مدى مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج وأثرها
في التفريق بين الزوجين بعدم الوفاء بها

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية.

دكتور
جمال عبد الستار عبد الله حسن

مدرسة الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق جامعة بنها
قال تعالى: ﴿يَتَأَلَّبُهَا الْجَيْبُ وَأَمِنُّوا أَوْفُوا بِالْعَقُودِ﴾
سورة المائدة (١)

قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَقُودِ إِنَّ الْعَقُودَ كَابِرٌ مُسْتَقِيمٌ﴾
سورة الإسراء (٣٤)

وقال (ﷺ) (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)
رواه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح.
قدمة

" أساليب تعالى التوفيق "

الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين،
سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله وأصحابه والتابعين إلى يوم الدين وبعد;

فإن المجتمع المسلم المعاصر يشهد تطوراً كبيراً في نمط الحياة
الاجتماعية بسبب ما يشهده العالم أجمع من سهولة التواصل والتعارف بين
الناس من مختلف الدول والثقافات، ما استتبع زيادة تطلعات الشباب المقبل على
الزواج وتعدد رغباتهم وتنوعها.

فظهرت الحاجة إلى تقييد عقد الزواج ببعض الشروط التي تضمن
للمشترطها تحقيق رغبته في أن يحيا مع شريكة وفق تلك الرغبات المستجدة.
بل أصبحت تلك القضية مثار جدل مجتمعي كبير على الساحة المصرية
بالخصوص من الناحيتين الشرعية والقانونية.

ولما كان الفقه الإسلامي غير متقاعس قط عن مسيرة الزمن ومواكبة
تطور المجتمع، بل يسعى دائماً إلى تلبية حاجات المجتمع في ظل أصول
الشريعة ومقاومتها، فقد أدى فقهاء الشريعة الإسلامية بدورهم في هذه القضية،
فكانت محل خلاف كبير في القول بشرعية شروط العقد ولزومها بحيث
يترتب على عدم الوفاء بها جواز فسخ العقد لصاحب الشرط.
حيث يظهر في تلك الشروط جهتان متعارضتان:

الجهة الأولى: كون تلك الشروط من الأمور المستحيلة التي لا بذلوا نص شرعي أو إجماع يفيد إقرارها. ومن ثم لا تصلح سابقاً لتقيد أحكام الزواج وأثاره التي استقل الشرع الحكيم بإثباتها.

فينيغي من هذه الجهة صيانتة عقد الزواج عن رغبات العاقدين طالما لم يرد بإقرار شروطهما دليل شرعي.

والجهة الثانية: كون تلك الشروط محققة للرضا النظام الذي هو أصل العقود جميعها، محصلة لنفع خاص لمصالحها فضلاً عن من الأوقات المشروعة، ولزومها طالما لم تتألف الشرع.

فينيغي من هذه الجهة إقرار تلك الشروط لانتفاء الدليل المانع جلياً للمصالح من استقرار الحياة الزوجية وانتظامها وفق الرضا بتلك الشروط أو انقطاعها عند عدم الوفاء بها بغير نزاع.

لذا أردت إبراز موقف الفقه الإسلامي في معالجة تلك القضية، وخاصة أن المشرع الوضعي المصري لم يصدر عنه - حتى اللحظة - نص قانوني واحد ينظم حكمها ولو بشكل جزئي.

وذلك في هذا البحث الفقهي المقارن الذي رسمته " مدى مشروعية الشروط المقرطة بعقد الزواج وأثرها في التفريق بين الزوجين بعدم الوفاء بها دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية".
خطة البحث

لقد رتب هذا البحث في :

مقدمة ، تمهيد ، ثلاثة مباحث ، وخاتمة .

أما المقدمة فهي أهمية الموضوع وخطة البحث ومنهجه .

التمهيد: بيان حقيقية الشرط ومعنى اقترانه بالعقد.

المبحث الأول: مدى مشروعية الاشتراك في عقد الزواج.

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: تحرير محل النزاع في مشروعية الاشتراك في عقد الزواج.

المطلب الثاني: اتجاه القائلين بأن الأصل في الاشتراك الحظر وأدلته.

المطلب الثالث: اتجاه القائلين بأن الأصل في الاشتراك المشروعة و أدلته.

المطلب الرابع: الترجيح و أساسيه.

المبحث الثاني: آثر الشرط المقترون بالزواج في صحة العقد.

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: آثر الشرط الموافق لمقتضى الزواج في صحة العقد.

المطلب الثاني: آثر الشرط المناقض لمقتضى الزواج في صحة العقد.

المطلب الثالث: آثر الشرط غير الموافق ولا المناقض للزواج في صحة العقد.
المبحث الثالث : مدى لزوم الشرط المقتترن بعدم الزواج وأثره في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون.

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : موقف الفقهاء من لزوم الشرط المقتترن بالزواج وأثره في التفريق بعدم الوفاء به.

المطلب الثاني : أحكام التفريق بين الزوجين بعدم الوفاء بالشرط

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول : نوع الفرقة الحاصلة بعدم الوفاء بالشرط ومدى افتقارها إلى حكم القاضي.

الفرع الثاني : أثر الفرقة بعدم الوفاء بالشرط في المهر والمتعا وحدود ونفقة

الفرع الثالث : أسباب سقوط الحق في التفريق بعدم الوفاء بالشرط.

الطلب الثالث : موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق بعدم الوفاء بالشرط.

الخاتمة في أهم نتائج البحث.
منهج البحث

اجتمعت في تناول جزئيات البحث المنهج التالي:

1- تحرير محل النزاع في المسائل الخلافية في البحث ببيان محل الاتفاق.
ومحل الخلاف وبيان سببه متي أمكناً.

2- عرض أقوال الفقهاء في المسائل الخلافية متبعةً كل قول بأدلةه أو أسانيده.
مناقشاً إياها إن كان للمناقشة محل.

3- الترجيح بين أقوال الفقهاء مدعوً ذلك بالأساسية العلمية.

4- الرجوع إلى أمهات كتب التفسير الإسلامي لتوثيق كل قول فقهني من كتب
مذهبته خاصة مع الاستنباس بأقوال بعض العلماء المعاصرين.

5- الاستشهاد على الأقوال الفقهية ببعض نصوص أثمنة كل مذهب زيادة في
إيضاح المعني وتأكيداً لتوثيق وتيسيراً على القارئ في الرجوع إلى محل
السؤال في كتب الفقه.

6- الرجوع في بيان وجه الدلالة من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية
الشريفة إلى كتب تفسير آيات الأحكام وكتب شروح الحديث الشريف.
مستشهدً منها ببعض النصوص.
وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ

7- الحرص على مناقشة الأقوال الفقهية وأدلةها مناقشة علمية متجربة بغية ترجيح ما قوي دلائله منها.

8- الاعتناء بالآيات القرآنية الكريمة بنسخها من المصحف الشريف وعزوها إلى مواضعها من السور بيان اسم السورة ورقم الآية.

9- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مصادرها المعتمدة وفق المنهج العلمي المتبع.

10- إيضاح بعض المصطلحات الفقهية التي تبدو غريبة على البعض.

هذا والله العليم العظيم أسأل أن يمدني بعونه و توفيقه إنه تعالى و لي ذلك وال قادر عليه.

سورة هود (88)

الباحث
تمهيد
بيان حقيقة الشرط ومعنى اقتراحه بالعقد

أولاً: حقيقة الشرط:

أما في اللغة:

فيطلق الشرط - بفتح الراе - على العلامة، وجمعه: أشراط، ومنه قوله تعالى: (فَهَلِ يُنظَرُونَ إِلَّا أَكِيْنَةٍ ...) (1), أي علاماتها.

ويطلق - يسكن الراء - على المصدر، وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه. ويطلق على اسم المفعول، وهو الأمر المشروط الذي يتقرر في العقد للِّبِينَةَ (2). وهو الأقرب للمعنى المقصود بالبحث، فإذا اشترط أحد الزوجين على الآخر شرطاً فقد ألقمه إياه.

وأما في الاصطلاح:

فهو ما يلزم من عده عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه (3).

________________________

(1) سورة محمد، الآية رقم (18).
(2) ينظر: مادة (شرط) في: مختار الصحاح للرازي/1، محمد خاطر، مكتبة لبنان ناشرون بيروت 1415ـهـ - 1995م، القاموس المحيط للفيروز أبادي ص 819.
(3) شرح الكوكب المقرر لابن النجار الحنبلي/2717 تق، محمد الزهيلي، داًزية حماد، ط/مكتبة العبيكان الرياض/1418ـهـ - 1997م.
مثل: الإشهد في عقد الزواج، حيث يلزم من اندفاعه عدم صحة
الزواج، ولا يلزم من وجوده صحة الزواج، إذ قد يتحقق الإشهاد ولا يصح
العقد لخلال في الصيغة أو لقيام المحرمة بين الرجل والمرأة.

فهو يؤثر في الحكم من جهة العدم، أي أن عدم الشرط يستلزم عدم
المشروط، أما وجوده فلا يؤثر في وجود الحكم ولا عده، وذلك لارتباط
الحكم بوجود السبب والركن وانتفاء المائع.

هذا ويتفق مع الشرط في ذلك: الركن، لكنهما يختلفان في كون الركن
جزءًا من حقيقة الشيء داخلاً في تكوينها. أما الشرط فهو خارج عن حقيقة
الشيء فليس جزءًا منها (1).

ثانيا: أقسام الشرط:

للشرط تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة، من أهمها وأولها صلة
بموضوع البحث: تقسيمه باعتبار مصدره.

وهو ينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين (2):

(1) ينظر في أصول الفقه د/ زكي الدين شعبان ص 443 ط / مطبعة دار التأليف القاهرة
1965 م، أصول الفقه للشيخ البرديسي ص 103 ط / دار النهضة العربية القاهرة
1971 م.

(2) ينظر في هذا التحسين: أصول الفقه لفضيلة الإمام محمد بوي زهرة ص 59 ط / دار
الفكر العربي القاهرة 1427 - 2006 م، الشيخ البرديسي ص 105 ، د/زكي الدين
شعبان ص 244 مرجع سابق.
الأول: الشروط الشرعي: وهو ما كان مصدره الشرع، أي اشترطه الشرع في وجوه الحكم سواء كان تكليفاً كاشتراط حولان الحول على ملكية النصاب لوجبة الزكاة، أو وضعياً كاشتراط الشهود في صحة عقد الزواج.

الثاني: الشروط الجعلي: وهو ما كان مصدره المكلف، أي اشترطه بارادته ليطلق عليه تصرفه، كقول الرجل لأمرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق. أو اشترطه في التصرف لقيد يه التزاماته كاشتراط تعجل بعض المهر وتأجيل الباقية، لذا يسمى بالشرط المقيد.

ثالثاً: معنى اشترطان الشروط بعقد الزواج:

عذ البالغين المفترض بعقد الزواج شرطاً جنباً جنباً، وذلك لأنه يشترط بإعادته أحد المتعاقدين بقصد تقبل التزاماته في العقد.

وينص الشرع المقرر بعقد الزواج: التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصصة. (1).

وذلك كقول الولي زوجتك ابنتي على أن لا تتزوج عليها أو أن لا تخرجها من بلدها، يقول الزوج: قبليت.

فالعقد بهذه الصيغة الصحيحة قد انعقد مقاربًا للشرط غير موقوف عليه فينتج العقد حكمه وينتج الشرط أثره - عند من قال بصحته وفي تقييد أحكام العقد. (2).


(2) ينظر نظرية الشروط المفترضة بالعقد د/ زيدي الدين شعبان ص33 ط/ دار النهضة العربية القاهرة 1968.
وبهذا يتميز اقتراح العقد عن تعليقه بشرط؛ إذ التعليق داخل على أصل العقد بإحدى أدوات الشرط، فيقضي توقف وجود العقد على وجود الشرط المعلق عليه، وذلك كقول الوالي: زوجته ابني إن رجع ولدي من سفره، فلو صدر القبول من الآخر لم ينعقد العقد؛ إذ لم يصادف القبول إيجاباً يرتبط به.

أما اقتراح العقد بشرط فيعني وجود العقد مع التزام أمر لم يوجد فيه بواسطة الشرط المقترن بالصيغة.

وبناءً على ما تقدم: يكون المقصد من الشرط المقترن بعقد الزواج تحقيق غرض لمن اشترطه لا يحصل له بحكم العقد.

فهل يكون اشتراطه مشروعاً أم لا وما مدى تأثيره على صحة العقد؟ وهل يكون الشرط لازماً في العقد بحيث يثبت للمشتريط حق الفسخ عند عدم الوفاء به أو لا؟

هذا ما يجب البحث عنه ويوضحه تفصيلاً في المباحث الآتية.


(2) ينظر: غمض عيون البصائر 4/44، المدخل لللفظ الإسلامي د/ محمد سلام مدنور ص/500 ودار الكتاب الحديث القاهرة ط/ ثانية 1996، أحكام الأسرة في الإسلام د/ محمد مصطفى شلبي ص/172 ودار الجامعية بروت ط/ رابعة 1383هـ.
المبحث الأول

 مدى مشروعية الإشتراط في عقد الزواج

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن عقد الزواج - كغيره من العقود - إنما هو سبب شرعي للتوصل إلى آثاره ونتائجه المرتبطة عليه شرعاً، من حل العشرة بين الرجل والمرأة ووجوب النفقة على الرجل والطاعة على المرأة، وثبوت الثوارث بينهما و نحو ذلك من أحكام الزواج.

هل يملك أحد العاقدين أن يشترط في عقد الزواج ما يحقق له مصلحة ويضمن تمام حصول الرضا بالعقد؟

وبعبارة أخرى: ما مدى سلطان إرادته المتعاقدين في تحديد آثار عقد الزواج المرتبطة عليه شرعاً بواسطة الشرع؟ فهل لإرادة المكلف دور في ذلك أم أن آثار العقد تتعدد من الشراع استقلالاً فلا يملك المكلف أن يقيدها وإلا كان افتتاناً منه على سلطة الشرع؟

هذا ما يجب البحث عنه ويوضحه من خلال أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تحرير محل النزاع في مشروعية الإشتراط في عقد الزواج.

المطلب الثاني: اتجاه القائلين بأن الأصل في الإشتراط الحظر وأدلته.

المطلب الثالث: اتجاه القائلين بأن الأصل في الإشتراط الإباحة وأدلته.

المطلب الرابع: الترجيح وأسانيده.
المطلب الأول

تحرير محل النزاع في مشروعية الاشتراط في عقد الزواج

لا خلاف بين أهل العلم في أن للمكلف سلطة إرادية في إنشاء العقد، زواجاً كان أو غيره، بمعنى أنه يملك الإقدام على مبادرته أو الامتناع عنه، فالعقد إنّ ينشأ بإرادة المكلف مثّاً بباشر صياغته على الوجه المطلوب شرعاً.

أما أحكام العقد، أي آثاره ونتائجه المرتبة عليه فهي من وضع الشارع الحكيم (1).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن الأحكام الثابتة بفروعها كالمثل الثابت بالبيع وملك البضائع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه مما " (2).

وبناءً على ذلك: يكون العقد سبيلاً شرعياً لتزويق أحكامه وآثاره عليه، يظهر سلطان إرادة المكلف في إنشائه وتجلي إرادة الشارع في ترتيب آثاره عليه.

(1) قال حجة الإسلام الغزالي: "وأما قسم المعاملات فحل الأمور والأوضاع وحمرتها أيضاً أسباب ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره، وهذا ظاهر، وإنما المقصود أن نصيحة الأسباب أسباباً للأحكام أيضاً حكم من الشرع. المستطييف 93 ط / دار إحياء التراث العربي بيروت ط / الثالثة 1414 هـ - 1995 م.

(2) مجموع الفتاوى 29 / 153 ط / الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين بالسعودية. وينظر في معاهد: الموافقات للإمام الشافعي 1 / 178 نهج / الشيخ عبد الله دراز ط / دار الحديث القاهرة 2006 م.
لكن لما كانت حاجات الناس وأغراضهم من العقد متباينة متاجدة بتجدد الأزمنة، بل تشكل بتطور الحياة ومقتضياتها ظهرت الحاجة إلى تحقيق تلك الأغراض بواسطة إضافة شرط لصيغة العقد لتفادي به آثار الصيغة المطلقة لحساب المشترط في مواجهة الطرف الآخر.

وازاء ظهور الحاجة إلى الاشتراط في عقد الزواج يتعين إيضاح كلمة الفقه الإسلامي في مشروعية تلك الشروط التي تتجه إزاء أحد المتعاقدين إلى اشتراطها لتقيد أحكام العقد بها لصالحه. لكن لما كان ذلك محل تفصيل وخلاف كبير في الفقه الإسلامي كانت منهجية البحث العلمي قاضية بتحرير محل النزاع في المسألة على النحو التالي:

أولاً: لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الشروط الموافق لمقتضى عقد الزواج، أو الذي قام دليل شرعي من نص أو إجماع على اعتباره شرعاً، وذلك كشرط الإماسك بمعروف والتصرف بإحسان، أو شرط أن ينقف الرجل على المرأة، أو يعد في القسم بينها وبين زوجاته.

---

(1) ينظر في هذا المعنى: د/ محمد سلام مذكور ص 151 مرجع سابق، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي د/ محمد مصطفى شلتي ص 37، ط / مطبعة دار التأليف القاهرة 1382هـ - 1963م.

(2) قال الشيخ الدردر: "وجاز في النكاح شرط أن لا يضر الزوج بها في عشرة، أي في معاشرة أو كسوة أو نحوها من كل شرط يقضي العقد ولا ينافيه". الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى دار إحياء الكتب العربية عيسى الباني الحلي 316/2 ط 1962.
وإذا كانت مشروعية هذا الشرط محل اتفاق؛ فكونه من مقتضيات
العقد، فكان ثانيناً بحكم الشرع لا بالشرع، مؤكداً لحلف العقد معتداً لها (1).
ولا خلاف أيضاً بين الفقهاء في عدم مشروعية الشرط المنافي لمقتضى
عقد الزواج، أو الذي قام دليل شرعي من نفس أو إجماع على حرهه وعدم
اعتبارة شرعاً، كشرط الولي أن لا يجامع الرجل المرأة، أو شرط الرجل أن
لا ينفق عليها، أو لا يتورثان مع كونها مسلمة (2).

= القاهرة، دت. وينظر: معه المبعوث في شرح المبتعث لابن مفلح
ط/ المكتب الإسلامي بيروت 1400هـ، المجلة بالآثاث لابن حزم الظاهري
ط/ دار الأفاق الجديدة بيروت دت، نيل الأوطار للإمام الشافعي 6/280،
ط/ إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالسعودية دت.
(1) بنظر: المواقف للإمام الشافعي 1/196.
(2) قال الإمام الشافعي: "لو أصدقها ألقاً على أن لا ينفق عليها أو أن لا يقسم لها أو
على أنه في حل مما صنع بها كان الشرط بطلًا ... فإن قال قائل: فلم لا تجري عليه ما
شرط لها وعليها ما شرطت له؟ قيل: رددت شرطهما؛ إذ أبطله ما جعل الله لكل
واحد ثم ما جعل النبي (ص)، وأن رسول الله (ص) قال (ما بال الرجال يشترطون
شروطاً ليست من كتاب الله تعالى ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو بطل ولو كان
ماناً شرط فضاء الله أحق وشرط الله أحق فإما الوالد لمن أعط) فأبطل رسول الله
(ص) كل شرط ليس في كتاب الله جل ثناؤه إذا كان في كتاب الله أو سنة رسول الله (ص)
خلافه. الأم تج/ أستاذ الدكتور/ محمد الحفناوي- حفظه الله- 6/176،168،
ط/دار الحديث القاهرة 1429هـ- 2008م، وينظر: معه المواقف للإمام الشافعي 1
/197، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2/317، اللوقوي الفقهية لابن جزير ص
178 تج/عبد الله المنشاوي ط/دار الحديث القاهرة 1426هـ- 2005م، فتح العلي=
قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "من أشرطة في الوقف أو العنق أو الهبة
أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروط تختلف ما كتبه الله
على عباده بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما ينفي الله عنه أو النهي عما أمر
به أو تحليمه أو تحرم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين
في جميع العقود".  

إنما كان هذا الشرط محل اتفاق على عدم مشروعية لمناقضته حكم
الشائع المقرر للعقد، ومعلوم أنه لا يملك أحد مناقضة مقصود الشارع
ومحافظه نظامه.  

ثانياً: اختلف الفقهاء في مشروعية الشرط الذي لا تتعلق له بالعقد، فلا
يفضيه الزواج ولا ينافيه، ولا يتناوله دليل شرعي من نص أو إجماع يفيد
اعتباره أو إلغائه، وذلك كشرط الولي ألا يخرج الرجل المرآة من بلدها، أو لا
يتزوج عليها أخرى.

المالك في الفتاوى على مذهب الإمام مالك للشيخ محمد عيش 1/335 ط / دار
المعرفة بيروت دت، روضة الطالبين للإمام النووي 5/349 ط / المكتبة التوفيقية
القاهرة دت، مغني المحتاج 4/394، نكمة المجموع للشيخ المطيعي 16/327 ط / دار
الفكر بيروت دت، الشرح الكبير للمقدسي 4/3/400 مطبوع مع المغني لابن
قدامة، نيل الأوطار للشوكاني 6/280، 281.
(1) مجموع الفتاوى 32/282.
(2) ينظر المواقف للإمام الشاطبي 1/197.
وإذا كان هذا النوع من الشروط محل خلاف بين الفقهاء في مشروعية
لعدم ظهور ملائم ولا منافاة بينه وبين العقد، إذ كان محل ابتداء ونظر هل
يلحق بالشرط الموافق لمقتضى العقد من جهة عدم المنافاة أو يلحق بالشرط
المنافي من جهة عدم ظهور الموافقة؟ (1)

هذا ويمكن حصر خلاف الفقهاء في مشروعية هذا الشرط في الاتجاهين
التاليين (2):

الاتجاه الأول: كون الأصل في ذلك الشرط الحظر أو عدم المشروعية
حتى يقوم دليل على اعتباره شرعاً. وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية
والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة والظاهري. على تفصيل بينهم في نوع
الدليل الشرعي المعتبر في مشروعية الشرط.

والاتجاه الثاني: كون الأصل في ذلك الشرط الجواز والمشروعية حتى
يقوم دليل على إهداره وإبطاله شرعاً. وإليه ذهب أكثر الحنابلة ومنهم الإمام
ابن تيمية وتمهده ابن القيم.

(1) بنظر المراجع السابق ذباث الموضوع.
(2) بنظر الأم لإمام الشافعي 6 / 128، مجموع الفتوى 29/ 26 – 132، 136،
القواعد النورية الفقهية لأبن تيمية ص 128 تح / عبد السلام محمد عل / دار الكتب
العلمية بيروت دت ، إعلام الموقفين لأبن القيم 1/ 163 تح / عصام الدين
الصابطي ط / دار الحديث القاهرة 1427 هـ - 2006 م ، الإحكام في أصول الأحكام
لأبن حزم الظاهري 5/ 5 ط / دار الحديث القاهرة ط / أولى 1441 هـ، المجلد لابن
حزم 9/ 5169.
سبب الخلاف في المسألة:

تقدم القول أن هذا النوع من الشروط - محل الخلاف - لا تظهر فيه ملائمة ولا منافاة لمقتضى العقد، فإذا أضيف إلى ذلك إطلاقه عن دليل شرعي يشهد له بالاعتبار أو الإبطال، وعدم ورود ضابط شرعي محدد أو معيار قاطع لمشروعة الشرط كان متزداً بين الشرط المتوقف على اعتباره والشرط المتفق على إبطاله؛ إذا كان شأنه ميداناً فسيحاً لاجتهاد الفقهاء، فذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى أن الأصل فيها الحظر وعدم المشروعة إلا ما ظهر دليل شرعي على اعتباره، وذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى أن الأصل فيه الجواز والمشروعة إلا ما ظهر دليل شرعي على إبطاله.

وبناءً على ذلك: يمكن تحرير الخلاف بين الاتجاهين في الشروط التي لا يشهد دليل خاص باعتبارها أو إبطالها، فهي محظورة في نظر الاتجاه الأول، وجريئة في نظر الاتجاه الآخر.

هذا وسوف يتناول البحث تفصيل كل اتجاه بدلته في المطلبين الآتيين.

(1) ينظر في هذا المعنى: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي/ محمد مصطفى شلبي ص ٢٧٧، ٢٨٨، المدخل للفقه الإسلامي/ محمد سالم مدنكورة ص ٦٥٢، مرجع سايكان، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (الشروط المفتوحة بالعقد تقيداً في الفقه الإسلامي المقارن)/ فتحي الدربسي ج ٢٨٣، ٣٧٥، مؤسسة الرسالة بيروت، ثانية ٢٤٥-٢٠٠٨.

(2) ينظر: الأخوار الشخصية للإمام محمد أبو زهيرة ص ١٥٩، ١٥٩، دار الفكر العربي القاهرة، د.ت.
المطلب الثاني

انجاح القائلين بكون الأصل في شروط الزواج الحظر وأدلهه

أولاً: بيان مضمونه:

تقدم القول أن مؤدي هذا الاتجاه كون الأصل في شروط العاقدين الحظر

وعدم المشروعية إلا ما قام دليل شرعي على جوازه.

ولقد عمّد الظاهرة إلى هذا الاتجاه، وحنح نحوهم الحنفية والشافعية

والمالكية وبعض الحنابلة بهذا الترتيب في التضيق من دائرة الشروط

المشروعة يجعل الأصل في الشروط الحظر إلا ما ورد دليل باعتباره

شرعاً(1).

فالأصل عندهم استقلال الشارع بتقرير مقتضيات عقد الزواج وأثاره,

فإذا اشترط أحد العاقدين شرطاً زائداً على مقتضى العقد كان ذلك تغييراً لما

قرره الشارع للعقد من أحكام، فيقع باطلًا وهدراً إلا إذا قام دليل شرعي على

صحة (2).

(1) بنظر: الأم للإمام الشافعي ٦/٥٨، مجموع القاولى ٢٩/١٢٦، القواعد النورانية
الفقهية ص ١٢٨، الم뿐ي لابن حزم ٩/٥٧٦، المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام
مذكور ص ٢٥٢.

(2) بنظر مجموعة القاولى ٦/١٣١.
لكنهم يتفاوتون في مقدار الحظر والمنع تبعاً لاختلافهم في الدليل الشرعي المعتبر في تقرير مشروعية الشرط على التفصيل التالي:

فيري الظاهرة حظر الشرط على العاقدين إلا ما ورد فيه بخصوصه نص من القرآن أو السنة أو كان مهماً للإجماع.

وهذا ما جزم به الإمام ابن حزم في أكثر من موضع من كتبه، ومن ذلك قوله: "كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل لا يلزم من التزمه أصلاً إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجوز التزام ذلك الشرط بعينه أو بإلغائه" (1).

ولم يكتشف الظاهرة بحظر الشرط على هذا النحو، بل قرروا بناءً على ذلك الحظر بطلان كل عقد اشتمل على شرط لم يرد به نص أو إجماع (2).

(1) الإحكام في أصول الأحكام 5/506. وينظر معه: المحيط 8/358، 516، 517.
(2) وقد عنى الإمام ابن حزم لذلك قائلاً: "الباب الثالث والعشرون في استصحاب الحال وبطلان جميع العقود والعقود والشروط إلا ما أوجبها منها قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة". الإحكام في أصول الأحكام 5/5.
(3) وقال في خصوص الزواج: "وأما شرط هبة أو بيع أو أن لا يترى عليها أو أن لا يرحلها أو غير ذلك كله، فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو مفسوخ". المحيط 9/517.
ولا يوجد البحث غرابة أو عجباً في مسلك الظاهرة، بل على العكس من ذلك يظهر منسجماً مع مناهجهما الاجتماعية في الوقوف عند ظواهر النصوص الشرعية، وإنكار القياس بالإنكار تعليل الأحكام جملة.

لكن لما كانت مناهج باقي جمهور الفقهاء الاجتماعية فسحة الأفق، متعادية ظواهر النصوص ومواطن الأجماع إلى المصادر الاجتماعية من القياس والاستحسان والمصلحة والعرف كان مسلكم في حظر الشروط أقل حدة من الظاهرة، وأكثر سعة منهم، ذلك أنهم وإن جعلوا الأصل العام في الشروط الحظر، إلا أنهم استثناوا من ذلك الأصل ما قاله دليل شرعي على اعتباره من تلك المصادر الاجتماعية فضلاً عن النص والإجماع، لكن على تفاوت بينهم في تلك الاستثناءات تبعاً لاختلافهم توسعة في تضيقاً في الاحتياج بتلك المصادر (1).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وهؤلاء الفرق الثلاث - يقصد الحنفية والمالكية والشافعية - يخالفون أهل الظاهرة ويتوسعون في الشروط أكثر منهم لقولهم بالقياس والمعاني وأقوال الصحابة ولم يفهمون من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهرة (2).

(1) بنظر: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي د/ مصطفى شلبي ص 248؛ نظرية الشروط المقررة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص 91، المدخل للفقه الإسلامي د/ محمد سلام مذكور ص 252 و 253 مراجع سابقة.

(2) مجموع الفتاوى 79/129. وينظر في معناه: القواعد التنورانية الفقهية ص 129.
وعلى أية حال: يبقى الأصل العام عند جميع أصحاب هذا الاتجاه تقيد إرادة العاقدين في الزواج كغيره من العقود بما يقتضيه العقد من أحكام وآثار فيحظر عليهم التدخل في اختيار شيء منها بالشرط إلا بدليل شرعي يرفع هذا الحظر وإن تقاووا في الاستثناءات بباقاتهم في الدليل المعتبر في إباحة الشرط.

ثانياً: أدلةه:

استدل أصحاب هذا الاتجاه على كون الأصل في شروط الزواج الحظر حتى يقوم دليل على جواز الشرط بالكتاب والسنة والمعقول.

أولاً: الكتاب:

واستدلنا منه بقوله تعالى: «وَمَن يَتَّبَعَ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ ٱلْءَلَّامُونَ» (1).

وقوله تعالى: «وَمَن يَعْصِي اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَّبِعَ حُدُودَهُ فَيَدْخِلَهُ ٱلْخَيْرُ فِيهَا وَلَهُ عَذَابَ ٱلْمُهِرَّبٍ» (2).

(1) سورة البقرة (٢٢٩).
(2) سورة النساء (١٤).
وجه الدلالة:

إن في الآيتين الكريمتين حجة قاطعة على حظر كل شرط لم يرد في
كتاب الله دليل على جوازه، وذلك لكون اشتراطه في العقد دون دليل بيبه
تحديدًا لحدود الله وتجاوزه لأحكامه، وهو محروم بمقتضى الآيتين فيكون الأصل
في الشروط الحظر والمنع(1).

وأجيب عن ذلك:

بأنه لا نسلم أن اشتراط شرط في الزواج دون دليل يبيحه بعينه تعد على
الشرع، بل هو عمل بالشرع الذي أوجبته نصوصه الوفاء بالعقود والعقود ما
لم يثبت تحريم الشرط بدليل شرعي.

ولا يوجد في نصوص الشرع ولا قواعده ما يفيد تحريم جنس الشروط
إلا ما ثبت حله بعينه؛ إذ إن انتفاء الدليل المحرم كاف في عدم ثبوت التحريم
وبقية الإشارة على الإباحة الأصلية حتى يقوم دليل شرعي على حظر الشرط
. وحينئذ: يكون القول بتحريم الشرط ومنعه لعدم وجود دليل متبقي خاص به
تحديدًا على الشرع بتحريم ما ليس محرماً فيه(2).

---

(1) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم 15/5، نظرية الشروط المتقرنة بالعقد
د/ زكي الدين شعبان ص 69.
(2) ينظر مجموع الفتاوى 151/29، القواعد النورانية الفقهية ص 137، إعلام
الموقعين 264/1.
ثانياً: السنة النبوية المطهرة:

واستدلالاً منها بالأحاديث الشريفة الآتية:

1- ما روى عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن النبي (ﷺ) أنه
قال: ( من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد ) (1).

وجه الدلالة:

أن الشروط التي لم يتم دليل شرعًا على جوازها محدثة في الشرع فلا تكون منه ، بل تكون مردودة ومحظورة لمخالفتها الشرع (2).

وأجيب عن ذلك:

بأنه لا نسلم أن الشروط المطلقة عن دليل شرع يفيد إياها بعينها ليست من الشرع أو مخالفته له ، بل هي منه وموافقة له طالما لم يتناولها دليل محرم قياساً على عقود الجاهلية وعهودها غير المخالفه للشرع (3).

(1) رواه البخاري في ك الصلح ، باب إذا أصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود 959/2 تح د/ مصطفى ديب البغا ط / دار ابن كثير ودار اليمامة بيروت 1410 هـ.
(2) قال الإمام ابن خزيمة: " قصص بهذا النص بطلان كل عقد منه الإنسان والنزمة إلا ما صنح أن يكون عقداً جاه النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعده".
(3) ينظر مجموع الفتاوى 29/3152 ، القواعد التوراتية الفقهية ص 139.

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث الشريف يفيد عدم مشروعية الشروط في الزواج وغيره من العقود إلا ما ورد بجوازه دليل شرعي من الوجهين التاليين:

(1) رواه البخاري في ك المكتاب، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن شرط شرطاً ليس في كتاب الله 9/372.
(2) رواه مسلم في ك العنق، باب إنما الولاء لمن أعتق 1/141/20.
الوجه الأول:

أن النبي (ﷺ) قد حكم ببطلان كل شرط لم يرد الشرع بجوازه في القرآن الكريم مباشرةً أو بواسطة أدلته شرعية أخرى كالسنة والإجماع.

الوجه الثاني:

أن النبي (ﷺ) قد أبطل شرط البائع ولا العبد إذا أعتقه المشترى؛ لأنه مناف لمقتضى البيع، وهو ثبوت الملك للمشتري في الرقبة بأحكامه وأثاره، ومنها: ثبوت الولاء له عند العتق. ويقاس عليه جميع الشروط المنافية لموجبات الزواج؛ وذلك لأن الشرع هو المستقب تقدر موجبات العقود، فيكون تغييرها بشرط أحد العاقدين تغييراً لحكم الشرع فيما يعين القول باستناده (1).

أجيب عن ذلك بوجهين:

الوجه الأول:

لا نسلم أن المقصود بالشرط الباطل في الحديث ما لم يرد في كتاب الله تعالى مباشرةً أو بواسطة السنة والإجماع، لأن المقصود بـ (كتاب الله) حكم الله تعالى، فلا يبطل الشرع إلا إذا كان مخالفاً لحكمه تعالى، بدلاً قوله (ﷺ).

(1) بنظر: مجموع الفتاوى 29/290-131، القواعد النورانية الفقهية ص 130، نظرية الشروط المقرنة بالعقد/ زيدي الدين شعبان ص 70، 71.
(قضاء الله أحق وشرط الله أوثق )؛ إذ يقتضي وجود شرط مخالف للشرع - 
وهو هذا شرط الولاء للبائع - حتى يقال فيه: إن قضاء الله أحق بالاتباع من 
الشرط المخالف للشرع.

وعليه: يكون المقصود بالشرط الباطل: ما كان مخالفًا للشرع، لا ما خلا عن دليل شرعي يبيحه. وبهذا يكون الحديث حجة عليكم لا لكم (1).

الوجه الثاني:

لا نسلم أن بطلان شرط الولاء للبائع متعلق بمنافاة مقتضى البيع، بل هو 
متعلق بمخالفة حكم الشرع الثابت بقوله (ﷺ) (إذا الولاء لم أعتق).

وعلى أية حال فهذا الشرط خارج عن محل النزاع، لأنه شرط ينافي 
مقتضى العقد، فيجعله غواً وعيثاً، لذا كان محل اتفاق على عدم 
工程施工

(1) بنظر: مجموع الفتاوى 19/160، القواعد النوازيرية الفقهية ص 143، إعلام الموقعين
(2) بنظر: مجموع الفتاوى 19/156، القواعد النوازيرية الفقهية ص 141.
ثالثاً: المعقول:

واستدلوا منه بالوجهين التاليين:

الوجه الأول:

أنه يلزم من اعتبار شرط العاقدين المطلق عن دليل بفيد مشروعية أحد أمور أربعة، وهي: إباحة ما حرم الشرع، أو تحريم ما أباحه، أو إيجاب ما لم يوجب، أو إسقاط ما أوجب، وجمعهما باطل، لأنها تعود على الشرع وانتهاءك لحدوده، فتكون الأصل في هذا الشرع عدم مشروعية حتى يرد الإذن فيه بدليل شرعي (١).

وأجيب عنه:

بأنه قد فاتكم أمر خامس، وهو: أن الشارع قد أباح للمتعاقدين مباشرة العقود والشروط كأسباب مقتضية للأحكام الشرعية من ثبوت الحل والإيجاب والإسقاط.

وعليه: فإذا تراضى المتعاقدان على شرط لا يخالف حكم الشرع جاز لهما ذلك، حيث لا تغيير في حكم الشرع، بل يمتع إلغاء شرطهما وإلزامهما

(١) بنظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥ / ١٥، مجموع الفتوى ٢٩ / ١٤٨، إعلام الموقعين ٢٦٦ / ١.
بما لم يلتزمهما في العقد أو بما لم يلزمهما به الشرع لكونه تحريماً للحلال وتعدياً على حكم الشرع (1).

الوجه الثاني:

إنه لا خلاف بين العلماء في أن أحكام عقد الزواج وآثاره إما تثبت بوضع الشرع، فلزم من شرط أحد المتعاقدين تغيير أحكام العقد وآثاره المقررة شرعاً، فيكون ممنوعاً إلا بنذر شرعي ودليل يثنيه (2).

وأجيب عنه:

بأننا نسلم لكم أن أحكام العقد وآثاره ثابتة بحكم الشرع، لكن لا نسلم لكم امتثال تعديل تلك الآثار بإرادة العاقدين إلا بدليل شرعي، وذلك لأن الشرع الحكم لم يثبت تلك الأحكام أو يقررها ابتداءً كما أثبت إجاب الواجبات وتحريم المحرمات ابتداءً، بل أثبتها كأثر لمباشرة العاقدين لسببين وهو العقد مراعاة منه عز وجَل لمصالح العباد المبتغاة بالعقود والشروط، فيكون شرط العاقدين مشروعً بحكم الأصل ما لم يخالف حكم الشرع (3).

(1) بنظر: إعلام الموقعين 1 / 267.
(2) بنظر: نظرية الشروط المقتطنة بالعقد د/ زكى الدين شعبان ص 72.
(3) بنظر: مجموعة التجارى 29 / 153، نظرية الشروط المقتطنة بالعقد ص 78.

30
المطلب الثالث

اتجاه القائمين بكون الأصل في شروط الزواج المشروعة وأدلته

أولاً: بيان مضمونه:

إن الأصل في شروط الزواج وسائر العقود وفقاً لهذا الاتجاه المشروعة
والإباحة إلا ما قام دليل على مخالفته للشرع.

ومعنى هذا: أن إرادة العاقدين سلطانياً كبيرًا في التراضي على اشتراط
كل ما يحقق أطرافهما الصحيحة ومصالحهما المعتبرة ولو لم يوجد دليل
شرعي يفید اعتبار ما اشتراطه بعينه، بل يكفي للقول بمشروعيته عدم وجود
دليل بحظره وبطلانه شرعاً.

وإلى ذلك ذهب المتأخرون من الحنابلة (1)، وعلى رأسهم شيخ الإسلام

(1) قال البهذوي: "الشروط في النكاح قسمان: أحدهما صحيح، وهو نواع: أحدهما: ما
يقتضيه العقد بأن يكون هو مقتضى العقد كتسليم الزوجة إليه، أي إلى الزوج وتكمينه من
الاستمتع بها وتسليمها المهر وتكبينها من الانتقاع به، ووجوده كدعاء لأن العقد يقضي
ذلك.

والثاني: شرط ما تنفع به المرأة مما لا ينافي العقد كزيادة معلومة بمهرها أو نفقتها الواجبة
، أشار إليه في الاختبارات، أو اشتراط كون مهرها من نقد معين أو تشترط عليه أن لا
ينقلها من دارها أو بلدها أو أن لا يسافر بها ... فهذا النوع صحيح لازم". كشف القناة
7 / ٢٤٤٦ وينظر في معناه شرح منهي الإرادات للبهذوي ص ٣٢٧. التح / عماد عامر
ابن تيمية وتميذه ابن القيم - رحمهما الله تعالى - (1) ووافقهم الإمام الشاطبي من المالكية (2).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوص عليه أكثرها يجري على هذا القول ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه " (3).

وقال العلامة ابن القيم: "الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشرع أو نهي عنه " (4).

ولعل سبب خصوبة هذا الاتجاه في إباحة شروط العقود وتصحيحها ما لم تخالف الشرع إما هو سعة اطلاع الاجتهاد الحنفي على السنة والآثار ما

(2) قال الإمام الشاطبي في مشروعه هذا النوع من الشروط: "واما كان من العادات يكتب في بعده المناقية، لأن الأصل فيها الائتلاف إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الآن حتى يقوم الدليل على خلافه". إعلام الموقعين 1 / 197.
(3) القواعد النورانية الفقهية ص 131.
(4) إعلام الموقعين 1 / 264.
جعله يقر أن منطق الأثر يقتضي إطلاق مشروعية الشروط وإباحتها حتى يقوم الدليل المحرم (1).

ويؤكد شيخ الإسلام ابن تيمية على هذا المعنى قائلًا: "ليس في الأفهام الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد، وعامة ما يصححه من العقود والشروط فيها يثبت بدليل خاص من أثر أو قياس، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة، ولا يعارض ذلك بكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد أو لم يرد به نص، وكان قد بلغه في العقود والشروط والأثر عن النبي (ﷺ) والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة فقال بذلك وما في معناه قياساً عليه "(2).

ثانياً: أدلةه:

استدل أصحاب هذا الاتجاه عليه بالأدلة الآتية:

أولاً: الكتاب:

واستناداً منه بعموم الآيات القرآنية الكريمة الدالة على وجوه الوفاء بالعقود والعهود، ومنها قوله تعالى: «تُبَيِّنَهَا الْكِتَابُ تَأْلِيفًا أُوْفِيًا بالْعُقُودَ» (3).

(1) ابن حنبل للامام محمد أبي زهرة ص 391 ط / دار الفكر العربي القاهرة دت.
(2) مجموع الفتوى 26/3/13.
(3) المائدة (1).
وقوله تعالى: "وَأَوْزَعْنَا بِالْعِهْدِ إِنَّ الْعِهْدَ كَانَ مَشْوَلاً" (1)

وجه الدلالة:

أن الله تعالى قد أوجب الوفاء بالعقود التي يتعاقدها الناس بينهم والعهد الذي يعقدها المرء على نفسه، ويدخل في ذلك يقول أهل التفسير الشرعية المتفرقة بالعقود ومنها الزواج، فيجب الوفاء بها إلا إذا خالفت حكم الله تعالى فسقط. ولا ريب أن وجب الوفاء بها يستلزم كون الأصل فيها المشروعي والإباحة (2).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعقود والشروط والمواثيق وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من فعل ذلك. ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يأمر بها مطلقاً وبدم من نقضها وغدر مطلقًا، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يأمر بقتل النفس ويدعو إلى القدر المباح ... . وإذا (3).

(1) الإسراء (42).

كان جنس الوفاء ورعاية العهد مؤمّراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط ؛ إنّ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به. فإذا كان الشارع قدّم بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة "(1)."

وإنّوخت ذلك بما يأتي:

عدم تسليم عموم تلك الآيات الكريمة في وجوب الوفاء بكل عقد وشرط ؛ لأنّها مخصوصة بالعقود والشروط التي وردت الأدلة الشرعية بإباحتها.

ودليل ذلك: قوله (ﷺ) "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" (2).

ومن ثم يكون الأصل في الشروط الحظر لعدم المشروعة إلا ما ورد دليل شرعي بإباحته (3).

وأجيب عنه:

بأن القول بتخصيص عموم الآيات الكريمة بالشروط التي وردت الأدلة الشرعية بإباحتها إنما هو مبني على تأويلكم قوله (ﷺ) "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" (1) ببطلان كل شرط لم يرد القرآن أو السنة أو الإجماع بإباحة القانونية الفقهية ص 137 .

(2) سبق تخرجه.

(3) قال ابن حزم : "أن تلك الآيات والخبرين إنما هي فيما شرط أو نذر أو عقد أو عاهد على من جاء القرآن أو السنة بإلزامه فقط. " الإحكام في أصول الأحكام 17/5. وينظر معه: إعلام الموقفين 266/1.
اشتراطه. وقد تقدم الرد على ذلك - عند مناقشة أدلته الاتهام الأول - بأنه تأويل غير صحيح؛ لأن الحديث إذا ما يقتضي بطلان الشرط المخالف لحكم الله المنافي لما ثبت في شرعته (1).

وبناءً على ذلك تكون الآيات الكريم عامة في وجوب الوفاء بكل شرط وإن كان مطلقاً عن دليل يفيد اعتباره بخصوصه ما لم يظهر دليل شرعي يفيد حظره (2).

ثانياً: السنة:

وإستندوا منها بالأحاديث النبوية الآتية:

1- قوله (ﷺ) (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حالاً أو أحل حرماً) (3).

(1) قال الإمام القرطبي: "فين - أي الحديث الشريف - أن الشرط أو العقد الذي يجب الوفاء به ما وافق كتاب الله أو دين الله، فإن ظهر فيها ما يخالفه رد. الجمع لأحكام القرآن 3/37.

(2) ينظر: نظرة الشروط المقترنة بالعقد ص 82، 83.

وجه الدلالة:

أن المعصوم عليه الصلاة والسلام قد استعمل لفظ الخير وقصد به الأمر، فأخبر أن المسلمين ثابتون على شروطهم وافقون عنها، أي أنهم مأمورون بالالتزام شروطهم مقيدين بأثارها، والأمر بالالتزام الشرط أدل دليل على كون الأصل فيها المشروعية والجواز إلا ما قام دليل على حظره وإبطاله شرعاً.

ويضاف إلى ذلك: أن لفظ (شروطهم) الوارد في الحديث عام؛ لأنه جمع أضيف إلى الضمير فيفيد عموم التزام الشروط ومشروعتها إلا ما قام دليل شرعي على إخراجه من هذا العمو (1).

ونوقش ذلك بما يأتي:

أولاً: أن جميع طرق هذا الحديث لا تخلو من المقال والضعف، وما كان كذلك لا يصلح للاحتجاج به (2).

(1) قال الإمام الصنعاني: "ما أفاده قوله (ﷺ) (والمسلمون على شروطهم) أي ثابتون عليها وأقوون عنها، وفي تعديته على وصفهم بالإسلام أو الإمام دلالة على علم مربطتهم وأنهم لا يخلون بشروطهم، وفيه دلالة على لزوم الشرط إذا شرطه المسلم إلا ما استثنى الحديث "سبل السلام" ۳/ ۶۵ ط / جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ط / ثانية ۱۴۴۰ هـ. وينظر معه: نيل الأوطار للإمام الشوكاني ۵/ ۳۸۰.

(2) قال الإمام ابن حزم: "أما الطريق الأول فهي كثير بن زيد وهو هالك تركه أحمد ويحيى، والثاني عن الوليد بن رباح وهو مجهول، والثالث من طريق محمد بن عبد الرحمن البيليماني وهو ضعيف". الإحكام في أصول الأحكام ۵/ ۲۴.
وأجيب عنه :

بأنه لا نسلم أن جميع طرق هذا الحديث ضعيفة، بل إن منها ما صححه بعض آئمة الحديث كالترمذي وابن حبان (1).

وإن سلمنا ضعف جميع طرقه فهي وإن كان الطريق الواحد منها ضعيفاً إلا أنها متعددة كثيرة، فيشهد بعضها لبعض ويقوي بعضها بعضاً حتى تنهض للاحتجاج بها (2).


2. ينظر : بلغ المرام من أدلته الأحكام لأصحاب حجر العسقلاني مع شرحه سهل السلام 3/376.

3. قال الحافظ ابن حجر العسقلاني : "وكانه - أي الترمذي - اعتبره بكثرة طرقه ".

وعلق عليه الإمام الصنعاني قائلاً : "واعتبر المصنف عن الترمذي يقوله وكأنه استشهد بكثرة طرقة. وقد صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة "، بلغ المرام وسيلة السلام 3/376.

وقال الإمام الشوكياني : "ولن يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها بعض فاقل أحوالها أن يكون المتن حساناً "، نيل الأوطار 5 / 179. ينظر معه مجموع الفتاوى 29 / 147، اللوائح الفقهية الفقهية 137.
ثانياً : إن سلمنا صحة سند هذا الحديث وصلاحيته للاحتجاج فهو حجة
عليكم لا لكم ؛ وذلك لأن إضافة النبي (ﷺ) الشروط للمسلمين في قوله
(المسلمون على شروطهم) تستلزم ثبوت مشرعية تلك الشروط ووجازها بدلة
شرعى من القرآن أو السنة أو الإجماع.
وعليه : لا يكون المقصود بشروط المسلمين العموم ، بل خصوص
الشروط المشروعة في أسنانها بدلة ويكون معاً عدماً على حكم الأصل وهو عدم
المشرعية لقوله (ﷺ) (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل). (1)
ويمكن الجواب عنه :

بأن إضافة الشروط للمسلمين لا تستلزم أبداً حصر الشروط المشروعة
فما ورد بالقرآن أو السنة أو كان محلًّا للإجماع ، وإلا لم يكن لقوله (ﷺ) (إلا
شرط حرم حالاً أو أهل حراماً ) فائدة ، فيلزم أن يكون المقصود بشروط
المسلمين كل شرط غير مخالف للشرع .
أما قولكم : أن كل شرط لم يرد في القرآن أو السنة يكون محتروراً
بحكم الأصل حتى يرد فيه دلة مبين للحدث (كل شرط ليس في كتاب الله فهو

(1) قال الإمام ابن حزم : " ثم لو صح وهو لا يصح لكان حجة لنا عليهم ، لأن فيه إضافة
النبي (ﷺ) الشروط إلى المسلمين ولا شروط للمسلمين غيرها ؛ لأن المسلمين لا
ينتجزون استحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها ، هذه شروط الشيطان وأتباعه لا
المسلمين " الإحكام في أصول الأحكام 5/24.
باطل )، فيجاب عنه بما سبق الجواب به على استدلالكم بهذا الحديث ، وهو أن المقصود بكتاب الله هذا شرع الله وليس خصوص القرآن أو السنة ، فالشرط إنما يكون محظورًا إذا قام دليل على مخالفته للشرع . ومن ثم يكون الأصل في الشروط المتصلة عن دليل بالاعتبار أو الإبطال المشروعي ما لم يثبت مخالفتها للشرع بأحد أدلته .

ثالثًا : إن في الحديث الشريف دليلاً على بطلان قولكم يكون الأصل في الشروط المشروعة والجواز ، حيث جاء فيه قوله (ﷺ) (إلا شرطاً حرم حالاً أو أحل حراماً )، وفي رواية أخرى (ما وافق الحق) (1). فهو يقضي إبطال كل شرط لا يوافق الحق أو يحل حراماً أو يحرم حالاً ، وشروط العاقدين في الزواج غير موافقة للحق لعدم ورودها في القرآن أو السنة ، ولأنها تحرم الحلال ، وذلك كشرط المرأة على الرجل ألا ينفخها من بلدها أو ألا يتزوج عليها، فهو يحرم على الرجل ما أباحه الشارع قبل الشرط ، فلا يكون مشروعاً لمخالفته حكم الشرع (2).

---

(1) رواه الدارقطني في ك النيبوع 3 / 27.
(2) قال الإمام ابن حزم : وأيضاً في الخبر المذكور (الناس على شروطهم ما وافقوا الحق) وعمري لو صح هذا لكان من عظيم حجتنا عليهم ، وأنه أبطل كل شرط لم يوافق الحق ، ولا يوافق الحق شيئًا إلا أن يكون في القرآن أو في حكم النبي (ﷺ). الإحكام في أصول الأحكام 5 / 24. 25.
ويمكن الجواب عنه:

بأن حصركم للشروط المشروعة فيما وافق الحق لورود نصوص القرآن أو السنة به إما هو مبين على وقوعكم عند ظواهر النصوص فيما وردت بإباحتها كان مشروعاً، وما لم يرد ذكره فيها فهو محظور؛ وهذا أمر ظاهر الفساد، لكونه تحرماً لأفعال المكلفين لمجرد افتقد النص المبيح.

أما قوله بأن شروط العاقدين في الزواج تحرم الحلال.

فجيب عنه:

بأن المقصود بشرط العاقدين: " ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط "(1) والالتزام بفعله أو تركه بمقتضى الشرط لا يستلزم تحريم الحلال ولا إباحة الحرام، لأن المقصود باشترطه إيجاب ما لم يكن واجبًا ولا حرماً قبله، فما كان مباحاً قبل الشرط يصير واجباً ولازماً بالشرط كنذر الطاعة فإنها تصير واجبة به، وعدم إيجاب المباح ابتداء لا يستلزم شرعاً إيجابه بالشرط كما لا يستلزم امتناع إيجابه بالنذر.

(1) إعلام المواقع 3 / 2872.
وإذا ثبت أن شروط العاقدين لا تحرم الحال لائحةً بالشرع (1).

الأصل، حيث يصح دليل على مخالفتها للشرع (2).

وإضافة إلى ذلك: أنه لو كان قوله (ﷺ) (لا شرطاً حراماً، أو أحل حراماً) دالاً على عدم مشروعة كل شرط يجب فعل مباح أو تركه ليطلط، جميع شروط العاقدين من جهة أن الشرط إذا برد على المباح، فيكون آخر الحديث بذلك مناقضاً لأوله - وهو قوله (ﷺ) (المسلمون على شروطهم) - لأنه يفيد مشروعة جميع الشروط، ما لم تخالف الشرع (3).

2- كما استدلوا بما روي عن عقية بن عامر عن النبي (ﷺ).

(1) قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "المشتري ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أبطله الله فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشتري له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباًً بدونه، فمقصود الشروط وجب ما لم يكن واجباً ولا حراماً. وعلم المشتري ليس نفيًا للإيجاب حتى لا يكون المشتري مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا يجوز أن يفتي وجوب ما لم يكن واجباً . . . . بل كل ما كان حراماً بدون الشرط لا يبيح . . . . وهنا ما كان مباحاً بدون الشرط فالشرط يوجبه". القواعد الثركية الفقهية ص 137، 138. ونظر معه مجموع الفتاوى 2/ 281، 282 / 1488، إعلام الموقعين 3/ 267.

(2) قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقاد أن الأصل فساد الشرط فحالاً إما أن تبيح حراماً أو تحرم حالاً أو توجب سامعًا أو ت القضية، وذلك لا يجوز إلا ببين الشرع وأورث شبهة عند بعض الناس حتى توهم أن هذا الحديث مناقض وليس كذلك". القواعد الثركية الفقهية. ونظر معه: ذ/ فتحي الدينية 2/ 474، مرجع سابق.
أنه قال: (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج).

وجه الدلاله:

أن هذا الحديث الشريف يفيد أولوية شروط النكاح على شروط سائر العقود في الوفاء بها؛ وذلك لعناية الشرع الحكيم بشأنه واحتياجه لعظيم خطره لتعلقه بالأبيضاع حتى اشترط في صحته ما لم يشترطه في سائر عقود المعاوضات.

ولما كانت شروط العقود مطلوبة الوفاء وشروط النكاح أولى لم تكن محظورة؛ إذ المحظور غير مطلوب الوفاء به، بل تكون مشروعة بحكم الأصل حتى يثبت دليل مخالفتها للشرع.

ونوقش ذلك:

بأن الحديث لا يفيد مشروعية جميع شروط العاقدين في النكاح؛ لأن المقصود بالشروط ما دل الشرع على أنها من مقتضى العقد كالصداق والتفقة والكسبة والعشيرة بالمعروف؛ إذ هي التي يجب الوفاء بها لأنها التي تستحل بها

(1) رواه البخاري في ك الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، واللفظ له، 2/ 670، وسلم في ك النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح 2/ 1035.

(2) ينظر: مجموع الفتاوى 145/ 299، نظرية الشروط المقررة بالعقد، ص 95، فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر 9/ 3217، محب الدين الخطيب ط / دار المعرفة بيروت دت، سبل السلام للصعاني 3/ 208، نيل الأوطار للشوكاني 280/ 6.

٤٣
الفروج، أما ما عداا فالأخير فيه الحظر حتى يقوم دليل شرعي على اعتباره.

وأجيب عنه:

بأن حمل شروط الزواج في الحديث على الشروط التي يقتضيها العقد

يستلزم خلو كلام المعصوم (ﷺ) عن الفائدة، وذلك لأن تلك الشروط مشروعة.

ولازمة بالعقد فلا يحتاج العائد إلى اشتراطها.

قال ابن دقيق العيد: "وفي هذا الحمل ضعف، فإن هذه الأمور لا
tوثر الشروط في إيجابها، فلا تشدد الحاجة إلى تعليق الحكم بالاشتراط فيها.

(1) قال ابن بطال: "فإذا لم يكون المهر التي أجمع أهل العلم أن على الزوج الوفاء بها

، ويعتمد أن تكون ما شرط على الناكح في عقد النكاح مما أمر الله به من إمساك

بمعروف أو تصريح بإحسان. وإذا احتمل الحديث معان كان ما يوافق ظاهر كتاب الله

والسنة رسول الله (ﷺ) الأولي، وقد أبطل رسول الله (ﷺ) كل شرط ليس في كتاب الله وهذا

أولي عينه. " شرح صحيح البخاري 7/ 271 تح/ أبو تميم ياسر إبراهيم ط/ مكتبة

الرشد الرياضية 1432 هـ - 2002 م.

وقال ابن حزم: "لمصطلحًا، أي الوفاء بشروط التكاح - في الشروط التي أمر الله تعالى أن

تسبح بها الفروج من الصداق المباح الواجب إعطاءه والنفقة والكساء والإسكان والمعاشرة

بمعروف أو تصريح بإحسان، لا تناهي الله تعالى عن أن يستحل بها الفروج من الشروط

المفيدة من تحليل حرام أو تحرم خلال أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط. " الإحكام في

أصول الأحكام 5/ 239، وننظر أيضًا: شرح النووي على صحيح مسلم

3299 ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت ط/ ثانية 1392 هـ، إحكام الأحكام لابن


44
ومقتضى الحديث: أن لفظة (أحق الشروط) تقضي أن يكون بعض
الشروط يقتضي الوفاء وبعضها أشد اقتضاءً له، والشروط التي هي مقتضى
العقود ومستوية في وجوب الوفاء "(1).

ثالثاً: الأثر:

استدل أصحاب هذا الاتجاه على مشروعية شروط العاقدين في الزواج
وصحتها ما لم تخالف الشرع بورود ذلك في آثار عديدة عن كثير من الصحابة
والتابعين رضوان الله عليهم ومن أهم تلك الآثار ما يأتي:

۱- ما روين عبد الرحمن بن غنم قال: شهدت عمر بن الخطاب
واختصم إليه في امرآة اشترط لها زوجها أن لا يخرجها من دارها، فقال عمر
(لها شرطها)، قال زوجها: لتن كان هكذا لا تشاء امرآة تفارق زوجها إلا
فعلت، فقال عمر (المسلمون عند مشارطهم عند مقاطع حقوقهم) "(2).
وفي رواية أخرى: (مقاطع الحقوق عند الشروط) "(3).

---

(1) إحكام الأحكام ص ۵۷۵. وينظر في معناه: سبل السلام للصلى ۳/ ۲۰۹.
(2) رواه عبدالرحمن الصنعاني في مصنفة باب الشرط في النكاح ۶۱۷/۶ بحيب
الرحمن الأعظمي ط/ المكتب الإسلامي بيروت ۱۴۰۴هـ وابن حزم في المحلي
۵۱۷/۹.
(3) رواه ابن أبي شيبة في مصنفة: ك النكاح، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها
دارها ۴۹۹/۶ كمال يوسف الحوت ط مكتبة الرشد بالرياض ط/أولى ۱۰۴۹هـ.
وجه الدلالة:

أن في قضاء سيدنا عمر بن الخطاب شرط المرأة على زوجها ألا تنقل من دارها، أي على مشروعة الشروط في الزواج ما لم تخالف الشرع. وقد أكد سيدنا عمر رضي الله عنه على هذا المعنى بقوله (مقاطع الحقوق عند الشروط)، أي أن الشروط المقتزمة بالعقد إنما هي الحد الفاصل فيما ينشأ عن العقد من أحكام وما يترتب من آثار بخصوص حقوق الزوجين (1).

وتوقف ذلك:

بأن هذا الأمر معارض بما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه بعدم لزوم شروط العقد في الزواج (2).

وعليه: فلا يصح الاحتجاج بالأثر الوارد بلزم الشرط، لأنه معارض بضده، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، فلا مفر من القول بتساقطهما معاً.

---

(1) ينظر في هذا المعنى: نظرية الشروط المقتزمة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص 66.
(2) رواه ابن حزم في المحيط 9 / 518.
ويمكن الجواب عنه:

بأن الإمام البخاري قد أخرج الرواية الأولى المقتضية مشروعية شروط العاقدين ولزومها، بل اقتصر عليها فلم يرو غيرها (1)، ولا شك أن ذلك مرجحاً لها على الأخرى، ومن ثم يصح الاحتجاج بها على المطلوب.

٢- ما روي عن أبي حيان أن أمراة خاصمت زوجها إلى عمر بن عبد العزيز (2) قد شرط لها دارها حين تزوجها فأراد أن يخرجها منها، فقضى عمر رضي الله عنه أن لها دارها لا يخرجها منها، وقال: (والذي نفس عمر بيدله استحالت فرجها بزنة أحد ذهبًا لأخذت ما به لها) (3).

وجه الدلالة:

أن في قضاء سيدينا عمر بن عبد العزيز (2) للزم شرط المرأة، بل وتأكيده ذلك الحكم بالقسم دليلاً على مشروعية شروط العاقدين في الزواج.

ويمكن مناقشته:

بأنه معارض لآثار أخرى وردت عن بعض الصحابة والتابعين تقيد عدم للزم الشروط ومن ثم عدم مشروعيتها (3).

(1) رواه البخاري في ك الظروف، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ٢ / ٩٧٠.
(2) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣ / ٤٩٩.
(3) روي عبد الزواج الصناعي ذلك في مصنفه عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه ٢ / ٣٢٠، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن سعد ابن المسبي وشريح ٣ / ٥٠٠.
رابعاً: المعقول:
واستدلاله من بخمسة أوجه:

الوجه الأول:
أن الشروط في العقود عامة - ومنها الزواج - من باب العادات لا العبادات، والأصل في العادات عدم التحريم، إذ يكتفي فيها بالذين العام استصحاباً لعدم التحريم حتى يقوم دليل شرعي على خلافه (1).

الوجه الثاني:
أنه قد ثبت باستقراء الأدلة الشرعية عدم وجود دليل شرعي يفيد تحريم جنس الشروط في العقود إلا ما ثبت حله بعينه، فتعتبر كون الأصل في الشروط المشروعة، وذلك لأن انقضاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فيكون إشترتها إما حلالاً أو عفوًا كالأعيان المسكوت عنها (2).

(1) بنظر: مجموع الفتوى 29/150، القواعد النورانية الفقهية ص 139، المواقف
للإمام الشافعي 1/197.
(2) بنظر: مجموع الفتوى 29/150، القواعد النورانية الفقهية ص 139، إعلام الموقعين
264/1.

48
الوجه الثالث:
قياس مشروعية شروط العاقدين في حقوق الزواج على مشروعية النذر
في حقوق الله تعالى، فكما أن كل طاعة يباح فعلها قبل النذر يشرع نذرها فذلك يشرع شرط كل ما يباح فعله بدون الشرط، ولا يبطل فيهما إلا ما خالف حكم الشرع (١).

الوجه الرابع:
إن القول بتحريم شروط العاقدين فيما اعتاده الناس من عقود الزواج وغيره لعدم ورود دليل شرعي يفيد حل ما شرطوه به عينه يعد افتِئاً على الشرع بتحريم ما لم يأذن به الله تعالى، وذلك لأن تشريع العبادات فقط إنما هو المفترق إلى ذلك الدليل لابتئاتها على العبادة والطاعة، أما تشريع العقود فيكفي فيله بعدم وجود الدليل المحرم، حيث لا يقصد بها التعدد وإنما قصد بها تحقيق مصالح العباد (٢).

(١) ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٣ / ٢٨١.
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٥٨، إعلام الموقعين ١ / ٢٦٤.
الوجه الخامس:

لما كان إقدام الناس على الاشتراط في العقد مظنة حاجتهم إلى تلك الشرط لتحقيق مصالحهم ودفع حاجاتهم لزم القول بمشروعة شروطهم تحقيقاً لمصالحهم وتيسيراً عليهم ورفعاً للضيق والحرج عنهم ما لم يظهر دليل شرعي على مخالفة شروطهم للشرع.

ومن ثم يكون الأصل في شروط العاقدين في الزواج المشروعة ضرورة كونها وسيلة لتحقيق تلك المقاوسة الشرعية (1).

(1) مجموع القتاوى ٢٩ / ١٥٦، القواعد النورانية الفقهية ص ١٤١.
المطلوب الرابع

الترجيح وأسانيده

يخص البحث من عرض مضمون اتجاهات العلماء في مشروعية الشروط التي ليست من مقتضى عقد الزواج ولا تنافيه وعرض أدلة كل اتجاه ومناقشتها إلى رجحان الاتجاه الثاني الذي يرى أصحابه كون الأصل في تلك الشروط المشروعية والإباحة ما لم يظهر دليل شرعي يقتضي حظر الشرط وبطلانه، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة فصلاً عن ضعف أدلة الاتجاه الآخر وعدم انتهاضها أمام المناقشة.

ويفض إلى ذلك الأساليب التفصيلية الآتية:

1- موافقة الاتجاه الراجح للأصول العام في العادات، وهو كونها على الإباحة حتى يرد دليل شرعي بالحظر، حيث اعتبرت الشريعة بتفاصيل أحكام المحرمات وتركت المباحات على أصل الأذن العام حتى يتناولها دليل محترم.

ومن ثم يكون قول أصحاب الاتجاه الآخر بأن الأصل في شروط العاقدين التحريم منافضاً لهذا الأصل العام، بل يسلمون تحرم ما لم يأذن به الشرع.

2- موافقة الاتجاه الراجح لقواعد الشريعة ومقاصدها المقتضية التبسيط على العباد ورفع الضيق والحرج عنهم في معاوضاتهم - وبخاصة الزواج -.
وجلب مصالحهم المعتادة شرعاً المنوططة بما يشترطونه في العقد لتحقيق نفع أو دفع ضرر.

3- أن في الوقوف عند حود الشروط التي يقتضيها العقد أو قام دليل شرعي على إباحتها بعينها جموداً على النصوص وتضييقاً على الناس وإهداراً لمصالحهم وحراً على إرادتهم التعاقدية دون مسوغ شرعي، لا سيما أن رغبات الشباب المقبل على الزواج وشروطهم متعددة مبتدأة بتبان البيئات والثقافات، فإنها الفرصة أمامهم لاشتراط ما يحقق مصالحهم المقصودة لهم إنما يصب في مصلحة الأسرة المسلمة، حيث يتبث الطامنة في نفس الأزواج وأسرهم ويبعث على استقرار الحياة الزوجية ودوامها، بما يعكس خيره وصلاحية على المجتمع بأسره.

4- أنه لا يترتب على توسيع سلطان إرادة العلاقين في الزواج مفسدة استباحت الفروج والعقود بشروط ليست من الشرع؛ وذلك لأن أصحاب الاتجاه الراجح قد ألزموا أنفسهم للحكم بمشروعة الشرط أن يستوعبا الأدلة الشرعية المقتضبة حظر الشروط في العقد، فإن وجد بينها ما يقتضي حظر الشرط عمل بمقتضاه، وإلا كان الأصل مشروعة الشرط (1).

(1) ينظر في هذا المعنى: نظرية الشروط المقترنة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص 91.
وقد أكد شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - على هذا المعنى بقوله: "إذا ظهر أن لعدم تحريم الشروط وصحتها أصلين: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتقاء المحرم.

فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو المسألة. هنالك ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم أم لا؟ . . . فالادلة النافية لتحريم العقود والشروط والمثبتة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط، فلا ينفع بهذه القاعدة في أنواع المسائل إلا مع العلم بالحجج الخاصة في ذلك النوع" (1).

والخلاصه:

أن في القول بأن الأصل في الشروط المشروعة والإباحة فقهاً عميقاً دقيقاً جمع بين النقل متماثلاً في نصوص الشريعة ومواعظ الإمام التي تتناول الشروط المحظور اشتراطها في الزواج، والعقل متماثلاً في استصحاب الإباحة الأصلية الثابتة للعقود والشروط، فضلاً عن رعاية مصالح العباد ورفع الضيق والحرج عليهم.

هذا وينتقل البحث الآن إلى معرفة أثر تلك الشروط المقررة بالزواج.

على صحة العقد.

(1) مجموع القتاوى 29/166، 167، 165، 166.

53
المبحث الثاني
أثر الشرط المفترض بالزواج في صحة العقد

تعميد وقسم:
قد خلص البحث من دراسة مشروعية الشرط المفترض في قاعدة الزواج إلى مشروعية الشرط الموافق لمقتضى العقد، وبطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد.

أما الشرط الذي لم تظهر فيه موافقة ولا منافاة لمقتضى العقد فكانت مشروعيته محل خلاف بين جمهور الفقهاء والحنابلة، وانتهى البحث إلى ترجيح قول الحنابلة بمشروعيته عملاً باستصحاب الإباحة الأصلية وانتفاء الدليل على الحظر.

هذا ولكل نوع من تلك الشرط حكم يختص به من حيث مدى تأثيره على صحة العقد الذي افترضه به. وهذا ما يتناول البحث بيانه وتفصيله في الفقه الإسلامي من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: أثر الشرط الموافق لمقتضى الزواج في صحة العقد.

المطلب الثاني: أثر الشرط المناقض لمقتضى الزواج في صحة العقد.

المطلب الثالث: أثر الشرط غير الموافق ولا المناقض للزواج في صحة العقد.
المطلب الأول

أثر الشرط الموافق لمقتضى الزواج في صحة العقد

من المعلوم في مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج اتفاق الفقهاء على مشروعية الشرط الموافق لمقتضى العقد؛ وذلك لكونه مقررًا لأحكام العقد مؤكداً لأثاره. لكن هل يعد اشتراطه مؤثراً في صحة العقد؟

لا خلاف بين الفقهاء أن الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج - كأن يتفق الرجل على المرأة أو يقسم لها تجاها أو يعذرها بالمعروف، ونحو ذلك مما يلائم مقصود العقد - لا يؤثر في صحة عقد الزواج، ولا يوجد فيه أي خلل من أي جهة، بل يكون العقد صحيحاً مع هذا الشرط إذا تم على الوجه المطلوب شرعًا باجتماع أركانه وشروطه.

(١) بنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٧٩ / ٢ ط/ مؤسسة التاريخ العربي بيروت ط/ ثالثة ١٤٢١ ـ ١٩٠٠ م، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ١ م/ ٣١٧، الفواكه الدولة للنشر، ط/ ١٤١٥م، دار الفكر بيروت ١٤٩١ ـ ١٩٧٦، الفقهية لابن جزي ص١٧٨ خط/ عبد الله المنشاوي ط/ دار الحديث القاهرة ١٤٢٦ ـ ١٩٠٥ م، روضة الطالبين ٢٥ / ٥٩ م، مغني المحتاج ٣ / ٤٣ م، نهاية المحتاج للزملي ٦ / ٤٣ م، دار الفكر بيروت ١٤٠٤ ـ ١٩٨٤، الشرح الكبير للمقدسي ٩ / ٤٠٠ م، كشف القناع عن متن الإقلاع لليهودي ١٧ / ٢٤٤٦، المحلي لابن حزم ٩ / ٥١٦ م.
قال حجة الإسلام الغزالي: "والأصل أن النكاح لا يفسد بكل شرط يوافق مقصوده" (1).

وإنما حكم الفقهاء بصحة عقد الزواج مع اقتراحه بالشرط المواقف لمقتضياته، لأن وجود مقتضى الشرط مفترض في كل عقد صحيحاً، فلا فائدة حقيقية من التصريح بالشرط في صيغة العقد، إذ هو من أحكام العقد وموجباته المقررة شرعاً، فكان ثابتاً بحكم الشرع سواء صرح أحد العاقدين باشتراطه أم لا.

لذا لم يبالغ الفقهاء حين صرحوا بأن وجوده في العقد وعدده سواء.

قال النعراوي: "ما يقضي الشرط ولو لم يذكر كشرط الإتفاق أو المبيت، فهذا اشتراطه وعدمه سياح، أي لا يوقع في العقد خالاً ولا يكره اشتراطه ويحكم به ذكر أو ترك" (2).

(1) الوسيط 5/279 تح أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر ط دار السلام القاهرة 1417 هـ.
(2) الفوائد الدوائي 2/146. وينظر في معنى: فتح العيني المالك 1/32، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2/238.

وقال الخطيب الشربيني: "شروط الواقعة في النكاح إن وافق الشرط فيها مقتضى عقد النكاح كشرط النفقة والقسم أو لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه لم يتعلق به غرض كشرط إلا تأخر إلا إذا لغ هذا الشرط أو لأثير له في الصورتين لانتفاء فائدة وصح النكاح والمهر كما في نظيره من البيع". معنى المحتاج 4/293. وينظر في معنى: روضة الطالبين 5/945.
المطلب الثاني

أثر الشرط المناقض لمقتضى الزواج في صحة العقد

تقدم القول أن بطلان الشرط المناقض لمقتضى عقد الزواج محل اتفاق بينهم ، فهو شرط غير مشروع لمناقضته حكم الشرع .

فإذا اشترط الرجل ألا يعطي للمرأة مهرًا أو لا ينقح عليها ، أو اشترطت المرأة على الرجل ألا يجاعها ونحو ذلك من الشروط المناقضة لأحكام العقد وأثاره المقررة شرعاً ، كان الشرط غير مشروع وغير صحيح .

لكن هل يكون بطلان الشرط قاسراً عليه لا يتعداه إلى العقد ، فيظل العقد صحيحاً مع بطلان الشرط ، أم يتعدى أثره إلى العقد فسده أيضاً ؟

بخلاف الفقهاء في ذلك ، ولمما كان لكل مذهب تفصيل خاص في أثر هذا الشرط في صحة العقد رأيت عرض موقف الفقهاء في المسألة على النحو التالي :

= وقال المقدسي : " الشروط في النكاح : وهي قسمان : صحيحة وفاسدة . فالصحيح نوعان :
أولاً: الحنفية:

إذا اقترن بعقد الزواج شرط مناقض لمقتضى كان الشرط باطلًا،
ويحصر ببطلانه في نطاق إهدار العمل بالشرط. فلا يتعذر أثره إلى العقد، بل
يكون العقد صحيحًا مع بطلان الشرط. ويصرف فقهاء الحنفية في أكثر من
موضع بأن الأصل في عقد الزواج أنه لا يبطل بالشروط الفاسدة (1).

ويكمن السر في امتلاع تأثير فساد الشرط في صحة عقد الزواج - على
خلاف قواعد الحنفية في فساد وعقود المعاوضات بالشرط الفاسد - (2) في كون
فساد عقود المعاوضات بالشرط الفاسد معطلًا بوجود زيادة روبية خالية من
العوض حصلت باشتراك أمر زائد لا يقتضيه العقد ولا يلائمها، وهذه العلة
منفيّة في الزواج لكونه معاوضة غير مالية (3).

---

(1) بنظر: المبسوط لابن المقرني 5 / 65 ط / دار المعرفة بيروت 1414 هـ
(2) بنظر: بديع الصانع 4 / 377، 378.
(3) قال الزيلعي: "و rekl ما كان مبادلاً مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط
الفاسدة ، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو يختص بالمعاوضات المالية دون
غيرها من المعاوضات والتبرعات ، لأن الربا هو الفضل الخالٍ عن العوض، وحقيقة
الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمها فيكون فيه فضل خالٍ عن
لكن يجدر التنبيه إلى: أن الشرط الباطل إذا تعلق بالمهر كاشتراط
الشجار (1)، أثر فساده في فساد المهر المسمى ووجب حينئذ مهر المثل.
قال الكاساني: "النكاح المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط
الفاسدة، لما قلنا: أن الشروط لآثرت لأن كثرت في المهر بفساد التسمية، وفساد
التسمية لا يكون فوق العدوم، ثم عدم التسمية رأساً لا يوجب فساد النكاح ففسادها
أولى، (2).

ثالثا: المالكة:
لقد قرر السادة المالكية حرمة اشتراك هذا النوع من الشروط لمخالفتها
حكم الشرع، فإن أقتربت بالعقد أثرت عليه بالفساد.
قال الشيخ الدردير: "إن كان لا يقضي العقد حرم وفساد النكاح إن
نافقه كشرط أن لا نفقه عليه " (3).

(1) صورة نكاح الشجار: أن يقول الوالي للخاطب: زوجتك ابنتي مثلًا على أن تزوجني
ابنتك ووضع كل واحدة منهم صداق الأُخرى. ينظر: مغني المحتاج 4/ 246.

(2) دائع الصدائع 2/ 576.

(3) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2/ 238. وينظر في معناه: الشرح الصغير
الصاوي عليه 2/ 957 ح/ الأستاذ أحمد محمد عثمان صبار، د/ حسن بشير صديق
ط/ الدار السودانية للكتب الخرطوم ط/ أولى 1418هـ - 1998م، فتح العلي المالك
9/ 373.
وإذا فسد العقد وجب فسخه قبل الدخول باتفاق المذهب، وفي فسخه بعد الدخول خلاف: والمشهور: عدم فسخه، بل يثبت بعد الدخول، ويبطل الشرط.
فلا يعمل بمقتضاه، ويجب العمل بمقتضى العقد (1).
قال اللفراوي: "والحكم في الشرط المنقضى الفسخ قبل الدخول والثبوت بعده بمهر المثل، ويبسط العمل بالشرط ويجب العمل بمقتضى العقد من وجب الإفلاس على الزوج البالغ ووجوب القسم . . . . (2).

(1) وقيل يفسخ بعد الدخول أيضاً. قال الشيخ عيسى: "القسم الثاني: ما يكون مناقضاً لمقتضى العقد كشرطه على المرأة أن لا يقسم لها أو أن يؤثر عليها أو أن ينفذ عليها أو لا يكسوها . . . . هذا القسم لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح، ويفضل ينكاح إلزامته.
ثم اختلف في ذلك:قيل: يفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعده. وقيل، يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده. ويبسط الشرط. هذا هو المشهور. وقيل: إن أسقط شرطه السالم، فإن تمسك به فسخ ". فتح العلي المالك 1/337.
وينظر معاً أيضاً: الشرح الكبير، وحاضنة الدسوقي 2/38/2، الشرح الصغير، وحاضنة الصاوي 2/195/2، القوانين الفقهية لابن جزي ص 178، شرح الخرشي 3/195/2.
(2) الفواكه الدوائي 2/13.
لكن يفسد المهر المسمى في هذا العقد؛ لأن الشرط المناقض لمقتضى العقد يوجب خلعًا في الصداق المسمى على كل حالة؛ إذ يزيد وينقص باعتبار الشرط، ومعلوم أنه إذا فسد المسمى وجب مهر المثل (1).

ولعل السادة المالكية قد اتجهوا بثبوت الزواج المقترن بشرط باطل وإمضاءه بعد الدخول مع إبطال الشرط وحده إلى تصحيح العقد لإمكانه بإبطال حكم الشرط الذي كان سببًا في إفساد العقد؛ وذلك مراعاة لخلاف من حكم بإبطال الشرط فقط وصحة العقد من الفقهاء كالسادة الحنفية على ما سبق بيانه وغيرهم على ما سيأتي.

ثالثًا: الشافعية:

لا يؤثر بطلان الشرط المناقض لمقتضى الزواج في فساد العقد إلا إذا أخل بمقصود الزواج الأصلي؛ وهو - في نظرهم - الاستمتع، ودوم العقد واستمراره على التأديب (2)، وذلك كشرط المرأة على الرجل ألا يجامعها أو أن

(1) قال الشيخ الصاوي: "إذا كان المناقض لمقصود فيه صداق المثل بعد الدخول؛ لأنه تارة يقتضي الزبادة في المهر، و타ارة يقتضي النقص، ففيه خلل في المهر على كل حالة، حاشية الصاوي على الشرح الصغير 195 وينظر في مناهج الشرح الصغير بذات الموضوع.

(2) ينظر: الوسيط 629، روضة الطالبين 555، مغني المحتاج 4394، نهاية المحتاج 6344.
يطلقها بعد زمن معين. فيبطل الشرط والعقد معاً؛ لأن الشرط ينافي المقصود الأصلي للعقد (1).

إذا لم يخل الشرط بالمنصوب الأصلي للزواج، كشرط ألا ينقض عليها أو ألا يقسم لها بين زوجاته، فيبطل الشرط وحده لمخالفته الشرع، ولا يتعدي أثره إلى العقد، بل يصبح العقد معه، لعدم إخلال الشرط بمقصود الزواج الأصلي (2). ولأنه إذا لم يفسد النكاح بفساد العوض فإن لا يفسد بفساد الشرط الذي لا ينافض المقصود الأصلي للعقد (3).

(1) قال الخطب الشريعي: "وإن أخل الشرط بمقصود النكاح الأصلي كأن شرط أن لا يبطل الأزواج أصلاً، أو ألا يطلعاً إلا مرة واحدة مثلًا في السنة، أو ألا يطلعاً إلا ليلًا فقط أو إلا نهاراً فقط، أو أن يبطلها ولو بعد الوطأ بطل النكاح، لأنه ينافي مقصود العقد فأبطله". مغني المحتاج ٤/ ٣٩٤.

وقال الماوردي: "ما يبطل النكاح فهو كل شرط يرفع مقصود العقد، مثل أن ينزوها على أنها طالق زوجة السنة أو إذا قدم زيد أو علي أن يطلق بيدها تطلق نفسها متى تشاء، فالنكاح بهذه الشروط بطل، سواء كانت هذه الشروط من جهته أو من جهته؛ لأنها رافعة لمقصود العقد من البقاء والاستماد فصار النكاح بها مقدر المدة، فجرى مجري نكاح المنعوة فكان بطلًا". الحاوي الكبير ٩/ ٥٠٦ تح/ على محمد محمد معوض.

عادل أحمد عبد الموجود د/ دار الكتب العلمية بيروت ٤١٩ هـ - ١٣٩٩ م.

٢) ينظر: الوسط ٥/ ٢٢٩، روضة الطالبين ٥/ ٥٤٩، ٥٠٠، مغني المحتاج ٤/ ٣٩٣/ ٣٩٤، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٤.

٣) ينظر: نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٤.
لكن يفسد المهر المسمى بالشرط المقترن بالعقد؛ وذلك لأن الغرض المقصود بالشرط إنما هو عوض إما مضاف إلى الصداق أو مقابل له، فإذا أبطل الشرط بطل جميع المسمى لعدم حصول الرضي ببذل المسمى من الزوج، وعدم حصول الرضي بقبوله عوضًا عن البضع من المرأة، فيلزم حينئذ مهر المثل (1).

(1) قال الماوردي: "أن يتزوجها على أن لا يقسم لها مع نسائه أو على أن يخفف عنه نفقتها أو كسولتها أو تنظره بها، وفي حكم ذلك أن يشترط عليها ألا تكلم أباه ولا أخاه، فهكذا خان الشرط باطلة؛ لأنها من الشروط التي تحال حراماً أو تحرم حلالاً، واختصت بالصداق دون النكاح؛ لأن مقصود النكاح موجود معها، فوجب أن يبطل الصداق بها، لأنها قابلت جزءاً منه أو كانه زاد فيه لاجلها، وإذا وجب بطلانها بطل ما قابها منها، وهو مجهول فصارنا الى مجهول فبطل وكان لها مهر المثل. 

6/55.

وقال الرملي: "ويفسد الشرط لمخالفته للشرع فقد صبح (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)، والمهر؛ لأن شارطه لم يرضي بالمسمى إلا مع سلامة شرطه ولم يسلم فوجب مهر المثل. 

6/44. ونظر في معناه: مغني المحتاج 4/394.

63
رابعاً: الحنابلة:

الأصل العام عندهم: يبطلان الشرط وصحة العقد (1).

أما بطلان الشرط: فلأنه ينافي مقتضى العقد، كما يقتضي إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انسحابه، فلا يصح قياساً على إسقاط الشفيع حقه في الشفعة قبل البيع.

وأما صحة العقد مع بطلان الشرط: فلان النكاح يصح انسحابه مع الجهل بالعوض فتصبح انسحابه مع الشرط الفاسد قياساً على العنق.

كما أن الشرط المناقض لمقتضى الزواج يعود إلى مغني زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلا يبطل العقد به، قياساً على ما لو شرط صداقاً محرمًا (2).


(2) قال ابن قدامة: "ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينقف عليها.. هذه الشرط كلا باطلة في نفسها، لأنها متناقض مقتضى العقد، لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انسحابه فلم تصح كما لو أسفط الشفيع شفعته قبل البيع.

فأما العقد نفسه فتصبح؛ لأن هذه الشروط تعود إلى مغني زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقاً محرمًا، لأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجزأ أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق. المغني لأبن قدامة 296/9.
لكن يستثنى من هذا الأصل العام ثلاثة شروط ببطل العقد بها؛ وذلك
لمنافاتها المقصود الأصلي للنكاح من الدوام على التأييد، ولقيام أدلة شرعية
تستلزم - في اجتهادهم - بطلان العقد المستخلص عليها، وهي: اشترط الشغار،
والتحليل، وتأقليت العقد بمدة (1).

خامسا: الظاهرة :
من المعلوم حدة مذهب الظاهرة في إبطال الشروط، حيث إن الأصل
عندهم في شروط النكاح الحظر وعدم المشروعة إلا ما كان من مقتضى العقد
أو دل القرآن أو السنة أو الإجماع على اعتباره شرعاً.

ومن ثم حكموا ببطلان الشروط المقتضى لمقتضى العقد - ولا غرابة
في هذا - بل قرروا امتداد أثر بطلان تلك الشروط إلى العقد الذي اشترطت فيه
وليس لهم أي استثناء أو خروج عن هذا الأصل ما دامت تلك الشروط واقعة
داخل العقد.

لكن إذا وقع اشترطها خارج العقد، أي بعد تمامه بطلت الشروط وصح
العقد. وفي هذا يقول الإمام ابن حزم: "إذا اشترط ذلك في نفس العقد فهو
عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح وشروط كلها باطلة

(1) ينظر: الروض المربع ص 248، 327، مثنى الفتاوى 7/2448 - 2453، شرح
سوا عقدها بعتق أو بطلاق أو بأن أمرها بيدها أو أنها بالخير كل ذلك باطل "(1).

وصفه القول في أثر الشرط المناقض لمقتضى العقد في صحته:

أن الحنفية والحنابلة يرون عدم تأثير بطلان الشرط في صحة العقد، وإن استثنى الحنابلة شرط الشغار والتحليل والتأثيث ؛ فذلك لأدلة شرعية صحة في اجتهادهم على بطلان العقد المشترط فيه أحدها.

ويقترب منهم الشافعية، حيث لا يبطلون العقد بالشرط إلا إذا أخل بمقصوده الأصلي من الاستمتاع أو التأبد.

أما المالكية: فالأصل عندم امتداد أثر بطلان الشرط إلى العقد ؛ لذا أوجبوا فسخه قبل الدخول، لعدم وجود مقتضى لتصحيحه، وأضموه بعد الدخول بمهر مثل في المشهور مع إلغاء الشرط والعمل بموجب العقد تصحيحًا له بقدر الإمكان مراعاة لواقعة الدخول ولقول الحنفية والحنابلة بتصحيحه.

(1) المحلي 9/517.
هذا في حين أنطل الظاهرة العقد جريعاً على أصلهم العام في بطلان كل
عقد وشرط لم يرد دليل شرعي على اعتباره.

وإلى البحث مع وجهة قول الحنفية والحنبالة بعدم امتداد أثر بطلان
الشرط إلى العقد - ترجيح قول السادة المالكية، حيث قضوا بفساد العقد
ووجوب فسخه قبل الدخول، وإذا لم يبرر للقول بصحة العقد مع اقترانه بشرط
غير مشروع باتفاق الفقهاء، وعلى العاديين إن أرادا إتمام الزواج أن يعقدوا
بصيغته خالية من تلك الشروط غير المشروعة خروجاً من خلاف من أبطاله.

كما حكموا بإمضاءه بعد الدخول بمهر المثل مع إبطال الشرط والعمل
بموجب العقد عملاً على تصحيح العقد برفق محل المخالفة منه.

ولا شك أن ذلك فقه دقيق روعي فيه الخروج من خلاف الظاهرة
لقولهم بإبطال العقد بالشرط، والعمل على تصحيح عقود المكلفين برفع سبب
فسادها حيث كان ممكنًا، لدخول العقد حيز التنفيذ باتصاله بالدخول، مراعاة
لخلاف من قال بصحة العقد مع بطلان الشرط.
المطلب الثالث

أثر الشرط غير الموافق ولا المناقض لمقتضى الزواج في صحة العقد

لقد تقرر كون مشروعية الشرط الذي لا تتعلق له بالعقد فلا يقضيه ولا ينافيه محل خلاف بين الفقهاء، حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنبلى والشافعية والظاهرية إلى أن الأصل فيه عدم المشروعية والحظر. بينما ذهب السادة الحنابلة إلى أن الأصل فيه المشروعية والجواز.

والمؤلف الذي يثور الآن: هل تتأثر صحة عقد الزواج باقترانه بهذا الشرط عند من قال بعدم مشروعيته؟

اختلف جمهور الفقهاء القائلون بعدم مشروعية الشرط الذي لا يقضيه العقد ولا ينافيه في أثر عدم مشروعية الشرط على صحة العقد.

فذهب الحنبلى والشافعية والمالكية إلى صحة العقد المقترن بهذا الشرط.

لكن على تفصيل خاص بكل مذهب في توجيه ذلك الحكم على النحو التالي:

أما الحنبلى:

فذهبوا إلى بطلان هذا الشرط بناءً على قولهم بعدم مشروعيته؛ لأنه ليس من مقتضى العقد.
لكن يصح العقد مع بطلان الشرط بناءً على أصلهم العام في عدم فساد النكاح بفساد الشرط (1).

وفي هذا يقول الكمال بن الهمام: "الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس من مقتضى العقد لا يبطل النكاح بالبطل هو" (2).

وأما المالكية:

فلا يروا ببطلان الشرط، بل يروا كراهة فقط لما فيه من التحเสร على الزوج وعدم لزومه (3).

وبناءً على عدم بطلان الشرط يكون العقد صحيحاً معه، وينمتع فسه بالمطلب، أي قبل الدخول وبعد (4).

(1) قال البانيتي: "إن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، فإذا تزوج مرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلد أو على أن لا يتزوج عليها أو على أن يطلق ثلاث نفقات فالنكاح صحيح، وإن كان شرط عدم التزواج وعدم المسافة وطلاق الضرة فاسد، لأن فيه المنع من الأمر المشروع. "العناية على البداية" 350، مطبوع بهامش شرح الفدالي طيار. الفكر بروتو.

(2) شرح فتح القدير 3/250، وبنظر معه: تببين الحقائق 148/2، 163/4، 161/2، 163.

بداية الصنائع 2/565، 576.

(3) بنظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2/238، ولفواكه الدوائي 140، فتح العلي المالك 1/234، حاشية الصاوي على الشرح الصغير 2/65، شرح الخرشي 3/169.

(4) بنظر: المراجع السابقة ذات الموضوع.
قال الخرشي: 

"الشرط المكروه وهو ما لا يقتضيه العقد ولا ينفيه
كشرط أن لا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من مكان كذا فالنكاح معه صحيح,
ولا يلزم الشرط وكره" (1).

وأما الشافعية:

فيبطل عندهم هذا الشرط لمخالفته في اجتهدهم مقضي العقد (2)،
ولا يبطل به العقد لأنه لا يخل بمقصود النكاح الأصلي (3).

(1) شرح الخرشي ٣ / ١٩٦.
(2) حيث يحكم الشافعية ببطلان كل شرط ليس من مقضي العقد. ينظر: رواية الطالبين
٥٤٠/٥، الحاوي ٩، مغني المحتاج ٣٩٣/٤، نهاية المحتاج ٦/٣٤.
(3) قال حجة الإسلام الغزالي: "وأما الذي لا يخل بالمقصود ولكن يتعلق به عرض مقصود
ويؤثر فيه كشرط أن لا يسرى عليها أو أن يمكنها من الخروج من شاءت - أو ألا
يجمع بينهما وبين ضررتها في مسكن أو لا يقسم لها فهذه أغراض مقصودة فهو عوض
مضار إلى الصداق أو مقابل له يؤثر في إفساد الصداق لا في إفساد النكاح". الوسيط
٥/٢٢٩.

قال الخطيب الشربيني: "وإن خالف الشرط مقضي عقد النكاح ولم يخل بمقصوده الأصلي
وهو الوطاء كشرط ألا يتزوج عليها أو أن لا نفقة لها صح النكاح، لعدم الإخلال بمقصوده
وهو الوطاء وفد الشرط سواء أكان لها كمال الأول أو عليها كالمثال الثاني لقوله (١٠) (كل
شرط ليس في كتاب الله فهو باطل).

٣٩٣/٤، مغني المحتاج.
قال الإمام الشيرازي: "إن شرط أن لا ينتثر عليها أو ألا ينقلها من بلدها بطل الشرط، لأنه يخالف مقتضى العقد، ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع" (1).

لكن بطلان الشرط يستلزم فساد المهر المسمى في العقد؛ لأن صاحب الشرط لم يرض بالمسمى إلا مع سلامة شرطه، ولم يسلم له مع بطلانه فيجب مهر المثل (2).

وخلاصة ما تقدم:

عدم فساد عقد الزواج بالشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه عند الحنفية والمالكية والشافعية، وذلك لعدم فساد الشرط أصلاً عند المالكية، والشرط وإن كان فاسداً عند الحنفية والشافعية إلا أن الحنفية لا يفسدون به العقد لكون النكاح لا يفسد عندهم بالشروط الفاسدة، والشافعية لا يفسدون به العقد لوجود مقصود النكاح الأصلي معه وعدم اختلاله به.

(1) لمهذب مع كتملة المجموع 16/250، وينظر معه في معناه، روضة الطالبين 550، نهاية المحتاج 6/344.
(2) ينظر: نهاية المحتاج 6/344، مغني المحتاج 4/294، مكتمة المجموع 16/377.
هذا بينما ذهب الظاهرية إلى بطلان العقد ب埼ترانه بهذا الشرط بناءً على أصلهم في إبطال الشروط التي ليست من مقتضى العقد وإبطال العقد المشتمل على شيء منها (١).

وقد رجح البحث اتجاه القائلين بمشروعية الشروط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهم الحنابلة ومن وافقهم، وبناءً عليه: يصح الشرط والعقد معاً (٢)، ومن ثم يكون أثر الشرط عندهم محصوراً في مدى لزومه والوفاء بمقتضاه وأثر عدم الوفاء به في ثبوت الحق مبسترطبه في فسخ الزواج. وهذا ما يتناوله البحث في المبحث التالي.

(١) ينظر: المكلّي لابن حزم ١٩٧٧/٥١٧.
(٢) ينظر: المعمّل لابن قدامه ٩/٢٩٣، الشرح الكبير ٤/٠٠٠، الروض المربع ص ٣٢٧، كشاف الظفال ٩/٢٤٤، شرح منتهى الامارات ٣/٤٢٨، منار السبيل ٢/١٢٥.
المبحث الثالث
مدى لزوم الشرط المقترن بعدم الزواج وأثره في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون

تمهيد وتفصيم :

يقصد بلزوم الشرط : ثبوت الخيار لمشترطه في فسخ الزواج عند عدم الوفاء به .

وإذا كانت مشروعة الشرط الذي لا يقتضيه الزواج ولا ينافيه محل خلاف بين الفقهاء فإن ثبوت الحق في التفريق بعدم الوفاء بالشرط محل خلاف أيضاً بينهم بناءً على خلافهم في مشروعيته وصحته ، بل إن وجوه الوفاء بالشرط محل خلاف عند من قال بصحة الشرط .

لذا سيتناول البحث موقف الفقهاء في ذلك مبيناً أحكام التفريق بعدم الوفاء بالشرط عند من قال به ، مختصراً هذا المبحث ببيان موقف قانون الأحوال الشخصية في المسألة ، و ذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : موقف الفقهاء من لزوم الشرط المقترن بالزواج وأثره في التفريق بعدم الوفاء به .

المطلب الثاني : أحكام التفريق بين الزوجين بعدم الوفاء بالشرط .

المطلب الثالث : موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق بعدم الوفاء بالشرط .
المطلب الأول
 موقف الفقهاء من لزوم الشرط المقتراش بالزواج وأثره في التفريق لعدم الوفاء به

إذا اقترن عقد الزواج بشرط فيه نفع وفائدة لمشترطه، كأ لا يخرج الزوج المرأة من بيتها أو بلدها، أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، ونحو ذلك من الشروط التي لا يقضيها العقد ولا ينافها. فهل يثبت لصاحب الشرط الحق في الفسخ أو التفريق لعدم الوفاء بشرطه أم لا؟

اختلاف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

عدم لزوم الشرط المقتراش بعقد الزواج، فلا يلزم الوفاء به أصلاً ولا يترتب على عدم الوفاء به الحق في فسخ العقد بسببه.
وإليه ذهب جمهورفقهاء من الحنفية (١)، والمالكية (٢) ، والشافعية (٣).

(١) وذلك بناءً على إبطالهم الشرط لمالختلفاته لشرعي. قال البابTTY: "إذا تزوج امرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أو على أن يطلق ثلاثية فالنفاح صحيح وإن كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسد؛ لأنه فيه المنع عن الأمر المشروع". العناية على البداية مع شرح فتح القدر ٣٠٥/3.

(٢) واستحب المالكية الوفاء بالشرط حيث حملوا قوله (٢) (أحق الشرط أن تتوفر بهما استحلامته الفورج ) على الندب جمعاً بين الدلة في المسألة. لكنهم حكموا بكرامة اشتراطه أبداً لما فيه من التحريج على الزوج، ولا يلزم الوفاء به إلا إذا علقه بطلاق أو عقّ، فليس للوفاء إلا أن يطلق أو يعقم من أقسام عليه.

(٣) جاء في الشرح الكبير للدردير: "ولا يلزم الزوجان الشرط، أي المشروط وهو: عدم التزوج والإ任何形式 وإما يستحب الوفاء به إن وقع. وكثير هذا الشرط لما فيه من التحريج عليه، كما يكره عدم الوفاء به. فالشرط يكره أبداً فإن وقع استحب الوفاء به وكره عدمه" ٣٠٦/2 وينظر معه: بداية المجتهد لابن رشد ٣٣٩/٣، على محمد محمد مصطفى، عادل أحمد عبدالله الموفق ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٤١٨ هـ – ١٩٩٦ م، فتح العلي المالك ١/٣٢٤، شرح الخرشي ١/١٦٣ - ٢٠٠٨ م، شرح الزرقاني على الموطأ ٢/١٧٨ - ٢٠٠٨ م، شرح الرشيد الطائي ١/٢٠٤، شرح الامام الفضل الجزء الأول ١/٢٢٤ - ٢٠٠٨ م.

١٣٢٦ - ١١٤١ هـ، الاستاذ الكاتب ألمع فقهاء الأزهر لأحمد عبد البربر ط/ ٤١٢، سامس محمد عطا، محمد علي مصطفى، محمد علي مصطفى، دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٤٠٠ هـ، شرح صحيح البخاري لأبن بطال ٢/٢٧٠ـ ٢٠٠٠ م.

(٤) وذلك بناءً على إبطالهم هذا الشرط لمالختلفاته لشرعي. قال الخطيب الشافعي: "وإن خالف الشرط مقتضى عند النكاح ولم يدخل Conditional وهو الوطاء إذا كرته أن لا يتيزوج عليها أو أن لا نقية لها صحب النكاح لعدم الإجلال بمقصوره وهو الوطاء وفسد الشرط سواء كان له كالمثال الأول أو عليها كالمثال الثاني لقوله (٢) (كل شرط لبسه في كتاب الله فهو باطل) . مغني الحاجاج ٣٢٣ - ١٣٩٤ م. وينظر في معناه: روضة الطالبين ٥٥٩/٨، الحاوي الكبير ٥٠٦ - ٥٠٧ م.
والظاهرة سواء كان الشرط في العقد أو بعده (1)، وروي عن علي بن أبي طالب، والزهري، وقادة، وهشام بن عرفة، واللثيم، والثوري، وابن المنذر (2).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول عليه بالأدلة الآتية:

أولاً: السنة النبوية المطهرة:

واستدلو منها بالأحاديث الشريفة الآتية:

1- قوله (ﷺ): (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) (3).

(1) حيث أبطل الظاهرة الشرط والعقد معاً إذا كان الشرط في العقد، وأبطلو الشرط وحده إذا كان بعد تمام العقد، قال ابن حزم: "إن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عند مفسوخ وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطلة كلها سواء عقدها بعثق أو بطلاق أو بأن أمرها بيدها أو أنها بالخيار كل ذلك باطل. " المご覧ي 517/9.


(3) سبق تخرجته.
وجه الدلالة:

أن ذلك الشرط ليس في كتاب الله؛ إذ ليس من مقتضى العقد، فيكون باطلًا ومردودًا، فلا يجب الوفاء به، ولا ينبغي على عده فسخ العقد، لأنه لا ينبغي على باطل حكم (1).

وجيب عن ذلك:

أن المقصود بنفي وجود الشرط في كتاب الله تعالى نفي وجوده في حكمه عز وجل وشرعه الذي شرعه لعباده، لا نفي وجوده في خصوص القرآن الكريم، وهذا النوع من الشروط مشروع بأدلة من قال بصحتها، فيكون لازمًا في العقد بحيث يترتب على عدم الوفاء به ثبوت الحق في التفريق، وعلى من يدعى نفي مشروعيته إقامة الدليل على ذلك (2).

٢- قوله (ﷺ) (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرامًا أو أحل حراماً) (3).

---

(1) ينظر في هذا المعنى: تبيين الحقائق/١٤٩/٢، الألغاء/١٦٨/٣، مغني الحاج/٣٩/٤، المغني لابن قادمة/٩٩٣/٢.
(2) ينظر المعني لابن قادمة/٩/٤٩٤/٧، كشاف القناع/٧/٣٤، ٢٧/٤، ٢٤٤/٧، شرح منتهى الآداب/٣٣/٢، ٨٠/٣، ٣٦٩/٢، ٤٧/٣، ٧١/٣، ٨٠/٦، ٣٧٨/٣، ٣٦٩/٣، ٣٦٩/٣، ٩٩/٣، ٤٩٤/٩.
(3) سبق تخرجه.
وجه الدلالة:

أن الحديث الشريف يفيد لزوم شروط المسلمين إلا إذا كانت باطلة بإفضائها إلى تحريم حال أو تحليل حرام، والشرط الذي ليس من مقتضى الزواج كعدم الزوجة أو عدم إخراجها من بلدها، ونحوهما فيه تحرير للحلاج ليكون باطلًا، فلا يجوز الوفاء به، ولا يؤثر عليه في فسخ الزواج.

وأجيب عن ذلك:

١ - بأن التزام الزوج بهذا النوع من الشروط لا يستلزم تحريم الحلاج حتى يكون باطلًا؛ لأنه إنما يترك الحلاج بفصده وختياره لأحب الأمرين إليه وهو

١

قال الإمام الشافعي: "أحل الله عز وجل للرجل أن ينحح أربعاً وما ملكت بينه، فإذا

اشترطت عليه أن لا ينحح ولا يستر حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه...، ولم

يختلف أحد علمته في أن له أن يخرجه من بلد وينمها من الخروج، فإذا

اشترطت عليه أن لا يمنعها من الخروج ولا يخرجها شرطت عليه يطال ما له عليها.

الأم ١٨٦."

بل قال الإمام ابن حزم: "وفي اشتثاط المرأة ألا يتزوج أو أن لا ينحح أو لا يغيب عنها أو أن لا يرحلها عن دارها كل ذلك تحريم حال، وهو وتحليل الخنزير والميتة سواء في أن

ذلك خلاف لحكم الله عز وجل "، المحتلى ٥١٨/٩.

وينظر أيضاً: شرح فتح القدير ٣٥٠/٣، في نهاية على البداية ٣٥٠/٣، تبيين الحقائق ٣٤٩/٢، المغني لابن قدامة ٢٩٣/٩، نيل الأوطار للشوكاني ٣٨٠/٥، سبيل السلام

للصيناعي ٣/٥."

٧٨
بقاء الزوجية، فكان الالتزامه ترك المباح كامتناه عن بعض المباحات باليمين،
ولم يقل أحد بأن في ذلك تحريمًا للحلال.

ويضاف إليه أن الزوج ليس ممنوعًا من خلافة الشرط، بل له أن
يخالف الشرط، فيتزوج عليها أو يسافر بها أو يخرجها من بلدها و نحو ذلك.
لأننا نقول أن الشرط لا يقتضي منعه من فعل تلك المباحات، وإنما يقتضي
تخويل الزوجة الحق في فسخ الزواج لعدم الوفاء لها بالشرط (1).

ثانياً: الآثار:

قد وردت عدة آثار عن بعض الصحابة والتابعين - رضوان الله عليهم
- تفيد إبطال ذلك الشرط الذي لا يوافق مقتضى الزوج ولا ينافيه، لمخالفته
للشرع وإذا ثبت بطلانه لم يترتب عليه حكم، من وجب الوفاء بمقتضى الشرط
ولا ثبوت الحق في الفسخ بعده.

ومن تلك الآثار ما يأتي:

1 - ما روي عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- أنه قال في
الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها: ( شرط الله قبل شرطها ) (2).

(1) ينظر: شرح فتح القدر ٣/٥١، المغني لابن قدامة ٣/٢٩٤، كشف القدر ٤/١٨٧،
، شرح مختصر الأدوات ٣/٦٠٨، شرح الزركشي على مختصر الأدوات ٣/٦٥،
المبدع ٣/٨٠، ٨٠، ٨٠، ٨٠، ٨٠.
(2) رواه عبد الرازق الصنعاني في مصنفه باب الشرط في النكاح ٦/٣٤٢،
ويقصد الإمام علي رضي الله عنه بقوله (شرط الله) قوله تعالى «أَمَّا قَسَمَكُمْ فِي صُدُورِكُمْ فَيَسْتَكْبِرُونَ فِي وَجَهٍ مَّثَلَّهُمْ» (1) ، فذلك شرط الله الذي شرعه في كتابه ، وهو وجوب السكنى للزوجة على قدر استطاعة الزوج وإمكانه ؛ فإذا اشترطت الزوجة خلافه كان شرطها باطلًا لمخالفته الشرع (2).

2- ما روي أن رجلاً تزوج على عهد عمر بن الخطاب ﷺ، فشرط للمرأة ألا يخرجها من بيته أو بلدها ، فوضع عمر رضي الله عنه الشرط عنه وقال : ( المرأة مع زوجها ) (3).

3- ما روي عن محمد بن سيرين عن شريف أن امرأة جاءت فقالت : شرط لها دارها ، فقال شريف : ( شرط الله قبل شرطها ) (4).

4- ما روى عن سعيد بن المسين ﷺ أنه قال في الرجل يتزوج المرأة فيشترط لها مهرها (يخرجها إن شاء) (5).

____________________________
(1) سورة الطلاق (6).
(2) ينظر : الاستذكار لابن عبد البر 6/441.
(3) رواه ابن حزم في المحلي 518/9.
(4) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في ك النكاح ، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشرط لها دارها 3/600.
(5) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في ك النكاح ، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشرط لها دارها 3/500.
ويمكن أن يجاب عن ذلك:

بأن هذه الآثار معارضة بmanifestationها عن جمع من الصحابة، ومنهم عمر بن الخطاب (1)، وعمرو بن العاص (2)، وجمع من التابعين، ومنهم عمر بن عبد العزيز (3) رضي الله عنهم جميعاً، وهي تفيد لزوم الشرط وثبوت حق التفريق للمشترط بعدم الوفاء به.

بل قال ابن قدامة: "ولا نعلم لهم خلافاً في عصرهم فكان إجماعاً" (4).

ثالثاً: المعقول:

واستدلوا منه بوجهين:

الوجه الأول:

أن الشرط الذي لا يوافق العقد ولا يذاعيه ليس من مصلحة عقد الزواج؛ لأنه خارج عن مقتضاه وليس مبيناً على التغلب والسرايا فكان

(1) بنظر: مصنف عبد الرزاق 227/6، ومصنف ابن أبي شيبة 449/3.
(2) بنظر: مصنف عبد الرزاق 228/6، والمحلى لابن حزم 518/9.
(3) بنظر: مصنف ابن أبي شيبة 449/3.
(4) المغني لابن قدامة 294/9، وينظر في معناه: شرح منتهى الإرادات 228/3، المبدع 81/7.
منوعًا وباطلاً شرعاً قياسًا على شرط المرأة عدم تمكين الزوج من الاستمتع بها (1).

وأجيب عنه:

بأنه لا نسلم لكم انتقاء مصلحة الزوج من ذلك الشرط، لأن فيه نفعًا وفائدة لمشترطه من الزوجين، وما كان من مصلحتهما كان من مصلحة عقد الزوج، قياسًا على شرط البائع كفيلةً بالثمن، فإن فيه نفعًا ومصلحة للبائع؛ لذا كان من مصلحة البيع.

وإذا ثبت وجود مصلحة لأحد الزوجين في ذلك النوع من الشروط كان مشروعًا ولازمةً في العقد، بحيث يثبت لمشترطه حق الفسخ عند عدم الوفاء به.

ثم إن ما ذكرتموه من بطلان ذلك النوع من الشروط منقوض بصحة شرط المرأة زيادة صداقها عن مهر المثل، أو كونه من نقد معين (2).

(1) بنظر: المغني لابن قادمة ۲۹۳/۹، كشاف القناع ۲۴۴/۷، شرح منتهى الارادات ۲۴۳/۲.

(2) بنظر: المغني لابن قادمة ۲۹۴/۹، كشاف القناع ۲۴۴/۷، شرح منتهى الارادات ۲۴۳/۲.
الوجه الثاني:

أن آثار عقد الزواج إنما هي من صنع الشارع الحكيم صيانة للحياة الزوجية من الفساد والاضطراب والتنازع بسبب الشروط، ومنعًا للناس أن يخضعوا عقد الزواج - بما أحاطه الشارع به من تقديس - لأهوائهم.

والشروط التي يشترطها أحد العاقدين تقتضي تعديل تلك الآثار التي هي من جهل الشارع، فتكون باطلة لكونها تغييراً لما أوجبه الشرع وافتراً على حكمه، ومن ثم لا يبنى عليها أي أثر من وجوب الوفاء بها ولا جواب فسخ العقد للمشتري إذا لم يوف بها (1).

ويمكن أن يجاب عنه:

بأن شروط أحد الزوجين لما كانت محضة لمصلحة من اشتراطها كان اشترطها ضمانًا لتمام الرضا بالعقد، وسداً لذرائع النزاع والشقاق بينهما، وعامةً في استقرار الحياة الزوجية ودوامها في سكينة وطمأنينة.

ويضاف إلى ذلك: أن اشترطها ليس افتتاحًا على سلطة الشرع ولا تغييراً لحكمه؛ لأنها لا تخالف حكم الشرع؛ إذ الشارع قد استقل ب万多 آثار

(1) ينظر في هذا المعنى: القواعد النورانية الفقهية ص 130، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبي زهرة ص 159، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية د/ عبد الكريم زيدان 139/9 ط/ مؤسسة الرسالة بيروت ط/ أولى 1413هـ 1993م.
العقد حال انعقاد صيغته مطلقة عن الشروط، وإضافة شيء من الآثار للعقد بواسطة الشروط إما هو عمل مقصود لأحد الزوجين لجلب نفع له أو دفع ضرر عنه فيكون في دائرة الإذن الشرعي وعلى الإباحة الأصلية ما لم يتم دليل على حظر شرطه أو مناقضته لمقصود الشارع من العقد.

وعليه: تكون تلك الشروط مشروعة وصحيفة، فلزم في العقد.

ويثبت لمن اشترطها حق الفسخ عند عدم الوفاء بها.

القول الثاني:

لا زوم الشرط المقترن بعقد الزواج، فتبرتب على عدم الوفاء به ثبوت الحق للمشتري في فسخ العقد، وإليه ذهب الحشابة، ونقل عن جمع من

(1) ينظر في هذا المعنى: مجموع الفتاوى 26/129، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم 139/140، مرجع سابق.
(2) أي ما كان محل ذكره صلب العقد، وكذا ما اتفقا عليه قبل العقد في ظاهر المذهب، أما ما يشترط بعد تمام العقد فهو غير لازم لقوات محلة.

الصحابية كعمر بن الخطاب، وعمرو بن العاص، وسعد بن أبي وقاص.
وبعض التابعين كعمر بن عبد العزيز - رضي الله عنهم جميعاً -، وهو قول
إسحاق والأوزاعي واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتميذه ابن القيم (1).

قال الذهبي: وهي أي الشروط في النكاح قسمان: أخذهما صحيح
لأرم للزوج، فليس له فكه، وهو: ما لا ينافي مقتضى العقد بدون إبانتها أي
الزوجة (2).

لكنهم اختلفوا - فيما بينهم - في وجوه الوفاء بالشرط:

فبرز أكثر الحنابلة استحباب الوفاء به، وهو ظاهر كلام أحمد في
رواية عبد الله (3).

(1) ينظر: المعنى لابن قدهام 9/293، العدة شرح العدة للمقدسي ص 386/3 دار إحياء
الكتب العربية فيصل عيسى الحلي القاهرة د.ت، كشاف التفاعلي/ 7/244، شرح متنى
الإرادات 28/3، الإنصاف 25/8/1048، شرح الزركشي على مختصر الخرقى 2/36/2، زاد
المنبه على عمل الصدق لابن القيم 5/117/30 - شبيب الأرنؤوط -، الكاتب

(2) ينظر: متنى الإرادات 28/3، الإنصاف 8/154، المربوع ص 237، منار العجل 13/2.

(3) قال المرداوي: "الثانية: حيث قنا بصحة شرط سكتي الدار أو البلد ونحو ذلك لم يجب
الوفاء به على الزوج، صرح به الأصحاب، لكن يستحب الوفاء به، وهو ظاهر كلام
الإمام أحمد في رواية عبد الله" الإنصاف 8/157، 158.

85
قال اليوهبي: "ولا يجب الوفاء به، أي بالشرط الصحيح، بل يسن الوفاء به؛ لأنه لو وجب لأجزر الزوج عليه ولم يجزره عمر -رضي الله عنه- بل قال لها شرطها 
(1).

وبرى شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وجوب الوفاء بالشرط، بل يجزره الحاكم عليه. وهو ظاهر عبارة الخرقي وابن قدامة (2)، ورواية حرب عن الإمام أحمد (3)

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "الصواب أن كل شرط فإما أن يكون مباحاً فيكون لازماً يجب الوفاء به؛ وإذا لم يوقف به ثبت الفسخ، كاشتراط نوع أو نقد في المهر " (4).

(1) كشاف القناع 24477/601/1588/3044.
(2) قال ابن قدامة: "الشروط في التكاح تتقدم أقساماً ثلاثة: أحدها: ما يلزم الوفاء به، وهو: ما يبرر إلى أنها نفعه فانها مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يزوج عليها أو لا يفتد عليها في هذا يتزوجها لفليس الوفاء لها به فإن لم يفعل فإنها فسخ التكاح " المغني 249/2914.
(3) قال الزركشي: "ومختص كلام الأصحاب أن الزوج لا يجوز على الوفاء بهذا الشرط، وكلام الخرقي ظاهر في إجباره، وكذلك كلام أحمد في رواية حرب قال: إذا شرط أن لا يخرجها من قريتها ليس له أن يخرجها ". شرح لزركشي على مختصر الخرقي 246/2635. وينظر معه: الأصاف 1588/3050، شرح منتهى الإرادات 3050/1087/7، مجموع القناع 3050/2914، إعلام المواقعين 3050/2914، زاد المعاذ 3050/1087/7.
(4) مجموع القناع 3050/2914.
ولعل الراجح في ذلك: كون الوفاء بالشرط مستحباً لا واجباً، حيث لم يعبر سيدنا عمر بن الخطاب الزوج على الوفاء بشرط المرأة، ولو كان واجباً لأجره.

ولا يمكن قياس الشروط في النكاح على شروط البيع في وجوب الوفاء بها والإجبار عليه؛ لأن هذا الإلزام ينافي مع طبيعة عقد الزواج الذي هو رياض شرعي يتعلق بشخص الإنسان لا ماله كالبيع.

وعلى أي حال: فالاتفاق قائم بين أصحاب الرأيين على ثبوت حق الفسخ للمشترط عند عدم الوفاء بالشرط.

أمثلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول عليه بالأمثلة الآتية:

أولاً: القرآن الكريم:

واستدلو منه بعموم الآيات الكريمة الدالة على لزوم العقود والعهود والشروط، ومنها:

قوله تعالى:  "هؤلاء أذَلَكُمُ الْأَقْصَارُ ۖ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْتَخْلَفًا" (٤).

وقوله تعالى:  "أَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْتَخْلَفًا" (٥).

(١) سورة المائدة (٤).
(٢) سورة الإسراء (٤٢).

٨٧
وقوله تعالى «ولا تَكُونُوا كَذِبًّا تَفْصِلُونَ عَزْلَتٍ مِنْ بَعْضٍ فَأَهْلُكُمَا
تَخْرُجُونَ أُيُّوضُكُمْ دَمْعاً بَيْنَكُمْ» (1).

والشرط الذي لا يقضيه العقد ولا ينافيه شرط مشروع، فهو عبارة عن
عقد وعهد فيكون لازماً لمشترطه، بمعنى ثبوت الخيار له في فسخ العقد عند
عدم الوفاء به (2).

ثانياً: السنة:

واستدلو منها بالأحاديث الشرفية الآتية:

١- قوله (ﷺ) (إن أحق الشروط أن تتوفر ما استحللتم به
الفروج) (3).

(1) سورة النحل (٨٦).
(2) ينظر: إعلام الموقعين ٢٨٢/٣، شرح الزركشي على مختصر الخرافي ٣٦٤/٢،
المبدع ٨٠٧/٧.
(3) سبق تخرجه، وينظر في إيراده دليلاً لهذا الفصل: المغني لابن قدامة ٢٩٤/٩، شرح
ملتني الإرادات ٣٨٣/٢، شرح الزركشي على مختصر الخرافي ٣٦٤/٢، المبدع
٨٠٧/٧.
وجه الدلالة:

أن دلالة الحديث قاطعة في كون شروط العقدين في النكاح أحق الشروط بالوفاء ما دامت غير مخالفة للشرع؛ لأن أمر النكاح أوجب ووابه أضيق.(1)

فإذا لم يوف بالشرط ثبت للمشترط فسخ العقد قياساً على شروط البيع من باب أولى.(2)

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "ولا يجوز أن يجعل النكاح لازماً مع عدم الوفاء، بل يخير المشترط بين إمضائه وبين الفسخ كالشروط في البيع".(3)

وتوافق استدلالهم بهذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول:

أن المقصود بشروط الزواج التي يلزم الوفاء بها ما قام دليل شرعي على اعتبارها وجواز اشتراطها في العقد. ومعلوم أن الشروط التي

(2) ينظر: نظرية العقد لابن تيمية ص151 تح/ محمد حامد الفقي ط/ مكتبة السنة المحمدية القاهرة دت، الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قادم 35/2 ط/ المكتب الإسلامي بروت دت.
(3) مجموع الفتاوى 30/29. 300.
لا يقتضيها العقد ولا ينافيها عارية عن ذلك الدلائل، فتكون غير صحيحة وغير
لزمة (1).

ويمكن الجواب عنه:

بأن المعترف في صحة تلك الشروط منافاة الدلائل الشرعية المقتضى
حظرها، وقد ثبت ذلك باستقراء الأدلة الشرعية، فتكون صحيحة لزمة،
وعلى من يدعى فسادها إقامة الدليل على ذلك.

الوجه الثاني:

لا نسلم لكم أن في الحديث ما يفيد ثبوت حق فسخ العقد للمشتري عند
فوات شرطه، فهو لا يفيد سوى كون الشروط في النكاح أحق بالوفاء من سائر
الشروط في غيره من العقود (2).

(1) قال الإمام الشافعي - رحمه الله - : " فإن قال قائل : فقد بروى عن النبي(ص) أنه قال
( أحق ما وفته من الشرط ما استحللته به الخروج ).
فهكذا يقول في سنة رسول الله (ص) إنهما يوحي من الشروط ما بين أنه جائز، ولم تكن
سنة رسول الله (ص) على أنه جائز "، الأمة 168/2.

(2) قال الزروقي : " ولا دليل في الحديث على مدعاه؛ لأنه (ص) جعله أحق أي بالإفلاس،
فمن أين لهم الفسخ عند فواته "، تبيين الحقائق 2/149.
وأجيب عنه:

بأنه لا معنى لصحة الشرط ولزومه سوى عدم نزوم العقد بدون الشرط، أي ثبوت حق الفسخ للشرط عند عدم الوفاء به قياساً على شرط الرهن والكفيل بالثمن في البيع (١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وجع النبي (ﷺ) الشرط فيه - أي النكاح - أحق بالوفاء، فدل على أن شروطه آلت، وإذا كان من شرط شرطاً في البيع لم يحصل له لم يلزم البيع، بل له فسخه بالنكاح أولى بذلك" (٢).

٢- قوله (ﷺ): ( المسلمين على شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً، أو أجل حراماً) (٣).

وجه الدلالة:

أن الحديث الشريف يفيد وجوب وقوف المسلمين عند شروطهم والتزامهم بها ما لم تحرم حالاً أو تحل حراماً، والشرط محل النزاع لا يحرم.

١- بنظر: كفاف القناع ٢٦/٢٥٤، شرح منتهى الأزادات ٣٨٣/٢، مجموع الفتاوى ٣٥٠، ٣٥١/٢٩.

٢- نظرية العقد ص ١٥٥.

٣- سبق تزويجه. ونظر في إيراده دليلًا لهذا القول: الغني لابن قدامة ٢٩٤/٩، شرح منتهى الأزادات ٣٨٣/٢، مدار السبيل ١٣٢/٢.
حلالاً ولا يحل حراماً، فيكون لازماً ويثبت بعدم الوفاء به حق فسخ العقد لمن أشترته(1).

3- ما روي عن المسور بن مخزيمة -رضي الله عنه- أن علي بن أبي طالب نِطّب بنت أبي جهل على فاطمة -رضي الله عنها-، قال فسمعت رسول الله ﷺ وهو يخطب الناس في ذلك على منبره هذا وأن أبى مهتم فقال ﷺ: (إن فاطمة مني واني أتخوف أن تقتن في دينها) ثم ذكر صبرًا له من بني عبد شمس(2)، فأثني عليه مصادرته إياه فقال: (حدثني فضقي وعندني فوفى لي ، وإني لست آخر حلالاً ولا أهل حراماً، ولكن والله لا تجمع بين رسول الله ﷺ وبيت عدو الله أبداً) (3).

وجه الدلالة:

أن في هذا الحديث الشريف دلالة ظاهرة على لزوم شرط عدم زواج الإمام عليّ على السيدة فاطمة الزهراء -رضي الله عنها، وثبت الحق في فسخ

---
(1) ينظر: المغني لابن قدامة 924/9، شرح منتهى الأرادات 28/3، شرح الزركشي على مختصر الخزاعي 325/3، سبل السلام للصعاني 325/3.
(2) يقصد العاصر بن الربع زوج السيدة زينب -رضي الله عنها. ينظر: عادة القاري شرح صحيح البخاري للإمام العيني 14/41 ط/ دار إحياء التراث العربي بروت د.ت.
(3) رواه البخاري في ك الجهاد والسير، أبوب الخمس: ياب ما ذكر من درع النبي ﷺ، وأعماه وسبيله وفندجه. واللفظ له: 1127/3، و المسلم في ك فضائل الصحابة، ياب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ 19/3/4.
العقد عند عدم الوفاء به، إذ أقسم النبي (ﷺ) ألا تجتمع بناته (ﷺ) مع بنت عدو
الله أبى جهل أبداً (1).

قال العلامة ابن القيم - رحمه الله - : "وجه تضمن الحديث لذلك -
أي الحكم بزوم الشرط - أنه (ﷺ) أخبر أن ذلك يؤدي فاطمة ويربية وأنه (ﷺ)
يؤذني ويربيه، ومعلوم قطعاً أنه (ﷺ) إنما زوجه فاطمة رضي الله عنها على أن
لا يؤديها ولا يربيها ولا يؤدي أباهها (ﷺ) ولا يربيه، وإن لم يكن هذا مشترطاً
في صلب العقد فإنه من المعلوم بالضرورة أنه إنما دخل عليه.

وفي ذكره (ﷺ) صهره الآخر وثنائه عليه بأنه حدثه وصدقه ووعده
ففوقه له تعريض يعني رضي الله عنه وتهيجه له على الاقتداء به، وهذا يشعر
بأنه جرى منه وعد له (ﷺ) بأنه لا يربيها ولا يؤديها فهي وجهه على الوفاء له كما
وفي له صهره الآخر " (2).

قبل استند الإمام ابن القيم إلى هذا الحديث الشريف في الذهاب إلى ما هو
أبعد من ذلك، وهو اعتبار المشروط عرفًا كالمشروط لفظًا في الزواج في
لزمته وثبوت الفسخ عند عدم الوفاء به (3).

_____________________
(1) ينظر: زاد المعاد 8/5 1171/5.
(2) ينظر: زاد المعاد 8/5 1171/5.
(3) ينظر: المرجع لاسباب وثبات الموضوع.

93
فلو كان العرف جارياً بين أهل البلد بشرط معين كعدم إخراج نسائهم من البلد أو عدم الزواج عليهم وجب اعتباره للعرف، ولو لم ينص عليه في العقد (1).

ثالثاً: الإجماع:

قالوا: إنه قد نقل القول بلزوم شرط عدم إخراج المرأة من بيتها ونحوه من الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولا تتفتى عن جمع من الصحابة، منهم عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، واشتهر ذلك عليهم دون أن يعلم لهم مخالفاً في عصرهم فكان بمثابة إجماع على صحة تلك الشروط ولزمها (2).

---

(1) يقول ابن القيم – رحمه الله – في ذلك: "فيؤخذ من هذا أن المشروط عرفاً كالشروط لفظاً، وأن عدمه يملك الفسخ لمشترطه، فلو فرض أن من عادة قوم أنهم لا يخرجون نسائهم من ديارهم ولا يمكرون أزواجهم من ذلك البيت واستمرت عاداتهم بذلك كان كالشروط لفظاً. وهو مطلق على قواعد أهل المدينة، وكان أحمد – رحمه الله – أن الشروط العرفي كاللفظي سواء... وعلى هذا فسيدة نساء العالمين وابنة سيد ولد آدم أجمعين أحق النساء بهذا، فلو شرطه على رضي الله عنه – في صلب العقد كان تأكيذاً لا تأسهما". زاد المعاد 18/5.

(2) ينظر: المعنوي لابن قدامة 9/293، 294، 3/287، شرح منتهي الآداب 3/41، المبتدع 81/7، منار السبيل 2/132، 133.
رابعاً : قضاء سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ:

حيث اختصمه إليه في إمرأة شرط لها زوجها أن لا يخرجها من دارها،
فقال (الها شرطها) ، فقال الرجل : إذن يطلقنا . فقال عمر رضي الله عنه :
(مقاطع الحقوق عند الشروط ) ١).

فقد قضى سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ - وهو من أعلم الصحابة بأحكام
الشرع وأكثرهم إدراكاً لمقاصده وأفههم لأسراره - بلزم شرط المرأة ، ولم
يلتقت إلى قول زوجها : إذن يطلقنا ، بل أكد على لزوم شرطها بقوله :
(مقاطع الحقوق عند الشروط ) ، فدل ذلك على ثبوت حق الفسخ للمشتري عند
عدم الوفاء بشرطه ٢).

---

١) سبق تخريجه . وينظر في إيراده دليلاً لهذا القول : المغني لابن قدامة ٢٩٥/٩ ، كشاف
القطاع ٦٣٧/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٢٨/٣٦ ، المفتي ٨٠/٧ ، مجموع الفتاوى
١٦٤/٣٢٢.

٢) ينظر في هذا المعني : المغني لابن قدامة ٢٩٥/٩ ، الروض المريع ص ٣٢٧.
خامساً: المعقول:

واستدلو منه بالوجهين التاليين:

الوجه الأول:

أن الأصل في جميع العقود ابتناؤها على التراضي، فإذا حرم مال الفاجر إلا بالتراضي فلفروف أولى أن تحرم إلا به؛ لأن شأن الفروج أعظم من المال شرعًا، لذا اعتبار في استباحتها بالزواج رضا كل من المرأة ووليها معاً.

ومعلوم أن المرأة إذا اشترطت شرطاً في الزواج أنها لم ترضي ببذل بضعها إلا بذلك الشرط، فإذا كان اشترطت شرط في البيع يقضي لزومه ويثبت الفسخ لمشترطته إذا لم يوف له بالنكاح أولى بذلك الحكم، لأن اعتبار الرضا فيه أولى وأيده من البيع (1).

الوجه الثاني:

أن في تلك الشروط منفعة مقصودة لمشترطها لا تتافي مقاصد عقد الزواج فتعين الحكم بسحتها ولزومها قياساً على شرط زيادة في المهر أو كونه

(1) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٥، إعلام الموقعين ٢٥٠٣، شرح الزركشي على مختصر الخرفي ٢٣٦٤/٣، المبادئ ٨٠٧/٧.
من نقد معين، وثبت حق الفسخ لمشترطها بعدم الوفاء بها قياساً على اشتراك المشتري صفة في المبيع واشتراك البائع رهناً أو كفيلاً بالثمن (1).

سبب الخلاف في المسألة :

يجد بالبحث - قبل بيان القول الراجح - إيضاح سبب خلاف الفقهاء

في لزوم شروط العاقدين في الزواج التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، وهو :

معارضة عموم قوله (ﷺ) : ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ) (2)، بما يقتضيه من بطلان الشروط المختلفة لكتاب الله وحكمه تعالى - على الخلاف في ذلك - لخصوص قوله (ﷺ) : ( أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج ) (3)، بما يقتضيه من صحة شروط النكاح وكونها أحق بالوفاء من سائر الشروط. فجمهور الفقهاء اختاروا العمل بالعموم، بينما رجح الحنابلة القضاء بالخصوص على العموم، وإن كان المشهور في ذلك عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم.

(1) ينظر: المغني 9/295، الكافي لابن قدامة 5/3، الشرح الكبير للمقدسي 99/3/0، كشاف القفاع 7/82، المبدع 81/7.
(2) سبق تهريجه.
(3) سبق تهريجه.
ويذكر الوثائق في المسألة (1).

ويمكن أن يضاف إلى ما ذكره الإمام ابن رشد: خلافهم في أصل تصحيح شروط النكاح، هل المبتكر في ذلك عدم مخالفتها لحكم الشرع لدليل قام على اعتبارها وجوائز اشتراكها، وهو ما خطره الجمهور، أو المبتكر عدم مخالفتها للشرع بانتقاء الدليل المحرم، وهو ما اختاره الحنابلة.

القول الراجح:

يظهر للبحث من دراسة خلاف الفقهاء وأدلتهم في المسألة وما ورد عليها من مناقشات رجحان قول الحنابلة بلزم الشرط المقتزن بالزواج مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، وذلك لقوة أدلتهم ووجاهتها في النظر الفقهي، فضلاً عن سلامتها من المناقشة مع ضعف أدلة جمهور الفقهاء وعدم انتهاضها أمام المناقشة.

(1) قال الإمام ابن رشد - رحمه الله -: 'وسبب اختلافهم: معارضة العموم للخصوص:
فأما العموم: حدثت عائشة رضي الله عنها أن النبي (ﷺ) خطبه الناس فقال في خطبته (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مانع شرط)، وأما الخصوص: حدثت عقبة بن عامر عن النبي (ﷺ) أنه قال: (أحق الشروط أن يوفي بهما استحالت به الفروج).
والحديثان صحيحان، خرجهما البخاري ومسلم إلا أن المشهور عن الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم، وهو لزوم الشرط، وهو ظاهر ما وقع في العتبة، وإن كان المشهور خلاف ذلك'، بداية المجتهد 9/320، 344.

98
ويضاف إلى ذلك الأسانيات الآتية:

أولاً: أنه لما كان مقصود العاقدين بتلك الشروط تحقيق نفع خاص لأحدهما كان في القول بلزومها اعتبار مصالح المكلفين ورعايتها.

بينما القول بالاقتصار على الشروط التي يقتضيها عقد الزواج مع حاجة العاقدين إلى شروط أخرى لا تنافي العقد أو الشرع إهدار لمصالح المكلفين وإيقاع لهم في الضيق والحرج؛ لذا كان قول الحدابلة بلزوم الشروط أحق بمصالح العباد المقصود حفظها ورعايتها شرعاً.

ثانياً: أن قول الحدابلة يتلائم مع القواعد الشرعية المقتضية تعظيم شأن الفروج والأبضاع باعتبار الرضا مناطاً لاستباحتها، فاعتبار شروط العاقدين في الزواج أكل للرضا وأنفي لأسباب الخصومة وسداً لأبواب النزاع بين الزوجين في المستقبل.

ولا شك أن ذلك أقرب إلى إصابة روح الشريعة ومقاصدها في تحقيق العدالة بين طرفين العلاقة الزوجية، بل وأسرهما أيضاً.

قال العلامة ابن القيم - رحمه الله - " إن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما أنزل الله ورسوله مغزوراً في لمغبوناً بما غبر به، ومن تدير مقصود الشرع في مصادره وموارده وعدله
وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه
من قواعد الشريعة "(1) .

ثالثاً : إن السادة الحنابلة لم يطلقوا القول بصحة شروط الزوجين
المشروطة في العقد ولزومها لمجرد تحقيق مصلحة المشترط المبتعة له بشرطه
، حتى وإن ظهر عدم منافاتها لمقتضى العقد ومقصوده .

وإنما كان مناط اعتبار الشروط - على التحقق - عدم مخالفتها للشرع

باستيعاب النظر في الأدلة الشرعية التي يظن إفادتها حظر تلك الشروط .

فما سلم منها كان لزومه معتبراً وما صادفه دليل منها كان باطلًا فيهدر
حتى ولو كان فيه مصلحة للمشترط ؛ إذ تصر مصلحة موجهة ملغاً بهذا
الدليل .

(1) زاد المعاد 180/5 .
وعدل خلاف السادة الحنابلة في مشروعية ولزوم شروط طلاق الضررة
خير شاهد، بل أدلل على ذلك (1) ، لا سيما أن قواعد الحنابلة الأصولية

(1) ذهب أكثر الحنابلة إلى بطلان شرط المرأة طلاق ضررتها . واستدلوا على ذلك بقوله (ﷺ) ( لا تسأل الرجل طلاق انتهاكها تستغرق حالته ) ، فإنما لذا ما قدر لها . رواه البخاري في ك الشروط في ك النكاح . 148/5
وسلم في ك النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة ومعتهما وخلالتها 127/2 . فنهبه (ﷺ) عن هذا الشرط يستلزم تحريمه وبطلانه ; لأن النهي يقتضي ببطلان المنهي عنه .

مطلقًا.

بينما ذهب أبو الخطاب الحنابل إلى صحة هذا الشرط ويزعه . وهو رواية عن الإمام أحمد .

واستدل عليه : بأنه شرط لا ينافي العقد وفيم منفعة للزوجة ، فيصح ويلزم قياسًا على شرطها عدم الزواج بأخرى .
وأجيب عنه : بأنه قياس مع الفارق ، لأن في اشتراطها طلاق ضررتها إضرازاً بالضرورة ، ويطالباً لحد الزوجة ، فلا يصح كما لو اشتراطات عليه سمح بخلف اشتراطها عدم الزواج بأخرى .

قال ابن القيم - رحمه الله - : " فإن قيل : فما الفرق بين هذا - أي شرط طلاق الضررة - وبين اشتراطها أن لا يزوج عليها حتى صححت هذا وأطيل لفظ طلاق الضررة ؟ قبل الفرق بينهما : أن في اشتراط طلاق الزوجة من الإضرازا وكسر قبليا وخراب بينهما وثمانية أعداها ما ليس في اشتراط عدم ناكاجها ونكاول غيرها . وقد يقال النص بينهما فقيس أهدهما على الآخر فاسد . 

157/5 . زاد المعاد .

إذا أضيف إلى ما تقوم دلالة النهي الشرعي الولد في الحديث الصحيح عن شرط طلاق الضررة ترجح في نظر البحث قول أكثر الحنابلة ببطلان هذا الشرط .

ينظر في هذا الخلاف : المغني لاين قدامة 94/9 ، الشرح الكبير مثالي 458/6 ، المدعي 81/7 ، الإنصاف 157/8 ، 158 ، 158 .
صريحة قاطعة في اقتصاء النهي المطلق عن الشيء بطلانه وفساده بلا فرق،
في جميع الأحوال (1)، أي سواء كان النهيراجعاً إلى ذات الشيء أو وصف
لازم أو وصف خارج مقارن.
ولا شك أن ذلك سيؤدي بهم إلى الحكم ببطلان أي شرط لورود النهي
المطلق عنه شرعاً.

(1) جاء في القواعد والقواعد الأصولية لابن اللحام الحنابي: " إنه - أي النهي المطلق - بدأ
على الفساد مطلقاً " ص 160 ط/ دار الكتب العلمية بيروت 1422هـ-2001م.
وينظر بهم: المسودة لل谈谈ية ص 65 ط/ المكتبة المصرية لبنان ط/ أولى 1428هـ-
- 2000م، شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنابي 84/91-92."
المطلب الثاني

أحكام التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط

لقد خلص البحث إلى ترجيح قول الحنابلة بلزموم ما يشترطه العقدان في الزواج من شروط لا يقتضيها العقد ولا تنافيه، فإذا حصل الوفاء بالشرط لزم العقد، وإذا لم يؤف به ثبت لصاحب الشرط الحق في التفريق.

وقد وضع الفقه الحنبلي الأحكام المنظمة لهذا الحق فيما يتعلق بثبوت وكيفية استعماله وأثاره المرتبة عليه وسقوطه. لذا سيحل البحث - في هذا المطلب - ضيفاً على المذهب الحنبلي لاستهلاك تلك الأحكام من بطون كتبه وعرضها في الفروع الأئمة:

الفرع الأول: نوع الفرقة الحاصلة بعدم الوفاء بالشرط ومدى افتقارها إلى حكم القاضي.

الفرع الثاني: أثر الفرقة لعدم الوفاء بالشرط في المهر والمتعة والعدة والنفقة.

الفرع الثالث: أسباب سقوط الحق في التفريق لعدم الوفاء بالشرط.
الفرع الأول
 نوع الفرقة الحاصلة بعدم الوفاء بالشرط ومدى افتقارها إلى حكم القاضي

أولاً : نوع الفرقة الحاصلة بعدم الوفاء بالشرط :

لا يخالف بين قهاء المذهب في أن الفرقة التي ثبت الحق فيها للزوج المشترط لعدم الوفاء بشرطه إما تقع فسخاً (1). والحق في الفسخ إما هو خيار لصاحب الشرط ، إن شاء باشر استعماله وإن شاء أسقطه (2). ويثبت للمشتترط على التراخي ؛ لأنه خيار شرع لدفع الضرر عنه فكان على التراخي قياساً على خيار العيب والقصاص .

(1) الفسخ هو : حل ارتباط العقد ، أي نقص له من أصله . ينظر الأشباع والظائر للإمام السيوطي ص ٢٨٧ ط / مصطفى الباجي الحلبي القاهرة ١٩٥٩ م . ويُنظر معه : المعنى لابن قدامة /٢٩٥/، الروض المربع ص ٣٨٧ ، العدة ص ٣٨٧ ، كشاف القناع ٢٩٧ /٧ ، شرح منتهى الإرادات ٣٨٩ /٣٩ ، المدعي /٨٠/.

وبينى على كون الفرقة فسخاً : عدم اقتراض عدد الطلقات التي يملكها الرجل على المرأة ، فيجوز لهما العودة إلى رابطة الزوجية لكن بعد ومهر جديدين ، ويملك الرجل على المرأة ثلاث طلقات ، حيث لم يسبق له طلاق ؛ لأن هذا شأن سائر الفسخ . ينظر : المعنى لابن قدامة /٢٨٨ /، كشاف القناع ٢٩٧ /٧ ، كشاف القناع ٢٤٤ /٢٩.

(2) ينظر كشاف القناع /٢٩٧ /٧ ،
وبناءً على ذلك: لا تجب عليه المبادرة إلى استعماله ونسخ العقد، بل له الانتظار والتروى والتدبير في هذا الأمر الجليل، ولا يسقط حقه بطول المدة ما لم يصدر منه ما يدل على الرضا بقوات شرطه صراحة أو ضمناً (1).

ولنثبت الحق في الفسخ إلا بوقع الإخلال بالشرط فعلاً في قول أكثر الحدابة، فلا يثبت بالعزم على الإخلال به، لانعدام الضرر وعدم حصول مخالفة الشرط.

وقد القاضي أبو يعلى يثبت الفسخ بالعزم على الإخلال بالشرط.

والراجح: عدم ثبوتة بالعزم، لانعدام الضرر إذ العزم على شيء ليس كفعله فإذا اشترطت المرأة على الرجل أن لا يخرجها من يدليها لم يثبت لها الحق في الفسخ بعذمه على إخراجهما ما لم يقترن بطلب نقلة (2).


ثانياً: مدى افتقار التشريع بالفسخ إلى حكم القاضي:

إذا لم يوفق أحد الزوجي بشرط الآخر عليه في عقد الزواج فلن يقع
إيقاع الفرقة إلى حكم القاضي ؟ أم يملك المشترط الاستقلال ففسخه الهد دون
الجدل للقاضي ؟

اختلاف فقهاء المذهب في ذلك:

في رأى أكثرهم افتقار التشريع أو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط إلى حكم
القاضي ، فإنما أن يقضي بفسخ النكاح لصاحب الشرط أو يأذن له في
الفسخ (1).

واستندوا في ذلك إلى ما يأتي:

1- أن أصل الفسخ لعدم الوفاء بالشرط محل خلاف كبير في الفقه
الإسلامي ، فهو من الأحكام التي تنحصر إلى اجتهاد ونظر في ثوته أصلاً ، وفي
صحة الشرط ، فكان منتقراً إلى حكم القاضي لرفع الخلاف (2).

فإن استدل صاحب الشرط بالفسخ دون القاضي واعتدت المرأة ثم
تزوجت بآخر ، وكان الزوج الأول منكراً للحكم أفضى ذلك إلى إجماع رجلين
على امرأة واحدة يعتقد كل منهما صحة نكاحه وبطلان نكاح الآخر ؛ لأن

(1) ينظر : تكاف الفناع 7/ 2467 يشرح الزركشي على مختصر الخريفي 2/ 410.
(2) قال البيوني : " لا يصح فسخ في خيار العيب وخيار الشرط إلا بحكم حاكم ؛ لأنه فسخ
يجتهد فيه فافترق إليه كالفسخ للحجة والإعصار باللفقة " . تكاف الفناع 7/ 2467 ينظر
معه : المغني 9/ 479.

106
المسألة خلافية والحكم اجتهادي يجوز إنكاره؛ لذا كان في حكم القاضي بالفسخ أو إبطاله بدلاً من بذرة اقتتال رجلين على امرأة واحدة (1).

2- أن إيقاع الفرقة بالفسخ متوقف على ثبوت الشرط في العقد وثبوت عدم الوفاء به، فلو لم يصاحب الشرط الاستقلال بإيقاع الفرقة كان في ذلك ظلم للزوج الآخر، لاحتمال كذب صاحب الشرط في دعاء ثبوت الشرط أو ادعاء الإخلال به، بل سيكون حينئذ خصماً للآخر وحكمًا عليه. وهذا يخالف منطق العقل قبل الشرع.

ولهذا كان في إيقاع الفرقةبحكم القاضي احتياط للزواجية وصيانة للحقوق بأعمال قواعد الشريعة في البيات (2).

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية: عدم افتقار الفريق أو الفسخ إلى حكم القاضي. فيقول -رحمه الله- : "والآقوى أن الفسخ المختلف فيه كالعنة لا يفتقر إلى حكم حاكم، لكن إذا رفع إلى حاكم يرى فيه إيضاءه أمضاء وإن رأى إبطاله (3)." استند في ذلك إلى: القياس على خيار المعتقة تحت عبد، فهو غير مفتقر إلى حكم القاضي؛ فكذا خيار الفسخ لعدم الوفاء بالشرط (4).

(1) ينظر في هذا المعنى: المباد 177/7.
(2) ينظر في هذا المعنى: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم/ عبد الكريم زيدان 117/9.
(3) مجموع الفتاوى 15/1.
(4) ينظر: المرجع السابق بذات الموضوع.
وأجيب عن ذلك:

بأب قياس مع الفارق؛ إذ خيار المحتلة محل انفاق بين الفقهاء،

بالخالف خيار الفسخ فهو محل خلاف.

ويترجح - في نظر البحث - قول أكثر الحنابلة بإفتقار إيقاع الفرقة أو
الفسخ لحكم القاضي رفعاً للخلاف؛ ولأن الفرقة من الأحكام التي يحتم لهما
شرعاً.

(1) بنظر: كشف القناع ۴۰۵۸/۲، شرح منتهى الأداب ۴۳۸/۳، المبدع ۱۷۷/۷.
الفرع الثاني

أثر الفرقة لعدم الوفاء بالشرط في المهر والمتعا (1) والعدة والتفقة

من المعلوم أن من أثار ايقاع الفرقة بالفسخ عدم انتقاص عدد الطلقات التي يملكها الرجل على المرأة، فمكن أن يستأنف الزوجة بعدد ومهر جددين.

ويضاف إلى ذلك أثار فقهية تبني على وقوع الفرقة أو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط تتعلق بمدى استحقاق المرأة للمهر والمتعا، ومدى زوم العدة عليها، ومدى استحقاقها للنفقة والكسبة فيها. يوضحها البحث فيما يأتي:

أولاً: مدى استحقاق المرأة المفسوخ نكاحها للمهر والمتعا:

بداية فرق الفقه الحنبلي بين وقوع الفسخ قبل الدخول ووقوعه بعد من حيث أثره على استحقاق المرأة للمهر والمتعا على النحو التالي:

(1) المتعا: ما يجب على الزوج دفعه لامرأته المفسوخة في الحياة بطلاق وما في معناه.

مغني المحتاج 4/164

وتوجب للملكة قبل الدخول إذا لم يسم لها مهراً عند الحنفية والشافعية - حيث وجبها لكل مدخل بها لم تحصل الفرقة بسببها، والحانبية، وذلك لقوله تعالى: "بِأَيْمَا أَلَّهَ بِهِمْ إِذَا تَكُنَّ بَالَاتُ الْمُؤْسِسَتِينَ لَنْ تَكُنَّ بَالَاتُ الْمُؤْسِسَتِينَ مِنْ قَبْلَ أنْ تَكُنَّ بَالَاتُ الْمُؤْسِسَتِينَ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ مِنْ عَدْوَةَ تَتَدْنِيْرَاهَا قَمْ بُشْوَرْ أَنْ تُقْصَرْ..." (الأحزاب 49) - حيث أمر الله تعالى بها والأمر يقضي الوجه.

وتستحب عند المالكة لقوله تعالى فيها: "... حكَّا عَلَى أَلْخَيْيِسِينَ..." (البقرة 236) - فوصفها الله تعالى بأنها حق يختص بالمحصنين، ومعلوم أن الإحسان ليس بواجب.

1- وقوع الفرصة أو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط قبل الدخول:

إذا وقع الفرصة قبل الدخول سقط جميع المهر والمتعة على الصحيح من المذهب (1).

وسندهم في ذلك:

حصول الفرصة من المرأة إن كان الشرط لها ولم يف لها به فطلبت الفسخ، أو حصولها بسبب من جهتها إن كان الشرط عليها ولم تف به فطلب الزوج الفسخ، فكان المرأة ألتقت بالفرصة العوض قبل تسليمه، فسقط المهر كله إلى غير متعة (2).

(1) قال المرداوي: "ولو شرط عليه شرط صحيح حالة العقد فلم يف به وفسخت سقط به مهرها على الصحيح من المذهب". الإنصاف ٢٨٠/٨.

و قال البهطي : "...وقد فسخها شرط صحيح شرط عليه حال العقد كان تزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من دارها فلم يف به فلا مهر لها ولا متعة". كشاف القناع ٢٠٠٧/٧.

(2) قال البهطي: "وكل موضع فسخ فيه النكاح مع صحته قبل الدخول فلا مهر لها لحصول الفسخ منها أو بسبب من جهتها". كشاف القناع ٢٤٥٨/٧.

و قال ابن مفلح: "وكل فرصة جاءت من قبلها كابسلما وردتها ورضانتها من بنفسه به نكاحها وفسخها لعيبه أو إصاره وفسخه لعيبها يسقط بمهريها ومتعتها، لأنها ألتقت العوض قبل تسليمه يسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه؛ وكذا إن فسخت لعيبتها تحت عبد أو لقوات شرط". المبدع ١٦٦١/٧. وينظر في معناه: شرح منتهى اليرادات ٣٧٦/٤٩.
ونقل ابن مفلح رواية عن الإمام أحمد: أنه يثبت للمرأة نصف المهر إن كان مسمى، فإن لم يكن مسمى فلها المتعة، وذلك قياساً على الفرقة بالطلاق قبل الدخول \(^1\).

2- وقوع الفرقة أو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط بعد الدخول:
إذا وقعت الفرقة بعد الدخول أو الخلوة وجب لها المهر المسمى كاملاً بغير خلاف في المذهب.

وذلك لأن المهر قد تأكد واستقبل بالدخول في نكاح صحيح فلا يسقط منه شيء بانفساخ النكاح ولا غيره، ولهلاج التسليم المستحق من جهتها فيستقر به البديل وهو المهر المسمى كاملاً قياساً على تسليم العين في عقد الإجارة \(^2\).

قال البهذبي: وإن فسخ بعده، أي بعد الدخول والخلوة و نحوهما مما يقترب يجب المسمى في العقد لنتقرر، ولأنه فسخ طرفاً على نكاح صحيح فأشبه الطلاق \(^3\).

هذا وغني عن البيان: أنه إذا لم يكن قد سمي لها مهرًا، أو سمى لها مهرًا فاسداً يجب مهر المثل؛ لأنه يدل عن المسمى في حال اندماجه أو فساده.

---

\(^1\) قال ابن مفلح: " وعنـهـ يـقـسـد الإمام أحمد يـنـتـصـف بفسخها لـشـرـطـ، وبيتهـ فـي فسخها لـعـيبه الخلل. وفي الـرـعـائـيـة: إن فسخت قبل الدخول رواتبنا، فإن كان لها مهر مسمي فهـل يـنـتـصـف أو يـسـتـقـطـ على رواتبنا.

وذكر أبو بكر أنه إذا زوجها بشرط أن لا يتزوج عليها إلا لا يمر بها، ولأ ثارها فلم يف لها فسخت ولم يكن إيا لها مهرًا فلها المتعة. المبدع 7/161.

\(^2\) يـنظـر: كـشـاف الـقـناـع 7/2507.

\(^3\) المراجع السابق 7/24588.
ثانيًا: مدى لزوم العدة على المفسوخ نكاحها واستحقاقها للنفقة والكسوة:

تعتبر العدة من أهم الآثار الشرعية المرتبة على حصول الفرقة بين الزوجين بالطلاق أو الفسخ أو الوفاة.

ويقصد بها: مدة معلومة ترتيب فيها المرأة للنعرف على براءة رحمها، وذلك يحصل بوضع حمل أو مضي أقرأ أو أشهر (1).

ولا خلاف بين أهل العلم في عدم وجوب العدة على المرأة بالطلاق قبل الدخول والخلوة (2).

ولا خلاف بين أهل العلم أيضاً في وجودها على المطلقة بعد الدخول الحقيقي (3).

لكنهم اختلفوا في وجوبها على المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة الشرعية الصحيحة: ومذهب الحنابلة القائلين بثبوت حق التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط وجوب العدة على المرأة إن حصلت الفرقة بعد الخلوة.

(1) نظر: كشف القناع ٩/٨ ٢٧٦٢.

(2) قال ابن قدامه: "وأجمعوا على أن المطلقة قبل السمس لا عدة عليها، لقوله تعالى:
«يا بني إسرائيل! إن ما كنتم عليه لا تعودون في ما خلقتم من قبل أن تصلوتما، فما لكم علیهم من عدو أن تعتدوا. » الأحزاب (٤٩)". ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تلقى هنامه. وهكذا كل فرقة في الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو حق أو عق أو لعان أو اختلاف دين. المغني ٦/١٢.

(3) نظر: المغني لأبن قدامة ١١/١١، كشف القناع ٨/٨ ٢٧٦٥.
وقبل الدخول، موافقين بذلك كلاً من الحنفية والمالكية في وجب العدة بالخلوة (1).

واستندوا في ذلك إلى:

قضاء الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم - بأن من أغلق باباً أو أرخي ستراً فقد وجب المهر ووجب العدة، واشتهير ذلك دون إنكار فكان إجماعاً.

كما أن عقد الزواج يرد على منفعة البضع، والخلوة تمكين من استيفائها فتجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة بها، قياساً على التمكين من استيفاء المنفعة في عقد الإجارة.

(1) وذهب الشافعي إلى عدم وجب العدة بالخلوة.

واستندوا على ذلك: يقوله تعالى "... فَمَا كُنْتُمْ عَلَىًٰ مَّن عَدَّلْتُم مِّن عَدَّالٍ..." الأحزاب (40) - ولاحظها مطلقة لم تسأل به من لم يخل بها.

قال الخطيب الشمالي: " وإنما تجب العدة إذا حصلت الفرقة المذكورة بعد وطأ في نكاح صحيح أو فاسد أو شهية سواء أكان الوطأ حالاً أم حراماً كوطأ حائض ومحرمة، سواء أكان في حب أنجزها أو دبر على الأضح، سواء أكان عافياً أم لا، مختاراً أم لا، لف على ذكره حزامة أم لا، بالغاً أم لا، خلاف فرقة ما قبل ذلك فقوله تعالى " فَمَا كُنْتُمْ عَلَىًٰ مَّن عَدَّلْتُم مِّن عَدَّالٍ..." مغني الحجاج 80/5.

وينظر أيضاً: ويدعو الصنايعي/202/3، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي/68/4، روضة الطالبين/320/2، المغني لابن قدامة 11/1، كشاف القناع/2765/8، شرح منتهي الإرادات/41/5.
أما قوله تعالى: 
«فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عَدْوٍ تَعْقِدُونَهَا...»

فمخصوصة بما نقدم (٢).

أما بخصوص واجب النفقة والسكنى للمرأة المعدة:

فقد فرق الفقه الحنابل ب şey أن تكون حاملًا أو غير حامل: فإن كانت حاملًا وجب لها النفقة والسكنى بغير خلاف بين أهل العلم (٣).

وإن كانت غير حامل: لم تجب لها نفقة باتفاق المذهب. وفي وجب السكنى روايتان:

١. الأولى: وجبها.

٢. سورة الأحزاب (٤٩).

(١) بنظر: المغني لابن قدامة ١١/١١ ١١/١١/١١٧٦٥/١٨، شرح منتهى الأرادات ٤/٤٤.

(٢) قال ابن قدامة: "إذا طلق امرأته طلاقاً بانتاً فإما أن يكون ثلاثة أو نحل أو بنت بفسخ.

وكان كحل بما النفي والسكنى بجمع أهل العلم، لقوله تعالى: «اِشْكُوَاهُنَّ مِنَ حَيْثُ سَكَنَتْنَهُنَّ وَجُرُوْكُمْ وَلَا تُضَارَّوْهُنَّ يَصِيرُونَ عَلَيْهِنَّ، وإن شَغْرَتْنَا نَعْمَةً فَأُفْدِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضْعَفَ عُمُورُهُنَّ...» -سورة الطلاق (٦). المغني ٢/٢/٢٧٢١/١١/١١.
والثانية: عدم وجوبها وهي المشهورة (1) وذلك لقوله (ﷺ) لفاطمة

وقد بت زوجها طلاقها: ( انظري يا بنت قيس إنما النفقه للمرأة على
زوجها ما كانت له عليها الرجعة، فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقه ولا
سكنى (2).

(1) قال ابن قادس: 'وإن كانت حالاً فلا نفقه لها'. وفي السكنى روايتان: أحدهما: لها
ذلك. وهو قول عمر ابنه وابن مسعود وعانشة وفقيهاء المدينة السبعة ومالك والشافعي
للأقرب. والرواية الثانية: لا سكنى لها ولا نفقه. وهي ظاهر المذهب. المغني 272/1.
وقال الزركشي: 'لا نفقه للمفسوخ نكاحها؛ لأنها باتن أشهبت البائن بطلاق ثلاث وهو قسم
من أقسام البائن, فلا نفقه لها ولا سكنى على المشهور'. شرح الزركشي على مختصر
الخرقى 2/94.

(2) رواع الإمام أحمد في مسند من حديث فاطمة بنت قيس - رضي الله عنها - 373/6.

وط/ مؤسسة قرطبة مصر.

وينظر فيما ذكر: المغني 11/273، كشاف القناع 2818/8، شرح منتهى الإرادات 4/84،
شرح الزركشي على مختصر الخرقى 2/94.
الفرع الثالث
أسباب سقوط الحق في التفريق لعدم الوفاء بالشرط

إذا ثبت للمشترط الحق في فسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بشرطه ظل حقه ثابتاً على الدوام، لما تقدم من كونه على التراخي لا الفور، فلا يسقط إلا بأحد الأسباب الآتية:

1- الرضا بعدم الوفاء بالشرط صراحة أو ضمناً.

إذا علم المشترط بحصول الإخلال بشرطه وعدم الوفاء به، وصدر منه ما يعبر عن رضاه بذلك صراحة، كقوله أسقطت الشرط أو رضيت بإسقاطه، أو يعبر عن رضاه دلالةً أو ضمناً، كان تخرج الزوجة من بيتها إلى بيت آخر -مع شرطها على زوجها ألا تتقل من بيتها - طائعة مختارة (1)، أو تمكنه من نفسها، أو نحو ذلك مما يفهم منه عرفًا الرضا بإسقاط الشرط سقط الحق في الفسخ لحصول الرضا بعدم الوفاء بالشرط.

(1) ولو شرطت المرأة على زوجها ألا تسافر معه مثلًا ثم خدعها وسافر بها وكرهته لم يكن له أن يكرهها بعد ذلك ولم يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته برضًا صحيح أو ضمني.

ينظر: كشاف القناع ٢٤٤٧/٧، شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣. ١١٦
قال المرداوي: "خير الشرط على التراخي لا يسقط إلا بما يدل على الرضا من قول أو تمكن منها مع العلم" (1).

لكن إذا لم يعلم المشترط بالخلال بشرطه، وصدر منه ما يدل على الرضا ضمناً، كتمكن الزوجة الرجل من نفسها غير عالمة بعدم الوفاء بشرطها من الزواج عليها أو نحوه لم يسقط الحق في الفسخ.

ولذلك لأنه لما لم يعلم المشترط بالخلال بشرطه لم يكن فيما صدر منه دلالة على الرضا، فينتقي الموجب لسقوط الفسخ قياساً على إسقاط الشقوق حقه في الشفعة قبل تمام البيع (2).

٢ - بطلان الشرط في العادة.

إذا شرطت الزوجة مثلاً أن لا يخرجها زوجها من بيت أبيها، فمات أحدهما بطل الشرط في العادة، لاستحالة إخراجها من بيت أبيها وقد صار البيت للحي منهما (3).

(١) الإنصاف ١٥٩ /٨ ٢٩٨ /٣، شرح منتهى الإرادات.  
(٢) قال البهولي: "فإن مكنه قبل العلم لم يسقط فسخها؛ لأنه لا يدل على رضاها بترك الوفاء فلا أثر له كإسقاط الشفعة قبل البيع". شرح منتهى الإرادات ٢٩ /٣، شرح منتهى الإرادات.  
(٣) ينظر: الروض المربع ص ٣٢٧، كشاف القناع ٢٤٤٧/٧، شرح منتهى الإرادات ٣٢٩ /٣.
118

3- استحالة الوفاء بالشرط في العادة.

إذا استحال الوفاء بالشرط في العادة، لوجود مانع في العقل أو الحس أو
العرف يحول دون الوفاء به، وذلك كقوة قاهرة لا دخل للزوج الآخر فيها ولا
يشتريف رفعها، كان اشتراط المرأة على زوجها ألا يخرجها من بلدها فشبت
على أرضها حرب، أو اشتراطت عليه ألا يخرجها من بيتها فجففه نهر أو
انهدم بأثر زلزال، سقط الحق في الفسخ مع حصول الإخلال بالشرط لاستحالة
الوفاء به في العادة (1).

4- انقطاع الزوجية بالطلاق البائن.

إذا شرط أحد الزوجين على الآخر شرطاً، فانقطع الزوج بطلاق بائن
ثم عادة إلى الزوجية بعدد جديد سقط الحق في الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط،
وذلك لزوال الشرط بزوال العقد المشترك عليه بالطلاق البائن، وخلو العقد
الجديد من الشرط (2).

(1) وقيل: إن نقلها إلى بيت أو بلد ترضيه فليس لها الفسخ، فإن لم ترضيه كان لها
الفسخ.

قال المردواوي: " قلت: الصواب أن له أن يسكن بها حيث أراد سواء رضيت به أو لا؛ لأنه
الأصل والشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل وهو محض حقه". الإنصاف (156/8)

(2) ينظر: كشف القناع 7/424، شرح منتهى الإرادات 3/276، المبدع 82/7.
قال المرداوي: "وهذه الشروط الصحيحة إنما تلزم في النكاح الذي شرطت فيه. فأما إن بانت منه ثم تزوجها ثانياً لم تعد هذه الشروط في العقد الثاني، بل يبطل حكمها إذا لم يذكرها فيه" (1).

(1) الإضاف 159/8.
المطلب الثالث
 موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق بين الزوجين
 لعدم الوفاء بالشرط

ما ينسف له أن القانون المصري لا يزال يعاني حتى اللحظة من فراغ تشريعي في تنظيم أحكام الشروط المقتضبة بعقد الزواج وأثرها في التفريق بين الزوجين.

ومن ثم يكون أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة -رحمه الله- هو الواجب التطبيق في المنازعات التي تثور بين الزوجين في هذا الشأن، وذلك طبقاً لنص المادة الثالثة من القانون رقم (1) لسنة 2000.

وذلك يقتضي الحكم ببطلان الشروط المقتضبة بعقد الزواج إذا لم تكن موافقة لمقتضى العقد أو ورد النص بجوازها أو جرى العرف الصحيح على العمل بها، كما فسر السادة الحنفيين. ومن ثم عدم ثبوت الحق في فسخ العقد للمشترط عند عدم الوفاء بشرطه.
ومما يزيد الأسف أن للمشرع المصري محاولات عديدة نحو تقنين الأحكام المتعلقة بالشروط المقترنة بعدد الزواج وفقاً للمذهب الحنبلي لكنها لم تخرج للنور، ومن تلك المحاولات ما يأتي:

1- أنه قد اقترح الأخ بالمذهب الحنبلي في مسألة الشروط في مشروع سنة 1926، وجاء في المادة التاسعة منه ما نصه:

"إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطاً في منفعة لها ولا ينافي مقاصد النكاح كألا يتزوج عليها أو أن يطلق ضررتها أو ألا ينقلها إلى بلد آخر صح الشرط ولزم وكان لها حق فسخ الزواج إذا لم يف لها الشرط، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته أو رضيت بمخالفته الشرط." 

وقد صرحت المذكرة التفسيرية لهذا المشروع استناداً إلى هذا الحكم من مذهب الإمام أحمد، وإن كانت قدرت الحق في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط على المرأة دون الرجل مخالفة الإطلاق الوارد في المذهب، اعتباراً يكون الرجل متمكناً من الطلاق متي أراد(1).

(1) ينظر: الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص 166، أحكام الأسرة في الإسلام، الزواج د/ محمد سراج ص 99، 100 مرجع سابقان.
ويلاحظ أن نص المادة والمذكرة التفسيرية يصرحان بلزم شرط تطبيق
الضرة ، وذلك مستقيَّ من قول أبي الخطاب الحنبلي ، وهو كما تقدم قول
مرجوع في المذهب (1).

وعلى أية حال : لم يكتب لهذا النص أن يقر ، ومن ثم بقي القضاء
مستقراً على العمل بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة الذي يقضي
بطلان تلك الشروط .

2- كانت هناك محاولة أخرى للمشرع المصري سنة 1956 للاتجاه
إلى تقنين أحكام الشروط المقتربة بالزواج من المذهب الحنبلي ، وذلك في
المشروع الذي أعده المكتب الفني لرئاسة الجمهورية ، إذ جاء في نص المادة
(4) منه أنه : "يُعتبر كل شرط متصلي بمهنة الرجل أو حالته المالية أو حال
أسرته ، ويكون القبول قد تم على أساسه ، فإذا تبين خلافة كان للمرأة طلب
الفسخ قبل الدخول " .

(1) ينظر : الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة ص 161 .
واجه في المادة (25) : "يعتبر الفسخ بمقتضى المادة السابقة نقضاً للعقد من أساسه، ويعود للمرأة ما عساها أن يكون لها من حقوق سقطت بالزواج.

كما نص في المادة (26) منه على أنه : "إذا تم الفسخ وفقاً للمادة (25) فللزوج أن يسترد ما أده من مهر إذا لم يكن قد اختص بالزوجة خلوة صحيحة" (1).

ويلاحظ أن:

المشرع وإن اتجه في هذا المشرع إلى الأخذ بالمذهب الحنبلي في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط، لكن ذلك قد جاء في إطار ضيق جداً، حيث قصر ثبوت الحق في الفسخ على المرأة فقط دون الرجل، كما حصر الشروط المعتبرة في الفسخ في نطاق ضيق جداً، إذ نص على الشروط المتعلقة بمهنة الرجل وأحواله وأحوال أسرته قبل العقد مما كان بقبوله زوجاً على أساسها -مع أن حكم التغري في خصائص الكفاءة يشملها- فضلاً عن قصر مطالبة المرأة بحقها في الفسخ على ما قبل الدخول.

(1) نظر : فضيلة الإمام محمد أبو زهرة ص 162 مرجع سابق.
وعليه: فإن ما عدا ما نص عليه: من حق المرأة في المطالبة بالفسخ.

بعد الخلو للإخلال بالشروط المذكورة، وكذا ثبوت الحق لها في الفسخ بغير تلك الشروط والتي تزيد أهمية ونفعًا من الشروط المذكورة إن لم تساربها، لتصلبها بمستقبل الزوجة كشرط عدم الزواج عليها أو عدم إخراجهما من بلدها ونحوهما، فضلاً عن ثبوت الحق للرجل في الفسخ عند الإخلال بشرطه المعتبر شرعاً، فكل هذا يكون الحكم فيه وفقاً لأرجح الأقوال في المذهب الحنفي، والذي يقضي ببطلان الشروط وعدم لزومها لكونها ليست من مقتضى العقد ولا ورد بجوازها نص ولا استقر العرف على العمل بها.

وقد استحسن فضيلة الإمام محمد أبي زهرة - رحمه الله - عدول المشروع المصري عن إقرار مشروع سنة ١٩٢٦م إلى هذا المشروع تلاقياً للنقد الموجه إلى مذهب الإمام أحمد - في نظر فضيلته - والمتمثل في أن استعمال الشروط في الفسخ بعد الدخول سبب هب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قسوة ويجعل الزواج في النظام الإسلامي مقاربًاً للزواج المدني في المدن اللاهية في أوروبا وأمريكا يعد لرغبة عارضة وفسخ لمثلها، ثم يقرر فضيلته أنه إذا كان الفسخ قبل الدخول - وفقاً لهذا المشروع - ففي الأخذ بالمذهب الحنفي فائدة (١).

(١) بنظر: المرجع السابق بذات المرجع.
وأياً ما كان الأمر فقد لقي هذا المشروع مصير سابقه فاندربسا معاً.
وتقدم عليهما العهد.

3- آخر محاولة للمشروع المصري نحو الاقتراب من المذهب الحنيفي في مسألة الشروط المفروضة بعقد الزواج تمثلت في إصدار لائحة الماذونين الجديدة في ل/8/002 م والتي تنص في المادة (32) فقرة (5) على أنه: "على الماذون قبل توثيق العقد أن يبصر الزوجين أو من ينوب عنهما بما يجوز لهما الاتفاق عليه في عقد الزواج من شروط خاصة، ومنها على سبيل المثال الاتفاق على من تكون له ملكية ممتلكات منزل الزوجية في حالتي الطلاق أو الوفاة، الاتفاق على رصد مبلغ مقطوع أو راتب دوري يدفعه الزوج لزوجته إذا طلقها يغير رضاها، الاتفاق على تفويض الزوجة في تطبيق نفسها.

وذلك كله فيما يزيد على الحقوق المقررة شرعاً وقانوناً ولا يمس حقوق الغير، وعلى الماذون أن يثبت ما تم الاتفاق عليه من المسائل السابقة أو أي اتفاق آخر لا يحل حرماً أو يحرم حالاً في المكان المعد لذلك بوثيقة الزوج.

ويلاحظ في ذلك: اتجاه المشروع إلى الأخذ بمذهب الحنابلة في إفساح المجال أمام إرادة العاقدين في اشترط ما يحقق نفعهما ما لم يحل حرماً أو يحرم حالاً، حيث خصص لذلك محل في وثيقة الزواج الجديدة.
ولكن يألب المشرع ولوج بيت الحنانية بعد أن طرق بابه، فينكل عن وضع نص قانوني يكفل تحقيق قصد من الإقرار بسلطان إرادة العاقدين في الاشتراط في الزواج بتخويل حق الفسخ لصاحب الشرط عند عدم الوفاء بشرطه.

ولعل مسلك المشرع المصري هذا يثير الدهشة والغرابة بل العجب؛ إذ نص على حق العقادين في الاشتراط مخصصاً لذلك مالاً في وثيقة الزواج دون أن ينص على جزاء الإخلال بالشرط.

وكأنه يمر بالماء أمام ظمان مقتضاً أن لا يتناوله إياه؛ إذ ما جدوى إتاحة الفرصة للعاقدين في إثبات شروطهما في وثيقة الزواج في حين أن المعمول به عند الإخلال بالشرط هو ما قرره المذهب الحنفي من بطلان الشرط وعدم ثبوت حق الفسخ لعدم الوفاء به، إذ ذلك ما يجب على القضاء إعماله بشأن ما يثور من منازعات تتعلق بالشروط المثبتة في وثيقة الزواج طبقاً لنص المادة الثالثة من القانون رقم (1) لسنة ٢٠٠٠م). ١

١ ينظر في هذا المعني: الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المصري لأساتذة الدكتور
عبد العزيز رمضان سمن - حفظه الله - ص ٢٢ - ٧٤ لدار النهضة العربية القاهرة ط/ خامس ٢٠٠٧ م.
لا سيما أن كثيراً من البلاد العربية والإسلامية قد أخذت به واعتمدت عليه في سن قوانينها فيما يتعلق بهذه القضية.

ولنأخذ من وراء القصر وهو يجري السبيل
الخاتمة

- اسأل الله تعالى حسنها -

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحابه ومن والاه وبعد:

فقد توصلت في ختام البحث إلى عدة نتائج وتوصيات، ومن أهمها ما يأتي:

1- عناية الفقه الإسلامي بقضية الشروط المقتضية بعقد الزواج لما لها من عظيم الأثر على صحة العقد واستقرار الحياة الزوجية وتمام الرضا بين الأزواج بل وأسرهم.

2- اتفاق الفقهاء على مشروعية الشروط الملائمة لمقتضى عقد الزواج، واتفاقهم أيضاً على عدم مشروعية الشروط المنافي لمقتضي العقد.

3- اختلاف الفقهاء في مشروعية الشروط التي لا تلائم عقد الزواج ولا تنافيه وقد رجح البحث بالأساس الدقيقية مشروعيتها وفقاً لما اتجه إليه الفقه الحنفوي، فهو أوسع المذاهب الفقهية في ذلك وأقربها إلى تحقيق مقاصد الشارع الحكيم.

4- اتفاق الفقهاء على عدم تأثير الشرط الملائم لمقتضى الزواج في صحته لأنه من موجبات العقد، واتفاقهم في تأثير الشرط المنافي لمقتضى الزواج في صحة العقد، وقد رجح البحث رفع الالتزامية بفسخ العقد وفسخه قبل الدخول مع مضضية بعد الدخول بتمير المثل مراعاة لخلاف من أبطل الشرط وحده، ومن أبطل الشرط والعقد معاً.
5- اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم تأثير الشرط غير الملائم ولا المنافي للزواج في صحة العقد خلافاً للظاهرة فيبطل الشرط والعقد معاً.

6- اختلف الفقهاء في لزوم الشرط غير الملائم ولا المنافي لمقتضى عقد الزواج، وقد رجح البحث بالأسانيد العلمية قول الحنابلة بزومه، وثبوت الحق في الفسخ لمشرطه عند عدم الوفاء به خلافاً للجمهور؛ لأن فيه فقهاً دقيقاً وعملاً بمقتضى النقل والعقل، أما النقل فلعدم وجود دليل شرعي على مخالفته الشرط للشرع، وأما العقل فلا استصحاب الإباحة الأصلية الثابتة للعقود والشروط، ورعاية مصالح العباد المنوطة بشروطهم المقترونة بالعقد.

7- التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط ليس إرضاً، بل هو خيار لمطلب الشرط إذ انتهى قانوني، وإن شاء استعمله وإن شاء أسقطه. دفعاً لتوأم أن في إقرار العمل بالمذهب الحنفي فتحاً لباب اختياع عقود الزوجية. وأيضاً قد رجح البحث القول بافتقاره إلى حكم القاضي احتياطاً لشأن الفرقة.

8- نظم الفقه الحنفي أحكام التفريق لعدم الوفاء بالشرط تنظيماً دقيقاً تمثل في وضع ضوابط لثبوت هذا الحق وكيفية استعماله وأسباب سقوطه وأثره على المهر والمنعسة والائدة والنفقة على النحو المبين في البحث.

9- عدم معالجة قانون الأحوال الشخصية المصري قانوني للحالة المعلن من البحث قضية الشرط المقرنة بعقد الزواج، ومن ثم يكون قول السادة الحنفي ببطلان تلك الشروط وصحة العقد وعدم جواز التفريق لعدم الوفاء بها هو الواجب التطبيق كما هو معلوم.
10- كان للمشرع المصري محاولات عديدة في الاتجاه إلى الأخذ بالمذهب الجنيني في الشروط المقتزمة بعقد الزواج لكن لم يكتب لشيء منها أن يقر تشريعاً.

11- يوصي البحث بضرورة استجابة المشرع الوضعي لحاجة المجتمع المصري إلى تقنين مسألة الشروط المقتزمة بعقد الزواج أخذًا من المذهب الجنيني تسيرًا على الناس ورفعا للضيق والحراق عنهم ورعاية مصالحهم.

... هذا وأتضرع إلى الله سبحانه وتعالى أن يعم به النفع وأن يتجاوز عن التقصير والزلزال، وأن يجعل ما بذلته فيه من جهد سبباً للمغفرة والرحمة يوم الحساب لي ولولادي وأساتذتي ولكل مطلع عليه ممن يحب العلم ويوقره أهله.

وآخر دعاوا أن الحمد لله رب العالمين وصلي الله وسلم على خاتم النبيين والملفين.

«رَبَّهَا لا تُؤَاخِذِنَا إِن نَّسِيهَا أَوْ أَخَطَأْنَا رَبَّهَا وَلا تَحِمِّلِ عَلَيْهَا إِصِزاً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِوْ قَبْلِهَا رَبَّهَا وَلا تُحَمِّلْهَا مَا لا طَاقَةَ لَهَا بِهِ وَاعِفُ عَهْهَا وَاغْفِرْ لَهَا وَارِحَمِهَا أَنِتَ مَوِلَانَا فَانصُزِنَا عَلَى الْقَوْمِ الْمُجَافِرِينَ»

سورة البقرة (286)

130
نفدت أهم مراجع البحث

أولاً: مكتب التفسير وعلوم القرآن:
- أحكام القرآن: أبو بكر الحصاص تح/محمد الصادق قمحاوي ط/دار إحياء
  التراث العربي بيروت ١٤٠٥ هـ.
- أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي تح/محمد عبد القادر عطا
  ط/دار الفكر بيروت ١٣٨٤ هـ.
- تفسير الطبري المسمى جامع البيان من تأويل القرآن: محمد بن جرير الطبري
  ط/دار الفكر بيروت ١٤٠٥ هـ.
- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ط/دار
  الشعب القاهرة ١٣٨٣ هـ.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل ط/مؤسسة قرطبة مصر.

ثانياً: مكتب الحديث الشريف وشروحه وعلومه:
- إحكام الإحكام شرح عمة الأحكام: ابن دقيق العبد تح/أحمد محمد شاكر
  ط/مكتبة السنة القاهرة ط/أولي ١٤١٨ هـ-١٩٩٨م.
- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأنصار: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد
  البر القرطبي تح/سالم محمد عطا، محمد علي معوض ط/دار الكتب العلمية
  بيروت ط/أولي ١٣٩٩ هـ.
- بلغ المرام من آدلة الأحكام: الحافظ ابن حجر العسقلاني مطبوع مع شرحه
  سيل الإسلام ط/ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ط/ ثانية
  1400 هـ.

- سيل السلام شرح بلغ المرام من آدلة الأحكام: الإمام الصنعاني ط/ جامعة
  الإمام محمد بن سعود بالرياض ط/ ثانية 1400 هـ.

- سنن الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي تح/ أحمد محمد
  شاكر وأخرون ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت دت.

- سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني تح/ السيد عبد الله هاشم
  يمني ط/ دار المعرفة بيروت 1386 هـ-1966 م.

- شرح الزرقاني على الموطأ ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى 1411 هـ.

- شرح النووي على صحيح مسلم: الإمام يحيى بن شرف النووي ط/ دار إحياء
  التراث العربي بيروت ط/ ثانية 1392 هـ.

- شرح صحيح البخاري: ابن بطال القرطبي تح/ أبو تميم بابكر إبراهيم ط/ مكتبة الرشد بالرياض
  1433 هـ - 2003 م.

- صحيح البخاري: محمد بن إسحاق أبو عبد الله البخاري تح/ د/ مصطفى ديب
  البغا ط/ دار ابن كثير ودار اليمامة بيروت 1407 هـ - 1987 م.

- صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشري النيسابوري تح/ محمد فؤاد
  عبد الباقى ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت دت.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري : الإمام بدر الدين العيني ط/ دار إحياء
التراث العربي بيروت د ت.

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري : ابن حجر العسقلاني ط/دار المعارفة
بيروت 1379 هـ.

- المستدرك على الصحيحين : محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري
تح/مصطفى عبد القادر عطا ط/دار الكتب العلمية بيروت ط/أولي 1411 هـ.

المصنف : ابن أبي شيبة تج
كمال يوسف الحوت ط/ مكتبة الرشد الرياض
ط/أولي 1409 هـ.

المصنف : عبد الرزاق الصنعاني تج
حبيب الرحمن الأعظمي ط/ المكتب الإسلامي بيروت 1403 هـ.

- المنتقى شرح موطاً الإمام مالك : أبو الوليد سليمان الباجي المالكي ط/ مطبعة
المعاداة القاهرة ط/أولي 1332 هـ.

- نيل الأطرار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار : محمد بن علي بن
محمد الشوكاني ط/ إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالسعودية د ت.

ثالثا: مكتاب أصول الفقه وقواعد:

- الإحكام في أصول الأحكام : ابن حزم الظاهري ط/ دار الحديث القاهرة
1404 هـ.
- الأشياء والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: جلال الدين عبد الرحمن السباعي ط/كتبة وطبعة مصطفى البابي الحلي 1385 هـ/1965 م.
- أصول الفقه: الإمام محمد أبو زهرة ط/دار الفكر العربي القاهرة 1427 هـ.
- أصول الفقه: الشيخ محمد زكريا البريدي ط/دار النهضة العربية القاهرة 1971 م.
- أصول الفقه: د / زكي الدين شعبان ط/مطبعة دار التأليف القاهرة 1965 م.
- إعلام الموقفين عن رب العالمين: ابن القتيبة الجوزية ط/عصم الدين الصوابطي ط/دار الحديث القاهرة 1435 هـ/1402 م.
- غمزم عيون البصائر شرح الأشياء والنظائر: شهاب الدين الحموي ط/دار الكتب العلمية بيروت ط/أولى 1485 م.
- القواعد النورانية الفقهية: الشيخ الإسلام أحمد بن تيمية تح /عبد السلام محمد علي ط/دار الكتب العلمية بيروت دت.
- المذهب الحنفي:
  - البحر الرائح شرح كنز الدقائق، ابن نجيب الحنفي ط/دار المعرفة بيروت دت.
  - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي مطبوع مع حاشية الشلبى ط/الطبعة المطبعة.
  - الكبير الأميرية مصر وصورتها دار الكتاب الإسلامي 1313 هـ.
  - حاشية ابن عابدين على الدر المختار للحصكي ط/دار الفكر بيروت 1411 هـ - 1991 م.
  - شرح أعمى على الهداد، أكمل الدين بن محمد بن محمود البابرتي مطبوع مع الهداد وشرح فتح القدير ط/دار الفكر بيروت دت.

المستصفى: حجة الإسلام أبو حامد الغزالي ط/دار دار إحياء التراث العربي.
- بيروت ط/ثالثة 1414 هـ - 1993 م.
- المسودة في أصول الفقه: آل نعيمية ط/المكتبة المصرية للنشر ط/أولي 1428 هـ.

هـ، رابعا: مكتبة الفقه الإسلامي:
- شرح فتح القدر: كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام،
ومعه تكملة شرح فتح القدر للقاضي زادة مطبوع مع البداية ط/دار الفكر
بيروت دت.
- الفتاوى الهندية: نظام الدين وجماعة من علماء الهند ط/دار الفكر بيروت
1911۱۴۱۱هـ.
- المبسوط : شمس الأئمة محمد بن أبي سهل السرخسي ط/دار المعرفة بيروت
19۱۴۹۳م-
- البداية شرح بداية المبتدئي : شيخ الإسلام برھان الدين المرغینی مطبوع مع
شرح فتح القدر ط/دار الفكر بيروت دت.
- المذهب المالكي:
- الشرح الصغير : الشيخ أحمد الدردیر مطبوع مع حاشیة الصاوای ط/دار
السودانية للكتب الخرطوم ط/أولی۱۴۱۸/۱۹۹۸م.
- الفواکه الدوآیی على رسالة ابن أبي زید الفیروایی : أحمد بن عثمان بن سالم
العراوی ط/دار الفكر بيروت ۱۴۱۵هـ.
- حاشیة الدسویقی على الشرح الكبير: الشيخ محمد عرفه الدسویقی ط/دار احياء
الكتب العربية عيسى البایلی البحري القاهرة دت.
- حاشیة الصاواي السماة : بلغة مسالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك
: الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي ط/دار السودانية للكتب الخرطوم
۱۴۱۸۱۹۹۸م-
- شرح الخرشی على مختصر خلیل ط/دار الفكر بيروت دت.
- فتح العلي المالك في الفتاوى على مذهب الإمام مالك : الشيخ محمد عليش ط.
- دار المعرفة بيروت دت.
- بداية المجتهدين ونهاية المجيد : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن شهد
- الحفيد القرطبي ط/دار الحديث القاهرة ١٤٢٥ هـ ١٩٠٢ م.
- الشرح الكبير على مختصر خليل : الشيخ أحمد الشردي مطبوع مع حاشية
- الدسوقي ط/دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحليم. القاهرة دت.
- القوانين الفقهية : أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي تحت / عبد الله المناخاوي
- ط/دار الحديث القاهرة ١٤٢٦ هـ ١٩٠٥ م.

٢. المذهب الشافعي:
- الأم : الإمام الشافعي تحت / أساتذة الدكتور / محمد إبراهيم الحفناوي ط / دار
- الحديث القاهرة ١٤٢٩ هـ ١٠٠٨ م.
- الحاوي الكبير في فقه الشافعي : الإمام الماوردي تحت / علي محمد معاوض،
- عادل أحمد عبد الموجود ط/دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٩ هـ ١٩٩٩ م.
- المنهب : الإمام أبو اسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي مطبوع مع المجموع
- وتمكنته ط/دار الفكر بيروت دت.
- الوسيط : حجة الإسلام أبو حامد الغزالي تحت / أحمد محمود إبراهيم، محمد
- محمد تامر ط / دار السلام القاهرة ١٤٢٧ هـ.
- تكملة المجموع : فضيلة الشيخ بخيت المطيري طط/دار الفكر بيروت دت.
- روضة الطالبين : الإمام يحي بن شرف النووي ط/المكتبة التوفيقية القاهرة دت.
- المذهب الحنيبي:

الروض المربع شرح زاد المستقنع: الإمام البحبسي تح د/ عمان عامر ط/ دار الحديث القاهرة 1425 هـ-2004 م

الشرح الكبير: ابن قدامة المقدسي مطبوع مع المغني ط/ دار الحديث القاهرة 1416 هـ-1996 م.

الانصاف في معرفة الرافج من الخلاف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنيبي تح/ محمد حامد الفقي ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت دت.

العدة شرح العمدة في فقه الإمام السنة أحمد بن حنبل: بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ط/ دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسي النابلسي الحليبي القاهرة دت.

الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: ابن قدامة المقدسي ط/ المكتب الإسلامي بيروت دت.

المبديع في شرح المقنع: ابن مفلح الحنفي ط/ المكتب الإسلامي بيروت 1400 هـ.

- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهج: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ط/ المكتبة التوفيقية القاهرة دت.


شرح الزركشي على مختصر الخرافي : شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي للزم د/ عبد المنعم خليل إبراهيم ط/ دار الكتب العالمية بيروت ط/ أولي 1423 هـ - 2002 م. 


- نظرية العقد: شيخ الإسلام أحمد بن نعيمية تح / محمد حامد الفقي ط / مكتبة السنة المحمدية القاهرة د ت.

- المذهب الظاهري:
  - المحقق بالأثار: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري ط / دار الأفاق الجديدة بيروت د ت.
  - خمساء: مكتبة فقهيت معاصرة:
    - أحكام الأسرة في الإسلام: د / محمد مصطفى شلبي ط / الدار الجامعية بيروت ط / رابعة 1983 م.
    - الأحوال الشخصية: الإمام محمد أبو زهرة ط / دار الفكر العربي القاهرة د ت.
    - بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (نظرية الشروط المقترنة بالعقد تقييدًا في الفقه الإسلامي المقارن) : د / فتحي الديريني ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / ثانية 1429 هـ- 2008 م.
ابن حنبل: الإمام أبو زهرة ط/دار الفكر العربي الفاخرة دت.
الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المصري: أستاذ الدكتور/ عبد العزيز رمضان سمك ط/دار النهضة العربية القاهرة ط/خامسة ٢٠٠٧م.

سادسًا: مكتبة اللغة والمعالم:
تاج العروس من جواهر القاموس: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ط/دار التدابير.
القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ط/مؤسسة الرسالة.
القاموس البيروتي: ط/أولى دت.
اللغة العربية: محمد بن مكرم بن منصور ط/دار صادر بيروت ط/أولي دت.
المعجم الوجيز: محمد القاسم البرغوثي ط/وزارة التربية والتعليم.
المختار الصحاح: ط/أبو بكر الرازي تح/ محمود خاطر ط/مكتبة لبنان.

ناشرون بيروت ١٤١٥ هـ-١٩٩٥ م.
الفهرس