مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٨، المجلد ١٠، العدد ٢ – A ص١٥-٦٠

الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الاسلامي

سامي محمد أبوعرجة

قسم الدراسات الإسلامية – جامعة الأزهر – غزة

تاريخ الاستلام ٢٠٠٨/٣/٢٦ تاريخ القبول ٢٠٠٨/٦/١٦

الملخص: تناول هذا البحث الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي حيث تناولت في هذا الموضوع تعريف الشرط، وأنواعه، وحكم الاشتراط في العقد، ثم بينت مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد النكاح من المتعاقدين أو أحدهما، والأثر المترتب على العقد نتيجة الاشتراط مع إيراد الأدلة ومناقشتها والترجيح بين المذاهب في هذه المسألة، ثم ذكرت بعض النماذج لعقود اقترنت بها شروط وأثر هذه الشروط عليها، ثم ختمت بخاتمة ضمنتها أهم النتائج التي توصلت إليها.

Abstract: This search paper points out the conditions affiliated to marriage contract in the Islamic Jurisprudence where I tackled the definition of the contract and its type, the rule of the stating condition. I clarified the scholars' doctrines in the related conditions of the marriage contract between both of the contractors or one of them.

I also elaborated the impact of the contract due to these conditions by giving proofs, discussing them and estimating the best.

Furthermore, I mentioned some samples of contracts connected with these conditions, trying to illustrate the effect upon them.

I concluded with a summery containing important results that i came out with.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبع هداه إلى يوم الدين وبعد:

لقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية لمراعاة مصالح العباد في العاجل والآجل،

فالمستقرئ لهذه الأحكام يجد أنها جاءت مبنية على جلب المنافع ودرء المفاسد عن المكلفين، كيف لا وقد أنزلها حكيم خبير.

ومن تلكم الأحكام الشرعية العملية ما يتعلق بالعقود التي تبرم بين المسلمين، فقد أحاطت الشريعة الإسلامية ابرام العقود بضوابط ومعايير لابد من التزام المكلفين بها حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجو تحقيقها بين المتعاقدين.

ولقد راعت الشريعة الإسلامية أمرا مهما وهو أن المكلف ربما ينظر إلى تحقيق مصلحة ذاتية له من خلال العقد الذي يبرمه مع شخص آخر، فأعطت الشريعة الإسلامية المسلم الحق في أن يشترط لنفسه من الشروط ما يضمن من خلال ذلك تحقيق مصلحة لنفسه، وهذا أمر لم تحرمه الشريعة، بل وضعت له أحكاما تنظمه وتضبطه، بل وأوجبت الالتزام بها من قبل المكلفين، وهذا ما يؤيده قول النبي ﷺ . الذي جاء عمدة في هذا الأمر . المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما[1].

ومن هنا أجازت الشريعة الإسلامية اقتران العقد بأي شرط يتفق عليه المتعاقدين مادام أنه شرط تقره الشريعة الإسلامية، ولا يتنافى مع أصولها، وكذلك لا يتناقض مع مقتضى العقد.

ومن العقود المهمة في حياة المسلمين عقد النكاح، وهو كبقية العقود يمكن أن يشترط أحد المتعاقدين لنفسه شروطا مقترنة بعقد النكاح ليحقق لنفسه مصلحة ما.

ومن هنا جاء هذا البحث لدراسة تلكم الشروط المقترنة بعقد النكاح، وبيانها وأثرها على العقد.

وقسمت البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة

المبحث الأول: حكم الاشتراط في العقد.

المبحث الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد النكاح ، وأثرها على العقد.

المبحث الثالث: نماذج لبعض العقود المقترنة بالشرط وأثر الشرط عليها.

النموذج الأول: نكاح الشغار.

النموذج الثاني: نكاح المحلل.

النموذج الثالث: اشتراط المرأة على زوجها طلاق زوجته الأولى.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

المراجع.

المبحث الأول
حكم الاشتراط في العقد:

قبل البدء ببيان حكم الاشتراط في العقد لابد من تعريف الشرط وبيان أنواعه.

أولا: تعريف الشرط لغة واصطلاحا:

الشرط لغة[٢]: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، ويجمع على شروط ، وبمعنى الشرط الشريطة وجمعها الشرائط، والشَرَط بفتح الراء معناه العلامة، ويجمع على أشراط، ومنه أشراط الساعة أي علاماتها، قال تعالى: (فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ)[٣]، والاشتراط العلامة التي يعرفون بها، والواحد شُرطة وشُرطي، ومنه الاشتراط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض، ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه الإنسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو غيره لأنه كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام إضافية تخصه اتفق عليها الفريقان.

الشرط اصطلاحا[٤]: هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

وعرفه مصطفى الزرقا بقوله[٥]: الشرط في اصطلاح الفقهاء والاصوليين: كل أمر ربط به غيره عدما لا وجودا، وهو خارج عن ماهيته، أي أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط.

وبالنسبة للشرط المقترن بالعقد أو شرط التقييد أو العبء[٦]وهو موضوع البحث يعرف بأنه: التزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد سواء أكان الالتزام الزائد مما يقتضيه العقد نفسه أم مؤكدا له أم كان مخالفا له، وسواء كان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط أم كان الاشتراط لصالح الغير أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا.

ثانيا: أنواع الشرط:

الشرط أنواع متعددة منها:

١. ما يفرضه الشارع فيجعل تحققه لازماً لتحقق أمر آخر ربط به عدما بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر، وإنْ وجد الشرط لا يلزم منه وجود المشروط كالوضوء للصلاة فإذا لم يوجد لا تصح الصلاة، ولا يشترط من وجود الوضوء إقامة الصلاة، وكذلك الشاهدان في عقد النكاح ووجود الولي فيه، فهذه شروط مصدرها الشرع لذلك تسمى شروطاً شرعية.

٢. ما ينشئه الشخص نفسه بتصرفه وإرادته فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به بحيث إنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات، وهذا الشرط يسمى الشرط الجعلي لأن المكلف هو الذي جعله شرطا علق قيام العقد عليه، ويطلق عليه الشرط اللغوي لأنه بمعناه اللغوي وهو إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه، ولأن الأمر الذي صار شرطا للالزام لم تكن له هذه الصفة شرعا وإنما جعله واضعه شرطا معلقا عليه وهو كالشروط التي يكون فيها منفعة لأحد طرفي العقد، ولابد أن يكون موافقا للشرع(٧).

وقد قسم الفقهاء الشرط الجعلي إلى أقسام هي:

أ. شرط تعليق: وهو كل شرط يعلق الإنسان فيه تصرفه على حصول أمر من الأمور ويكون بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين مثل "إ ذ" و"إذا"، وسمي كذلك لأنه جعل وجود التصرف مرتبطا بحدوث هذا الأمر الذي شرطه، ولابد أن يكون الشرط معدوما وممكناُ حدوثه في المستقبل، فلو كان المشروط موجودا وقت العقد فهو تنجيز، ولو كان الشرط مستحيلا لا يمكن وجوده فهو تعجيز، وعندها يبطل الشرط والعقد كقوله أزوجك بنتي عند طلوع الشمس من مغربها.

ب . شرط الإضافة إلى المستقبل: ويقصد به تأخير حكم التصرف القولي المنشئ للالزام إلى زمن مستقبل ومعين، مثل أزوجك بنتي بعد شهر، وعليه فإن سريان الحكم وترتب آثار العقد تتأخر إلى المدة المحددة وإن كان العقد قد نشأ وتكون بمجرد صدور الايجاب والقبول، ومنها الوصية وهي عقد مضاف إلى ما بعد الموت ولا ينفذ في الحياة.

ج . شرط التقييد: وهو الشرط الذي يقترن بالعقد فيزيد من التزاماته أو يقويها، ومقتضاه التزام لا يوجد في العقد أصلا مثل: أن يزوجه بشرط أن لا يخرجها من بلدها.

ولهذا نجد أن هذا الشرط يعدل من آثار العقد الأصلية بالتزامات زائدة وضعها المتعاقدان أو

أحدهما، وبعض الفقهاء يسميه شرط الاقتران حيث إنه يكون مقترنا بالعقد(٨).

أنواع الشرط المقترن بالعقد وحكم كل نوع منها[٩]:

١. شرط يقتضيه العقد: وهوالشرط الذي يوجبه العقد في ذاته، وإن لم يذكر من المتعاقدين، كشرط النفقة على الزوجة، وكشرط المعاشرة بالمعروف ونحوها.

وهذا الشرط باتفاق الفقهاء لا يؤثر على العقد ذكره وعدم ذكره سواء فالعقد صحيح.

٢. شرط يلائم مقتضى العقد ويؤيده، كشرط أن يكون والد الزوج كفيلا للمهر أو النفقة.

وهذا الشرط لا خلاف بين الفقهاء أنه يعد من الشروط الصحيحة التي لا تؤثر على مقتضيات العقد بل إنها تؤكد وتقوي هذه المقتضيات، ويجب مراعاتها في العقد.

٣. شرط ينافي مقتضى العقد وهو عكس الأول، كشرط أن يتزوجها ليحلها لزوجها الأول.

وهذا الشرط باتفاق الفقهاء يعتبر فاسدا لأنه يتنافى مع المقصود الشرعي للعقد ويترتب على فساد الشرط عدم العمل به باتفاق.

٤. شرط جرى به العرف وهو ليس من مقتضى العقد، ولا مما يلائمه، كشرط تعجيل المهر كله ، أو تأجيله، أو تقسيطه، ونحوها.

وهذا الشرط انفرد به الحنفية وقد أجازوه استحسانا لأنه في القياس لا يجوز، وقد أشار لذلك الكاساني بقوله: "وكذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضا لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كما إذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفا أو ينعل خفه والقياس أنه لا يجوز"[١٠].

ثالثا: حكم الاشتراط في العقد:

اختلف الفقهاء في حكم الاشتراط في العقد إلى مذهبين:

المذهب الأول: جمهور الفقهاء عدا الحنابلة[١١] قالوا: إن الأصل في الاشتراط هو الحظر حتى يقوم الدليل على الجواز.

المذهب الثاني: الحنابلة[١٢] قالوا: إن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم يكن مخالفا لنص شرعي، أو لمقتضى العقد.

الأدلة:

استدل الجمهور على قولهم بالكتاب والسنة.

فمن الكتاب: قوله تعالى: (وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)[١٣].

وقوله تعالى: (وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)[١٤].

وجه الدلالة من الآيتين: أن الله تعالى يخبر أن من يتعدى حدود الله يعد ظالما، ومن ثم فإن من اشترط شروطاً لم يرد فيها دليل معين يكون تعديا لحدود الله ومخالفة لشرعه، فلذا هذه الشروط لا تلزم من التزمها ولا يجب الوفاء بها.

ومن السنة: ما روت أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها عن رسول الله ﷺ قال: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"[١٥].

وجه الدلالة من الحديث يدل الحديث على بطلان كل عمل ليس على طريقة الشرع، وبالتالي فإن كل شرط لم يدل على جوازه دليل معين ليس على طريقة الشرع فإنه يكون مردودا لأنه باطل ولأنه إذا ما تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع.

وقولهﷺ: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق"[١٦].

وجه الدلالة من الحديث: أن كل شرط ليس في كتاب الله أي في شرع الله فهو باطل ملغي.

واستدل الحنابلة على قولهم بالكتاب والسنة والمعقول:

فمن الكتاب: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[١٧].

وجه الدلالة من الآية واضح في وجوب وفاء الإنسان بما التزم به في العقد، وأمره بوجوب الوفاء دليل على جوازها وإباحتها لأن الله تعالى لا يأمرنا بما لا يجوز الإقدام عليه، وطالما هي في نطاق ما أجازه الشرع فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.

من السنة: قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"[١٨].

وجه الدلالة من الحديث: أ ذ الأصل في الشروط الإباحة والصحة ما لم يرد ما يمنعها شرعا، وقد أخبرﷺ بوجوب وقوف المسلمين على شروطهم، وأنه يجب الوفاء بما شرطوه على أنفسهم فيما بينهم.

وحديث: "أحق ما وفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج"[١٩].

ووجه الدلالة من الحديث أن الشروط المتعلقة بالنكاح آكد من غيرها في وجوب الوفاء بها

ولزومه، وذلك لما علم من عناية الشارع الحكيم بأمر النكاح وما يرتبط به، وإذا كانت الشروط في العقود مستحقة الوفاء بحكم الشارع كانت صحيحة جائزة إذ لا يستحق الوفاء إلا ما كان جائزا، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه، وشمول ما يدل عليه، وتأكيد طلب الوفاء به.

وكذلك استدلوا بما ورد عن عبد الرحمن بن غنم قال كنت مع عمر حيث تمس ركبتي ركبته فجاءه رجل فقال يا أمير المؤمنين تزوجت هذه وشرطت لها دارها وإني أجمع لأمري أو لشأني أن انتقل إلى أرض كذا وكذا فقال: "لها شرطها فقال الرجل هلك الرجال إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت فقال عمر: المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم" ، وفي رواية فقال عمر: "إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما اشترطت"(٢٠).

ووجه الدلالة من هذا الأثر واضح حيث قضى أمير المؤمنين عمرﷺ بصحة اشتراط المرأة في عقد النكاح البقاء في دارها عند الزواج بها وعدم نقلها، وهو شرط ليس من مقتضى العقد، ولا نعلم أحدا خالفه في ذلك فيكون إجماعا على صحة الشروط ولزوم الوفاء بها في الجملة. من المعقول: إن رضا المتعاقدين أصل في صحة العقود وما يترتب عليها من الآثار تابع لما يوجبانه على أنفسهما بالتعاقد إذ أن الأصل في الأقوال والأفعال والأشياء هو الإباحة باتفاق الفقهاء خاصة عند عدم مخالفة أوامر الشرع ونواهيه، فيجب أن يحكم بصحة كل ما يتراضيان عليه ويتفقان على الالتزام به فيما بينهما مادامت هذه الشروط لم يرد نهى من الشرع عنها.

فتدل هذه الأدلة على إباحة الاشتراط والقيد عليها هو ما ورد في الحديث: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق"(٢١)، حيث أفاد أن كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل كأن يكون الشرط منافيا لقواعد الشريعة أو مقاصدها، ويؤيد ذلك قوله ﷺ في الحديث: "إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"(٢٢)، وعليه كل شرط جائز من المسلمين إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا.

سبب الخلاف:

أرى أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى تعارض الأحاديث الواردة فيها، وكذلك توهم من قال إن الأصل في الشروط الحظر وأن الشرط بصفة عامة يحل حراما ويحرم حلالاوهو غير صحيح، لأن المشترط ليس له أن حلل ما حرم الله ولا أن يحرم ما أحل الله، وإلا فإن

عقده وشرطه حينئذ يكون باطلا لمخالفته لحكم الله.

المناقشة:

يمكن مناقشة أصحاب المذهب الثاني المبيحين للاشتراط بما يلي:

١. استدلالكم بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[٢٣] بأن المراد بالعقود في الآية ما ذكرتم وهو ما يلتزم به الناس بعضهم لبعض ويرتبطون به فيما بينهم من عقود وشروط غير مسلم به، بل المراد بها غير ذلك وهو العهود التي أخذها الله على عباده بالإيمان به وطاعته فيما أحله لهم وحرمه عليهم كما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، أو العهود التي كانت تؤخذ في الجاهلية على النصرة والمؤازرة على من ظلم وهو ما يسمونه بالحلف روي ذلك عن ابن عباس في رواية أيضا، وإذا كان المراد بالعقود في الآية الكريمة خلاف ما ذكرتم فلا يصح الاستدلال بها على صحة الشروط ووجوب الوفاء بها.

ويمكن أن يجاب عليه بأن حمل الآية على خصوص العقود التي أخذها الله على عباده أو التي عقدها أهل الجاهلية مخالف لظاهر الآية وما تدل عليه من العموم فإن كلمة العقد في اللغة تطلق على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، ويطلق على إحكام الشيء وتقويته، فعلى هذا فالعقد يطلق على العهد الموثق وعلى كل ما ينشئ التزاما ولا نعلم أن الشارع قد قصره على بعض معانيه دون البعض وقد ورد في الآية مجموعا محلى باللام التي هي للاستغراق والعموم فيكون ذلك شاملا لكل ما يعقده الإنسان على نفسه ويلتزم به سواء كان ذلك لله تعالى أم لغيره من العباد.

٢. استدلالكم بحديث: "المسلمون على شروطهم"[٢٤]، يرد عليه بأن هذا الحديث غير صحيح إذ لم يخل طريق من طرقه من راو كذاب أو ضعيف فقد رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير ابن زيد وكثير قد ضعفه النسائي ويحيى بن معين، ورواه الترمذي من طريق كثير بن عبد الله قال فيه الشافعي وأبو داود هو ركن من أركان الكذب، وقال عنه النسائي إنه ليس بثقة، وقال فيه ابن ماجه له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة، وتركه أحمد وضرب على حديثه في المسند، ولظهور ضعف هذا الحديث حكم العلماء على تصحيحات الترمذي بأنها غير معتبرة لقوله في هذا الحديث إنه صحيح، قال الذهبي في الميزان بعد أن نقل عن المحدثين تجريح كثير بن عبد الله وأما الترمذي فروى من حديثه "الصلح جائز بين المسلمين... الحديث" وصححهن ولهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي، وقال ابن

كثير في إرشاده قد نوقش أبو عيسى يعني الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله[٢٥].

ورواية ابن عمر رضي الله عنهما كذلك، ورواية عائشة وأنس رضي الله عنهما لم تخل من ضعف، قال الحافظ في التلخيص[٢٦]: "إن إسناد حديث عائشة وإسناد حديث أنس واهيان".

فإذا كان رواة هذا الحديث كما وصفنا فلا يصح أن يجعل حجة في إثبات الأحكام الشرعية وعلى فرض صحة هذا الحديث فلا دلالة على ما قلتم من وجهين:

أ . أن الشروط أضيفت للمسلمين وهذه الشروط هي التي أباحها الله تعالى وأذن لهم فيها، فأما التي نهى عنها فليس من شروطهم، وقد صح أن الرسول ﷺ قد أبطل كل شرط لم يرد النص بإباحته ولم يقم الدليل بعينه على جوازه وصحته بقوله: "ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط"[٢٧]، فيكون كل شرط لم يقم الدليل المعين على جوازه وصحته منهيا عنه باطلا فلا يحل اشتراطه ولا يجوز الوفاء به.

ب . ما جاء زيادة في الحديث قوله: "إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"[٢٨]، وهي زيادة تبعده عن الدلالة على ما قلتم بل يصبح الحديث بها حجة عليكم لا لكم، حيث دلت على بطلان كل شرط يتضمن تحريم ما أباحه الله أو إباحة ما حرمه الله، والشروط في جملتها لا تخلو من ذلك، مثل شرط أن لا يخرجها من دارها، أو أن لا يتزوج عليها، فإنه يحرم على نفسه ما أحل الله، وإذا كانت كذلك فلا يجوز ولا يصح.

ويمكن أن يجاب على ذلك بأن كلامكم على سند الحديث غير مسلم به فمن المقرر عند العلماء أن الحديث الضعيف إذا كثرت طرقه فإن بعضها يقوي بعضا ويصح الاحتجاج به، قال الإمام الشوكاني بعد ذكر الطرق التي روي فيها هذا الحديث وبين ما فيها من الضعف: "ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً، على أن الحديث قد روي من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة[٢٩]

ج . قولكم بخصوص الحلال والحرام غير مسلم به فإن معناه هو الثابت الذي لا يصح مخالفته أصلا، والمراد من الحرام ما لايباح فعله في الشرع أصلا.

وعلى هذا يكون الاستثناء إنما يدل على بطلان كل شرط يكون بموجبه إبطال ما شرعه الله

تعالى، أو فعل ما حرمه على عباده، كاشتراط عدم الإرث، وعدم النفقة، وما أشبه ذلك.
وأما تفسيركم بما قلتم من أن الحلال مضمونه بما أباح الله للمكلف فعله وتركه، وتفسير الحرام بما لا يحل فعله أصلا فهو غير سديد لأن هذا التفسير يناقض آخر الحديث على حسبه أوله، وهذا لا يصح أن ينسب لرسول الله ﷺ، إذ أنَّ أول الحديث المسلمون عند شروطهم يفيد صحة كل ما يلتزم به المسلمون ويرتبطون به من فعل أو ترك فعل فلو كان قوله بعد ذلك: إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما، يبطل كل شرط فيه التزام بترك المباح أو بفعله كما فسرتم لكان مفيدا لبطلان الشروط وفسادها لأنها لا تخرج عن كونها التزاما بفعل المباح أو بتركه، وفي هذا من التناقض ما لا يخفى.
٣. أما الاستدلال بحديث: "أحق ما وفيتم من الشروط" [٣٠] فإن كلمة أحق في هذا الحديث ليست على بابها، وإنما المراد منها هو حق بنفسه وليس بباطل كما أن المراد بالشروط فيه ما يجب بالنكاح من مهر ونفقة وحسن معاشرة ونحوها، لأنها هي التي تستحل بها فروج النساء، وعلى هذا لا يكون فيه دلالة على صحة الشروط على وجه العموم ولزوم الوفاء بها.
ويجاب عن ذلك: إن هذا تأويل مخالف لظاهر ما تدل عليه كلمة أحق فإنها تفيد أن كل الشروط مستحقة الوفاء وأن بعضها أولى من بعض في الاستحقاق، وحمل الحديث على الشروط التي تجب بالنكاح يجعله خاليا من الفائدة لأن هذه الأشياء تجب بنفس العقد شرطت فيه أم لا.
٤. أما الأثر الذي استدللتم به فيمكن أن يجاب عليه بأن صاحب الأثر وهو عمر بن الخطابﷺ كما روي عنه أنه أوجب الوفاء بالشروط التي لم يقتضها العقد، روي عنه أنه اسقطها وحكم بإلغائها، فقد روى ابن وهب بإسناد جيد كما جاء في فتح الباري: "عن عبيد الله بن السباق أن رجلا تزوج امرأة فشرط لها أن لا يخرجها من دارها، فارتفعوا إلى عمر فوضع الشرط وقال: "المرأة مع زوجها"[٣١].
وعلى هذا فلا يصح التمسك بأحد الأثرين دون الآخر.
ولو سلم أنه لم يصح عنه ما يخالف ذلك فلا يصح الاحتجاج به أيضا لأنه رأى صحابي في أمر اجتهادي وهو ليس بحجة، ودعوى أن هناك إجماعا من الصحابة على ذلك غير سليم فقد خالف في ذلك عدد من الصحابة منهم علي كرم الله وجهه فقال: "شرط الله قبل شرطها"[٣٢].

وأيضا خالف فيه بعض التابعين فقد سئل سعيد بن المسيب عن المرأة تشترط على زوجها ألا يخرجها من بلدها، فقال يخرج بها إن شاء[٣٣].

ويمكن مناقشة أصحاب القول الأول بما يلي:

١. إن الآيتين الكريمتين ليس فيهما ما يدل على ما ذهبتم اليه إذ هما واردتان في شأن من يخالف ما شرعه الله، فيترك ما أمر الله ويرتكب ما نهى عنه الله، كما يدل على ذلك كلمة يتعدى في الآيتين فإن معناها مخالفة الشرع، وكذلك يدل عليه سياق الآيتين، وأن هذا من الشروط التي لم يرد عن الشرع دليل معين يدل على تحريمها أو إباحتها حتى يكون المشترط متعديا لحدود الله ومجاوزا لشرعه.

٢. حديث: "كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد"[٣٤]، فإنه لا يدل إلا على بطلان الشروط التي تخالف أمر الله وحكمه، إذ هي التي يصح أن يقال فيها إنها ليست على أمر المسلمين وطريقتهم ونحن متفقون مع هذا، وأما الشروط التي لم يرد عن الشارع ما يدل على تحريمها وفسادها فلا يقال فيها ذلك لأنها ليس فيها ما يخالف شرع المسلمين حتى يقال إنها ليست على طريقتهم فيحكم بردها وببطلانها.

٣. إنكم حملتم الشرط الذي نفاه عليه الصلاة والسلام وحكم ببطلانه على الشرط الذي لم يرد نص عليه وهذا غير مسلم به بل المراد بالشرط هنا الذي خالف حكم الله ورسوله، بدليل قوله عليه السلام في آخر الحديث " قضاء الله أحق وشرط الله أوثق" حيث دل على أن هناك قضاء آخر وشرط آخر ليس أحق ولا أوثق وهذا إنما يتحقق في حال يتحقق فيها حكم الله في شيء وحكم لغيره من العباد يخالف ذلك الحكم، أما الشرط الذي لم يحكم الله فيه بتحليل أو تحريم فلا يقال فيه قضاء الله وشرطه أحق بالاتباع منه لأنه ليس هناك حكم لله فيه حتى نتبعه ونترك ما يخالفه من حكم غيره، وكذلك ليس فيه ما يدل على المطلوب لأن المراد منه النهي عن الشرط الذي يخالف ما جاءت به الشريعة[٣٥].

الترجيح:

بالنظر في أقوال الفريقين وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات يتضح أن أدلة أصحاب القول الأول المانعين لم يسلم منها دليل واحد ليصلح ممسكا لهم فيما ذهبوا اليه.

وأن أدلة أصحاب القول الثاني القائلين بالإباحة قد سلم منها ما يقوى من إثبات ما ذهبوا إليه

وإذا سلم الدليل سلم المدعى، وعلى هذا فأنا أختار مذهبهم في هذه المسألة، ناهيك عن أن في ترجيح هذا الرأي توسعة على العباد خاصة في زماننا لوجود شروط لم تكن موجودة في الأزمنة السابقة ومما هو معلوم أن الشريعة الإسلامية تصلح لكل زمان ومكان.

المبحث الثاني

مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد النكاح ، وأثرها على العقد.

قسم الحنفية الشروط المقترنة بالعقد إلى صحيحة وباطلة أو فاسدة(٣٦).

وقسم الجمهور الشروط المقترنة بالعقد إلى شروط صحيحة وشروط غير صحيحة.

ضابط الشرط الصحيح: هو ما يقتضيه العقد أو يلائمه، أو ما ورد في الشرع دليل بجوازه، أو ما يجري عليه التعامل بين الناس ويحقق مصلحة مشروعة للعاقد.

وضابط الشرط غير الصحيح أو الباطل أو الفاسد، هو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه، أو ما يؤدي إلى غرر أو اشتراط أمر لم يرد في الشرع أو نحوه، وليس فيه منفعة مقصودة لأحد المتعاقدين ومن هذا النوع ما يبطل العقد، ومنه ما يبطل الشرط ويصح العقد(٣٧).

والخلاف بين المذاهب الفقهية كثير في أقسام هذه الشروط من حيث الصحة وعدمها، وما وضعوه من نماذج لهذه الشروط تحت كل قسم منها، وكذلك الخلاف في أثر هذه الشروط على العقد، فرأيت أن أفرد كل مذهب بتقسيمه الخاص به كل على حده مع نماذج الشروط التي طرحها وأثر كل منها على العقد على النحو الآتي:

أولا: مذهب الحنفية(٣٨):

قالوا: اذا اشترط أحد الزوجين في عقد النكاح شرطاً فإذا كان من مقتضى العقد ينفذ بطبيعته، وإلا بطل الشرط وصح العقد، والشروط التي من مقتضى العقد مثل: أن يشترط خلوها من الموانع الشرعية، فلو قال لها تزوجتك على أن لا تكوني زوجة للغير، أو أن لا تكوني في عدته، أو أن لا خيار لك، أو على أن ينفق عليها، أو على أن تسلم نفسها، فإن هذا صحيح نافذ بطبيعته.

ويرون أن الشروط الصحيحة هي أربعة أنواع فقط، وما عداها شروط باطلة أو فاسدة وهي:

١. الشروط التي يقتضيها العقد المطلق، وهي التي يكون موجبها حكما من أحكامه وأثرا من

آثاره، مثل أن تشترط عليه أن ينفق عليها، أو أن يكسوها، أو أن يحسن معاشرتها ونحو ذلك، فهذه شروط يقتضيها عقد النكاح، لا تثبت شيئا زائدا على العقد هي وعدمها سواء.

٢. الشروط التي تلائم العقد وتؤكد مقتضاه، مثل أن تشترط الزوجة أن يكون والد الزوج ضامنا للمهر أو للنفقة فإن الضمان يؤكد الحصول على النهر أو النفقة وكلاهما يقتضيه العقد ويوجبه.

٣. الشروط التي أجازها الشارع وأوجب مراعاتها وإن لم تكن من مقتضى العقد أو مؤكدة لمقتضاه، مثل شرط تأجيل المهر إلى أجل.

٤. الشروط التي جرى بها العرف وإن لم تكن مما يقتضيه العقد أو يلائمه ولم يرد النص به ولا تتعارض مع الشرع، كاشتراط المرأة على الزوج تعجيل المهر، أو تقسيطه، إذا جرى به عرف البلد التي وقع بها العقد[٣٩].

أثر عدم الوفاء بهذه الشروط عندهم: الشروط الصحيحة يجب الوفاء بها، ولكن إذا لم يف بالشرط فإنه لا يترتب عليه أي أثر في العقد ولا يعطى صاحب الشرط حق الفسخ لعدم الوفاء، لأن فوات الشرط يترتب عليه فوات الرضا، وفوات الرضا لا أثر له في النكاح، فيصح النكاح ولو مع الإكراه.

أما التي لا يقتضيها العقد مثل: تزوجتك على أن أحللك لمطلقك ثلاثا، أو تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك، أو تزوجتك على أن تطلقي نفسك متى شئت، فإن هذا الشرط يلغو ولا يعمل به ويصح العقد.

ومن الشروط المقارنة أن يشترط أحد العاقدين الخيار له أو لغيره ثلاثة أيام مثل: تزوجتك على أن يكون لي الخيار، أو لأبي الخيار، وقالت قبلت، فإن هذا الشرط يبطل ويصح العقد.

وكما أنه لا يوجد في العقد خيار شرط ليس فيه خيار رؤية ولا خيار عيب مثل:أ ذ يشترط أن تكون بكراً، أو أن تكون متعلمة، أو أن تكون خالية من المرض، ونحو ذلك فإن هذا الشرط يفسد ويصح العقد.

جاء في المبسوط[٤٠]: "إن اشترط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار، وكذلك لو شرط الجمال والبكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار".

أما العقد المعلق على شرط لا يخلو إما أن يكون ماضياً أو لا، فإن كان الشرط ماضياً فلا خلاف في صحته مثل: زوج بنتك لابني فيقول إنني زوجتها فلانا فكذبه، فيقول: إ ذ لم أكن زوجتها له فقد زوجتها لابنك وقبل ذلك أمام الشهود وتبين أنه لم يكن زوجها صح العقد.

أما إذا علقه على مستقبل فإنْ كان محقق الوقوع مثل: تزوجتك إنْ طلعت الشمس، أو إنْ جاء الليل، فإنَّ هذا العقد ينعقد في الحال.

أما إذا علقه على أمر غير محقق الوقوع مثل: تزوجتك إنْ قدم أخي من السفر، أو تزوجتك بعد شهر، فإن هذا العقد باطل، لأن إضافة العقد إلى زمن مستقبل تمنع من ترتيب أثاره في الزمن الحال، وهذا مناف لمقتضى العقد، ولأن الزواج من عقود التمليكات، لأنه يملك كل واحد من الزوجين التمتع بالآخر وجميع عقود التمليكات كالبيع لا تقبل التعليق على الخطر، وهو ما كان معدوما في وقت العقد ويمكن حصوله في المستقبل.

الشروط الفاسدة أو الباطلة: وهي ما لم يكن أحد الأنواع الأربعة السابقة في الشرط الصحيح كالتي لا يقتضيها العقد ولا تؤكد ما يقتضيه، ولم يرد الشرع بجوازها، ولم يجر بها العرف، وكان فيه منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق، كشرط المرأة على من يتزوجها أن يسكنها في بيت أهلها، وكشرط الرجل على من يتزوجها ألا يدفع لها مهراً، وكشرط الرجل على من يتزوجها أن تنفق عليه هي، أو أن لا ينقلها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها.

أثر الشروط الفاسدة أو الباطلة على العقد: لا يجوز الوفاء بها وهي شروط مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية لأنها من النوع الذي يحل الحرام، ويحرم الحلال، وقد أرشد ﷺ إلى عدم الوفاء بهذه الشروط حيث قال: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"(٤١).

ولذلك لا أثر لهذه الشروط على العقد بل يلغو الشرط، ويبقى العقد صحيحا مترتباً عليه أثره(٤٢).

ثانيا: مذهب المالكية:

قسم المالكية الشروط في عقد النكاح إلى أربعة أقسام(٤٣)هي:

١. أن يشترط شروطاً يقتضيها العقد، كشرط أن لا يضر بها في عِشْرة، أو أن يكسوها، أو

أن ينفق عليها، فهذه الشروط وجودها وعدمها سواء وهي جائزة، يجب الوفاء بها.

٢. أن يشترط شروطا لا يقتضيها العقد وتنقسم إلى قسمين من حيث الحكم:

أ . شروط لا يقتضيها العقد محرمة مثل: زوجني فلانة على أن لا اسوي بينها وبين ضرتها في القسم، أو زوجني فلانة على أن لا أبيت عندها ليلا بل نهارا فقط، أو على أن لا ترثني، أو على أن نفقتها عليها، أو على أبيها، أو على أن أمرها بيدها، فإذا اشترط أحد المتعاقدين مثل هذه الشروط فسخ العقد إن كان قبل الدخول، أما بعده فيبقى العقد ويبطل الشرط.

ب . شروط لا يقتضيها العقد مكروهة مثل: أن يتزوجها بشرط أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يخرجها من بيتها، أو من بلدها، فإن اشترطها أحد العاقدين، ندب الوفاء بها ولا يلزم، وإذا لم يفِ بها فلا شيء أي لا يفسخ العقد ويبطل الشرط فقط.

٣. أن يشترط شرطا مقترنا بالعقد مفسدا له، كاشتراط الخيار للزوج أو للزوجة أو لغيرهما مثل: زوجتك فلانة على أن يكون لها الخيار في فسخ العقد في مدة يومين، أو أن يكون له الخيار في الفسخ ليومين.

وهذا العقد لا يصح، فإذا وقع فسخ العقد قبل الدخول، وإذا دخل بها مع هذا الشرط يبطل الشرط ولا يفسخ العقد.

٤. أن يشترط شروطاً تناقض العقد، كشرط النكاح لأجل أو أن يذكر في العقد مدة، فهذه الشروط تبطل العقد.

. أما إذا اشترط ما فيه منفعة له أو اشترطت ما فيه منفعة لها مثل: أن يشترط السلامة من العيوب كسلامة العينين، والأذنين، أو أن تكون بكرا، فلم يلتزم العاقد بالشرط يكون للمشروط له خيار فسخ العقد.

جاء في الكافي[٤٤]: "ولا ترد المرأة بالعمى ولا السواد ولا بالعور ولا بأنها غير عذراء ... ولا بشيء من العيوب كلها غير ما ذكر إلا أن يشترط السلامة في ذلك فإن اشترطها ثم وجد العيب كان له الرد إن شاء".

. أما التعليق على شرط فلا يضر وإن لم يكن محققا مثل: زوجت إبنتي لفلان إن رضي ولم يكن موجودا ثم علم وقال رضيت فإن هذا العقد صحيح، وكذلك تزوجتها إنْ رضي أبي ولم يكن موجودا ثم علم ورضي، فإنَّ هذا العقد صحيح.

ثالثا: مذهب الشافعية:

قسم الشافعية الشروط إلى أربعة أقسام[٤٥]هي:

١. الشروط الموافقة لمقتضى العقد مثل: أن تشترط الزوجة أن ينفق عليها ، أو أن يقسم لها، أو اشترط عليها أن لا تخرج إلا باذنه.

٢. الشروط التي لا توافق مقتضى العقد ولكن لم يتعلق بها غرض أو منفعة تقصد في عرف الناس، كشرط أن لا تأكل إلا كذا، أو لا تلبس إلا كذا ونحوها.

٣. الشروط التي تخالف مقتضى العقد ولم تخل بمقصوده الأصلي وهو الوطء، ولكن في اشتراطها مصلحة تعود على العاقدين أو أحدهما، كأن تشترط عليه أن لا يتزوج عليها، أو أن يشترط عليها أن لا نفقة لها، أو أن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها.

فهذه الأقسام الثلاثة لا أثر لها في العقد لأنها تؤدي إلى فساد الصداق، وهو لا يؤثر في العقد، ولعدم اخلال هذه الشروط بمقصود النكاح الذي هو الوطء، غير أن القسم الثالث يصح معه العقد ويبطل الشرط.

٤. الشروط التي تخالف مقتضى العقد وتخل بمقصوده، كشرط الزوج أن لا يطأها، أو أن يطأها ليلا فقط، أو اشترطت عليه أن لا يطأها، أو أن يطلقها بعد النكاح، أو أن لا يتوارثا.

أثر هذه الشروط على العقد تبطل النكاح لأنها تنافى المقصود منه.

وقيل في المذهب إن كان هو الذي اشترط عدم الوطء يكون الشرط صحيحا لأنه حقه، وإن شرطت هي هذا الشرط يكون باطلا لأنها منعته من حقه.

. إذا اشترط اضافة عقد النكاح إلى المستقبل أو علقه على شرط مثل: إذا جاء رمضان فقد زوجتك ابنتي، ، أو إذا جاء رأس الشهر فقد زوجتك ابنتي، فقال الزوج تزوجتها.

فهذا العقد لا يصح لأن العقد يجب أن يكون منجزا تترتب آثاره من حين إنشائه، وإضافته للمستقبل أو تعليقه على شرط يقتضي تأخير أحكام العقد إلى المستقبل أو إلى وجود الشرط وهذا ينافي مقتضى العقد.

. إذا تزوج على أن له الخيار فهذا العقد باطل لمخالفة هذا الشرط لمقتضى العقد وحكمه وهو اللزوم.

. إذا اشترط وصفا كالجمال والبكارة والبياض أو أضدادها وبان عكسه ففيه قولان:
الأول: العقد باطل ولا شيء عليه إن لم يدخل بها ، وإن دخل بها فعليه مهر المثل.
الثاني: العقد صحيح وفيه وجهان: أحدهما: يثبت للمشترط الخيار، والثاني: لا يثبت له الخيار.

جاء في المهذب[٤٦]: "إذا تزوجت المرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها، أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان أحدهما: إن العقد باطل لأن الصفة مقصودة كالعين واختلاف العين يبطل العقد فكذلك اختلاف الصفة، ولأنها لم ترض بنكاح الزوج فلم يصح كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة.

والقول الثاني: إنه يصح العقد وهو الصحيح لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر، فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار، لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة، فإن خرج دونها، فإن كان عليها في ذلك نقص بأن شرطت أنه حر فخرج عبدا، أو أنه جميل فخرج قبيحا، أو أنه عربي فخرج عجميا ثبت لها الخيار لأنه نقص لم ترض به، وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج عجميا وهي عجمية ففيه وجهان أحدهما: لها الخيار لأنها ما رضيت أن يكون مثلها.
والثاني: لا خيار لها لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاءة".

رابعا: مذهب الحنابلة:

يعتبر الحنابلة أوسع المذاهب بالنسبة للشروط حيث توسعوا فيها كثيرا[٤٧] وقالوا:

كل الشروط صحيحة إلا شرطا نهى الشارع عنه، وشرط ينافي مقتضى العقد ويخل بالمقصود منه.

وعلى هذا فالشرط الصحيح عندهم هو الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد، ولم يرد من الشرع نهي عنه، أو التي يكون فيها منفعة لأحد العاقدين، سواء وافقت مقتضى العقد أم لم توافق مادامت لم تخل بالمقصود منه.
لذا فأقسام الشروط عندهم قسمان هما:

القسم الأول: شروط صحيحة وهي: الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، ولم يرد من الشرع نهي عنها، وشروط تكون فيها منفعة لأحد العاقدين، مادامت لم تخل بالمقصود منه،

وهي نوعان الأول: شروط يقتضيها العقد مثل: شرط تسليم المرأة نفسها لزوجها، وشرط تمكينه من الاستمتاع بها، وشرط تسليمه جميع المهر لها وتمكينها من الانتفاع به، وهذه الشروط كعدمها لأن العقد يقتضيها، فلا حاجة لاشتراطها في العقد.

والثاني: شروط تكون فيها منفعة لأحد العاقدين، ولم تخل بالمقصود منه مثل: أن تشترط عليه أن لا يتزوج عليها، أو تشترط أن لا يخرجها من بلدها، أو أن تشترط أن يكون المهر من جنس معين، ونحوها، أو أن يشترط أن تكون بكرا، أو أن يشترط أن تكون بيضاء، أو أن يشترط أن تكون متعلمة، ونحوها، وهذه شروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، وفي حال عدم الوفاء بها يكون للعاقد الخيار في فسخ العقد إن شاء، ولا يسقط الحق إلا إذا أظهر العاقد الرضا بذلك، وكلام الإمام أحمد يحتمل أيضا أن لا خيار له بهذه العيوب، لأن النكاح لا يرد فيه بمخالفة الشرط كما قال ابن قدامة[٤٨].

القسم الثاني: شروط غير صحيحة (فاسدة) وهي نوعان:

الأول: شروط غير صحيحة أي فاسدة لكن لا تفسد العقد مثل: أن يشترطا أو يشترط أحدهما عدم الوطء، أو أن يشترط العزل، أو تشترط أن يسكنها حيث شاءت، أو يشترط أن لا مهر لها، أو تشترط أن يميزها على ضرتها، أو أن يشترط أن تنفق هي عليه، أو يشترط أن لا مهر لها، ونحوها، وهذه الشروط تبطل لمنافاتها لمقتضى العقد ولتضمنها اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، وأما العقد فهو صحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به، فلم يبطله كما لو شرط فيه صداقا محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد.

والثاني: شروط غير صحيحة أي فاسدة تفسد العقد وتبطله وقد حصر الحنابلة هذه الشروط في سبعة فقط[٤٩] هي: أن يشترطا تزويج بنتيهما لولديهما بدون صداق (نكاح الشغار)، أو أن يشترط الزواج مدة معينة (نكاح المتعة أو المؤقت) مثل زوجتك مدة شهر، أو أن تشترط تحليلها لزوجها المطلق لها ثلاثا (نكاح المحلل)، أو أن يتزوجها على شرط أن لا تحل له، أو أن تشترط أن يطلقها في وقت معين، أو أن يشترطا أو يشترط أحدهما الخيار في العقد، أو أ ذ يشترطا أو أحدهما شرطا مستقبليا غير المشيئة مثل زوجتك إذا جاء يوم الجمعة، أو إذا جاء الغد، وهذه الشروط تفسد العقد وتبطله.

ولا يصح تعليق النكاح على شرط مستقبل كقوله: إن وضعت زوجتي جارية فقد

زوجتكها أو زوجتك ما في بطنها، وكذلك لا يثبت الخيار في النكاح وسواء في ذلك خيار المجلس أو خيار الشرط لأنه ليس بيعا ولا في معناه والعوض ليس ركنا فيه ولا مقصودا منه.

ويمكن أن أجمل ما سبق ذكره في المذاهب الفقهية فيما يلي:

١. الشروط التي من مقتضى العقد ومقاصده ولم تتضمن تغييرا لحكم الله ورسوله كاشتراط العشرة بالمعروف شروط صحيحة يجب الوفاء بها باتفاق.

٢. الشروط التي تنافي مقتضى العقد كاشتراط أن لا مهر لها، لا يجب الوفاء بها، لأنها تتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فهي شروط غير صحيحة لا يجب الوفاء بها ، والعقد مع وجودها صحيح لأن الشرط يعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله باتفاق.

٣. الشروط التي تنافي مقتضى العقد أو تخالف الشريعة كشرط الخيار في العقد، فهي باطلة باتفاق.

٤. الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد ولكنها لا تنافي حكما من أحكام الزواج، وفيها منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يرد من الشرع نهي عنها، كاشتراط أن لا يتزوج عليها.

فقد وقع الخلاف فيه على قولين:

الأول: الجمهور عدا الحنفية: إن هذا العقد صحيح، والشرط يجب الوفاء به ما دام لم يخل بالمقصود الأصلي لعقد النكاح، فإذا لم يفِ كان للعاقد (المشروط له) حق فسخ العقد إن شاء، وفي قول للشافعية إن العقد يبطل.

والثاني: الحنفية قالوا: إن هذا العقد صحيح، والشرط لاغ، ولا يلزم العاقد الوفاء به.

الأدلة:

استدل الجمهور على قولهم بما يلي:

من الكتاب: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٥٠).

ومن السنة: قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"(٥١).

وقوله ﷺ: "أحق ما أوفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج"(٥٢).

وبأثر أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ والذي قال فيه: "إن مقاطع الحقوق عند

الشروط ولها ما اشترطت"(٥٣).

ولأنه شرط فيه صفة مقصودة لا تمنع المقصود من النكاح فكان لازما كما لو شرطت المهر من غير نقد البلد، ولأن صاحب العقد لم يرض بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط فإذا لم يتحقق الوفاء به فات رضاه بالعقد، والرضا أمر لابد منه في عقد النكاح في حالتي الابتداء والبقاء، إذ لا خير في بقاء عقد فقد فيه الرضا من الجانبين أو من أحدهما.

واستدل الحنفية على قولهم بما يلي:

من السنة: قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"(٥٤).

وقوله ﷺ: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط"(٥٥).

وجه الدلالة من الحديثين: أن هذه شروط ليس في مصلحة العقد ولا مقتضاه، وهي ليست في كتاب الله، وإن الشرع لا يقتضيها، لذا لا يجب الوفاء بها، وإن من هذه الشروط ما يحرم حلال كشرط أن لا يتزوج عليها.

سبب الخلاف:

قال الإمام ابن رشد(٥٦): "سبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص، فأما العموم حديث عائشة رضي الله عنها خطب رسول الله ﷺ فقال في خطبته: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، ولو كان مائة شرط، وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج(٥٧)، والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط".

المناقشة:

ويمكن مناقشة الحنفية بما يلي:

١. إن معنى: قوله ﷺ: "ما كان من شرط" في الحديث الذي استدللتم به أي شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل، وهذه الشروط مشروعة، وقد ذكرنا الأدلة على مشروعيتها.
٢. إ ذ قولكم: إن هذه الشروط تحرم حلالا أو تحلل حراما فلا تجوز غير مسلم به، إذ أن الشروط المذكورة لا تحرم حلالا ولا تحلل حراما، وإنما تثبت للعاقد المشروط له هذه الشروط عند عدم الوفاء بها خيار الفسخ، إن شاء فسخ وإن شاء أمضى.

٣. قولكم إن هذه الشروط ليست في مصلحة العقد ولا مما يقتضيه، لا نسلم بذلك لأنها من مصلحة العاقد وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده.

ويمكن مناقشة الجمهور بما يلي:

١. إن حديث: "أحق ما أوفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج"[٥٨]، هذا محمول على الشروط التي هي من مقتضيات العقد .

ويجاب عليه: إن هذا الحديث محمول على جميع الشروط مطلقا سواء أكانت من مقتضيات العقد أم لا .

ولهذا استشكل ابن دقيق العيد[٥٩] حمل الحديث على الشروط التي من مقتضيات النكاح لأن تلك الأمور لا تؤثر الشروط في إيجابها فلا تشتد الحاجة إلى تعليق الحكم باشتراطها، وسياق الحديث يقتضي خلاف ذلك، لأن لفظ أحق الشروط يقتضي أن يكون بعض الشروط يقتضي الوفاء بها، وبعضها أشد اقتضاء، بينما الشروط التي هي من مقتضى العقد مستوية في وجوب الوفاء بها.

الترجيح:

بالنظر في أقوال العلماء في هذه المسألة وأدلتهم ومناقشتها يترجح مذهب الحنابلة في زماننا والقائلين بوجوب الوفاء بالشروط المقترنة بالعقد إذا تراضيا عليها عند العقد إن كان فيها مصلحة لأحد المتعاقدين ما لم تكن مخالفة للشرع، وأنه في حال عدم الوفاء يكون للمشروط له حق الفسخ، لأن هذا القول أعدل الأقوال وأقربها إلى قواعد الشريعة الإسلامية وأكثرها انطباقا لمقاصد الشرع وأولاها في تحقيق مقاصد الزوجين.

ولا شك أنه يتناسب مع قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) [٦٠].

وحديث رسول الله ﷺ :"أحق ما أوفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج"[٦١].

ومع قضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ وقوله: "إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما اشترطت"، وقوله: "المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم"[٦٢].

ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به.

ولأن صاحب العقد لم يرضَ بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط فإذا لم يتحقق الوفاء به فات رضاه بالعقد، والرضا أمر لابد منه في عقد النكاح لاستمرار الحياة بينهما[٦٣].

المبحث الثالث

نماذج لبعض العقود المقترنة بالشرط وأثره عليها.

النموذج الأول: نكاح الشغار

أولًا: تعريف الشغار لغة واصطلاحا:

الشغار لغة: الشغر الرفع شغر الكلب يشغر شغرا رفع إحدى رجليه ليبول، وقيل رفع إحدى رجليه بال أو لم يبل، وشغرت الأرض والبلد أي خلت من الناس ولم يبق بها أحد يحميها ويضبطها، والشِغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية، وهو أن تزوج الرجل امرأة ما كانت على أن يزوجك أخرى بغير مهر، وخص بعضهم به القرائب، والشغر البعد ومنه قولهم بلد شاغر إذا كان بعيدا من الناصر والسلطان(٦٤).

الشغار اصطلاحا: هو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى(٦٥).

ثانياً: حكم نكاح الشغار: قال ابن عبد البر(٦٦): "أجمع العلماء على أن نكاح الشغار لا يجوز".

ولكنهم اختلفوا في حكمه من حيث الصحة وعدمها للشرط المقترن به إلى قولين هما:

القول الأول: مذهب جمهور الفقهاء(٦٧)عدا الحنفية قالوا: إن نكاح الشغار باطل للشرط المقترن به ، ويجب على جماعة المسلمين أن يفسخوه متى علموا به سواء كان قبل دخول الزوج أم بعده.

القول الثاني: مذهب الحنفية(٦٨)قالوا: إن نكاح الشغار صحيح والشرط الذي اقترن به باطل فيصح العقد ويبطل الشرط، ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلها.

الأدلة:

استدل الجمهور على قولهم بالسنة والقياس والمعقول.

من السنة: "إن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق"(٦٩).

وجه الدلالة من الحديث: أن رسول الله ﷺ نهى عن هذا العقد، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، فوجب أن يكون الشغار فاسدا.

وقوله ﷺ : "لا شغار في الإسلام"(٧٠).

وجه الدلالة من الحديث: الحديث يحتمل أمرين نفي وجود الشغار في الإسلام، ونفي صحة، ولاشك أن وجوده في الإسلام واقع فتعين حمل الكلام على نفي الصحة.

من القياس: ذكر الإمام الشافعي في القديم أنه عقد فيه تمويه ومعناه أنه ملك الزوج بضع بنته بالنكاح ثم ارتجعه منه بأن جعله ملكا لبنت الزوج بالصداق وهذا موجب لفساد النكاح كما لو قال زوجتك بنتي على أن يكون بضعها ملكا لفلان كان النكاح فاسدا بالإجماع كذلك هذا بالحجاج، ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا في الآخر فلم يصح(٧١).

من المعقول: إن كل واحد منهما جعل بضع موليته موردا للنكاح وصداقا للأخرى وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج موليته من رجلين(٧٢).

واستدل الحنفية على قولهم بالمعقول.

لما جعلا بضع كل منهما صداقا للأخرى فقد سميا ما لا يصلح صداقا، وهو بضع الأخرى، والنكاح لا يبطله الشرط الفاسد، فإذا كان الأمر كذلك صح النكاح ووجب مهر المثل، كما لو سمى المهر خمرا أو خنزيرا.

وقد جوزتم النكاح إذا سمى لهما أو لأحدهما صداقا، فكذلك وإن لم يسم لأن ترك الصداق في العقد الصحيح لا يوجب فساده، كما أن ذكره في العقد الفاسد لا يوجب صحته.

فيكون حاصل هذا الدليل أن فساده من جهة المهر، وفساد المهر لا يوجب فساد العقد.

ثم إنه قد فسد بالنهي ما توجه إليه وهو الصداق دون النكاح لذا يصح العقد ويفسد الشرط ولهما مهر المثل.

سبب الخلاف:

قال الإمام ابن رشد(٧٣) : "سبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض، أو غير معلل، فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير، وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر أو الخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل".

المناقشة:

ناقش أصحاب القول الأول أصحاب القول الثاني(٧٤)بقولهم:

١. إن الفساد هنا ليس من جهة المهر بل من جهة أنه أوقفه على شرط فاسد يوجب فساد العقد، إذ فيه تشريك في البضع، لأن كل واحد منهما جعل بضع موليته موردا للنكاح وصداقا للأخرى فأشبه تزوجها من رجلين، وهو باطل فكذلك هاهنا.

٢. قولكم قد فسد بالنهي ما توجه إليه وهو الصداق دون النكاح، يرد عليه بأن بالنهي توجه إلى النكاح للحديث نهى عن الشغار، وأنه يحمل على عموم الأمرين.

٣. دليلكم لما ذهبتم إليه من المعقول، والدليل العقلي في مقابلة النص الصريح باطل.

وناقش أصحاب القول الثاني أصحاب القول الأول بقولهم:

١. إن النهي إنما ورد عن نكاح الشغار، ونكاح الشغار هو الخالي عن العوض، وهذا نكاح بعوض، وهو مهر المثل فلا يكون شغارا.

يرد عليه: بأن القول إن هذا نكاح بعوض وهو مهر المثل غير مستقيم، لأن مهر المثل إنما أوجبتموه أنتم، والواقع في العقد هو جعل البضع في مقابلة البضع للأخرى، ولأنه لا يمنع ما أوجبتموه من الصداق بعد العقد من أن يكون نكاح شغار وقت العقد، وقد توجه النهي إليه فاقتضى الفساد.

٢. إن النهي في الحديث ي"نهى عن الشغار"[٧٥] حمل على الكراهة لا التحريم.

رد على ذلك: أن الأصل في النهي التحريم، ولا يحمل على الكراهة إلا بدليل ولا دليل هنا، ولاسيما أن الشغار كان من أنكحة الجاهلية فرفعه الإسلام، ولذلك قال رسول الله ﷺ: لا شغار في الإسلام[٧٦].

الترجيح:

بالنظر في الأقوال وأدلتها ومناقشة الأدلة تبين رجحان القول الأول القائل ببطلان هذا العقد وفساده بسبب الشرط المقترن به من حيث ابتداء العقد وإنشائه، أما إذا عقد على هذا الشرط فإنه يبطل ويفسخ العقد قبل الدخول، وأما بعد الدخول فأميل إلى رأي أصحاب القول الثاني يبطل الشرط ويثبت لهما مهر المثل وذلك لما في ترجيح هذا القول من وجاهة وتيسير وحفاظ على الأسرة.

النموذج الثاني: نكاح المحلل

أولًا: **تعريف نكاح المحلل**[٧٧]: نكاح المحلل هو: أن يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا

لزوجها الذي طلقها، وهو شرط على الزوج الثاني في عقد النكاح أن يطلقها بعد أن يعقد عليها ويدخل بها.

وسمي محلَلا لقصد الحل في موضع لا يحصل فيه الحل بأن يتزوجها بشرط التحليل.

ثانياً: حكم نكاح المحلل: اتفق الفقهاء على أن هذا النكاح حرام، ولكنهم اختلفوا في حكمه من حيث الصحة وعدمها للشرط المقترن به إلى قولين هما:

القول الأول: مذهب الجمهور(٧٨)**عدا الحنفية:** قالوا هذا النكاح باطل، وهو كبيرة من الكبائر للشرط المقترن به، وهو أن يحلها لزوجها الأول، وهذا النكاح لا يحل المرأة للزوج الأول.

القول الثاني: مذهب الحنفية(٧٩): قالوا إن نكاح المحلل صحيح، لأنه كامل الشروط والأركان في الظاهر، ولكن الشرط يبطل كسائر الشروط الفاسدة، وتحل للزوج الأول به.

الأدلة:

استدل الجمهور على قولهم بالسنة والمعقول:

من السنة: أ ذ رسول الله ﷺ قال: "لعن الله المحلل والمحلل له"(٨٠).

وجه الدلالة من الحديث: أن اللعنة لا تكون إلا على أمر منهي عنه، وغير جائز في الشريعة، وكذلك النهي يدل على فساد المنهي عنه، والنكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه.

وحديث: قال رسول الله ﷺ "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله، قال: هو المحل فلعن الله المحل والمحلل له"(٨١).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ أطلق على المحلل إسم التيس المستعار للضرب، وفيه تنفير من هذا الفعل، وما كان هذا شأنه لا يكون إلا فاسدا، يؤيد ذلك حديث: "لعن الله المحلل والمحلل له"، وما ذلك إلا لفساد النكاح، وإلا لما استحقا اللعنة.

وبما رواه ابن أبي شيبة من رواية قبيصة بن جابر عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: "والله لا أوتى بمحل ولا محلل له إلا رجمتهما"(٨٢).

وجه الدلالة من الأثر: أن عمر بن الخطاب ﷺ أخبر أنه لو أوتي بمحلل ومحلل له لرجمهما، وما ذلك إلا لفساد النكاح وإلا لما استحقا الرجم عليه.

من المعقول: إن هذا العقد وقع على وجه محظور استحق عاقده به اللعن فوجب أن يكون باطلا كشراء الخمر، وكذلك لأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته إذ أنه نكاح لمدة معلومة

فكان أغلظ من نكاح المتعة من وجهين:

أحدهما: جهالة مدته،

والثاني: أن الإصابة منه مشروطة لغيره فكان الفساد أخص(٨٣).

واستدل الحنفية على قولهم بالسنة:

حديث رسول الله ﷺ: "لعن الله المحلل والمحلل له"(٨٤).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ سماه محللا، فدل ذلك على أنه يحللها لزوجها الأول، وهذا يدل على صحة النكاح، فلو كان فاسدا لما سماه محللا، وكونه ملعونا لا يستلزم الفساد بل يستلزم الحرمة، وجزاؤها العقاب الأخروي، ولا تلازم بين لزوم الإثم وصحة العقد، فالحكم بالصحة مع لزوم الإثم واقع في الأحكام الشرعية عبادة ومعاملة ، وإنما لعن مع حصول الحل لأن التماس ذلك واشتراطه في العقد هتك للمروءة، وإعارة للنفس في الوطء لغرض الغير فإنه إنما يطؤها ليعرضها لوطء الغير وهو قلة حمية، ولهذا قال ﷺ عنه هو التيس المستعار(٨٥).

سبب الخلاف:

أرجع الإمام ابن رشد سبب الخلاف بين العلماء إلى اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ: "لعن الله المحلل... الحديث"، فمن فهم من اللعن التأثيم فقط، قال النكاح صحيح، ومن فهم منهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه، قال فاسد(٨٦).

المناقشة:

ناقش أصحاب القول الأول أصحاب القول الثاني بقولهم:

. قولكم إن تسمية محلل تدل على صحة النكاح ويثبت الحل، غير سليم إنما سمي كذلك بسبب اعتقادهم أنه يحل المطلقة ثلاثا لزوجها، أو سمي بذلك لأنه قصد التحليل ولم يقصد حقيقة النكاح، لا أنه يثبت الحل ولو كان كما قلتم لما استحق اللعن الذي هو الطرد والإبعاد من رحمة الله(٨٧).

وناقش أصحاب القول الثاني أصحاب القول الأول بقولهم:

. إن الحديث الذي اعتمدتم عليه قد أخرجه ابن ماجه(٨٨) وفي رواته عثمان بن صالح وقد قال ابراهيم بن يعقوب كانوا ينكرون على عثمان في هذا الحديث إنكارا شديدا.

ويرد عليه: بأن عثمان أحد الثقات وقد روى له البخاري وابن معين وأبو حاتم الرازي وقال عنه إنه شيخ صالح سليم الناحية قيل له كان يلقن قال لا، وما كان كذلك فما انفرد به حجة، والشاذ ما خالف فيه الثقات لا ما انفرد به عنهم، على أن القول إنه انفرد به غير صحيح فقد تابعه غيره فرواه جعفر الغرياني عن العباس المعروف بابن فريق عن أبي صالح عن الليث(٨٩).

الترجيح:

يتضح لي من خلال عرض أقوال العلماء في حكم زواج المحلل وأدلتهم ومناقشة الأدلة أن اشتراط التحليل حرام بالاتفاق ، وأما عن تأثير هذا الشرط على العقد فيتضح لي رجحان قول الجمهور القائلين بأن هذا النكاح باطل مفسوخ بسبب الشرط المقترن به وهو شرط منهي عنه يحل الحرام ويحرم الحلال وقد ورد عن رسول الله ﷺ: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"(٩٠)، وأيضا فإن هذا الشرط يجعل خللا في الأسرة وعدم استقرار الحياة الزوجية.

النموذج الثالث: اشتراط المرأة على زوجها في العقد طلاق زوجته الأولى

إذا عقد رجل على امرأة بشرط مقترن بالعقد وهو تطليق زوجته الأولى فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في حكم هذا الشرط في عقد النكاح وأثره على العقد إلى قولين:

القول الأول: مذهب الجمهور(٩١)عدا الحنابلة قالوا: لا يجوز للمرأة أن تشترط على من يريد الزواج منها طلاق ضرتها(زوجته التي في عصمته)، وإن تزوجها على هذا الشرط لا يصح الشرط، بل يبطل والعقد صحيح، وإذا حطت له جزءا من المهر لأجل الشرط استحقت الجزء الذي حطته فقط.

واستدلوا على قولهم بالسنة والمعقول:

من السنة: حديث رسول الله ﷺ: "لا تشترط المرأة طلاق أختها"(٩٢).

وحديث: "لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، ولتنكح، فإنما لها ما قدر لها"(٩٣).

وحديث: "لا يحل أن تنكح المرأة بطلاق أخرى"(٩٤).

وجه الدلالة من الأحاديث السابقة: أن رسول الله ﷺ نهى عن اشتراط المرأة طلاق أختها، وعن سؤالها طلاق أختها، والنهي يدل على بطلان الشرط وفساد المنهي عنه، وكذلك لفظ لا يحل يدل على الحرمة صراحة.

من المعقول: هذا شرط فيه إضرار بالغير فكان باطلا، كما لو تزوجته على أن لا ينفق على زوجته الأولى وأولاده فالشرط فاسد.

القول الثاني: مذهب الحنابلة[٩٥]: تضاربت أقوال علماء المذهب في حكم هذا الشرط فمنهم من قال[٩٦]بقول الجمهور، ومنهم[٩٧]من قال: يصح للمرأة أن تشترط على من يريد الزواج منها طلاق ضرتها، فإن فات طلاقها كان لها الخيار في الفسخ، واختلفت أقوالهم في الراجح في المذهب من هذين القولين.

دليل القائلين بالجواز:

حمل النهي في الحديث: "لا تشترط المرأة...الحديث"، على ما إذا لم يكن هناك سبب يجوز معه أن تسال المرأة طلاق أختها، ويكون ذلك على سبيل النصيحة المحضة، أو لضرر يحصل لها من الزوج أو للزوج منها، ونحو ذلك من الأسباب والمقاصد.

ومن المعقول: قالوا إن المرأة التي تشترط طلاق ضرتها لها في هذا الشرط غرضا صحيحا، ولها فيه فائدة وهو شرط لا ينافي العقد، فأشبه ما لو شرطت عتق أبيها[٩٨].

المناقشة:

ناقش أصحاب القول الأول أصحاب القول الثاني القائلين بصحة الشرط[٩٩] بقولهم:

إن التعليل الذي ذكرتموه معارض للنص الصريح، ومن المعروف أنه لا قياس مع النص.

ومع اعتماد القياس فهذا قياس مع الفارق، إذ أن عتق أبيها فيه منفعة لمحل الشرط وهو الأب ولكن في هذا الشرط ضرر لمحله وهو الزوجة الأولى.

الترجيح:

بعد ذكر أقوال الفقهاء في المسألة بالأدلة ومناقشة الأدلة تبين بطلان هذا الشرط من المرأة الثانية على من يريد الزواج منها، للنهي الوارد في الحديث.

فإما أن ترضى بواقع الزوج، وإما أن لا تتزوجه على هذا الشرط المنهي عنه، فإذا تزوجته بهذا الشرط فأرى أنه يبطل الشرط ويصح العقد لعدم الإضرار بالزوجة الأولى.

الخاتمة:

بعد أن وفقني الله تعالى وانتهيت من هذا البحث خلصت إلى النتائج العلمية التالية:

١. إن الشريعة الإسلامية راعت مصالح العباد عند إنشاء العقود بإباحة اقتران العقد بشروط على حسب مصلحة العاقدين أو أحدهما.

٢. الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية المصالح في العاجل والآجل بجلب المنفعة ودرء المفسدة، لذا فإن الرأي القائل بإباحة اقتران العقود بالشروط بشكل عام هو الأولى بأن يؤخذ به ويطبق في واقعنا المعاصر.

٣. لما أباحت الشريعة الإسلامية اقتران الشروط بالعقود جعلت لها ضوابط لابد أن تراعى فيها عند اقترانها بالعقد.

٤. عقد النكاح من أهم العقود التي يتم إبرامها بين الناس ولخطورته حرصت الشريعة الإسلامية بأن تكون الشروط المقترنة بها لا تتعارض مع مصلحة أحد المتعاقدين.

٥. الشروط المتفقة مع الشريعة الإسلامية وأصولها وتتوافق ومقتضيات العقد يجب الوفاء بها إذا تراضيا عليها وذلك لأن الرضا أساسى العقد فإن عُدم عُدم العقد.

٦. الشروط المقترنة بعقد النكاح إذا كانت تتنافى مع الشريعة الإسلامية وأصولها فهي مرفوضة وتبطل العقد.

٧. من الشروط المقترنة بالعقد ما يكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين ولم يرد نهي عنها يلزم الوفاء بها إذا تراضيا عليها كاشتراط المرأة أن لا يسافر بها، فإذا لم يف كان لها الخيار في فسخ العقد أو إمضائه.

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

٩. نكاح الشغار باطل لاقترانه بالشرط الفاسد ما لم يتم الدخول بالزوجة فيصح العقد ويجب لها مهر المثل مراعاة لمصلحة الأسرة.

١٠. نكاح المحلل باطل لاقتران العقد بالشرط الفاسد، ولا تحل الزوجة به لزوجها الأول.

١١. في حال اقتران عقد النكاح بشرط من الزوجة على زوجها طلاق زوجته الأولى فإن الشرط يبطل ويصح العقد وذلك لعدم الاضرر بالزوجة الأولى.

الهوامش

([1]) الحديث أخرجه الإمام أبو داود في كتاب الأقضية باب في الصلح وسنده حسن وصححه ابن حبان ، وأخرجه الإمام الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس من حديث كثير بن عبد الله ...، وقال هذا حديث حسن صحيح، وقد نوقش الترمذي في تصحيحه هذا الحديث لأن كثير بن عبد الله المزني ضعيف جدا وقد اتهمه البعض، جامع الأصول ٦٣٩/٢.

([2]) لسان العرب ٢٢٣٥/٤، ومختار الصحاح ص١٤١، والقاموس المحيط ص٦٧٣، ، والمصباح المنير ص١١٨.

([3]) سورة محمد الآية ١٨.

([4]) الإحكام في أصول الأحكام ١٣٩/٢، وروضة الناظر وجنة المناظر ص٣١، وعلم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص١١٨، وأصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص٥٣، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٣/٢، و نيل المآرب شرح دليل الطالب ١٠٣/٢.

([5]) المدخل الفقهي العام ٣٠٥/١.

([6]) الاشتراط في وثيقة الزواج ص٣٣، وص٧٥، والفقه الإسلامي وأدلته ٥٣/٧، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ص٢٩.

([7]) نظرية الشروط ص٣١، والاشتراط في وثيقة الزواج ص٥١، وعلم أصول الفقه لخلاف ص١١٩، والمدخل الفقهي العام ٣٠٦/١و٥٠٢ وما بعدها، والفقه الإسلامي وأدلته ٢٢٥/٤.

([8]) كشاف القناع ١٨٨/٣. شرح المجلة ص٥٤، والمدخل الفقهي العام ٥٠٣/١ وما بعدها، ونظرية الشروط ص٣١، وأصول الفقه لأبي زهرة ص٥٥، والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لعبد الحميد ص٣١ وما بعدها، والاشتراط في وثيقة الزواج ص٥١ وما بعدها، وشرح القواعد الفقهية ص٣٤٧، والملكية ونظرية العقد ص٢٤٥.

([9]) الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٨١/١، والمبسوط ١٤/١٣، وشرح المجلة ص١٣٦، ومنح الجليل ٣٠٣/٣، ونهاية المحتاج ٤٥١/٣، والمغني ١٧٠/٤، و ٩٢/٧ وما بعدها، وكشاف القناع

١٨٨/٣، والملكية نظرية العقد ص٢٣٨، وشرح القواعد الفقهية ص٣٥١، والأحوال الشخصية لعبد الحميد ص٣٢.

([10]) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٦٨/٥ وما بعدها.

([11]) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٦٨/٥ وما بعدها، وبداية المجتهد ١٦٠/٢، وحاشيا قليوبي وعميرة ١٧٧/٢، ونظرية الشروط ص٦٥، والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص١٥٩، والاشتراط في وثيقة الزواج ص١٠٥، والفقه الإسلامي وأدلته ١٩٩/٤، والملكية ونظرية العقد ص٢٢٥، والمفصل في أحكام الأسرة ١٣٢/٦.

([12]) كشاف القناع ١٨٨/٣ وما بعدها، والمغني ١٦٩/٤، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣٢/٢٩ وما بعدها، والفقه الإسلامي وأدلته ٢٠٦/٤، ونظرية الشروط ص٦٣، والمدخل الفقهي العام ٤٨٠/١، والاشتراط في وثيقة الزواج ص٩٤ وما بعدها، والمفصل ١٣٠/٦.

([13]) سورة البقرة آية ٢٢٩.

([14]) سورة الطلاق آية١.

([15]) الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ، والإمام مسلم في صحيحه في كتاب الأقضية باب نقض الاحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، وغيرهما، وروي بلفظ: من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد، جامع الأصول ٢٨٩/١.

([16]) جزء من حديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في مواضع مختلفة منها كتاب البيوع باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، والإمام مسلم في صحيحه في كتاب العتع باب إنما الولاء لمن أعتق، جامع الأصول ٩٤/٨ وما بعدها.

([17]) سورة المائدة آية ١.

([18]) الحديث سبق تخريجه.

([19]) الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في كتاب النكاح باب الشروط في النكاح، وغيره، والإمام مسلم في صحيحه في كتاب النكاح باب الوفاء بالشرط في النكاح، وغيرهما، جامع الأصول ٢٢/٧.

([20]) الأثر ذكره الإمام البخاري في صحيحه تعليقا في كتاب الشروط باب الشروط في النكاح، وقال ابن حجر وصله سعيد بن منصور من طريق اسماعيل بن عبيد الله، فتح الباري ١٢٤/٩، وذكر في موسوعة فقه عمر بن الخطاب ص٥١٠.

([21]) الحديث سبق تخريجه.

([22]) الحديث سبق تخريجه.

([23]) سورة المائدة آية١.

([24]) الحديث سبق تخريجه.

([25]) نيل الأوطار ٣٧٩/٥، وسبل السلام ٨٨٣/٣، ونظرية الشروط ص٨٥.

([26]) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ٢٧/٣.

([27]) الحديث سبق تخريجه.

([28]) الحديث سبق تخريجه.

([29]) نيل الأوطار ٣٧٩/٥، وسبل السلام٨٨٣/٣، ونظرية الشروط ص٨٨.

([30]) الحديث سبق تخريجه.

([31]) فتح الباري وقال ابن حجر: عن أبي عبيد تضادت الروايات عن عمر في هذا ١٢٦/٩.

([32]) الأثر ذكره ابن حجر في فتح الباري عن الترمذي ولم يعلق عليه ١٢٦/٩، وأخرجه الإمام الترمذي في كتاب النكاح باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح، ولم يعلق عليه، سنن الترمذي ٤٢٥/٣، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب النكاح باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ٣٢٧/٣.

([33]) الأثر أخرجه الإمام مالك في الموطأ كتاب النكاح باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح، شرح الزرقاني ١٢/٣.

([34]) الحديث سبق تخريجه.

([35]) نظرية الشروط ص٧٣وما بعدها، والاشتراط في وثيقة الزواج ص١٢٦ وما بعدها.

([36]) جاء في تبيين الحقائق ١٣١/٤ : القاعدة المقرر في المذهب إن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها وفي غيرها لا يوثر عليها لذا في عقد الزواج الشرط لاغ لا أثر له ويبقى العقد صحيحا، وذكر الدكتور وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته ٢٣٥/٤، والشيخ محمد أبو زهرة في الأحوال الشخصية ص٥٨ : أنه لا فرق عند الحنفية في العقود غير المالية كالزواج بين الفاسد والباطل.

([37]) مغني المحتاج ٢٨٩/٣، ونظرية الشروط ص٦٠، والاشتراط في وثيقة الزواج ص١٥٦، والفقه الإسلامي وأدلته ٢٠٣/٤، والأحوال الشخصية لعبد الحميد ص٣٢.

([38]) المبسوط ٩٤/٥، وفتح القدير ١٩٨/٣، والعناية على الهداية ٣٥٠/٣، والبناية شرح الهداية ٦٩٠/٤، وحاشية ابن عابدين ٧٧/٤و١٥١، والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص٣١، والمدخل الفقهي العام ٥١٣/١.

([39]) شرح فتح القدير ١٩٨/٣و ٢٥٠و ٣٤٦، وبحوث مقارنة في الشريعة الاسلامية في النكاح ص١١٦، والاشتراط في وثيقة الزواج ص٢٣٠، والمدخل الفقهي العام ٤٧٧/١، والملكية ونظرية العقد ص٢٣٨.

([40]) المبسوط ٩٧/٣، وشرح فتح القدير ٢٥١/٣، المفصل ١٤٠/٦.

([41]) الحديث سبق تخريجه.

([42]) نظرية الشروط ص١٠٢ وما بعدها، وبحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية في النكاح ص١١٧، والاشتراط في وثيقة الزواج ص٢٢٩ وما بعدها، والملكية ونظرية العقد ص٢٣٩.

([43]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٠/٣و١٠٨و١٦٨، ومنح الجليل ١٠٥/٣و١٠٩و٣٠٢، وشرح الزرقاني على الموطأ ١٢/٣، والذخيرة ٣٩٢/٤ وما بعدها، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص٢٥٩، ومواهب الجليل ٤٤٦/٣، وموسوعة الفقه المالكي ١٤/٤، وجامع الأحكام الفقهية ٢٦٨/٢.

([44]) الكافي في فقه أهل المدينة ص٢٥٩.

([45]) الأم ٧٣/٥و ٨١، والحاوي الكبير ١٩٣/١١، والبيان ٢٤٩/٩ وما بعدها، وحلية العلماء ٤١٤/٦، وحاشية إعانة الطالبين ٣٢٠/٣، والوسيط ٤٧/٥و٢٢٩، ونهاية المحتاج ٣٤٣/٦، وحاشية قليوبي وعميرة ٢٨٠/٣، والعزيز شرح الوجيز ٤٩٨/٧، والتهذيب ٥١٣/٥، والفقه المنهجي ٥٤/٢ وما بعدها،

([46]) المهذب في فقه الإمام الشافعي ٦٤/٢.

([47]) كشاف القناع ٤٠/٥ و٥٢ وما بعدها، والروض المربع ص٢٧٥ وما بعدها، والانصاف مع الشرح الكبير والمقنع ٢٠/٢٠و٩٧و١١٠و٣٩٠وما بعدها، والمغني ٩٢/٧، والمحرر في الفقه ٢٣/٢، والإقناع لطالب الإنتفاع٣٤٩/٣ وما بعدها، نيل المآرب ٢/ ١٢١ وما بعدها، وزاد المعاد ٨/٤، والكافي في فقه الامام أحمد ٣١٠/٤.

([48]) المغني٧٢/٧، والكافي في فقه الإمام أحمد ٣١٠/٤، والمقنع مع الشرح الكبير والانصاف ٤٢٩/٢٠.

([49]) المغني٩٥/٧، وكشاف القناع ٩٢/٥، والمفصل ١٣٩/٦، ونظرية الشروط ص١٢٩، وبحوث مقارنة في الشريعة الاسلامية في النكاح ص١٢٥.

([50]) سورة المائدة آية ١.

([51]) الحديث سبق تخريجه.

([52]) الحديث سبق تخريجه.

([53]) الأثر سبق تخريجه.

([54]) الحديث سبق تخريجه.

([55]) الحديث سبق تخريجه.

([56]) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٥٩/٢.

([57]) الحديث سبق تخريجه بلفظ آخر وهذه رواية الإمام مسلم غير أن صدر الحديث إن أحق الشروط، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠١/٩.

([58]) الحديث سبق تخريجه.

([59]) العدة على احكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، وفتح الباري ١٢٦/٩، ونيل الأوطار ٢٨١/٦، وسبل السلام ١٠٠١/٣، والمفصل ١٣٠/٦.

([60]) سورة المائدة آية ١.

([61]) الحديث سبق تخريجه.

([62]) الأثر سبق تخريجه.

([63]) وهذا ما رجحه الإمام ابن تيمية في مجموع الفتاوى ١٢٦/٢٩ وما بعدها، وما رجحه الإمام ابن القيم في زاد المعاد ٩/٤، وكذلك الدكتور عبد الكريم زيدان في المفصل ١٣٢/٦، والدكتور وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته ٦٠/٧، والدكتور يوسف مقصود في بحوث مقارنة في الشريعة الاسلامية في النكاح ص١٢٦، وأحمد إبراهيم إبراهيم في كتاب أحكام الأحوال الشحصية في الشريعة الاسلامية ٣٢/١، والشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الملكية ونظرية العقد ص٢٣٦، وكتابه ابن تيمية حياته وعصره ص٣١٥، والدكتور رشدي شحاته أبو زيد في كتابه الاشتراط في وثيقة الزواج ص١٤٦.

([64]) لسان العرب ٢٢٨٣/٤.

([65]) المبسوط ١٠٥/٥، وشرح فتح القدير ٣٣٨/٣، البناية شرح الهداية ٦٧٩/٤، وبداية المجتهد ٥٧/٢، والذخيرة ٣٨٤/٤، وحاشية الدسوقي ١٥٢/٣، والأم ٧٦/٥، والعزيز شرح الوجيز ٤٩٩/٧، ومغني المحتاج ١٨٥/٣، وكشاف القناع ٩٣/٥، والمقتع مع الشرح الكبير والانصاف ٣٩٨/٢٠، وزاد المعاد ٩/٤، ونيل الأوطار ٢٧٧/٦، وسبل السلام ٩٩٤/٣، والمفصل ١٣٩/٦.

([66]) فتح المالك بتبويب التمهيد لابن عبد البر على موطأ مالك ١٩٤/٧، وفتح الباري ٦٨/٩، والذخيرة ٣٨٤/٤.

([67]) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص٢٣٧، والذخيرة ٣٨٥/٤، وشرح الزرقاني ١٧/٣، والتهذيب ٤٢٨/٥، ومغني المحتاج١٨٥/٣، والمهذب ٥٩/٢، والروض المربع ص٢٧٥، والمغني ١٧٦/٧، ونيل المآرب ١٢٢/٢، والأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة ص١٤٧، ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٢٠٩.

([68]) حاشية ابن عابدين ٢٣٧/٤، وشرح فتح القدير ٣٣٨/٣، وبدائع الصنائع ٢٧٨/٢، والمبسوط ١٠٥/٣.

([69]) الحديث أخرجه الامام البخاري في صحيحه في كتاب النكاح، باب الشغار، والإمام مسلم في صحيحه في كتاب النكاح باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، وغيرهما، جامع الأصول ٤٥١/١١، وقال الشافعي: لا أدري تفسير الشغار في الحديث أو من ابن عمر أو نافع أو مالك، الأم ٧٦/٥، وقال ابن حجر: قال القرطبي: تفسير الشغار صحيح موافق لما ذكر أهل اللغة فإن كان مرفوعا فهو المقصود، وإن كان من قول الصحابي فمقبول أيضا لأنه أعلم بالمقال وأفقه بالحال، فتح الباري ٦٧/٩، وسبل السلام ٩٩٥/٣، وقد ذكرالإمام البغوي أن صورة نكاح الشغار ما ورد في الحديث، شرح السنة ٣٤٨/٥.

([70]) الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه في كتاب النكاح باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، جامع الأصول ٤٥٢/١١.

([71]) الحاوي الكبير ٤٤٦/١١، والمقتع والشرح الكبير والانصاف ٤٠٠/٢٠، وكشاف القناع ٩٣/٥.

([72]) المهذب ٥٩/٢، وحاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ٥٠٦/٣، وفتح الباري ٦٨/٩.

([73]) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٥٧/٢.

([74]) الحاوي الكبير ٤٤٥/١١، والعزيز شرح الوجيز ٥٠٠/٧، والأنكحة الفاسدة ص١٤٧ وما بعدها.

([75]) الحديث سبق تخريجه.

([76]) الحديث سبق تخريجه.

([77]) الأم ٧٩/٥، وحاشية الدسوقي ٧٣/٣، وحاشية الشرقاوي ٥٢٩/٣، والمقنع مع الشرح الكبير والانصاف ٤٠٥/٢٠، والكافي في فقه الامام أحمد ٢٩١/٤، والفقه الإسلامي وأدلته ١١٧/٧، والمفصل ١٩١/٦، وسبل السلام ١٠٠٤/٣، ونيل الأوطار ٢٧٥/٦، والأنكحة الفاسدة ص١٧٨.

([78]) بداية المجتهد ٥٨/٢، ومواهب الجليل ٤٦٩/٣، وجامع الأحكام الفقهية ٢٠٤/٢، وشرح الزرقاني ١٢/٢، والبيان ٢٤٧/٩، وحلية العلماء ٣٩٩/٦، ومغني المحتاج٢٣٤/٣، وحاشية

الشرقاوي ٥٢٩/٣، ونيل المآرب ١٢٢/٢، ومجموع الفتاوى ١٥١/٣٢و١٥٥، والمغني ١٨٠/٧، والكافي في فقه الامام أحمد ٢٩١/٤، والمفصل ١٩١/٦، ونيل الأوطار ٢٧٥/٦، وسبل السلام ١٠٠٤/٣.

([79]) البناية شرح الهداية ٢٥٩/٥، وحاشية ابن عابدين ٤٧/٥، والاشتراط في وثيقة الزواج ٤٥٩.

([80]) الحديث أخرجه الإمام أبو داود في كتاب النكاح، باب في التحليل، والإمام الترمذي في كتاب النكاح، باب ما جاء في المحلل والمحلل له، والإمام النسائي في الطلاق باب إحلال المطلقة ثلاثا وما فيه من التغليظ وهو حديث صحيح، جامع الأصول٥٠١/١١.

([81]) الحديث أخرجه الإمام ابن ماجه في سننه في كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، وقال في الزوائد في اسناده مشرح بن هاعان ذكره ابن حبان في الثقات، وقال يخطئ ويخالف ، وذكره في الضعفاء وقال يروي عن عقبة بن عامر مناكير لا يتابع عليها، والصواب ترك ما انفرد به وقال ابن يونس كان في جيش الحجاج الذين رموا الكعبة بالمنجنيق، وقال أحمد معروف، وقال ابن معين والذهبي ثقة، ويحيى بن عثمان بن صالح قال عبد الرحمن بن ابي حاتم تكلموا فيه، وقال أبو يونس كان حافظا للحديث، وحدث بما لم يكن يوجد عند غيره، سنن ابن ماجه ٦٢٣/١، وأخرجه الإمام الحاكم في مستدركه في كتاب الطلاق باب لعن الله المحل والمحلل له، وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ١٩٩/٢.

([82]) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب النكاح، باب في الرجل يطلق امرأته فيتزوجها الرجل ليحلها له ٣٩١/٣،والإمام البيهقي في السنن الكبرى في كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح المحلل ٢٠٨/٧، وذكر في موسوعة فقه عمر بن الخطاب ص٦٣٤.

([83]) الحاوي الكبير ٤٥٦/١١، والتهذيب ٤٤٦/٥، والوسيط ١١٦/٥، وزاد المعاد ١٠/٤، والفقه الإسلامي وأدلته ١٤٥/٧، والأنكحة الفاسدة ص١٨٢.

([84]) الحديث سبق تخريجه.

([85]) الاشتراط في وثيقة الزواج ص٤٦٠، والانكحة الفاسدة ص١٨٢.

([86]) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٥٨/٢.

([87]) الأنكحة الفاسدة ١٨٢، والاشتراط في وثيقة الزواج ٤٦٥.

([88]) سبق تخريج الحديث عند ابن ماجه والتعليق عليه.

([89]) الأنكحة الفاسدة ص١٨٣.

([90]) الحديث سبق تخريجه.

([91]) البناية شرح الهداية ٦٩١/٤، وشرح العناية على الهداية ٣٥٠/٣، والبحر الرائق ٢٧٩/٣، والذخيرة ٤٠٦/٤، وروضة الطالبين وعمدة المفتين ٢٦٥/٧، ونيل الأوطار ٢٨٠/٦، والفقه الإسلامي وأدلته ٥٩/٧، والمفصل ١٣٨/٦، والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص١٥٧، والاشتراط في وثيقة الزواج ص٤٩٢.

([92]) الحديث ذكره الإمام البخاري معلقا عن ابن مسعود بلفظ: لا تشترط المرأة طلاق أختها، في كتاب النكاح باب الشروط الي لا تحل بالنكاح، جامع الأصول ٦٢٦/٧، وقال الحافظ: هذا اللفظ بعينه قد وقع في بعض طرق الحديث المرفوع عن ابي هريرة ولعله لما لم يقع له اللفظ مرفوعا أشار إليه في المعلق إذانا بأن المعنى واحد، فتح الباري ١٢٧/٩، وذكره الإمام البغوي في شرح السنة موقوفا على ابن مسعود ﷺ ٣١٨/٥، ولم يعلق عليه.

([93]) الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، وغيره، والإمام مسلم في صحيحه في كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، وغيرهما، جامع الأصول ٦٢٦/٧.

([94]) الحديث أخرجه الإمام أحمد والطبراني في الكبير وفيه ابن لهيعة وحديثه حسن وبقية رجال أحمد رجال الصحيح، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ١٤٥/٤.

([95]) المغني ٩٤/٧، وكشاف القناع ٩١/٥، وزاد المعاد ٩/٤، والاقناع لطالب الانتفاع ٣٤٩/٣، والمقنع مع الشرح الكبير والانصاف ٢٩٥/٢٠، والمدخل الفقهي العام ٤٩٠/١، والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص١٥٧.

([96]) كابن قدامة في المغني وقال: ونقل عن أبي الخطاب أن الشرط لازم وقال لم أر هذا القول لغيره، وقد ذكرنا ما يدل على فساده، المغني ٩٤/٧، وقال ابن القيم تضمن حكمه ﷺ بطلان اشتراط المرأة طلاق أختها وأنه لا يجب الوفاء به، زاد المعاد ٩/٤.

([97]) كالبهوتي في كشاف القناع حيث ذكر هذا الشرط ضمن الشروط الصحيحة اللازمة ودلل على ذلك ثم قال وعلى من نفى ذلك الدليل، كشاف القناع ٩١/٥.

([98]) الكافي في فقه الإمام أحمد ٣٣٤/٤، ونيل الأوطار ١٤٢/٦، والاشتراط في وثيقة الزواج ص٤٩٣.

([99]) المفصل ١٣٨/٦، والاشتراط في وثيقة الزواج ص٤٩٣.

المراجع والمصادر

(١) ابن تيمية حياته وعصره آراؤه وفقهه للإمام محمد أبو زهرة طبعة دار الفكر العربي القاهرة سنة ٢٠٠٠م.

(٢) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مقتبس من القسم الخامس من كتاب الشريعة الإسلامية لمؤلفه أحمد إبراهيم إبراهيم طبعة مطبعة الفتوح الأدبية مصر سنة ١٩٢٥م.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين علي بن محمد الآمدي طيعة دار الفكر سنة ١٩٨١م.

(٤) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لمحمد محي الدين عبد الحميد المكتبة العلمية بيروت سنة ٢٠٠٣م.

(٥) الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة طبعة دار الفكر العربي القاهرة سنة ١٩٥٧م.

(٦) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي طبعة الحلبي بدون.

(٧) الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة للدكتور رشدي شحاته أبو زيد طبعة دار الفكر العربي القاهرة سنة ٢٠٠١م.

(٨) أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة طبعة دار الفكر العربي.

(٩) أعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٧٧م.

(١٠) الإقناع لطالب الانتفاع لشرف الدين موسى بن أحمد أبي النجا الحجاوي طبعة مطبعة هجر سنة ١٩٩٧م.

(١١) الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي طبعة دار المعرفة بيروت سنة ١٩٧٣م.

(١٢) الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة للشيخ عادل أحمد عبد الموجود طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ٢٠٠٥م.

(١٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي والشرح لزين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٧م.

(١٤) بحوث مقارنة في الشريعة الإسلامية في النكاح للدكتور يوسف محمد عبد المقصود طبعة دار المطبعة المحمدية القاهرة سنة ١٩٧٥م.

(١٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر الكاساني طبعة دار الكتب العلمية بيروت بدون.

(١٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد أحمد بن محمد بن رشد طبعة دار المعرفة بيروت سنة ١٩٧٨م.

(١٧) البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن احمد العيني طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٩٠م.

(١٨) البيان في فقه الإمام الشافعي ليحيى بن أبي الخير العمراني طبعة دار الكتب العلمية سنة ٢٠٠٢م.

(١٩) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي طبعة الكتاب الإسلامي القاهرة سنة ١٣١٣هـ.

(٢٠) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني تحقيق د شعبان محمد إسماعيل مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٧٩م.

(٢١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٧م.

(٢٢) جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره جمع وتصنيف فريد عبد العزيز الجندي طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٤م.

(٢٣) جامع الأصول في أحاديث الرسول للإمام المبارك بن محمد بن الأثير الجزري طبعة دار الفكر سنة ١٩٨٣م.

(٢٤) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود للعلامة شمس الدين محمد بن أحمد الأسيوطي تحقيق مسعد عبد الحميد السعدني طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٦م.

(٢٥) حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد بن عابدين الشهير بابن عابدين طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٤م.

(٢٦) حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للعلامة أبي بكر المشهور بالسيد البكري على قرة العين بمهمات الدين للمليباري طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٩٣م.

(٢٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن احمد الدسوقي وبالهامش مقررات العلامة عليش طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٦م.

(٢٨) حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب للشيخ عبد الله بن حجازي الشرقاوي طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٧م.

(٢٩) حاشيتان لأحمد بن أحمد القليوبي وأحمد البرلسي الملقب بعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين طبعة دار الفكر الطبعة الرابعة.

(٣٠) الحاوي الكبير لأبي الحسين علي بن محمد الماوردي طبعة دار الفكر بدون.

(٣١) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء لأبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال طبعة مؤسسة الرسالة الحديثة سنة ١٩٨٨م.

(٣٢) الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي طبعة دار الغرب الإسلامي سنة ١٩٩٤م.

(٣٣) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي طبعة الحلبي سنة ١٩٨٦م.

(٣٤) الروض المربع شرح زاد المستقنع لشرف الدين موسى بن أحمد أبي النجا الحجاوي طبعة دار الفكر بدون.

(٣٥) روضة الطالبين وعمدة المفتين لإمام النووي طبعة المكتب الإسلامي سنة ١٩٨٥م.

(٣٦) روضة الناظر وجنة المناظر لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي طبعة دار الندوة الجديدة بيروت بدون.

(٣٧) زاد المعاد في هدي خير العباد لأبي عبد الله بن أبي بكر الشهير بابن القيم الجوزية مطبعة السنة المحمدية.

(٣٨) سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني مكتبة عاطف بدون.

(٣٩) سنن ابن ماجه للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني حققه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي طبعة دار الفكر العربي بدون.

(٤٠) سنن الإمام الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي طبعة الحلبي سنة ١٩٧٦م.

(٤١) السنن الكبرى لإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي تحقيق محمد عبد القادر عطا طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٤م.

(٤٢) شرح السنة لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي تحقيق سعيد اللحام طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٩٤م.

(٤٣) شرح العناية على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي مع شرح فتح القدير وحاشية الشهير بسعدي حلبي طبعة دار الفكر بيروت بدون.

(٤٤) شرح القواعد الفقهية للشيخ احمد محمد الزرقا دار الغرب الإسلامي سنة ١٩٨٣م.

(٤٥) شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت سنة ١٩٨٦م.

(٤٦) شرح فتح القدير على الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي ومعه شرح العناية وحاشية المحقق سعد الله الشهير بسعدي حلبي طبعة دار الفكر بيروت بدون.

(٤٧) شرح موطأ الإمام مالك لمحمد الزرقاني طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٩٧٩م.

(٤٨) صحيح الإمام مسلم بشرح النووي لأبي يحيى النووي طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٧٨م.

(٤٩) العدة على إحكام الأحكام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني شرح عمدة الأحكام للعلامة ابن دقيق العيد حققه وعلق عليه علي بن محمد الهندي طبعة المطبعة السلفية.

(٥٠) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٧م.

(٥١) علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف طبعة دار القلم سنة ١٩٨٦م.

(٥٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلاني طبعة دار الريان للتراث القاهرة سنة ١٩٨٧م.

(٥٣) فتح المالك بتبويب التمهيد لابن عبد البر على موطأ الإمام مالك ترتيب وتحقيق الأستاذ الدكتور مصطفى صميدة طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٨م.

(٥٤) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٨٥م.

(٥٥) الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي لمصطفى الخن وأخرين طبعة دار القلم دمشق سنة ٢٠٠٠م.

(٥٦) القاموس المحيط للعلامة محمد بن يعقوب الفيروزابادي طبعة الرسالة سنة ١٩٩٨م.

(٥٧) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي طبعة هجر سنة ١٩٩٧م.

(٥٨) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي طبعة دار الكتب العلمية بيروت .

(٥٩) كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس النهوتي طبعة دار الفكر سنة ١٩٨٢م.

(٦٠) لسان العرب لجمال بن منظور طبعة دار المعارف بدون.

(٦١) المبسوط لشمس الدين السرخسي طبعة دار المعرفة بيروت سنة ١٩٨٩م.

(٦٢) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نزر الدين على الهيثمي تحقيق عبد الله محمد الدرويش طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٩٤م.

(٦٣) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي بدون.

(٦٤) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد لمجد الدين أبي البركات بن تيمية مطبعة السنة المحمدية سنة ١٩٥٠م.

(٦٥) مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي مكتبة لبنان سنة ١٩٨٦م.

(٦٦) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) لمصطفى أحمد الزرقا طبعة دار الفكر سنة ١٩٦٨.

(٦٧) المستدرك على الصحيحين للإمام أبي عبد الله الحاكم النيسابوري وبذيله التلخيص للذهبي طبعة دار المعرفة بيروت بدون.

(٦٨) المصباح المنير لأحمد بن محمد الفيومي طبعة مكتبة لبنان بيروت سنة ١٩٨٧م.

(٦٩) المصنف في الأحاديث والآثار للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة تحقيق سعيد محمد اللحام طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٨٩م.

(٧٠) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين طبعة دار الفكر سنة ١٩٩٥م.

(٧١) المغني على مختصر الخرقي لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي طبعة الفجالة الجديدة سنة ١٩٦٨م.

(٧٢) المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان طبعة مؤسسة الرسالة بيروت سنة ١٩٩٧م.

(٧٣) المقنع لأبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ، ومعه الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي طبعة هجر سنة ١٩٩٦م.

(٧٤) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة طبعة دار الفكر العربي سنة ١٩٩٦م.

(٧٥) منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش طبعة دار الفكر سنة ١٩٨٩م.

(٧٦) المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزأبادي الشيرازي وبذيله النظم المستعذب طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت سنة ١٩٩٤م.

(٧٧) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب، وبهامشه التاج والإكليل للعبدري الشهير بالمواق طبعة دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء سنة ١٩٩٢م.

(٧٨) موسوعة الفقه المالكي إعداد خالد عبد الرحمن العك طبعة دار الحكمة بيروت سنة ١٩٩٣م.

(٧٩) موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه عصره وحياته تأليف دكتور محمد رواس قلعة جي طبعة دار النفائس سنة ١٩٨٩م.

(٨٠) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون للأستاذ زكي الدين شعبان الطبعة الأولى الناشر دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٦٨م.

(٨١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لمحمد بن أحمد الرملي ومعه حاشية الشبراملسي والرشيد طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٨٤م.

(٨٢) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخيار لمحمد بن علي الشوكاني طبعة دار الجيل سنة ١٩٧٣م.

(٨٣) نيل المآرب شرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر الحنبلي طيعة دار إحياء الكتب العربية طبعة الحلبي بدون.

(٨٤) الوسيط في المذهب لمحمد بن محمد الغزالي طبعة دار السلام سنة ١٩٩٧م.