهيم انيس بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي , الموافقات , ج ١ .
٣- ابراهيم انيس , عبد الحليم منتصر , عطية الصوالحي , محمد خلف الله احمد , المعجم الوسيط ,مكتبة الشروق , ج٢ .

[١] تنص هذه الفقرة على انه " أذا علق العقد على شرط مخالف للنظام العام والآداب كان باطلا اذا كان هذا الشرط واقفا, فإن كان فاسخا كان الشرط نفسه لغوا غير معتبر " .

٤- ابو عيسى محمد بن عيسى الترمذي - سنن الترمذي , الجامع الكبير , , دار الجيل , بيروت , ١٩٩٨ , ج٣ .
٥- د. احمد الكبيسي , الوجيز قي شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته , ج ١ , مكتبة السنهوري , بغداد .
٦- د. حميد سلطان علي , الوافي في اصول الفقه , ط٢ , ٢٠١٨ , مكتبة السيسبان .
٧- د. حميد سلطان علي , د. محمود ابراهيم عبد الرزاق الهيتي , الاجتهاد القضائي ودوره في سد الفراغ التشريعي , بحث منشور في مجلة روح القوانين , جامعة طنطا , كلية الحقوق , ٢٠١٧ .
٨- خالد بن سليم الشراري , الشرح الجامع لقاعدة التابع تابع – حقيقتها وتطبيقاتها , بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود للعلوم التربوية والدراسات الاسلامية .
٩- عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , المجاد الثالث , ط٣ , منشورات الحلبي بيروت .
١٠-علي محي الدين . مبدأ الرضائية في العقود , ج٢ , ط٢ , دار البشائر الاسلامية , ٢٠٠٢.
١١-علاء الدين محمد بن علي بن محمد , الدر المختار شرح تنوير الابصار , دار الفكر , بيروت , ج ٢ .
١٢-محمد بن جرير بن يزيد بن كثيربن غالب الطبري , تفسير الطبري , المسمى جامع البيان في تأويل القرآن , دار الكتب العلمية.
١٣-محمد حسن كشكول , عباس السعدي ' شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ' ط٢ , ٢٠١١ , المكتبة القانونية , بغداد .
١٤-هيثم حامد صاروة , دراسة التأصيل الشرعي للأحكام القانونية , بحث منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد , ملخص متاح على شبكة الانترنت على الرابط الاتي : article www.asjp.cerist.dz
١٥-ناريمان وفيق محمد ابو مطر , التجارب العلمية على جسم الانسان ' الجامعة الاسلامية , غزة , ٢٠١١ .
١٦-ياسين محمد الجبوري , الوجيز في شرح القانون المدني الاردني , ج٢ , دار الثقافة للنشر والتوزيع ' ط٢ , عمان .
١٧-زواج التجربة بمصر , جريمة مستترة ام وسيلة لمنع الطلاق , مقال منشور على شبكة الانترنت عللى الموقع الالكتروني : www.aljazeera.net

القوانين :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٢- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لستة ١٩٥٩
٣- قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩
٤- قانون الاحوال الشخصية الأماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ .