



المملكة العربية السعودية
 جامعة الملك عبد العزيز
 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

٢٢٩٦

الشروط في التلقا

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية
 قسم الأصول والفقه - فرع الفقه

مقدمة من الطالبي

شاكِر محمد بكرى

بإشراف الدكتور

محمد شكري محمد رسول



٢٦٦

١٤٠١ - ١٩٨١

٥ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى أَبْنَتَيَّ
هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي جَمِيعًا فَإِنِ أَتَمَمْتِ
عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَمُوتَ عَلَيْكَ
سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ * قَالَ
ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتَ
فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ وَاللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ

المقصود ، آية « ٢٧ ، ٢٨ »

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

« إنَّ أحمقَ ما وافيتم به من الشروط
ما استحللتم به الفروج »

منفق عليه

وقال الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه

« مفاطع الحقوق عند الشروط »

رواه البخاري

الإهداء

إلى الذين تشرفت بالتحصيل على أيديهم ، أهدى
مقدمة جهدي ، وتمهيداً لنشائي عرفانا باجميل
لأهله ، ومحاولة متواضعة بالشكر لمستحقه ، راجياً
أن يقبلوها بأحسن ما فيها ، فإنهم أحق بذلك
وأهله .

شاكراً محمد بن بدي

- ب -

شكـر وتقدـير

اللهم انك تعلم أن السوءولين في هذه الجامعة ، والعاملين بها
وأساتذتها ومشايخها ، قد طوقوني بفضل أعجز عن القيام بحقه ، وخطونسي
بحلية العلم في دينك ، كي أقوم على خدمته ، لا سيما أستاذي وشيخي
فضيلة الدكتور محمد رشدي ، الذي أشرف على هذه الرسالة ، فقد أعطاني
من فكره ، ما أعطاني على تقليب الآراء . ومن خبرته ما ساعدني على رؤية الوجوه
المتعددة في المقام الواحد . ومن وقته ما لولاه لتأخر هذا النتاج الذي
العام القابل .

اللهم اني اسألك بأسمائك الحسنى ، وبرحمتك التي وسعت كل
شيء ، أن تجازيهم عنى خيرا ما جازيت عاملا عن عطه ، وأن تجعلهم ربانيين
يهدون بهديك ، من الذين أنعمت عليهم ، غير المفضوب عليهم ، ولا الضالين
واشطني بلطفك معهم ، انك سميع مجيب .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة المحسنات

الحمد لله الذي جعل هذه الأمة ، صاحبة الكلمة العليا ، والامامة
في الناس ، فاحترمت كلمتها في المواثيق والمعهود . وشاع ذلك عنها ،
فعرفت به ، وعرف عنها بل بها ، فأمنها القاصي والداني ، والمحب والقاتل .
بمجرد أخذ عهد منها ، أو عقد ميثاق معها . والصلاة والسلام على امام
المرسلين ، والصادق الأمين ، والرحمة المهداة للعالمين - الذي جعل
الخلف (١) في الكلمة ، والكذب فيها ، من امارات النفاق ، الذي لا يجعل
صاحبه في الدرك الأسفل ، في النار الأخرية فقط ، بل في نار العزلة فسي
الحياة الدنيا أيضا . ان حسب الانسان ، هزلا وضعفا ، بل ضياعا وهوانا
على الناس ، أن لا يفي بما التزم لهم ، أو يفقد وافية مواقع كلماته ، فلا هو
مأمون الصدق في الوفاء ، ولا هو في حديثه مأمون الصدق ، وعلى آله وأصحابه
القر الميامين .

وبعد : فان الشروط في العقود عموما ، وفي عقد النكاح خصوصا .
من أهم الموضوعات التي تعتلج بها قلوب الناس وأفكارهم ، ان لا يخلو عاقد
على الأغلب ، من التفكير في مصالح يرجوها بعد عقده ، أو صفات يود لو تتحقق
فيمن يوقع معه هذا العقد . والحاجة الملحة لكل عاقد أن يجد سبيلا

(١) الخلف بالضم : الاسم من الاخلاف ، وهو في المستقبل كالكذب فسي

للإلزام بما يروم التوصل اليه .

وما أن الطريق الوحيد الى هذا الإلزام ، هو اشتراط كل عاقد ما يرغب فيه ، واتجهت رغبتى الى موضوع الشروط فى العقود ، واخترت منها - الشروط فى النكاح - لما لهذا الموضوع من أهمية ، فى الفقه الاسلامى ، وفى حياة المسلمين ، ولما يختص به عقد النكاح من أبحاث تكاد لا توجد فى غيره .

وعلى الرغم من أن موضوع البحث سوف ينحصر فى النكاح ، الا أنى أستطيع أن أوكد للقارىء أن هذا البحث يعطى الصورة الكاملة أوكساد ، للشروط فى جميع العقود على الاطلاق . وذلك راجع فى الأعم الأغلب الى وحدة الأدلة التى ترجع اليها الأطراف المتنازعة فى مسألة الشروط .

وعندما أقدمت للكتابة فى هذا الموضوع - الشروط فى النكاح - كان أمامى عدة فرص لتبويه ، منها أن يوزع البحث من حيث صاحب الشرط - الرجل أو المرأة - أو من حيث ملائمة الشرط لمقتضى العقد ، وعدم ملائته . أو من حيث صحة الشرط وعدمها .

وما أن التقسيم الثالث ، أسلم التقاسيم من مشكلة التداخل بين الأقسام ، وأبعد عن تشتيت القارىء ، اذا أراد معرفة ما يصح من الشروط وما يبطل ، وما لا يبطل العقد منها وما يبطله ، اخترت هذا التقسيم . ووضعت الخطة على أساسه .

فكانت خطة البحث على بابين ، الاول للشروط الصحيحة ، والثانى للشروط الفاسدة . ووضعت تحت الباب الأول فصلين الأول للشروط الصحيحة التى يقتضيها العقد ، والثانى للشروط الصحيحة التى لا يقتضيها العقد

ولا تغل بمقصوده . وتحت الباب الثاني فصلين أيضا ، الأول للشروط الباطلة التي تبطل العقد ، والثاني : للشروط الباطلة التي لا تبطل العقد .

وقدمت للبابين بتمهيد ، تكلمت فيه عن تعريف النكاح والشرط ، وعن محل الشرط ، وعن قيام الظن والعرف مقام الشرط ، ثم ختمت التمهيد بمبحث عزيز ، قد لا تجده في غير هذا المجموع ، وهو مبحث الصحة والبطان والفساد في النكاح ، وهو ثمرة من بعض توجيهات الاستاذ بل الوالد المشرف على هذه الرسالة . ان لم يكن في عزمي أن أكتب في ذلك .

وبعد أن انتهيت من البحث في موضوع الرسالة ، جعلت خاتمتها في أهم النتائج التي توصلت اليها من خلال البحث . وهي نتائج فيما احسب هامة ، سواء بالنظر للفقهاء الاسلامي عامة ، أو بالنظر لموضوع الرسالة .

أما عن طريقتي في بحث المواضيع ، فتتلخص فيما يلي :

- ١ - أذكر التعريف اللفوي والاصطلاحى لكل موضوع الا نادرا .
 - ٢ - أعرض المذاهب بأسلوبى الخاص ، ولا أتعرض لذكر النصوص الفقهية الا اذا اقتضى المقام ذلك . وأحيانا أنكر قطعة من النص في الهامش .
 - ٣ - أنكر أدلة المذاهب حسب ترتيبها عند العرض .
 - ٤ - أنكر مناقشة الأدلة بعد ذلك .
 - ٥ - وبعد أن أنتهى من المناقشة أنكر القول الذى أستظهر رجحانه ، اما مباشرة بعد المناقشة ، واما في عنوان مستقل باسم " نتيجة المناقشة " .
- والله أسأل أن لا يجعل نتيجة هذا البحث مغتصرة على شهادة علمية ،

أو شارة رسمية ، أو غرض دنيوي ، أو شهوة من شهوات النفس خفية .
وأن يجعل سبحانه ، ما أصبت الحقيقة فيه من المرشد الى دينه ،
الواقية من غضبه . وأن يشملني برحمته ومغفرته فيما أخطأت الصواب فيه ،
بسبب من كلال الذهن ، أو فتور في العزيمة ، أو قلة الحاصل من مخافته
وتقواه ، وأن يجعل ذلك من اللوم الذي تمحيه الصلوات ، وتشمله في رحمة
الله - التي وسعت كل شيء . منة وفضلا .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

تمهيد

ونذكر فيه ما يلي :

- أولا : تعريف النكاح ، لفة ، وفي لسان الشارع ، وفي اصطلاح الفقهاء .
 - ثانيا : تعريف الشرط ، لفة ، واصطلاحا .
 - ثالثا : محل الشرط في عقد النكاح .
 - رابعا : قيام العرف مقام الشرط في عقد النكاح .
 - خامسا : قيام الظن مقام الشرط في عقد النكاح .
 - سادسا : الصحة والبطالان والفساد في عقد النكاح .
-

أولاً : تعريف النكاح

أ - النكاح في لغة العرب :

يطلق النكاح في اللغة ويراد به الوطء ، وقد يراد به العقد ،

بل ويراد به الأعم منهما أحياناً . (١)

ومن معنى النكاح بمعنى العقد قول الأعشى : (٢)

ولا تقرين جارة أن سرّها عليك حرام ، فانكحن أو تأبدا

ومن مجيئه بمعنى الوطء قول الشاعر : (٣)

ومن أيم قد أنكحتنا وطحننا وأخرى على خال وهم تلهف

ومن مجيئه بالأعم من الوطء والعقد قول الشاعر : (٤)

ضمنت إلى صدرى معطر صدرها كما نكحت أم الفلام صبيها

لهذا كله اختلف علماء اللسان من أهل العربية في المعنى الذي وضع له

لفظ النكاح :

فذهب الأزهري : إلى أن أصل النكاح في كلام العرب الوطء ، وإنما يقال

للتزوج نكاح ، لأنه سبب الوطء المباح . (٥)

فعلى هذا : يكون النكاح ، حقيقة في الوطء ، مجازاً في العقد ،

علاقته السببية .

(١) الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج ١ ، ص ٢٥٤ ، لسان العرب ج ٢ ، ص / ٦٢٥ .

(٢) الفيومي ، المصباح المنير ، ج ٢ ، ص ٢٩٥ - ٢٩٦ .

(٣) أبو الفضل ، لسان العرب ، ج ٢ ، ص ٦٢٥ .

(٤) فتح القدير لابن الهمام ج ٣ ، ص ١٨٥ .

(٥) لسان العرب ، ج ٢ ، ص ٢٢٦ .

وذهب ابن فارس وغيره ، الى أن النكاح يطلق على الوطء وعلى العقد
دون الوطء . (١) وكذلك قال ابن الوطية فقد جاء عنه : تقول نكحتها
إذا وطئتها أو تزوجتها . (٢) . وعلى هذا يكون النكاح من باب
المشترك اللفظي ، ان قيل انه ليس مأخوذا من المعنى الأعم ، لأنه لا يفهم
واحد من قسميه الا بقريئة . (٣)

ويقال : ان النكاح مأخوذ من : أنكحة الدواء ، اذا خامره وغلبيه
أو تناكحت الأشجار ، اذا انظم بعضها الى بعض . أو من نكح المطر
الأرض اذا اختلط بثراها . (٤)

وعلى هذا يكون النكاح مجازا في العقد وفي الوطء جميعا ، لأنه
مأخوذ من غيره ، فلا يستقيم القول : بأنه حقيقة ، لانفيهما ، ولا في
أحدهما . والذي يؤيد هذا ، أنه لا يفهم العقد الا بقريئة ، نحو قولك
نكح خالد في بني فلان . ولا يفهم الوطء الا بقريئة ، مثل نكح زوجته .
وهذا من علامات المجاز .

(١) المصباح المنير ، ج ٢ ، ص ٢٩٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المصباح المنير ، ج ٢ ، ص ٢٩٦ .

ب - النكاح في لسان الشارع :

انعكس خلاف علماء اللغة في المعنى الذي وضع له لفظ النكاح ،
على تحديد المعنى المراد من لفظ النكاح ، إذا أطلق في لسان الشارع .
فذهب المالكية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) ، إلى
أن النكاح إذا أطلق في لسان الشارع ، كان حقيقة في العقد ، مجازاً في
الطهارة .

وذهب الحنفية إلى أن النكاح حقيقة في الطهارة ، مجازاً في العقد (٤) .
ومع هذا فقد اتفق الحنابلة مع الحنفية في المأخذ ، حيث قالوا : إن مأخذ
قولهم هو: أصل الوضع في اللغة .

بينما ذهب المالكية ، والشافعية إلى أن مأخذ قولهم ، هو النقل
الشرعي لهذه الكلمة .

-
- (١) الخرشى على مختصر خليل ، ج ٣ ، ص ١٦٤ - ١٦٥ .
 - (٢) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ١٧٣ .
 - (٣) ابن قدامة ، المفنى ، ج ٧ ، ص ٣ .
 - (٤) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٨٥ .

الأدلة :

قد عرفنا أن المالكية والشافعية والحنابلة القائلين بأن النكاح ، حقيقة
في العقد ، مجاز في الوطء ، مختلفون في التأخذ ، ولهذا اختلفت أدلتهم
باختلاف ما أخذهم .

فبما أن الحنابلة كان مأخذهم وضع اللفظة ، كانت أدلتهم ولا غرو من
استعمال العرب للفظ النكاح بمعنى العقد . وأنه المتبادر من هذا اللفظ
عند الإطلاق .

والشارح - كما يقولون - إنما استعمله حسب وضع اللفظة ، (١)
ولهذا اشتدت المعارضة بينهم وبين الأحناف ، إذ كان مأخذهم واحد
مع اختلاف الحاصل بيد كل منهما .

وكانت أدلة الفريقين تدور حول استعمال العرب لهذه الكلمة (٢) ،
ولما كان علماء اللسان في العربية لم يتفقوا على رأى ، وكل منهم يسوق الحجج
من الاستعمال لما ذهب إليه ، كان يسيرا على هؤلاء وهؤلاء ، أن يسندوا
ما ذهبوا إليه بمرشحات شعرية ، ومناشير ، وقد أوردت كتب المعاجم الكثير
من ذلك .

وبما أن الشافعية والمالكية ، كان مأخذ قولهم ، هو النقل الشرعى ،
لا الوضع اللفوى ، كانت أدلتهم تدور حول استعمال الشارع لهذه الكلمة . إن
أنهم يتفقون مع الأحناف ، في أن أصل وضع الكلمة ، إنما هو الوطء فى
الراجح من مذاهبهم . على العكس مما ذهب إليه الحنابلة .

(١) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٧ ، ص ٣ .

(٢) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٨٥ .

فندكر أولاً ما استدل به المالكية والشافعية على النقل الشرعي ،
ثم نذكر ما استدل به الحنابلة على أن أصل وضع كلمة نكاح انما هو العقد .
ثم نذكر أخيراً ما استدل به الأحناف على عكس ما استدل له الحنابلة .

أدلة الشافعية والمالكية على النقل الشرعي :

استدل الشافعية والمالكية بما يلي:

ان الشارع استعمل كلمة النكاح بمعنى العقد ، ولم يرد استعماله لهـذـه
الكلمة بمعنى الوطء الا نادراً ، وكثرة الاستعمال أمانة من أمارات النقل
فيكون المتبادر منها عند الاطلاق في لسان الشارع هو العقد . وذلك دليل
الحقيقة لا المجاز . (١)

واستدل الحنابلة بما يلي :

ان كلمة نكاح ، موضوعة في اللفظة للعقد وضماً حقيقياً ، لأنه المتبادر
من هذه الكلمة عند الاطلاق في لسان العرب . وقد أبقاها الشارع على
أصل وضعها . (٢)

واستدل الحنفية بما يلي :

ان كلمة نكاح موضوعة في لسان العرب للوطء ، ولا يفهم العقد من هذه
الكلمة الا بقرينة ، فدل على أن كلمة نكاح موضوعة للوطء حقيقة ، وتستعمل
في العقد مجازاً ، والشارع انما استعملها على الوضع اللفوي . (٣)

(١) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ١٧٣ ، بلغة السالك ، ج ١ ص ٣٤٧ -

٣٤٨ .

(٢) المغني ، ج ٧ ، ص ٣ .

(٣) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٨٥ .

مناقشة الأدلة :

١ - مناقشة ما استدل به الحنابلة :

ما استدل به الحنابلة من أن أصل وضع كلمة نكاح في العقد ، وابقاء
الشارع لها على الوضع اللغوي فيه نظر :
لأن قولهم : ان أصل الوضع هو العقد غير سليم ، فقد رأينا أن علماء
اللسان في العربية مختلفون في ذلك .

على أن علماء اللسان لم يذهب أحد منهم ، الى استعمال النكاح في
العقد دون الوطء على جهة الحقيقة ، بل يقولون باستعماله في العقد وفي
الوطء على جهة الاشتراك . ويقولون باستعماله فيهما على جهة المجاز ،
اذا كان أصل الوضع لهذه الكلمة للأعم الأغلب منهما .

أما أن يقول أحد منهم باستعمال النكاح في العقد حقيقة ، وفي الوطء
مجازا فلم نجد ذلك .

و أما ما استدل به الحنفية فيرد عليه ما يلي :

ان قولهم : ان الشارع استعمالها على الوضع اللغوي ، غير سليم . لأمرين :
١ - اننا لم نجد الشارع يستعمل هذه الكلمة بمعنى الوطء الا نادرا . فكيف
يقال انه استعمالها على الوضع اللغوي .

٢ - ان الكلمات اذا صار لها حقائق شرعية ، وجب حملها على تلك الحقائق
كالصلاة ، والزكاة ، والصيام . ولا يجوز الرجوع بحال الى أصل الوضع
في العربية ، للتعرف على المعنى الحقيقي لهذه الكلمات .

٣ - ان أي انسان لو اصطح على وضع كلمة لمعنى ، وبين هذا الاصطلاح

لما جاز الرجوع في تفسير هذه الكلمة الى معاجم اللغة ، اذا أريد معناها عند هذا الانسان ، فكذلك الكلمات التي استعملها الشارع ، وأحدث لها معان وأحكام ، لم تكن مرادة عند أهل اللسان .

وهذا يتضح لنا أن أدلة الحنفية والحنابلة ، لم تسلم من الايراد عليها . فتكون غير مودية لما نصبت له - والله أعلم .

وأما ما استدل به المالكية والشافعية من النقل الشرعي فهو سليم فيما نحسب ، لا تعتوره الايرادات ، فيكون هو المذهب الراجح - والله أعلم .

ج - النكاح في اصطلاح الفقهاء :

عرف الاحناف النكاح بأنه :

" عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا " . (١)

أو بأنه :

" عقد وضع لتمليك منافع البضع " . (٢)

أو بأنه :

" عقد يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي " (٣)

وكلمة قصدا في التعريف الاول ، احتراز عن شراء الأمة للتسرى .

وقولهم في التعريفين الأولين " لتملك المتعة " و " لتمليك منافع البضع "

المراد بهما على الراجح من المذهب ، هو : حل الاستمتاع ، كما جاء في

التعريف الثالث ، لا حقيقة الملك . (٤)

وعرفه المالكية بأنه :

" عقد لحل تمتع بالأنثى غير محرم ، ولا مجوسية ، ولا أمة كتابية ، بصيغة " (٥)

وهذا التعريف قريب من التعريف الثالث للحنفية ، الا أنه أضاف الصيغة

ولا يعني هذا أن الصيغة لم تكن واجبة عند الأحناف ، عندما أهملوا ذكرها

في التعريف ، بل هي واجبة عند الجميع . الا أنهم استغنوا عنها بكلمة

عقد ، والمعقد هو لايجاب والقبول ، ولايجاب والقبول هما الصيغة بذاتها .

(١) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٨٧ .

(٢) العناية شرح الهداية ، مع فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٨٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ، ج ٣ ، ص ٣ - ٤ .

(٤) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٨٧ ، ابن عابدين ج ٣ ، ص ٣ - ٤ .

(٥) الشرح الصغير مع بلغة السالك ، ج ١ ، ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .

وعرفه الشافعية بأنه :

"عقد يتضمن اباحة الوطء بلفظ انكاح أو تزويج أو ما اشتق منهما" . (١) .

وعرفه الحنابلة بأنه :

"عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج" (٢) .

فلما كانت الصيغة ضيقة عند الشافعية والحنابلة ، حيث لا يصح عقد النكاح الا بهذين اللفظين - نكاح أو تزويج ، أو ما اشتق منهما - صرحوا به في التعريف . وأهمل الحنابلة في تعريفهم ، ذكر ما يفيد هذا العقد ، وليس معنى ذلك أنهم لم يتكلموا فيه ، بل ذكروا ذلك في الحديث على "المعقود عليه" فقالوا : والمعقود عليه هو : منفعة الاستمتاع ، لا ملك المنفعة" . (٣) .

وإذا أردنا أن نختار من هذه التعاريف ، تعريفًا جامعًا مانعًا خلال من الحشو والزيادة ، تعذر علينا ذلك . لأن تعريف الحنفية الأول مع أنه أخصر التعاريف وأجمعها ، وتفسير الملك فيه بالحلل ، يبقى ناقصًا ، لأن عقد النكاح يفيد حل الاستمتاع من الجانبين لا من جانب الرجل وحده .

وأما تعريفهم الثاني ، فغير مانع ، لدخول شراء الأمة للتسرى ، فان قيل بالاحتراز عنه بكلمة "وضع" لأن الشراء موضوع لملك العين لا لملك المنافع

-
- (١) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٥-٦ .
 - (٢) كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٥-٦ .
 - (٣) نفس المصدر .

لم يسلم من النقص الذي ذكرناه في التعريف الأول .

وأما تعريفهم الثالث ، فمع احتواءه على النقص الذي ذكرنا ، لم يسلم من الحشو لأن قوله " لم يمنع من نكاحها مانع شرعي " لا داعي له مع قوله يفيد حل الاستمتاع ، لأن المانع من نكاحها مانع شرعي لم يفد العقد عليها حل الاستمتاع .

وهذه الصيغ مستعمدة ترد على تعريف الطالكية ، وفيه عيب آخر وهو أن

الصيغة في التعريف ، لأن المقدم هو الصيغة .

وأما تعريف الشافعية والحنابلة ، ففيه النص على ما يصح به النكاح وما لا يصح ، وذلك لا دخل له في الحدود . ولا لوجب على أهل كل مذهب أن ينصوا في تعاريفهم على الألفاظ التي يصح بها النكاح والتي لا يصح ، ولا قائل بذلك فيما أحسب .

ولعلنا إذا عرفنا النكاح بأنه :

" عقد يفيد حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة قصدا "

نكون قد أخذنا بأحسن ما قيل ، وأضفنا عطاء آخر إلى ما جاء عن سلفنا الصالح رحمهم الله .

ثانيا : تعريف الشرط

أ - الشرط في لسان العرب :

- يقال : شرط له ، وعليه ، كذا ، يشرط ، ويشترط - بكسر الراء في الاولى
وضمها في الثانية ، وسكون الشين فيهما - شرطا ، واشترط عليه ، شرط
وشارطة : شرط كل منهما على صاحبه .
والشرطة : كالشرط .
والشرط هو : " الزام الشيء " ولتزامه " . (١)
وفى المثل : الشرط أملك ، عليك أم لك . (٢)

(١) الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج ٢ ، ص ٣٦٨ ، لسان العرب ،

ج ٧ ، ص ٣٢٩ .

(٢) القاموس المحيط ، ج ٢ ، ص ٣٦٨ .

ب - الشرط في اصطلاح الفقهاء :

يتعرض الفقهاء ، لثلاثة أنواع من الشرط . وهو :

١ - الشرط الشرعي .

٢ - الشرط اللغوي .

٣ - الشرط الجعلى .

ويعرفون الشرط الشرعي ، بأنه :

" الذى يلزم من عدمه المدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم " . (١)

وأمثلة هذا في الشرع كثيرة ، كالأحصان للرجم ، والطهارة للصلاة .

وما أشبه ذلك .

ويعرفون الشرط اللغوي ، بأنه :

" ربط حصول مضمون جملة ، بحصول مضمون جملة أخرى " . (٢)

وذلك مثل : زوجتك ان جاء أبى ، أو ان رضيت أمها ، وما أشبه ذلك .

وهذا ما يسميه الفقهاء بالتعليق .

ويعرفون الشرط الجعلى ، بأنه :

" ما جزم به في الأول ، وشرط فيه أمر آخر " . (٣)

أو " ما جعل قيدها في شيء لمعنى في ذلك الشيء " كشرط في عقد . (٤)

وعرفه بعض الباحثين بأنه :

(١) الأسنوى على المنهاج ، ج ١ ، ص ٩٨ .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٣٦٧ .

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٧٦ .

(٤) شرح الكوكب المنير ، ج ١ ، ص ٤٥٣ .

"التزام المتصرف في تصرفه ، بأمر من الأمور ، زائد على أصل التصرف ، سواء"

كان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا ، وسواء كان فيه منفعة

للملتزم أم لغيره أم لا ، وسواء ثبت باللفظ أم لا " . (١)

وهذا التعريف كالشرح للتعريف الأول ، فليس فيه زيادة عليه مع قصر

الأول واختصاره .

(١) جمال محمود ، سبب الالتزام ومشروعيته ، ص ٣٧٧ .

ثالثا : محل الشرط

ونعنى بمحل الشرط : المحل المعتبر شرعا لذكر الشرط ، الذى

يجرى الاتفاق عليه بين المتعاقدين .

فقد يذكر المتعاقدان ، أو أحدهما ، ما يريدان أن يلتزما به فى صلب العقد

وهسمى بالشرط المقارن .

وقد يتفقان على هذا الالتزام قبل العقد ، ثم يهرمان العقد خاليا من ذكره ،

وهسمى بالشرط المتقدم .

وقد يحدثان هذا الالتزام بعد العقد وتماه ، وهسمى بالشرط المتأخر .

فاحتاج ذلك الى ثلاثة مباحث ، نبين فيها كل شرط على حدة ، ان شاء

الله .

أ - في الشرط المقارن ؛

والشرط المقارن هو ما وقع في صلب العقد ضمن ايجاب الموجب وقبول

القابل .

ويتفق الفقهاء في اعتبار صلب العقد ، أنه هو المحل الأصلي لذكر الشروط
فإذا ذكرت الشروط فيه ، كانت معتبرة في التأثير على العقد سلباً أو ايجاباً

ولحقتها أحكام الشروط قبولاً أو رداً . (١)

(١) أسهل المدارك ، ج ٢ ، ص ٩٩ ، المدونة الكبرى ، ج ٢ ، ص ١٩٨ ،

المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٦٧ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص

٣٥٧ ، منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٧٨ ، الروض المربع ، ج ٢ ، ص

٢٧٥ ، فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٥٠ ، المحلى لابن حزم

ج ٩ ، ص ٤٩١ ف ١٨٤٥ ، وص ٥١٧ ، ف ١٨٥٣ .

ب - في الشرط المتقدم :

إذا اتفق المتعاقدان على شروط بينهما ، قبل أن يعقدا عقد هـ ،
ثم عقدا المعقد خاليا من ذكر تلك الشروط ، اعتمادا على ما جرى بينهما من
اتفاق قبل المعقد ، فهل تلحق هذه الشروط في العقد ؟
اختلف الفقهاء في ذلك :

فذهب الجمهور إلى عدم اعتبارها (١) ، بينما ذهب الحنابلة في
الراجح من مذاهبهم إلى اعتبار هذه الشروط ملحقة بالعقد ، فما كان منها
صحيحا وجب الوفاء به وما كان منها فاسدا وجب اطراحه ، ثم ينظر في تأثيره
على العقد من حيث افساده وعدم افساده . (٢)

(١) أسهل المدارك ، ج ٢ ، ص ٩٩ ، مضمون المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢٠٨ ،

تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٥٧ ، المدونة الكبرى ج ٢ ، ص ١٩٨ ،

الأم للشافعي ، ج ٥ ، ص ٨٠ ، المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٦ -

٥١٧ ، ف ١٨٥٣ .

(٢) كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٨ ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ج ٣ ، ص

الأدلة :

استدل الجمهور بما يلي :

١ - ان الشرط انما يوثر في العقد ، اذا ذكر فيه ، لأن الفسخ رفع للعقد بالكلية ، فاشترط اشتماله على موجب الفسخ ، ليقوى على رفعه بعد انعقاده . (١)
بمعنى أن الشرط انما يوثر لاثبات الخيار عند تغلفه ، بأن لم يحصل الوفاء به ، ممن اشترط عليه ، فاما أن يرضى مع تغلف شرطه ، واما أن يفسخ العقد .

ولما كان الفسخ يرفع العقد ، ويجعله كأن لم يكن ، اشترط في سبب الفسخ أن يكون قويا ، ولا يكون قويا في تأثيره على العقد ، اذا لم يدخل في صلب العقد ، فيتوارد عليه الايجاب والقبول ، من كلا الطرفين والشرط المتقدم على العقد ليس كذلك ، فلا يصح اعتباره .

٢ - ان الشرط المتقدم على العقد ، انما هو وعد ، فلا يصح أن يلتحق بالعقد ويوثر فيه . (٢)

بمعنى أن الالتزام الواقع قبل العقد ، يعتبر التزاما أجنبيا على العقد وهو وان وجب الوفاء به من حيث كونه وعدا ، لا يمكن أن يلتحق بالعقد ، فيوثر فيه ، خيارا أو فسادا .

واستدل الحنابلة بما يلي :

١ - ان العقد انما ينصرف الى المعروف بينهما مما اتفقا عليه قبله ،

(١) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٥٧ ، مفنى المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢٠٩ .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٤٩٩ .

(١) كما تنصرف الدراهم والدنانير في العقود الى المعروف بين المتعاقدين .
بمعنى أن ما يقع من الألفاظ مطلقة في صيغ العقود ، انما يحمل على
الاطلاق اذا لم تكن هناك قرينة تقيد به ، فان وجدت قرينة تصرف اللفظ
عن اطلاقه ، وجب العمل بهذه القرينة ، وفسر المطلق على مقتضاها .
والمتعاقدان وهما يطلقان الايجاب والقبول في عقد هما ، بعد أن اتفقا
على شروط قبله ، لا يصح أن يحمل الايجاب والقبول على الاطلاق بل
يجب تقييد ما أطلقاه بما اتفقا عليه . كما وجب حمل مطلق الدنانير
والدراهم على المتعارف بينهما .

٢ - ان الأمر بالوفاء بالشروط ، عام ، فيشمل جميع ما يسمى شرطا سواء
وقع قبل العقد أو مع العقد ، وقبول أحد هما وترك الآخر تخصيص
بدون مخصص ، فلا يمكن قبوله . (٢)

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٥٠٠ .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٥٠٠ ، الانصاف ، ج ٨ ،

المناقشة :

أما الدليل الأول من أدلة الجمهور ، من اشتراط اشتغال العقد على

الشرط ، ليقوى على رفعه ، فيرد عليه ما يلي :

- ١ - لا نسلم عدم اشتغال العقد على الشرط ، اذا وقع الاتفاق على الشرط قبل العقد . بل نقول ان ايجاب الموجب وقبول القابل ، ولو ذكرنا مطلقين كانا متضمنين للشرط المتقدم . لأن قول احد الطرفين زوجته وقول الآخر قبلت ، عائد الى ما اتفقا عليه قبل العقد ، فكأنه يقول :
زوجتك بالشرط التي اتفقتا عليها ويقول الآخر قبلت الزواج بهذه الشروط . والمعهود هنا ، كالمذكور لفظا .
وعلى هذا جرى عرف الناس في تعاقدهم وجميع معاملاتهم . فلا يحتاجون الى اعادة ما اتفقا عليه قبل العقد أثناء العقد .
فكيف يقال : ان العقد قد كان خاليا من ذكر الشروط .

- ٢ - على أننا لو سلمنا بخلو العقد من الشرط المتقدم ، لا نسلم عدم اعتباره فان الشارع أمر بالوفاء بالشرط عموماً ، فيتناول المتقدم والمقارن من غير فرق . فيكون قبول أحد طرفي العقد ، تخصيصاً بدون مخصص ، وذلك غير مقبول عند أحد من العلماء .

أما الدليل الثاني ، من اعتبار الشرط الواقعة قبل العقد ، من قبيل الوعد فانما مبناه على الدليل الأول من عدم اشتغال العقد لها . وذلك ما بينا ما فيه من ضعف ، فلا نعيد الكلام فيه . وهذا القدر يتضح لنا رجحان ما ذهب اليه الحنابلة في قولهم الراجح من اعتبار الشرط المذكورة قبل العقد ، كالشروط التي تقارن العقد سواء بسواء ، والله من وراء القصد .

ج - في الشرط المتأخر :

الشرط المتأخر هو ما يلتزم به أحد الزوجين للآخر بعد عقدة النكاح .
وتفق الفقهاء على عدم اعتبار هذا الشرط ، من حيث تأثيره في العقد خياراً ،
أوفساداً . لأن العبارة بعقد النكاح ساعة انعقده لا ما يحصل من الاتفاقات
بعده بين الزوجين . (١)

(١) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٨٦ ، كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٨ ،
الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٥٤ ، اسهل المدارك ، ج ٢ ، ص ٩٩ ، المحلى
لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٤٩١ - ٤٩٤ ، ف ١٨٥٣ .

رابعاً : قيام العرف مقام الشرط في عقد النكاح

العرف في اللغة : ضد النكر ، يقال : فلان عُرِفَ أى معروف ، (١)
وفي الاصطلاح : ما استقر في النفوس ، من الأمور المتكررة ، المقبولة
لدى الطباع في مجتمع ما . (٢)

فإذا جرى عرف أهل بلد ، على أمر من الأمور التي يلتزمونها فيمن يزوجه
أو يتزوجها . كأن لا يتزوجوا إلا الأبنكاراً والجميلات ، أو القرشيات أغير
ذلك من الصفات المرغوبة في باب الزواج .
وكذلك في غير الصفات ، مثل عدم سماحهم للأزواج أن يسافروا ببنااتهم خارج
بلد هم ، أو عدم سماحهم بالزواج عليهن .

وقد يجي * هذا في العرف الفاسد أيضاً مثل أن تجرى العادة في أهل
بيت أو قبيلة أو بلد أو فئة أن لا يزوجه بناتهم إلا بشغار أو أجل أغير ذلك .
فهل يجرى هذا العرف مجرى الشرط ، هنزل منزلته ؟ فيما يلي عرض لهذا همهم .

(١) مختار الصحاح ، ص ٤٢٦ .

(٢) قارن بالاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣ .

عرض العذاهيب :

١ - لا ينزل المعرف منزلة الشرط ، ذهب إلى ذلك ، المالكية ، والشافعية والحنفية .

ومع أن المالكية قللوا بتنزيل المعرف منزلة الشرط ، إلا أنهم لم يأخذوا به في هذا الباب ، قالوا : ولعل الفرق بين النكاح وغيره في كثير من الأبواب ، حيث جعل المعرف كالشرط ، وأن النكاح مبنى على الكارمة . (١) وأما الشافعية ، فقد رأوا أنه قصر بترك البحث أو الشرط ، فإذا لم يبحث ولم يشترط ، كان التقصير من قبله . (٢)

وأما الحنفية فهم لم يقولوا بشرط يخالف مقتضى العقد أصلا ، كما أنهم لم يقولوا بفسخ العقد بعد تمامه ، ولم يفسدوا العقد بالشروط الفاسدة فكان تنزيل المعرف عندهم في باب النكاح لا محل له .

ومع أن المالكية والحنفية لم يقولوا بتنزيل المعرف منزلة الشرط ، في أصل العقد ، إلا أنهم قللوا به في القضايا المالية ، كالتهييز بأكثر من المهر وأجرة النقل من بلد الزوجة إلى بلد البناء ، وأجرة الماشطة وما يرسله الزوج لزوجته في المواسم والأعياد ، وما يدفعه الزوج لزوجته صبيحة المهرس .

فقالوا بهذه المسائل ينزل المعرف منزلة الشرط ، فإن جرى المصروف بالتهييز بأكثر من المهر وجب ذلك على المرأة أو وليها . وكذلك أجرة النقل إلى بلد البناء ، وأجرة الماشطة ، فإن جرى المعرف أنها على

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢٤٩ ، المدوى على كفاية

الطالب ج ٢ ، ص ٧٢ .

(٢) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٦٦ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٥٦ .

الزوج فعلى الزوج وان جرى العرف أنها على المرأة أو وليها ، وعمل
بموجب العرف كذلك .

وما يرسله الزوج لزوجته قبل البناء في الأعيان والمواضع ، وما يعطيه
لها صبيحة الحرس ، وان جرى العرف أن يعتبر من المهر اعتبار من المهر
وان كان العرف على أنه هدية فهدية . (١)

٢ - وقد ذهب الحنابلة الى أن العرف ينزل منزلة الشرط في الراجح من مذاهبهم
وقالوا بأن الشرط العرفي كالمشروط لفظا . (٢)

ووجهتهم في ذلك ، أن الاطلاق انما ينصرف الى ما يتعارفه الناس
بينهم ، فالعشيرة التي يكون من عاداتها أن لا توافق أن ترحل نساؤها
عن بلدها مع الأزواج ، تكون عقود زواجها ولو جاءت مطلقة منصرفة الى
ما هو معروف عندها .

وهو يده أن عادة الناس جارية بأن من يريد الخروج على العرف هو الذي يشترط
بدون العكس . (٣)

على أن الحنابلة وهم يقولون بالشرط المتقدم على العقد - على خلاف
ما ذهب اليه الاثمة الثلاثة - كان القول باعتبار العرف مطردا على قاعدتهم ،
فانهم قالوا ان الشرط المتقدم انصرف اليه العقد باعتبار ما تعارف عليه
العاقدان .

-
- (١) الخرشى على خليل ، ج ٣ ، ص ٢٨٣ - ٢٨٤ - ٢٨٥ ، اسهل المدارك
ج ٢ ص ١١٠ ، ابن عابد على الدر ج ٣ ، ص ١٥٣ .
(٢) الانصاف ج ٨ ، ص ١٥٧ ، زاد المعاد ج ٤ ، ص ٣٨ - ٤١ ، الفتاوى
الكبرى لابن تيمية ج ٢ ، ص ٢٧٩ .
(٣) قواعد الاحكام للمزاهين عبدالسلام ج ٢ ، ص ١٨٦ .

خامسا : قيام الظن مقام الشرط في عقد النكاح

الظن من أقسام الادراك ، ويقابله الوهم . ان الظن لدراك راجح

ولوهم ادراك مرجوح .

ويتفق الفقهاء على عدم اعتبار الظن ، اذا كان مجردا ، فلو تزوج الرجل امرأة وهو يظنها جميلة ، فاذا هي غير ذلك ، فلا ينزل هذا الظن منزلة الشرط ، لأن الاعتماد على مجرد الظن ، تقصير من اعتمده في الزواج ، وكان بإمكانه أن يسأل ، أو يشترط ، فلما لم يفعل ذلك ، كان التقصير من جهته فلا يتحمله الطرف الآخر . (١)

والخلاف انما هو في الظن الذي يدعمه ظاهرا الحال .

وذلك كظن الرجل اسلام من يريد أن يخطبها ، أو حرمتها ، اعتمادا على ظن الاسلام ، أو الحرية .

وهذا الظن لم يكن مجردا ، بل جاء مدعما بظاهر الحال ، فان الظاهر من ولى الكتابية أن يلبس ما يميز أهل الكتاب عن غيرهم . وكذا الاماء .

فلما ترك ولى الكتابية ما يميزه عن المسلمين ، وكذا الأمة ، كان ذلك

غرورا (٢) في نظر بعض الفقهاء ، يستحق الزوج بسببه الخيار ، بينما رأى البعض الآخر ، أن ذلك لا ينزل منزلة الشرط ، ومن ثم لا يستحق الخيار .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢٥٠ ، الخرشى على خليل ،

ج ٣ ، ص ٢٣٩ ، المحلى على المنهاج ، ج ٤ ، ص ٢٦٧ ، تحفة المحتاج

ج ٧ ، ص ٣٥٦ ، مغنى المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢٠٨ ، منتهى الارادات ،

ج ٢ ، ص ١٨٢ - ١٨٣ ، المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٧٣ ، بدائع

الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٥٢٥ .

(٢) يقال : فره ، يفره ، بالظم ، غرورا ، اذا خدعه ، انظر مختار الصحاح ،

ص ٤٧٢ ، قال : وأما الفرر ، فهو الخطر .

وبما أن الله سبحانه ، قد أعفى البشرية من لوثة الرق ، فسوف لا أتعرض
لظن الحرية ، سواء كان من الرجل أو المرأة .
على أنني أنبه هنا ، إلى أنه وحتى البحث في ظن اسلام المرأة ، لم يعد له
مكان في عصرنا الحاضر ، إذ أهمل أهل الكتاب لبس الفيار في جميع الدول
الاسلامية ، فكان ظن اسلام المرأة الآن ، ظنا مجردا لا يقام مقام الشرط ، باتفاق
الفقهاء ، حسب ما نرى من تعليقاتهم ، وأدلتهم .
ولا بأس أن نذكر المسألة ، لكي يتضح لنا ، ما ذهبنا اليه ، بصورة واضحة .

عرض المذاهب :

- ١ - ان هذا الظن لا يقوم مقام الشرط ، ذهب الى ذلك : الحنفية ، (١)
والمالكية (٢) ، والشافعية على القول الراجح . (٣)
وذلك لتقصيرها بترك البحث أو الشرط .
- ٢ - يقوم الظن مقام الشرط ، وهو مذهب الحنابلة (٤) ، ووجهه في مذهب
الشافعي . (٥)

-
- (١) . بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٥٢٥ .
 - (٢) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢٥٠ ، الخرشي على خليل
ج ٣ ، ص ٢٤٠ ، ضح الجليل ، ج ٣ ، ص ٨٥ .
 - (٣) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٣١٧ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٥٦ ،
المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٦٦ ، المهذب للشيرازي ج ٢ ، ص ٥٠ .
 - (٤) منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٨٢ - ١٨٣ ، الروض المربع ، ج ٢ ، ص ٢٧٦ .
 - (٥) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٦٦ ، المهذب للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٥٠ .

الأدلة :

استدل الفريق الاول ، وهم القائلون بعدم قيام الظن مقام الشرط
بما يلي :

١ - ان الزوج قد قصر ، فلا هو بحث عن اسلام المرأة ، ولا اشترط اسلامها ،
فلا يتحمل الطرف الآخر سوء وولية تقصيره . (١)

٢ - ان الزوج لا نقص عليه في الزواج من كتابية ، ان هي تساويه في الحرية (٢)
واستدل الفريق الثاني وهم القائلون بتنزيل هذا الظن منزلة الشرط
بما يلي :

أ - ان ولي الكتابية ، لولبس الغيار ، لما ظن المسلم اسلامها ، فكان
الولي غاراً . فحيث لم يبين هو ولا المرأة عدم اسلامها ، كان التقصير
من جهتها . فاستحق المسلم الخيار ، ليرفع الفرور عن نفسه . (٣)
ب - ان الغالب فيمن تعيش في البلاد الاسلامية ، الاسلام . والغالب
لا يجب البحث عنه ، ولا يقوم العقلاء على اشتراطه ، فحيث كانت
غير مسلمة ، وخاطبها مسلم وجب عليها أن تبين عدم اسلامها . فلما
لم تفعل ذلك ، لا هي ولا وليها ، كان التقصير من جهتها ، فلا
يتحمل الطرف الآخر ، فيستحق الزوج المسلم الخيار ، لأن هذا الظن
يقوم مقام الشرط . (٤)

-
- (١) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٦٦ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٢٥٦ .
(٢) الخرشى على خليل ، ج ٣ ، ص ٢٤٠ .
(٣) المهذب للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٥٠ .
(٤) منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٨٣ .

مناقشة الأدلة :

ان أدلة الفريق الاول القائلين بعدم قيام هذا الظن مقام الشرط ،
وجيهة فيما نحسب . وناقش أدلة الفريق الثاني - الحنابلة ووجه في مذ هب
الشافعي ، فيطيلي :

أما الدليل الاول ، وهو جعل عدم لبس الفيار مع عدم البيان غرورا ففيه
نظر من وجوه :

١ - ان لبس الفيار ، منوط بولي الأمر في المجتمع الاسلامي ، فلو كان متشددا
فيه ، لما استطاع أهل الكتاب أن يظهروا بدونه كثيرا ، لأن الظاهر
أن غلبة الظن في اسلام المرأة ، لا تأتي من خروج وليها الكتابي بدون
الفيار ، مرة أو مرتين أو ما يقرب من ذلك . بل يأتي من عدم ظهسوره
بالفيار أصلا .

وفي الايام التي يكثر فيها خروج أهل الكتاب في المجتمع الاسلامي بدون
الفيار لا يمكن القول ، بأن الظاهر ممن لم يلبس الفيار أنه ولي مسلمة .
فان فرض أن الزوج المسلم لم يكن رأى ولي الكتابية الا مرة أو مرتين ، وكان
غير لابس للفيار ، فيقال هنا : ان عدم لبس الفيار في مثل هذه الحالة
لا يعد تفريرا أصلا .

٢ - ان هذا الدليل ، قاصر على الأيام التي يلتزم فيها أهل الكتاب لبس
الفيار فكان دليلا على جزء الدعوى ، لا على كلها . ان المدعى أن يثبت
الخيار سواء كان هناك التزام بلبس الفيار أم لا .

٣ - ان النكاح من الأمور المهمة ، وقد جرت العادة ، فيمن يريد أن يتزوج
من امرأة أن يسأل عنها ، فان لم يتمكن من السؤال ، فالعادة أن يشترط

فحيث لم يفعل هذا ولا هذا ، كان التقصير من جهته . فلا يتحمله الطرف الآخر .

وأما الدليل الثاني ، وهو أن الغالب في الناس لا يجب البحث عنه ولا اشتراطه فغيه نظر أيضا من وجوه :

١ - انه استدلال على جزء الدعوى . لأن البلد التي يكثر فيها الذمميون لا يقال عنها ذلك . وقد يوجد مثل هذا في البلاد الاسلامية ، مع أن الدعوى اثبات الخيار مطلقا .

٢ - ان الكتابية ووليها ، انما لم يبيننا عدم الاسلام ، لما يعلمونه من أمر الاسلام في اباخته للمسلم أن يتزوج بكتابية ، واذ كان الاسلام قد أباح الزواج بنغير الغالب ، فربما تصورت الكتابية ووليها أن هذا المسلم قد اختارها لسبب في نفسها ، من جمال أو مال أو غير ذلك .
وإذا توفرت مثل هذه الاحتمالات ، لا يقال ان سكوت الكتابية ووليها عن بيان عدم اسلامها ، تقصير ضمني .

٣ - ان الزوج المسلم قد يقدم الى اختيار الكتابية ، لفرض من أغراض الدعوة الى الله . أو لسبب دنيوي من جمال أو مال أو غير ذلك ، وما كان مرفوسا به ، عند بعض دون بعض لا يجب بيانه ، لاحتمال أن يكون الخاطب ممن يرغب الزواج بالكتابية لأحد هذه الأسباب . فكيف نوجب عليها البيان مع احتمال الرغبة فيها .

وبهذا القدر يتضح لنا رجحان القول بعدم قيام الظن مقام الشرط مطلقا . والله أعلم .

سادسا : الصحة والبطلان والفساد في عقد النكاح

كثيرا ما يرد ذكر الصحة والفساد والبطلان في هذه الرسالة ، فرأيت أن أذكر لمحة عن ذلك ، ليكون القارئ على بينة من أمره ، لاسيما وقد شاع عند الكثير من الباحثين أن الفساد والبطلان مترادفان عند الجمهور ، مختلفان عند الامام أبي حنيفة رحمه الله باطلاق .

بينما الواقع غير ذلك في كلا الجانبين ، فلا الجمهور يقولون بالترادف مطلقا ولا الأحناف يقولون بالاختلاف مطلقا .

لهذا أحببت تقديم هذه اللمحة عن الصحة والفساد والبطلان ، زيادة للفائدة وعونا للقارئ على ما هو فيه . فأقول :

الصحة في اللفظة : تقابل السقم والمرض . (١)

وفي الاصطلاح : صلاحية الفعل لاستتباع غايته . (٢)

بمعنى أن الفعل اذا صلح لأن يترتب عليه أثره ، سمي صحيحا .

وانط قلنا : صلاحية الفعل لأمرين :

١ - ليشمل الحد البيع بالخيار ، فان العقد وقت الخيار لا يستتبع غايته ولكنه

صالح لذلك فاذا اختار من له الخيار ارضا العقد استتبع أثره .

٢ - ليشمل العبادة اذا وقعت بأركانها وشروطها ولكنها لم تقبل عند الله

سبحانه ، لأمر أخرى ، من رياء وغيره ، فان هذه العبادة صالحة لأن

(١) مختار الصحاح ، ص ٣٥٦ .

(٢) منهاج الوصول في علم الأصول ، مع شرحه ، البدخشي والاسنوي

ج ١ ، ص ٥٧ - ٥٨ . وقارن بالأحكام للامدي ، ج ١ ، ص ١٠٠ .

تستتبع غايتها من ثواب الله سبحانه ، ولكن امتنع ذلك ، لوجود الطامع ،
سواء كان هذا الطامع مقارنا كالرياء ، أو متأخرا كالردة والعيان بالله .

وأما البطلان والفساد :

فقد ذهب جمهور الأصوليين الى أنهم يطأ بلان الصحة ، ولا فرق عندهم
بين فساد الفعل وبطالانه ، سواء كان الفساد في اصل الفعل أو في وصفه .
وسواء كان هذا الفعل عبادة أو معاملة . (١)

ووافق الحنفية الجمهور بترادف الفاسد والباطل في باب العبادات ، ولكنهم
خالفوهم في المعاملات ، فقالوا بالفرق بين الفاسد والباطل . واعتبروا الباطل ،
ما كان الفساد لأصل الفعل . والفاسد ، ما طرأ الفساد على وصفه دون أصله (٢) .

وهل يطرد هذا التفريق في النكاح ، باعتباره عقدا من العقود ؟
هذا ما ينبغي معرفته هنا ، لأن موضوع الرسالة في باب النكاح . وكثيرا ما يورد
فساد النكاح وبطالانه عن الحنفية ، بل وعن غيرهم أيضا . والذي يؤخذ من كتب
الحنفية ، أنهم لا يفرقون بين الفاسد والباطل في باب النكاح .

فقد جاء في فتح القدير " ولا فرق بينهما - الباطل والفاسد - في النكاح بخلاف

البيع " . (٣)

وفي مجمع الأنهر " لا فرق بينهما ، كما في أكثر المعتمرات " . (٤)

(١) الاحكام في أصول الاحكام ، ج ١ ، ص ١٠١ ، جمع الجوامع ، ج ١ ، ص

٣٠٤ - ٣٠٧ ، مختصر ابن الحاجب ، ج ٢ ، ص ٩٥ - ٩٨ ، شرح الكوكب

المنير ، ج ١ ، ص ٤٧٣ - ٣٧٤ ، تهذيب الفروق ، ج ٢ ، ص ٩٦ - ٩٨ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٤٣ .

(٤) مجمع الأنهر ، ج ١ ، ص ٣٢٣ .

وفي الاشباه والنظائر " الباطل والفاقد في العبادات مترادفان ، وفي النكاح كذلك " . (١)

والفرق بين النكاح والبيع ، أن محل العقد في البيع يمكن أن يجتمع فيه الحل باعتبار الأصل ، فيثبت الطك ، والحرمة باعتبار الوصف ، فيكون ملكا حراما مستحق الدفع .

أما النكاح فلا يمكن أن يجتمع فيه ذلك ، لأن غاية العقد انما هي حل الاستمتاع ، ومن ضرورة فساد السبب ثبوت صفة الحرمة ، وبين الحرمة وحل الاستمتاع منافاة ، فلا يجتمعان في محل واحد . (٢)

هذا وقد يفرق كثير من الفقهاء بين الباطل والفاقد ، من الحنفية وغيرهم في كثير من أبواب الفقه بما فيها العبادات والنكاح ، ولكن لا باعتبار طر والفساد على أصل الفعل أو وصفه ، بل لاعتبارات أخرى ، كضعف الدليل وقوته ، ووجود الخلاف وعدمه ، وغير ذلك من الاعتبارات التي تختلف بواسطتها بعض الآثار المترتبة على هذا الفعل أو ذاك ، من وجوب الحد ، وثبوت العدة ولحوق النسب ، وغير ذلك من آثار . (٣)

-
- (١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٣٣٧ .
(٢) أصول السرخسي ، ج ١ ، ص ٨٩ - ٩٠ ، كشف الاسرار للبرزوي ، ج ١ ، ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ .
(٣) ابن عابدين على الدر ، ج ٣ ، ص ١٣٢ - ٥١٦ ، أصول السرخسي ج ١ ، ص ٩٠ ، كشف الاسرار ، ج ١ ، ص ٢٨٣ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٨٦ ، الاستوى على المضهاج ، ج ١ ، ص ٥٩ ، شرح الكوكب الضمير ، ج ١ ، ص ٤٧٤ ، الدرر المنية ، ج ٦ ، ص ٣٣٨ ، قوانين الاحكام الشرعية ، ص ٢٣٤ ، الخرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ٢٠٩ ، و ص ١٠٩٧ ، الشرح الصغير ، ج ٢ ، ص ٢٢٣ - ٢٢٤ .

الباب الأول

فى الشروط الصحيحة

وفيه فصلان

الفصل الاول : فى الشروط التى يقتضيها العقد .

الفصل الثانى : فى الشروط التى لا يقتضيها العقد ولا تغل

بمقصوده .

الفصل الأول الشروط التي يقتضيها العقد

والشرط الذي يقتضيه العقد هو " الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد " (١)

أو بتعبير آخر هو " ما وافق حكم الشرع من مطلق العقد " . (٢)

بمعنى أن مقتضى العقد ، هو ما رتبته الشارع من حقوق وواجبات بين الزوجين بمجرد عقد النكاح ، خاليا من أى شرط . فإذا شرط أحد الزوجين على الآخر بعضا من هذه الحقوق والواجبات ، لم يكن هذا الشرط مؤسسا حكما جديدا ، بل كل ما فيه ، أنه جاء لتأكيد ما ثبت شرط بمقتضى العقد المطلق . ولهذا اتفق

الفقهاء على صحة هذا الشرط . (٣)

ويمكن تقسيم هذه الشروط من عدة اعتبارات .

فقد تقسم من حيث الاثبات والاسقاط ، أو الوجود والعدم .

وقد تقسم من حيث الحقوق والواجبات .

وقد تقسم من حيث مصلحة الزوجين أو أحدهما .

وقد آثرت التقسيم الثالث لوضوحه وشموله وعدم إمكان التداخل فيه - فيما

أحسب - بين الشروط . فأقول :

تقسم الشروط التي يقتضيها العقد من حيث وقوعها في مصلحة الزوجين

أو أحدهما الى ثلاثة أقسام :

-
- (١) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ٢٥٠ ، الخرشى على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٦ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٨٦ ، كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٨ ، المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٦ .
 - (٢) الحاوى الكبير للطوردي ، ج ١١ .
 - (٣) المراجع السابقة في (١) و (٢) .

أ - القسم الأول : في الشروط التي يقتضيها العقد في مصلحة الزوج .

وهي كثيرة نذكر منها ما يلي :

- ١ - شرط تسليم المرأة لزوجها بعد العقد ، الا من عذر . (١)
- ٢ - شرط طواعية الزوجة لزوجها بالاستمتاع منها ، الا من عذر . (٢)
- ٣ - شرط القرار في بيت الزوجية ، الا لعذر . (٣)
- ٤ - شرط عدم الاذن لأحد في بيته الا باذنه . الا لعذر . (٤)
- ٥ - شرط عدم الاضرار به في نفسه ، وطله ، وعرضه . (٥)
- ٦ - شرط الخروج بها من بلدها ، الى محل عطفه ، الا من عذر . (٦)
- ٧ - شرط عدم الارث ، اذا كانت كتابية ، الا أن تسلم . (٧)

ب - القسم الثاني : في الشروط التي يقتضيها العقد في مصلحة الزوجة :

وهي كثيرة أيضا نذكر منها ما يلي :

- ١ - شرط عدم تسليمها لزوجها في بيت الزوجية قبل أن تقبض كامل مهرها المعجل . (٨)
- ٢ - شرط عدم التمكين من نفسها الى حين الاحتمال ، بأن كانت حين العقد لا تحتل ، بسبب من صفر ، أو مرض ، أو غير ذلك . (٩)

-
- (١) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٨ .
 - (٢) نفس المصدر .
 - (٣) النووي على مسلم ، ج ٩ ، ص ٢٠١ - ٢٠٢ .
 - (٤) نفس المصدر .
 - (٥) نفس المصدر .
 - (٦) الحاوي الكبير للماوردي ، ج ١١ .
 - (٧) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٣٤ .
 - (٨) الخرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ٢٥٧ .
 - (٩) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٨٧ .

- ٣ - شرط العدل في القسم ، والنفقة ، والمسكن ، اذا كان له زوجة أخرى . (١)
- ٤ - شرط عدم الاضرار بها في نفسها ، وطالها ، وعرضها . (٢)
- ٥ - شرط اسكانها في بيت مستقل . (٣)
- ٦ - شرط الكفاة للزوجة ، بأن يكون الزوج كفو لها . (٤)

القسم الثالث : الشروط التي يقتضيها العقد لصلحة الزوجين :

ونذكر منها ما يلي :

- ١ - شرط المعاشرة بالمصروف من الجانبين " ولهن مثل الذي عليهن " ^(٥)
- ٢ - شرط التوارث بينهما اذا كانا مسلمين . (٦)
- ٣ - شرط عدم الردة عن الاسلام ، اذ اننا الله من ذلك . (٧)

(١) الحاوي الكبير للماوردي ، ج ١١ .

(٢) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٦ .

(٣) لم أر من نص على هذا الشرط ، الا أن اسكانها في بيت مستقل من مقتضى العقد اتفاقا .

(٤) الفتاوى الهندية ، ج ١ ، ص ٢٩٣ ، العدوى على الخرشى ، ج ٣ ، ص ٢٤٠ ،

الموافقات للشاطبي ج ١ ص ١٩١ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢١٢ .

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ، ج ١١ .

(٧) لم أر من نص على هذا الشرط ، الا أن بقائها على الاسلام من مقتضى العقد .

٤ - شرط السلامة من العيوب التي تثبت الخيار في عقد النكاح (١) .

هذه جملة شروط يقتضيها العقد ، لم تذكر على سبيل الحصر ، وإنما للايضاح ، ولا عطاء صورة عما يقتضيه العقد المطلق ، للزوجين أو لأحدهما ، وكل هذه الشروط ، جائزة ، والنكاح معها صحيح ، والمسمى من الصداق معها لازم ، لأن هذه الشروط لم تكن منشئة حكما جديدا ، وإنما هي مؤكدة لما يجب بمقتضى العقد المطلق .

(١) يرى الطالكية أن السلامة من العيوب ، من شروط الكفاءة ، أنظر :

قوانين الاحكام الشرعية ، ص ٢٢١ .

والعيوب التي تثبت الخيار من غير شرط ، تختلف المذاهب في تقديرها :

فعند الشافعية سبعة الجنون والجذام والبرص والرتق والفتق والخصاء

والعنة ، وعند الحنابلة كذلك ، أنظر المفنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٨٥ .

أما الطالكية فجعلوها اثنا عشر . منها ما يشترك فيه الزوجان ، ومنها

ما يختص به الرجل ، ومنها ما تختص به المرأة . فالعيوب المشتركة هي

البرص ، والتفوط عند الجماع ، والجذام .

وما يختص بالرجل : الخصاء ، والجب ، والعنة ، والاعتراض .

وما يختص بالمرأة : القرن ، والرتق ، والبخر ، والعفل ، والافضاء .

انظر الخرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ٢٣٦ - ٢٣٧ .

أما أبو حنيفة فلم يثبت الرد الا بالجب والعنة ، أنظر بدائع الصنائع

ج ٣ ، ص ١٥٢٦ .

الفصل الثاني

في الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تخل بمقصوده

وفيه ما حث

- ١ - شرط النسب .
 - ٢ - شرط السلامة من العيوب ، التي لا تثبت الخيار من غير شرط .
 - ٣ - شرط صفة من صفات الجمال .
 - ٤ - شرط ما فيه مصلحة لأحد الزوجين . استثناء من مقتضى العقد أو زيادة عليه .
-

المبحث الأول
فنى اشتراط النسب

النسب فى اللغة ، واحد الأنساب ، يقال انتسب فلان الى قبيلة كذا ،
اذا عزى نفسه اليها . (١)
فاذا اشترط أحد الزوجين فى الآخر أن يكون من قبيلة كذا ، فظهر أنه ليس
كذلك ، فلا يخلو من أحد وجوه ثلاثة :

- ١ - أن يظهر من قبيلة أشرف من القبيلة التى اشترط أن يكون منها . بأن
اشترط أن يكون من تميم فاذا هو من قريش .
- ٢ - أن يظهر من قبيلة مساوية فى الشرف للقبيلة المشترط أن يكون منها .
- ٣ - أن يظهر من قبيلة أقل شرفا من القبيلة المشترط أن يكون منها .
بأن شرط فيه أن يكون عربيا فاذا هو أعجمي .

وهذا لا يخلو أيضا من أحد وجوه ثلاثة :

- ١ - إما أن يكون من قبيلة أشرف من قبيلة الطرف الآخر فى العقد .
بأن كان المشترط أعجميا ، فاشترط فى صاحبه أن يكون قرشيا ،
فظهر أنه ليس بقرشى ، ولكنه عربى . فهو أقل من المشروط وأعلى من
المشترط . بكسر الراء .
- ٢ - أن يكون مساويا .
- ٣ - أن يكون أقل ، بأن كان المشترط عربيا من تميم فاشترط فى صاحبه
أن يكون قرشيا ، فظهر أنه ليس بقرشى ولا عربى بل هو أعجمي .

(١) انظر مختار الصحاح للرازى ، ص ٦٥٦ .

فهذه ستة وجوه ، من الخلاف في الصفة المشروطة في النسب

ففي أيها يثبت الخيار لصاحب الشرط ؟

اختلف الفقهاء في ذلك وفيطيلي عرض لمذاهبهم .

عرض المذاهب :

١ - ذهب الحنفية (١) ، الى صحة الشروط الداخلة على النسب ، اذا كانت من المرأة على الرجل ، مطلقا . أى سواء كان اشتراط نسب مساو لنسب المرأة أو أعلى منه . فاذا تبين أنه أقل مما شرط في العقد ثبت لهما الخيار . لأن الزيادة فى النسب مرغوب فيها بالنسبة للمرأة ، ولهذا اعتبر النسب فى باب الكفاءة .

وأما اذا كان اشتراط النسب من الرجل على المرأة بأن شرط أن تكون من قبيلة فظهرت أنها ليست كذلك وأنها من قبيلة أقل شرفا من القبيلة المشروطة ، فلا خيار للزوج .

وذلك لأن الرجل لا طار عليه فى أن يفترش امرأة هى دونه فى النسب .

٢ - ذهب المالكية (٢) ، الى اثبات الخيار بخلف شرط النسب مطلقا ، أى سواء كان من الرجل أو من المرأة . فمتى تخلف الشرط ثبت الخيار سواء وجد من شرط فيه نسب ، على نسب أقل شرفا من نسب المشترط - بكسر الراء - ، أو مساويا ، أو أعلى .

اللهم الا أن يظهر من قبيلة مساوية للقبيلة التى اشترط أن يكون منها ، أو من قبيلة أعلى شرفا ، فلا خيار حينئذ .

ووجهتهم فى قبول الشروط الداخلة على النسب ، أن من شرط فيه نسب ويعلم من نفسه أنه على غير ذلك يعتبر مضررا ، والضرور يثبت خيار الرد .

(١) بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٥٢٣ ، الفتاوى الهندية ، ج ١ ، ص ٢٩٣ .

(٢) العدوى على الخرشى ، ج ٣ ، ص ٢٥١ ، الدسوقى على الشرح الكبير

ج ٢ ، ص ٢٩١ ، المدونة الكبرى ، ج ٢ ، ص ٢١٢ - ٢١٣ .

٣ - وذهب الشافعية (١) ، الى أن شرط النسب يختلف باختلاف الزوجين .
فان كانت الزوجة هي التي اشترطت في الزوج أن يكون من قبيلة كذا ،
فظهر أنه ليس كذلك ، فان كان نسبه دون نسبها فلها الخيار ، فان
رضيت فلأولياءها الخيار ، لفوق الكفاءة .
وان ظهر الزوج على نسب مثل نسبها ، أو فوقه ، فالأظهر أنه لا خيار
لها ، ولا للأولياء . لانتفاء العار .
وان كان المشترط هو الزوج . فان ظهر أنها من نسب دون نسب
الزوج ، فله الخيار . وان كان مثله ، أو فوقه ، فلا خيار له في أحد
القوليين .

وقيل : لا خيار له مطلقا ، لتمككه من الطلاق .

٤ - وكذلك ذهب الحنابلة ، الى أن شرط النسب يختلف باختلاف الزوجين
فان كان الشرط من الزوجة ، فشرطت أن يكون من نسب كذا فظهر بخلاف
ذلك . فينظر : ان أخل بالكفاءة ، ثبت الخيار . وان لم يخل بالكفاءة
فلا خيار لها على الراجح . (٢)

وقيل ان لها الخيار ، وان لم يخل بالكفاءة . (٣)

وان كان الشرط من الزوج ، فان ظهرت الزوجة أنها من نسب أشرف
فلا خيار له ، لأن ذلك زيادة خير لا يستحق بها الخيار .
وان ظهر أنها من نسب أقل مما شرط فيها ، فللزوج الخيار . (٤)

(١) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٦٦ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٥٤ -

٣٥٥ ، روضة الطالبين ، ج ٧ ، ص ١٨٣ ، فط بعدها ، المذهب للشيرازي

ج ٢ ، ص ٥٠ ، تكلمة المجموع للمطيعي ، ج ١٥ ، ص ٤٤٦ .

(٢) منتهى الارادات ، ج ٣ ، ص ٤٤ - ٤٦ ، كشف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٨ ،

المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٧١ . (٣) المغنى لابن قدامة ج ٧ ،

ص ٧١ . (٤) منتهى الارادات ، ج ٣ ، ص ٤٤ .

مناقشة المدعى :

أ - مناقشة ما ذهب اليه الحنفية من التفريق في قبول الشرط من المرأة

دون الرجل :

اعتمد الحنفية في قبول اشتراط الزيادة في صفة النسب على مقتضى الكفاءة بأن هذه الزيادة مرغوب فيها بالنسبة للمرأة ، لأن النسب معتبر في الكفاءة . والكفاءة انما تعتبر في الرجال للنساء دون العكس .

واعتمدوا في رد اشتراط الزيادة في صفة النسب اذا كان من الرجل بل في اشتراط النسب أصلاً منه ، على عدم اعتبار الكفاءة في النساء للرجال ان الرجل لا عار عليه في أن يفترش من هي دونه في النسب .

ويرد عليهم قبولهم اشتراط الزيادة في صفة الكفاءة للمرأة ، ان

المرأة لا عار عليها ، أن يتزوجها من هو مثلها في باب النسب .

وإذا كان الداعي لقبول هذه الزيادة ، كونها زيادة مرغوب فيها للمرأة فيقال : وهي - أي الزيادة - مرغوب فيها بالنسبة للرجل كذلك . ولو لم تكن

مرغوباً فيها ، لما جاء اشتراطها في عقد النكاح . ان قد يرغب الرجل أن

يتزوج من قبيلة أعلى من قبيلته في الشرف ، رجاء أن يسون أولاده من أخلاق

هذه القبيلة وشيمها ، ومعروف أن الانسان كما يفتخر بمقومته يفتخر أيضاً

بخوؤولته . والحق - كما تقول العرب - دساس . فليست المسألة موقوفة على

العار ، حتى يقال : ان الرجل لا عار عليه في أن يتزوج من هي دونه

أو مثله . بل اعتبار الفخر والتمين بالقبائل المعروفة بكرم الأخلاق ، معروف

الى يومنا هذا .

لذلك أحسب أن هذا التفريق في قبول اشتراط الزيادة في صفة النسب غير سديد - والله أعلم .

ب - مناقشة ما ذهب اليه الشافعية :

تمسك الشافعية في اعتبار الكفاءة في قبول الشرط من المرأة . فمتى ظهر أن الرجل كفو^ك لها فلا خيار ويعتبر الشرط لاغيا . وهم بهذا يكونون أضيق من الحنفية ، حيث قبل الأحناف اشتراط الزيادة على الكفاءة في باب النسب .

كذلك اعتبروا المساواة في النسب اذا كان الشرط من الرجل ، فلا يثبتون الخيار للرجل الا اذا ظهرت المرأة أقل من نسبه .

وقال هنا :

اذا كان اعتبار الكفاءة هو الأصل في قبول الشروط الواردة على صفة من صفاتها . فيرد عليهم قبول اشتراط المساواة في النسب اذا كان الشرط من الرجل . لأن الكفاءة تعتبر للنساء في الرجال بدون العكس ، مع أن الشافعية اثبتوا الخيار للرجل اذا اشترط النسب في المرأة وظهرت من قبيلة أقل شرفا من قبيلته . في قولهم الراجح .

ثم يرد عليهم في عدم قبولهم للزيادة في صفة النسب ، ما أوردناه على الحنفية قبل قليل .

ج - مناقشة ما ذهب إليه المالكية :

ان الطالكية من أكثر المذاهب مرونة في قبول اشتراط الزيادة في صفة النسب ، سواء كان الشرط من الرجل أو المرأة ، الا أن ما نلاحظه على مذاهبهم ، عدم قبولهم للشرط وأثبت الخيار ، اذا ظهر أنه من نسب مساو .

فإذا اشترط احد العاقدين في صاحبه أن يكون من قبيلة كذا ، فظهر أنه ليس من تلك القبيلة ، وإنما من قبيلة تساويها في الشرف . فالطالكية لا يثبتون الخيار ، اعتمادا على مساواة القبيلة التي ظهر منها للقبيلة المشروطة . ويرد على هذا : أن الرجل والمرأة ، وهما يشترطان قبيلة معينة في عقد النكاح ، قد يكونان اشترطا هذه القبيلة لمعان خاصة بها ، من حيث نظرهما الى القبيلة التي اشترطاها .

وذلك مثل مراعاة الرحم في قبيلة معينة ، أو توسلا لسد فتنة بين قبيلة المشترط ، والقبيلة التي اشترطها في صاحبه ، أو غير ذلك من معان ، تليها مصلحة صاحب الشرط ، وهو يملئ شرطه في عقد النكاح . وللجوء الى اعتبار المساواة بين القبيلة المشترطة والقبيلة التي ظهر منها الطرف الآخر يعتبر اخلايا بمثل هذه المقاصد . زيادة على ما فيه من الكذب والغش ، ممن يوافق على الشرط ، وهو يعلم أنه ليس كذلك .

فلو تعدى الطالكية هذه العقبة ، لكان مذاهبهم فيما أحسب - أكثر

تمشيا مع روح التشريع ، مع تلبيةه لمقاصد العاقدين من هذا العقد السدي ينبنى ، بل يجب أن يكون بناؤه على الصدق وسلامة النية ، والله من وراء القصد .

مناقشة ما ذهب اليه الحنابلة ؛

لا يختلف الحنابلة في قولهم الراجح عما ذهب اليه الشافعية
لذلك فلا حاجة الى اعادة النظر فيه ،
بيد أن الحنابلة ، في قولهم الذي اعتبروه ضعيفاً في المذهب ، قد قبلوا
اشتراط الزيادة في صفة النسب ، اذا كان الشرط من المرأة ، وعليه فيتفق
الحنابلة مع الأحناف ، اذا كان الشرط من المرأة . ويزيدون عليهم قـول
اشتراط المساواة في صفة النسب ، حيث رد كل الحنفية ، وذلك فيما اذا كان
الشرط من الرجل .

نتيجة المناقشة

يتضح من هذه المناقشة ، أن الملكية أكثر من غيرهم في قبول الشروط الداخلة على صفة النسب رغم المواخذة التي ذكرناها عليهم ، وأحسب أن الملكية لو قبلوا الشرط مطلقا لكان ذلك جاريا على قاعدتهم باعتبار الخلف في شرط النسب ~~بها~~ تغريرا ممن قيل به ، وهو يعلم من ذات نفسه أنه ليس كذلك .

وأحسب أن قبول هذه الشروط مطلقا هو الذي ينهض الأخذ به سواء ظهر من قبيلة مساوية ، أو أقل ، بل وحتى أعلى من القبيلة المشترطة للمعاني التي يمكن أن يقصدها أحد الزوجين من هذا الشرط .

وهذا نبعث عقد النكاح ، عن مكان الفرور ، ونلبي مقاصد العاقدين فيما يهدفان اليه من هذه الشروط ، من صلة للرحم في قبيلة معينة ، أو هل لمشكلة بين قبيلة صاحب الشرط ، والقبيلة التي اشترطها أو غير ذلك ، من مقاصد وهي مقاصد - كما ترى - مرغوب فيها ، يجب أخذها بنظر الاعتبار والله الموفق .

المبحث الثاني

شرط السلامة من العيوب التي لا تثبت الخيار من غير شرط

وهذه العيوب مثل العمى ، والعرج ، والشلل ، والقرع ، والزمانة ، وغير ذلك من كل ما يعد عيبا في العرف .

فقد يشترط أحد الزوجين أو كلاهما السلامة من العيوب مطلقا ، وقد يأتي الشرط لنفي عيب أو أكثر على التعمين . فهل يصح هذا الشرط ، وثبت للطرف الآخر - الذي اشترطه - حق الخيار في فسخ النكاح . أم يعتبر هذا الشرط لاغيا لاقيمة له ؟؟

اختلف الفقهاء في ذلك ، ونعرض ماذا ذهب فيما يلي :

عرض المذهب :

- ١ - يصح العقد والشرط ، فان تخلف الشرط بطل العقد ، ذهب إلى ذلك ابن حزم (١) ، وهو قول في مذهب الشافعي . (٢)
- ٢ - يصح العقد والشرط ، فان تخلف الشرط ، ثبت لصاحبه خيار الفسخ ذهب إلى ذلك ، المالكية (٣) ، والحنابلة (٤) ، والشافعية على الراجح

(١) المحلى لابن حزم ، ج ١١ ، ص ٣٦٨ ، ط دار الاتحاد العربي ، سنة ،

١٣٩٠ هـ ، ١٩٧٠ م .

(٢) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٣١٧ ، المذهب للشيرازي ج ٢ ، ص ٥٠ ،

روضة الطالبين ، ج ٧ ، ص ١٨٣ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ، ص ٢٥٨ ، الخرشى على خليل ج ٣ ، ص ٢٣٨

(٤) منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٨٢ - ١٨٣ ، زاد المعاد ج ٤ ، ص ٣٩ - ٤٠ .

من مذ هبهم . (١)

٣ - يصح العقد ، وفسد الشرط ، ذهب الى ذلك الحنفية . (٢)
ويتضح من هذا العرض ، أن صحة العقد أمر متفق عليه بين هذه المذاهب
مع هذا الشرط .

والخلافا لما هو فيمالي :

١ - صحة الشرط . حيث ذهب الحنفية الى الفساد ، وذهب غيرهم الى
الصحة .

٢ - أثر تخلف الشرط ، حيث ذهب ابن حزم ، وفقى وجهه للشافعية ، الى
بطلان العقد عند تخلف الشرط . وذهب المالكية ، والحنابلة ،
والشافعية في الراجح من مذ هبهم ، الى اثبات الخيار .

ولهذا فسوف نذكر أولاً أدلة النافين والمثبتين لصحة الشرط . ثم نقارن
بينهما . ونذكر ثانياً ، أدلة الفريقين فيما ثبت عند تخلف الشرط ، ثم
نقارن بعد ذلك بينهما ، ان شاء الله .

(١) نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٣١٧ ، روضة الطالبين ، ج ٧ ، ص ١٨٣ .

(٢) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ٢٥١ ، المبسوط ، ج ٥ ، ص ٩٨ .

أ - الأدلة لصحة الشرط ومطلانه :

استدل القائلون بصحة الشرط بما يلي :

١ - ما رواه البخارى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال " أحق

ما وفيتم به من الشروط ، أن توفوا به ، ما استحللتم به الفروج " . (١)

٢ - ان السلامة من العيوب ، وصف مرغوب فيه ، من كلال الزوجين ، ولا يتعارض

مع العقد ، فجاز اشتراطه . (٢)

واستدل الحنفية على فساد الشرط بما يلي :

١ - ان النكاح عقد لازم ، لا يلحقه خيار ولا فسخ بعد تمامه . (٣)

(١) البخارى بفتح البارى ، ج ١١ ، ص ١٢٤ .

(٢) المهذب ، ج ٢ ، ص ٥٠ .

(٣) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ٢٥١ ، المبسوط ، ج ٥ ، ص ٩٨ .

مناقشة الأدلة :

لم يأت الحنفية بدليل أصلا ، وما ذكره من أن النكاح لا يلحقه خيار ولا فسخ بعد تمامه ، هو موضع الخلاف ، فلا يصلح أن يساق للاستدلال على أن هذا القول لم يطرد في مذاهبهم ، فقد قالوا بفسخ النكاح بعد تمامه في حالة ردة أحد الزوجين . (١)

وأما الأدلة التي سيقت لصحة الشرط ، فهي أدلة صالحة للاستدلال ولا غبار عليها . لذا يكون القول الراجح هو ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، من القول بصحة شرط السلامة من العيوب . والله أعلم .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٢٩ .

ب - الأدلة على أثر تخلف الشرط :-

استدل القائلون ببطلان العقد بتخلف الشرط - وهم الظاهرية -
وفى وجه للشافعية بما يلي :

- ١ - ما رواه البخاري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " أحق ما وفيتم به من الشروط ، أن توفوا به ، ما استحللتم به الفروج " . (٢) .
- ٢ - أن التي عقد عليها غير التي أدخلت عليه ، إذ السالمة غير المعيبة فإذا لم يتزوجها ، فلا زوجية بينهما أصلا . فلا يملك الخيار في ابقائها أو ردها . لأن اثبات الخيار فرع صحة العقد ، وهنا لم يكن عقد أصلا على المعيبة . (٢) .

واستدل القائلون باثبات الخيار بتخلف الشرط بما يلي :

- ١ - أن الصفات غير معتبرة في صحة العقد ، ولهذا جاز النكاح مع عدم معرفة كل من العاقدين أوصاف الآخر .
- ٢ - لا يفسد عقد النكاح بتخلف الشرط ، قياسا على البيع ، إذا تخلف الشرط فإن العقد لا يبطل ، وإنما يثبت الخيار لصاحب الشرط .

(١) البخاري بفتح الهاء ، ج ١١ ، ص ١٢٤ .

(٢) المحلى لابن حزم ، ج ١١ ، ص ٣٦٨ ، ط ، الاتحاد العربي ، ونهاية

المحتاج ، ج ٦ ، ص ٣١٧ ، زاد المعاد ، ج ٤ ، ص ٣٩ - ٤٠ .

مناقشة الأدلة :

أما الدليل الأول من أدلة ابن حزم ، وهو حديث البخارى ، فلا دلالة فيه على بطلان العقد بتخلف الشرط . بل الحديث مسوق للوفاء بالشروط التى تستحل بها الفروج ، وهذا مما لا خلاف فيه .

أما الدليل الثانى من أدلته ، فبناؤه على اختلاف المعقود عليها حيث ورد العقد على زينب السليمة ، فاذا بها زينب المعيبة .

وهذا الاستدلال فيه نظر :

١ - لأن تعيين الزوجين وقت العقد يكون بأحد وجوه ثلاثة :

أ - أن يعين ذاتا وصفة .

ب - أن يعين ذاتا لا وصفة .

ج - أن يعين صفة لا ذاتا .

أما الوجه الثالث ، وهو تعيين أحد الزوجين أو كليهما صفة لا ذاتا فهذا ما لا يجوز فى النكاح أصلا ، لأن هذا سلم والسلم لا يجوز فى النكاح .

ومثل هذا ما لو لم يعين الزوجان أو أحدهما لا ذاتا ولا صفة ، ويبقى

الوجهان الأولان . تعيين الذات والصفة ، أو تعيين الذات بدون الصفة .

ولا شك أن التعيين لا يجب فى الصفة أصلا ، بل يكفى التعيين

بالذات . فلو قال ولى المرأة ، زوجتك بنتى فلانه ، وقبل الآخر ، من غير أن يعلم بأى صفة من صفاتها ، صح العقد ، باتفاق .

والخلاف إذن فى صورة واحدة وهى ما اذا عين الذات والصفة

فتبين أن الصفة غير موجودة ، بأن قال الزوج ، تزوجت ابنتك فلانة بشرط
السلامة من العرج ، أو العمور ، أو غير ذلك ، فقال ولي المرأة قبلت
أو زوجتك ، فإنا هي ، عرجاء ، أو عوراء ، أو غير ذلك .

فيقول أبو محمد ابن حزم هنا : ان من أدخلت عليه غير التي عقدت
عليها ، لأن السليمة غير المعيبة ، وهو انما عقد على سليمة ، فلم تكن المعيبة
زوجة له أصلا ، لأن العقد لم يرد عليها ،

ويقول الفريق الآخر ، من المالكية والحنفية والخطابة والشافعية
في قولهم الراجع ، ان التي أدخلت عليه ، هي نفسها التي عقد عليها ،
لأن التعيين وقت العقد كان بالذات والصفة ، ولم يكن بالصفة وحدها
فزينب التي عقد عليها بشرط أنها ليست عوراء ، هي نفسها التي تبين أنها
عوراء ، بذاتها ، لا بالوصف المشروط ، وتختلف الوصف لا يعنى تخلف الذات
والا لوجب معرفة الصفات قبل العقد ، ولا يقول أحد بذلك .

وعلى هذا فلا يؤثر خلف الشرط في صحة العقد ، بل يثبت به الخيار
لصاحب الشرط . وأما قول أبي محمد رحمه الله ، ان السليمة غير المعيبة
فذلك انما يصح فيما لو عين الصفة لا الذات ، كما في السلم ، وذلك غير
جائز في النكاح كما ذكرنا .

وهذا يتضح لنا أن أدلة أبي محمد رحمه الله غير كافية لاثبات
ما سيق من أجله ، وهو بطلان النكاح اذا تبين الخلف في شرط السلامة
من العيوب .

وأما أدلة الفريق الثاني فهي سليمة لا غبار عليها ، فيكون القول
بصحة العقد إذا تبين الخلف في الشرط هو الراجح ، وإنما يثبت لصاحب
الشرط الخيار في فسخ العقد وامضائه - والله أعلم .

المبحث الثالث

فى اشتراط صفة من صفات الجمال

ونعنى بهذه الصفات ، الصفات الكمالية ، مما لا يبعد خلافها عيبا
فى المرأة أو الرجل فى عرف الناس ، كالبياض والسمر ، وسواد الشعر وشقرته
وزرقة العين وسوادها أو صفرتها ، والطول والقصر ، وشعر ذلك من الصفات
التي قد يقدم أحد طرفى العقد على اشتراطها فى الطرف الآخر لما يجد فى
نفسه من الميل لهذه الصفة أو تلك ، وقد أعياه البحث فى الوصول إلى
ما يرغب فيه من توفر مثل هذه الصفات .

فإذا اشترط أحد طرفى العقد مثل ذلك ، ثم ظهر من شرط فيه
ذلك على خلاف الشرط ، فهل يملك صاحب الشرط الخيار فى فسخ العقد ؟
أم يبقى العقد لازما ، ويسقط حكم الشرط ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك . وفيما يلى عرض مذاهمهم .

عرض الفذاهيب :

١ - ذهب الشافعية في الراجح من مذاهبهم (١) ، والحنبلة في قول لهم ، (٢) إلى صحة هذا النوع من الشروط ، مطلقا ، أى سواء كان من الرجل أو المرأة . فان تخلف الشرط ، بأن اشترطها جميلة فظهرت غير ذلك أو اشترطته جميلة فظهر على خلاف ما شرط فيه ، ثبت لصاحب الشرط حق الخيار ، فان شاء فسخ العقد ، وان شاء أمضاه .

ووجه هذا القول أن صفة الجمال مرغوب فيها من الجانبين فصحح اشتراطها .

٢ - ذهب الحنبلة في الراجح من مذاهبهم (٣) إلى صحة هذه الشروط إذا كانت من الرجل على المرأة ، فان كانت من المرأة على الرجل ، لم تصح ولم يكن لها الخيار إذا تخلف شرطها .

ووجه هذا القول ، أن صفة الجمال ، انما يرغب فيها بجانب المرأة أما بجانب الرجل ، فالرغبة فيها نادرة فلم تعتبر .

-
- (١) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٦٦ ، وروضة الطالبين ، ج ٧ ، ص ١٨٣ فما بعدها ، المذهب للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٥٠ .
- (٢) الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٨ ، المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٧٣ .
- (٣) منتهى الارادات ج ٣ ، ص ٤٤ و ٤٦ ، كشف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٨ و ١١١ .

٣ - وذهب المالكية (١) ، والحنفية (٢) ، الى عدم صحة هذه الشروط مطلقا ، أى سواء كانت من الرجل أو المرأة .

ووجهتهم في ذلك أن النكاح مبني على المكارمة ، وهو مدعو للبعث عميرقب فيه من صفة ، وتصريف الزوج أو الزوجة للرد بمثل هذه الصفات يعتبر امتهانا لهما . فلا يصح اشتراطه .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، ص ٢٤٩، الخرشى على

خليل، ج ٣، ص ٢٣٨ - ٢٤٨، العدوى على الخرشى، ج ٣

ص ٢٣٨ .

(٢) فتح القدير، ج ٣، ص ٢٥١، المبسوط للسرخسي، ج ٥، ص ٩٨ .

المناقشة : _____

أ - مناقشة القول الزاجح لدى الحنابلة حيث قالوا بصحة الشرط من

الرجل على المرأة ، بخلاف العكس : فنقول :

ان عمدة هذا القول ، أن صفة الجمال في الرجل نادر والرغبة بخلافها في المرأة . ولهذا صح الشرط من الرجل في المرأة ، ولم يصح من المرأة في الرجل . ويرد على هذا التوجيه ما يلي :

- ١ - ان اعتبار ندرة الرغبة وكثرتها ، انما يستقيم فيما لو سكتنا عن الشرط وأحالا الى العرف ، أما عند اشتراط ما هو نادر ، فلا يقال ذلك . لأن ما كان نادرا يجوز اشتراطه ، لأن اشتراطه نص في الرغبة فيه ،
 - ٢ - ان رغبة المرأة في صفات الجمال في الرجل معروفة منذ أقدم العصور وقصة يوسف عليه السلام مع النسوة اللاتي قطعن أيديهن معروفة .
 - ٣ - أن سلف الأمة وخلفها ، قد أخذوا فيما أخذوا من معان من قولهم تعالى : " ولهن مثل الذي عليهن " (١) دعوة الزوج الى التجميل لزوجته كما تتجمل له .
- فلولم يكن جمال الرجل مقصودا ومرغوبا لدى المرأة ، لم يكن لالتقاط هذا المعنى من هذه الآية معنى .

وبهذا يكون تفريق الحنابلة بين الرجل والمرأة في قبول الشرط ، في غير محله - فيما نحسب - والله أعلم .

(١) سورة البقرة ، آية " ٢٢٨ " .

ب - مناقشة القائلين بعدم صحة هذه الشروط مطلقا ، وهم الحنفية والمالكية . وتكمن هذه المناقشة فيما يلي :

١ - ان قولهم : ان النكاح مبني على الكارمة ، صحيح ، ولكن الكارمة تقتضى الصدق والامانة ، فاذا اشترط أحد الزوجين في الآخر صفة مرغوبة ، وكان من شروط فيه هذه الصفة ، يعلم تمام العلم عدم وجودها . فقبوله للنكاح على هذا الشرط ، من أقبح الكذب وأفحشه وهو تدليس ، بل غش . وذلك يتبين أن من يقبل بهذا الشرط مع علمه بعدم توفره ، لا يريد بهذا النكاح الكارمة والمودة ، بل هو بسبيل المخاصمة والمشاحنة .

٢ - أما قولهم : ان الطرفين مدعوان للبحث عما يرغبان فيه ، فحيث تركا البحث ، لم يقبل الشرط منهما .

فإن هذا التوجيه ^{على} أن النبي صلى الله عليه وسلم ، دعا الرجل ان أراد أن يخطب امرأة أن ينظر منها ما يدعوه الى نكاحها ، وليس هذا خلاص بالرجل بل المرأة كذلك قياسا عليه .
فلو صح اشتراط مثل هذه الصفات ، لما كان لهذه الدعوة من كبر فائدة .
ونقول هنا ما يلي :

ان الدعوة للبحث ، تؤكد أن الصفات مرغوبة ، فلو لم تكن مرغوبة لمادعا اليها النبي صلى الله عليه وسلم . فاذا لم يتيسر البحث ، لسبب أو آخر كان الشرط ضامنا لما يرغب فيه كل من الزوجين في الآخر .

وانما افترضنا الشرط عند عدم تيسر البحث ، لأنه ليس من المعقول أن يكون الاطلاع على الصفة المرغوب فيها ميسورا ، ولا يتسبب للاطلاع عليها . فهو ان قيد واقعي ، لا احترازي .
بمعنى أن هذه الشروط ينبغي أن يقال بصحتها ، سواء تيسر البحث أو لم يتيسر .

٣ - وأما القول بأن قبول مثل هذه الشروط ، يؤدي لامتهان الانسان بالرد بعد العقد ، ففيه نظر .

لأن الانسان رجلا أو امرأة ، اذا أراد أن يكون كريما ، وجب عليه الصدق وعدم الفس ، فحيث كذب على صاحبه فحشه وخانه ، وكان مهانا في نفسه قبل الرد بالخيار ، ومن يهين يسهل الهوان عليه .

نتيجة المناقشة

ويتضح لنا مما تقدم ، أن القول الراجح هو القول الأول من اعتبار الشروط الداخلة على صفة من صفات الجمال ، شروطا صحيحة مطلقا ، سواء كانت من الرجل أو المرأة .

لعدم سلامة التوجيهات التي ذكرها الحنابلة لقولهم بالتفريق بين الرجل والمرأة في قبول هذه الشروط .

ولعدم سلامة التوجيهات التي ذكرها المالكية والحنفية لمذاهبهما أيضا من عدم قبول هذه الشروط مطلقا .

والله من وراء القصد .

المبحث الرابع

فى الشروط التى يستثنى بها من مقتضى
العقد المطلق، وأولى يزداد بها عليه
مما لم يكن محرماً فى الشريعة

ونعنى بالعقد المطلق : العقد الذى لم يقترن بشرط كزواجك
فلانة على مهر كذا ، فيقول الآخر قبلت التزويج .
ومقتضى العقد ، ما رتبته الشارع من حقوق وواجبات على هذا العقد .
ومثال الأمور التى قد تستثنىها الزوجة بالشرط مما يقتضيه العقد المطلق
اشتراطها أن لا يسافر بها من بلدها ، أو بلد كذا ، أو لا يخرجها من
بيت أبيها ، وما أشبه ذلك .

ومثال ما تضيفه الزوجة على ما يقتضيه العقد المطلق ، اشتراطها
أن لا يتزوج عليها ، أو أن لا يغيب عنها أكثر من كذا يوم ، فى حدود ما تحل
الغيبة له عنها فى الشريعة .

ومثال ما قد يستثنى الزوج مما يقتضيه العقد المطلق ، اشتراطه
أن يسكنها مع والديه .

ومثال ما يضيفه الزوج على ما يقتضيه العقد المطلق ، اشتراطه أن ترضع
ولده من غيرها ، أو أن تهدي إليه هدية من مالها .
وما أشبه ذلك .

وإذا أردنا أن نجمل ذلك في قاعدة تشمل هذه الأمور جميعها

قلنا هي :

- أشترط أحد الزوجين على الآخر ما يباح له فعله وتركه من غير شرط .
- فهذا المبحث إذن ينحصر في حدود المباح ، فلا يشمل الواجب ولا الحرام .
- وبعد هذا التمهيد لهذا المبحث نأتى الى عرض المذاهب .

عرش المذاهب :

- ١ - ان هذه الشروط باطلة وتبطل العقد أيضا اذا اقترنت فيه .
ذهب الى ذلك ابن حزم رحمه الله حيث قال :
" النكاح بشرط هبة أو بيع ، وأن لا يتسرى عليها وأن لا يرحلها
أو غير ذلك كله ، فان اشترط ذلك في العقد فهو مفسوخ " . (١)
 - ٢ - يصح العقد ، ويبطل الشرط ، ذهب الى ذلك الحنفية (٢) ،
والشافعية (٣) .
 - ٣ - يصح العقد ، ويبطل الشرط ، اذا لم يعلق بيمين ، فان علق بيمين
لزمه اليمين . فلو قال ولي المرأة زوجتك بنتى فلانة على أن لا تتزوج
عليها فان تزوجت عليها ملكت نفسها فتطلق نفسها متى شاءت ،
فقال الزوج قبلت الزواج على هذا الشرط ، فاذا تزوج عليها ملكت
نفسها .
وسواء كان اليمين ، بطلاق ، أو تملك ، أو عتق ، أو غير ذلك .
وهذا مذهب المالكية . (٤)
- فالمالكية يتفقون مع المذاهب الحنفى والشافعى فى صحة العقد
وطلان الشرط . الا أنهم يضيفون ، أن لصاحب الشرط أن يلزم
-
- (١) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٦ - ٥١٧ ، ف ١٨٥٣ . وانظر ايضا
ج ٩ ، ص ٤٩١ الى ص ٤٩٤ ، ف ١٨٤٥ . منه أيضا .
 - (٢) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٩٨ ، و ص ٢٥٠ .
 - (٣) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٨٦ - ٣٨٧ ، المذهب للشيرازى ، ج ٢ ،
ص ٤٧ .
 - (٤) الخرشى على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٦ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٢٤٢ .

الطرف الآخر عند الاخلال بشرطه بأمر آخر من طلاق أو عتق أو تطييك
أو غير ذلك .

٤ - يصح العقد والشرط ، فان أخلف من شرط عليه هذا الشرط ، ثبتت

لصاحبه الخيار في فسخ النكاح ، وهذا مذهب الحنابلة . (١)

ويتضح من هذا العرض أن المالكية والحنفية والشافعية والظاهرية متفقون

على القول بابطال هذه الشروط ،

وأن الحنابلة يتفردون بالقول بصحتها ، ولهذا أكدوا في كثير من كتبهم عند

الحديث عن الشروط ، أن القول بصحتها من مفردات مذهبهم .

ولهذا فسوف نذكر أدلة الضكرين لصحة هذه الشروط ، ثم نتبعهم

بأدلة الحنابلة القائلين بصحتها ، ثم نناقش أدلة الفريقين لعلنا نستطيع

أن نتبين الراجح منهما .

(١) منتهى الارادات ، ج ٣ ، ص ١٧٩ ، كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٨ ، الفتاوى

الكبرى لابن تيمية ، ج ٢ ، ص ٢٧٩ . المفنى لابن قدامه ، ج ٧ ، ص

٢٦٥ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٥٥ .

والنكاح عقد كالبيع ، فيكون الشرط فيه منهيًا عنه ، وما كان منهيًا عنه لا يكون صحيحًا بل باطلاً .

٥ - ما روى عن علي رضي الله عنه في الرجل يتزوج المرأة يشترط لها دارها قال " شرط الله قبل شرطها " . (١)

٦ - ما جاء عن عمر رضي الله عنه ، في رجل تزوج على عهده وقد شرط لزوجته أن لا يخرجها من دارها ، ثم أراد اخراجها ، فترافعا الى عمر رضي الله عنه فوضع عمر عن الرجل الشرط وقال رضي الله عنه " المرأة مع زوجها " (٢)

٧ - قوله عليه الصلاة والسلام " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " . (٣)
وهذه الشروط ليس عليها أمر النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا أمر المسلمين فتكون باطلة مردودة .

٨ - ان هذه الشروط لا تخلو من أحد وجوه أربعة لأنها : (٤)
أ - ما أن تحرم الحلال .

ب - أو تحلل الحرام .

ج - أو توجب الساقط .

د - أو تسقط الواجب .

(١) الترمذى بتحفة الاحوذى ، ج ٤ ، ص ٢٧٦ . بصيغة التمرىض .

(٢) قال الشوكاني في نيل الأوطار ، ج ٦ ، ص ١٦٢ : رواه ابن وهب باسناد

جيد ، وانظر تحفة الاحوذى شرح الترمذى ، ج ٤ ، ص ٢٧٦ .

(٣) رواه مسلم ، ج ٢ ، ص ٤٢ ، باب الأفضية .

(٤) اعلام الموقعين لابن القيم ، ج ٦ ، ص ٣٤٧ .

وهذه الوجوه كلها باطلة محرمة ، فالشروط التي لا تخلو من واحد منها تكون محرمة ، فتبطل ، لأن ما حرّمته الشريعة لا يكون صحيحا .

ب - استدلال الحنابلة بما يلي :

- ١ - ما رواه الشيخان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :
" ان أحق ما وفيتم به من الشروط ، ما استحلتتم به الفروج " . (١)
وهذه الشروط دخلت في عقد النكاح ، وكانت جزءا منه ، وعقود
النكاح هو الذي يستحل به الفرج ، فكانت هذه الشروط أحق بالوفاء
من أى شرط آخر .
- ٢ - قوله عليه الصلاة والسلام " المسلمون على شروطهم الا شرطا أحل
حراما أو حرم حلالا " وقد مر قريبا في أدلة المانعين .
وهذه الشروط لا تحل الحرام ، ولا تحرم الحلال ، فتكون واجبة الوفاء
بالنص .
- ٣ - ما جاء عن عمر رضي الله عنه أنه قال " مقاطع الحقوق عند الشروط " (٢)
- ٤ - عموم الآيات والأحاديث ، التي دلّت على وجوب الوفاء بالعقود والمعهود
مثل قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " . (٤)

(١) البخارى بفتح البارى ، ج ١١ ، ص ١٢٥ ، مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ٢٠١ .

(٢) البخارى بفتح البارى ، ج ١١ ، ص ١٢٤ .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٧٧ - ٧٨ . وقد ذكر شيخ الاسلام كثيرا من هذه الآيات ، والأحاديث . (٤) الطائفة آية ١ .

وقوله تعالى " وأوفوا بالعهد " (١) .

وقوله عليه الصلاة والسلام : " أربع من كن فيه ، كان منافقا خالصا " ،

وعد منها " وإذا عاهد غدر " (٢) .

٥ - ان هذه الشروط لم يرد من الشارع نهى عنها ، وهي ليست من باب

العبادات ، والأصل في مثل ذلك الصحة ، لا البطلان . (٣) .

- تلك هي أدلة الفريقين ، المنكرين لصحة هذه الشروط ، والمثبتين لها .
- ولعلنا بعد أن جمعناها ، نوفق في مناقشتها ، لأن الخلاف فيها شديد ،
- ولا تنحصر آثاره في باب النكاح ، بل في أغلب أبواب المعاملات ، أو جميعها .

(١) الاسراء ، آية " ٣٤ " .

(٢) رواه مسلم ، ج ١ ، ص ٣٢ ، باب الايمان .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٤٨٣ .

المناقشة :

١ - مناقشة أدلة القائلين بإبطال هذه الشروط :

أما الدليل الأول ، وهو منافاة هذه الشروط لمقتضى العقد ، ففيه نظر تبينه فيما يلي :

١ - يقال ما المراد بمنافاة هذه الشروط لمقتضى العقد ، فان ذلك يحتمل أحد أمرين :

أ - أن يقال ان هذه الشروط تنافى مقتضى العقد مطلقا .

ب - ان يقال ان هذه الشروط تنافى مقتضى العقد المطلق .

فان أرادوا الأول وهو أن هذه الشروط تنافى مقتضى العقد مطلقا أى فى أى صورة وقع العقد ، فلا يسلم لهم .

لأن العقد المقترن بشرط ، صار الشرط جزءا منه ، لدخوله ضمن الإيجاب

والقبول ، فلا يقال ان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لأن العقد

مشمول عليه فكيف ينافيه . بمعنى أن ولى الزوجة اذا قال زوجتك بنتى

فلأنه بشرط أن لا تسافر بها من بلدها ، فقال الزوج قبلت الزوج .

صار مقتضى هذا العقد ، الزواج المشروط ، وليس الزواج المطلق

فلا يعقل ان أن يكون الشرط المقترن بالعقد مخالفا لذلك العقد

لأن العقد مشتمل على هذا الشرط .

وان أرادوا المعنى الثانى وهو منافاة هذه الشروط لمقتضى العقد

المطلق ، أى الذى لم يقترن بشرط .

فيقال ان كل شرط كذلك ، لأن المطلق غير المقيد . وقد قالوا بصحة

الشرط اذا دخل على المهر كأن يشترط ولى المرأة أن يكون المهر

من نقد معين ، أو عين موصوفة أو غير ذلك .

وهذا الشرط يخالف مقتضى العقد لو كان مطلقاً .

ثم يقال لا يضر هذه الشروط منافاتها لمقتضى العقد المطلق ، لأن

الكلام في عقد مقيد لا في عقد مطلق .

وهذا يتضح أن هذا الدليل لا يؤدي إلى المطلوب من إبطال هذه

الشروط فلا يصح الاعتماد عليه .

أما الدليل الثاني وهو حديث " المسلمون على شروطهم " إلا شرطاً أحل

حراماً أو حرم حلالاً .

فمن العجب أن الذين يبطلون هذه الشروط ، والذين يصححونها ، يتواردون

في الاستدلال على هذا الحديث . فما هو وجه الحق في هذا ؟

يقول النبي صلى الله عليه وسلم في صدر هذا الحديث :

" المسلمون على شروطهم " .

وهو نص في أن هناك أموراً إنما تجب بالشرط ، من حيث أنه شرط ، وهم —

نستبعد أن يكون المراد من صدر الحديث ، تلك الأمور التي يقتضيها العقد

المطلق ، إذا ورد عليها الشرط . لأن الشرط حينئذ لم يكن منشئاً لأي التزام

بل هو مؤكّد لا غير .

وكذلك حمل صدر الحديث على شروط من أخرى غير ما استثناه النص

لأنه يكون تخصيصاً بدون مخصص ، ولا يجوز في الشريعة .

والاستثناء إنما جاء لنوعين فقط هما :

١ - الشروط التي تحرم الحلال .

٢ - الشروط التي تحل الحرام .

فإن يكون من الواجب على المسلمين ، الالتزام بشروطهم ، إلا إذا
أحلت هذه الشروط ما هو محرم بالشرع ، أو حرمت ما كان حلالا .

ولكن كيف يحرم الشرط الحلال .

يقول الذين أبطلوا هذه الشروط ، ان ولي المرأة إذا اشترط على الزوج أن لا
يسافر بها من بلدها ، أو أن لا يتزوج عليها ، فقد اشترط تحريم الحلال ، من
السفر بالزوجة ، أو الزواج عليها ، لأن السفر بها والزواج عليها كان حلالا قبل
الشرط .

ويقال هنا أولا :

ان القائلين بصحة هذه الشروط ، لم يقولوا بوجوب الوفاء بها ، وإنما قالوا
باستحباب ذلك ، فان لم يف بشروطه ، ثبت للزوجة الخيار في فسخ النكاح .
وبهذا لا يكون الشرط قد حرم الحلال ، بل جعله مندوبا بالتزامه له .

وهذا ما لم يستثنه النص ، فيكون مشمولا بصدور الحديث .

ويقال ثانيًا :

ان الشرط لا يكون محرما للحلال بمجرد الالتزام بتركه ، فترك المباح
شيء ، واعتقاد تحريمه شيء آخر .
فإذا التزم الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها ، فليس معنى هذا أنه قد اعتقد
تحريم ذلك . والمسلمون جميعا ، وفي جميع عصورهم ، يلتزمون ترك بعض
المباحات ، إما مروءة ، أو تعففا ، أو لغير ذلك من أسباب ولم يقل احد عن
هؤلاء ، انهم قد حرموا الحلال .

وكذا يقال في اباحة الحرام من ايجاب ما لم يجب ، بالتفريق بين الالتزام

بعمل معين ، وبين ايجابه ، ولا يجوز الخلط بين هذه الأمور والا لعد كل ملتزم
لنافلة ، أو عمل مباح ، أنه قد أوجبه ، وإيجاب ما لم يجب في الشريعة حرام شرعا .
أو كل من التزم ترك مباح ، أنه قد حرم الحلال ، وتحريم الحلال منهي عنه ،
فيكون هذا الالتزام منهي عنه فيحرم .

وهذا يؤدى الى نتائج خطيرة لا تحمد عقباها .

وما أشبه هذه الشروط بالندر ، فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم " من
نذر أن يطيع الله فليطع ، ومن نذر أن يخفى الله فلا يخفى " (١) .
ولا شك أن عصيانه سبحانه اما بتحريم حلال ، أو اباحة حرام .
ولو فسرنا اباحة الحرام وتحريم الحلال بما فسره الذين ذهبوا الى ابطال
الشروط بالحديث الاول ، لم يصح كثير من أنواع النذور .

ولا يقال هنا : ان الشارع قد أبطل الالتزام ببعض المباحات اذا لم تكن
طاعة كالوقوف بالشمس ، وما أشبه ذلك ، لأن النذر قريبه ، فلا يكون الا بطاعة
من فعل مندوب ، أو واجب ، أو ترك حرام أو مكروه أو ما هو قريب من ذلك .

٣ - وحتى لو قلنا : ان هذه الشروط توجب ما لم يجب بالشرع ، أو تحسرم
ما كان مباحا قبلها فلا مانع من ذلك ، ان العقود والشروط ، أسباب
جعلها الشارع بيد العبد ، فالمال الملوك لشخص ، لا يحق لغيره أن
يتصرف فيه الا باذنه ، وهو عليه حرام قبل هذا الاذن ، فاذا أذن له في
التصرف ، أو هداه له ، أو باعه اياه ، فقد تصرف بالسبب الذى أباحه
الشارع له ، فجعل ما كان حراما على غيره حلالا لهذا الغير . وجعل

ما كان حلالا له حراما عليه .

وهذه جميع الحقوق والشروط ، بل وجميع الاسباب لاتخرج عن هذا المعنى فلا يصح حمل الاستثناء على ذلك .

وأحسب أن المعنى الذى يصح حمل الاستثناء عليه ، فى معنى الحلال والحرام ، هو ما كان حلالا أو حراما بالوضع ، ولم يجعل للمعبود فيه مدخل لمباشرة الأسباب .

فمثال الشرط الذى يحل الحرام على هذا المعنى ، أن يشترط عليهما مخالفة الرجال أو عدم الصلاة أو غير ذلك .

ومثال الشرط الذى يحرم الحلال ، أن يشترط عليهما أن لا تأكل الا كذا أو لا تلبس الا كذا من أنواع الألبسة أو غير ذلك من المباحات .

وهكذا يكون الحديث دليلا على صحة هذه الشروط لا على بطلانها والله أعلم .

وأما الدليل الثالث من أدلة القائلين بابطال هذه الشروط ، وهو

حديث " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل " .

فيقال ان المقصود بكتاب الله ، هو شرعه الذى شرعه بكتابه أو على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ، لأن ما جاء بالسنة ملحق بما جاء بالكتاب ، وقد جاءت السنة بصحة هذه الشروط ، بل وعمومات الكتاب العزيز من الأمر بالوفاء بالمعقود والمعهود وتحريم الخيانة والغدر .

فلا يقال ان هذه الشروط مخالفة لكتاب الله . بل ان النبي صلى الله عليه وسلم قد جعل الشروط الواردة فى عقد النكاح هى من أحق الشروط بالوفاء سواء كانت

على الزوج أو على الزوجة .، كما مر بنا في أدلة الحنابلة .

وعمل الحديث على الشروط الداخلة على ما يقتضيه العقد ، يفقد الحديث قيمته التشريعية ، ويجعله غير منشىء لأى حكم أصلا .

على أن الحديث جاء لبيان أحق الشروط بالوفاء ، هكذا بصيغة التفضيل ومعنى هذا أن هناك شروطا يجب الوفاء بها ولكن الوفاء بالشروط فى عقد النكاح الذى يستحل به الفرج أحق وأولى .

فكيف يقال إذن لا يصح من الشروط إلا ما وجب بمقتضى العقد ، وما وجهه الاحقية بالوفاء بين الشروط إذا لم تصح إلا فيما يقتضيه العقد ؟

وأما الدليل الرابع ، وهو القياس على البيع ، ففيه نظر من وجهين :
الوجه الأول : أنه قياس على المختلف فيه فلا يصلح حجة ، لأن الحنابلة يقولون بصحة الشرط فى البيع .

الوجه الثانى : أن حديث تحريم البيع مع الشرط ، مع ضعفه ، معارض بأدلة لو انفرد الواحد منها لكان أقوى منه ، فكيف بها مجتمعة .

وأما الدليل الخامس : وهو أثر على رضى الله عنه ، فلا يصلح حجة ، لأن المسائل المختلف فيها ، لا يصح الاحتجاج لها بقول أحد غير الله ورسوله صلى الله عليه وسلم .

وأما الدليل السادس : وهو الرواية عن عمر رضى الله عنه ، ففيها نظر من وجهين :

١ - ان قول الصحابي فى المختلف فيه لا يكون حجة باتفاق .

٢ - ان عمر رضى الله عنه اختلف عنه فى صحة الشروط ، فروى عنه أنه قال بصحتها وروى عنه أنه أبطلها ، ولو سلم تعادل الروايتين لوجب اطراحهما فكيف ورواية القول بصحة الشروط رواها البخارى كما مر بنا فى أدلة الحنابلة .

وأما الدليل السابع :

وهو حديث " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " فيقال ان المخالفين الذين يذهبون الى صحة هذه الشروط يقولون ان قبول هذه الشروط من أمر الاسلام وشرعه ، وهذا هو الموضوع الذى حصل فيه الخلاف ، فلا يصح الاحتجاج بهذا الحديث لواحد من القولين .

وأما الدليل الثامن :

وهو عدم غلو الشرط من احتمالات أربعة وكلها محرمة لأن الشرط إما أن يعمر الحلال أو يحلل الحرام أو يوجب الساقط أو يسقط الواجب ، فقد أجبنا عنه فى مناقشة الدليل الثانى فلا حاجة لنا بالعودة اليه .

وهذا تكون أدلة القائلين بابطال هذه الشروط غير سليمة لأنها لا تخلو من ضعف فى المدلول أو السند - والله أعلم .

ب- مناقشة أدلة الحنابلة :

ليس لدينا ما نعترض به على ما استدل به الحنابلة لصحة هذه الشروط ولا ما نناقش فيه . فأنى أحسب أن أدلتهم سليمة موصلة الى المطلوب من صحة هذه الشروط - والله أعلم .

نتيجة المناقشة

ومن هذه المناقشة يتضح لنا رجحان ما ذهب اليه الحنابلة من القول بصحة هذه الشروط . وهذا يأخذ العاقدان حرتهما في تحديد موافقتهما مما يوجب العقد المطلق ، فيدخلان في هذه العلاقة الزوجية على بينة ، وعن اطمئنان لما يرغبان فيه أو يرغبه كل واحد من الآخر .

وهذا تكون الشريعة الاسلامية ، قد أعطت للارادة الانسانية حرتهما في تكييف العقد من حيث مقتضاه ، مما يجعلها شريعة لاتساق في هذا الاتجاه ، بله افضلية السبق - والله من وراء القصد .

الباب الثاني

في الشروط الفاسده

وتحتة فصلان

- الفصل الاول : في الشروط الفاسدة التي تبطل العقد .
 - الفصل الثاني : في الشروط الفاسدة التي لا تبطل العقد .
-

الفصل الأول

في الشروط الفاسدة التي تبطل العقد

وتحت مباحث

- المبحث الأول : في شرط التوقيت .
 - المبحث الثاني : في نكاح المحلل .
 - المبحث الثالث : في النكاح المعلق على شرط .
 - المبحث الرابع : في النكاح بشرط الخيار .
 - المبحث الخامس : في نكاح الشفار .
 - المبحث السادس : في شرط نفي الحل .
-

المبحث الأول

فسي شرط التوقيت

وتحتيه ثلاثة مطالب

- المطلب الأول : في نجاح المتعة .
 - المطلب الثاني : في النجاح المؤقت .
 - المطلب الثالث : في نية التوقيت .
-

المطلب الأول

في نكاح المتعة

المتعة : بضم الميم وكسر هاء ، اسم للتمتع ، كالممتاع ، فيقال : فلان أصاب
متعته من كذا ، إذا تمتع به . (١)

هذا من حيث اللفظة .

وأما في الشرع فلها عدة معان ، منها : متعة الحج ، ومتعة المطلقات ، وتمتع
الرجل من امرأة إلى أجل . (٢)

والمقصود في بحثنا هو المعنى الثالث من معاني المتعة التي ذكرنا ،
وعرفها جمهور الفقهاء بأنها : النكاح إلى أجل ، سواء كان بلفظ المتعة ، أو
بلفظ النكاح والتزويج . (٣)

فمدار المتعة عندهم ، إنما هو ذكر الأجل .

وذهب زفر إلى أن المتعة ، ما وقع فيها العقد بلفظ أتمتع وأستمع وكل ما اشتمل
على مادة " م ، ت ، ع " .

فإن جاء العقد بغير لفظ أتمتع ، وما اشتمل على مادة " م ، ت ، ع " كان نكاحاً

-
- (١) ترتيب القاموس المحيط ، ج ٤ ، ص ٢٠٠ .
 - (٢) قوانين الأحكام الشرعية ، ص ٢٣٣ .
 - (٣) الخرشني على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٦ ، أسهل المدارك ، ج ٢ ، ص ٨٧ ،
المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢١٨ ، المهذب للشيرازي ، ج ٢ ،
ص ٤٦ ، المغني لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٧٩ ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ،
ص ١٤٢١ ، المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٩ ، ف ١٨٥٤ .

موقتا ولم يكن متعه . (١)

وقد حاول بعض الحنفية ذكر فروق بين نكاح المتعة ، والنكاح الموقت بأن المتعة ، لا يشترط فيها شهود ، ولا تعيين المدة ، ويجب أن يكون عقدها بلفظ يشتمل على مادة " م ، ت ، ع " .
وبأن النكاح الموقت يشترط فيه تعيين المدة ، والشهود ، ويجب أن يكون بلفظ ينمقد به النكاح الدائم . (٢)

ويرد على هذا التفريق : أن الصحابة رضوا الله عنهم لم يرد عنهم أنهم كانوا يلتزمون في نكاح المتعة ، التعاقد بلفظ المتعة أو ما اشتمل على مادة " م ، ت ، ع " . وليس معنى أمر النبي صلى الله عليه وسلم لهم بالمتعة أن يتعاقدوا بهذا اللفظ خاصة . وكذلك بالنسبة لتعيين المدة ، فالأحاديث التي تحدثت عن الرخصة بالمتعة ذكرت الأجل كما سنرى عما قريب ، والأجل متى أطلق قصد به الأجل المعين ، لا مطلق الأجل ، لأن المطلق يجب حمله على فرد الكامل ، وهو هنا الأجل المعين لا المجهول .

وأما الشهود ، فلم يأتي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمرهم أَوْ رخص لهم ، بالتعاقد في نكاح المتعة بغير شهود (٣) ، على أن من الفقهاء من لم يشترط الشهود في النكاح الدائم ، واكتفى بالاعلان . فلعمل

(١) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٤٦ - ٢٤٧ ، تبين الحقائق

ج ٢ ، ص ١١٥ ، والبحر الرائق ، ج ٣ ، ص ١١٥ .

(٢) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ٢٤٦ - ٢٤٧ .

(٣) قارن بفتح القدير ، ج ٣ ، ص ٢٤٦ - ٢٤٧ ، وتبين الحقائق

ج ٢ ، ص ١١٥ .

الروايات عن بعض الصحابة رضى الله عنهم التى لم تذكر شهودا فى نكاح المتعة
انما كان مستند هذا البعض الاكتفاء بالاعلان عن الأشهاد .

وهذا يتضح لنا أن النكاح الموقت فرد من أفراد نكاح المتعة ،
وأنه متى ذكر الأجل كان نكاح متعة ، سواء جاء بلفظ النكاح والتزويج وما يقوم
مقامهما ، أو جاء بلفظ المتعة ، أو ما يقوم مقامه . (١)
ويكون تعريف الجمهور لنكاح المتعة بأنه النكاح الى أجل ، هو والتعريف
الراجح . والله أعلم .

ولم يختلف الفقهاء من أهل السنة فى نسخ نكاح المتعة ، ولا فى
وجوب فسخه اذا وقع ، وان طالت المدة على هذا النكاح ، وان ولدت الأولاد . (٢)

-
- (١) انظر المرجعين السابقين ، ومدايع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤٢١ .
(٢) الشرح الصغير ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ ، الخرشى على مختصر خليل ، ج ٣ ،
ص ١٩٦ ، أسهل المدارك ، ج ٢ ، ص ٨٧ - ٨٨ ، والحدوى على كفاية
الطالب ، ج ٢ ، ص ٤١ ، والمدونة الكبرى لمالك ، ج ٢ ، ص ١٩٦ .
شروح المنهاج : المحلى ، ج ٣ ، ص ٢١٨ ، والتحفة ، ج ٧ ، ص ٢٥٤ ،
المغنى ، ج ٣ ، ص ١٤٢ ، النهاية ، ج ٦ ، ص ٢١٤ ، وكذلك المذهب
للشيرازى ، ج ٢ ، ص ٤٦ ، والأم للشافعى ، ج ٥ ، ص ١٧٥ .
كشف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٥ ، منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٨١ ،
المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٧٨ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٤ ، الكافى
فى مذهب احمد ، ج ٢ ، ص ٦٨٠ . العناية وفتح القدير ، ج ٣ ، ص ٢٤٦ ،
المبسوط ، ج ٥ ، ص ١٥٣ ، مجمع الأنهر ، ج ١ ، ص ٢٧٠ ، بدائع
الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤٢١ ، تبیین الحقائق ، ج ٢ ، ص ١١٥ ، البحر
الرائق ، ج ٣ ، ص ١١٥ ، المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٩ ، ف ١٨٥٤ .

وإذا كان هناك من رواية عن بعضهم ، فإنها لا تخرج ^{عن} أن تكون ضعيفة
أو مهملة ، أو قيل بالرجوع عنها . (١)

وذهب الشيعة الإمامية ، إلى جواز نكاح المتعة (٢) بل قد يميلون
إلى التأثيم بتركها ، فقد ذكرنا أن المسلم لو حلف بين الركن والمقام أن لا
يتمتع فعليه أن لا يبر بهذه اليمين ، بل يجب عليه أن يتقنع (٣) . وقد بنا
على جواز نكاح المتعة ، فروفا يقشمر جسد المؤمن منها ، وتأ لله لو عمل
المسلمون بالمتعة كما يريدوا الإمامية ، لما استطعت أن تطمئن على شرف
فتاة بكر ، فضلاً عن غيرها ، ولتفشى الفساد بين الشباب والشابات تفشى النار
في المهشيم . (٤)

نسأل الله السلامة لأعراضنا ولأعراض المسلمين من ذلك - آمين .

-
- (١) الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٣ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ج ٥ ،
ص ١٣٣ .
- (٢) شرائع الاسلام ، ج ٢ ، ص ٣٠٦ ، المختصر النافع ، ص ٢٠٧ .
- (٣) انظر وسائل الشيعة ، ج ١٤ ، ص ٤٤٢ - ٤٤٣ - ٤٤٤ = ٤٤٥ ،
ونسبوا إلى أبي عبد الله أنه سئل عن هذه اليمين فقال رحمه الله " تمتع
والله لئن لم تطع الله ، لتعصينه " .
- (٤) اننا أردت التأكد مما ذكرناه ، فانظر : شرائع الاسلام ، ج ٢ ، ص ٣٠٦ ،
المختصر النافع ، ص ٢٠٧ ، فما بعدها ، وسائل الشيعة ، ج ١٤ ، ص
٤٤٦ - ٤٤٧ - ٤٤٨ ، والمسالك ، ج ٢ ، ص ٢٧١ .

الأدلة :

استدل جمهور أهل السنة ، على نسخ نكاح المتعة بأدلة كثيرة ، نذكر

منها ما يلي :

١ - ما اتفق عليه الشيخان عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمير الأنسية^(١)" روى هذا الحديث من عدة طرق ، وبروايات متقاربة ، وهو نص في تحريم المتعة .

وهذه الرواية من أكبر ما يستدل به على الإطامية في تحريم المتعة لأنها وردت عن علي رضي الله عنه ، وفي مصادر الإمامية أنفسهم . (٢)

٢ - ما رواه الربيع بن سبرة عن أبيه قال " أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ، ثم لم نرجع منها حتى نهانا عنها " . (٣)

٣ - وفي رواية له أيضا قال " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المتعة وقال : ألا إنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة ، ومن كان أعطى شيئا فلا يأخذه " . (٤)

وما كان حراما إلى يوم القيامة ، فهو مأمون من ادعاء النسخ بعد ذلك .

(١) البخارى بفتح البارى ، ج ١١ ، ص ٧١ ، مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ١٩٠ .

(٢) وسائل الشيعة ، ج ١٤ ، ص ٤٤١ .

(٣) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ١٨٩ .

(٤) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ١٩٠ .

٤ - وفي رواية للربيع أيضا أن أباه حدثه : انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " انى كنت اذنت لكسم فى الاستمتاع من النساء ، وان الله قد حرم ذلك الى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا " (١)

وفى هذا الحديث ، التصريح بالناسخ والمنسوخ والنص على التحريم الى يوم القيامة . وأمره صلى الله عليه وسلم لمن كان تحته امرأة يستمتع بها قبل هذا التحريم ، أن يخلى سبيلها ، ولا يأخذ مما آتاها شيئا .

واستدل الامامية بما يلى :

١ - قوله تعالى : " والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمنكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة ان الله كان عليما حكيمًا " . (٢)

وجه الدلالة فى هذه الآية من ثلاثة أوجه :

أ - ان الله سبحانه ذكر الاستمتاع ، ولم يذكر النكاح ، والاستمتاع والتمتع واحد .

ب - ان الله جل جلاله أمر بايتاء الأجر ، والأجر انما يقال فى الاجارة لا فى النكاح ، فدل أنها مستأجرة ، وذلك انما يكون فى نكاح المتعة لا فى النكاح الدائم .

(١) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ١٨٦ .

(٢) سورة النساء آية ٢٣ .

ح - أمر الله في هذه الآية بايتاء الأجر بعد الاستمتاع ، وذلك يوكد
أن المراد به الاجارة ، لأن المؤجر انما يستحق الأجر من
المستأجر بعد استيفاء المنفعة . ولو أراد بالأجر هنا المهر
لماصح ذكر الأجر بعد الاستمتاع ، لأن المهر يجب بالعقد لا
بالاستمتاع ولا بعده . (١)

٢ - قراءة ابن عباس رضي الله عنه ، حيث قرأ هذه الآية هكذا " فَمَا
استمتعتم به منهن الى أجل سمي " . (٢)

٣ - ان نكاح المتعة ثبتت اباحتها بالاجماع ، ثم وقع الخلاف في نسخه
وتحريمه ، واما أن ما دل عليه الاجماع قطعي الثبوت فلا يمكن التصير
لنسخه وتحريمه بأمر ظني مختلف فيه . فثبتت اباحتها . (٣)

٤ - لو كان النسخ لنكاح المتعة ثابتا ، لما صرح عمر - رضي الله عنه - بأنه
هو الذي حرمها . (٤)

(١) بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤١٩ .

(٢) وسائل الشيعة ، ج ١٤ ، ص ٤٣٨ .

(٣) نيل الاوطار ، ج ٦ ، ص ١٥٧ ، سبل السلام ، ج ٢ ، ص ١٢٤ .

(٤) وسائل الشيعة ، ج ١٤ ، ص ٤٣٦ - ٤٣٧ .

مناقشة الأدلة :

أ - مناقشة أدلة الجمهور في نسخ نكاح المتعة :

١ - قد يرد على أدلة النسخ لنكاح المتعة ، أن هذه الأدلة ، تقتضى أن يكون نكاح المتعة ، قد اعتوره الاباحه والنسخ ، أكثر من مرة ، وهذا غير مألوف في الشريعة .

ويجاب عن هذا من وجهين :

الوجه الاول : أن نكاح المتعة جاء استثناء على القاعدة ، وذلك أن الأصل في النكاح أن يكون مؤبدا غير مؤقت ، فرخص به للضرورة . ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجيزه في الأسفار والفتوحات عند عروض الضرورة أو الحاجة ، (١) وما كان استثناء ورخصة يتسامح فيه ما لا يتسامح في غيره . من حيث ألفته وعدم ألفته .

الوجه الثاني : ان نكاح المتعة لم يتكرر نسخه وابعاهته . لأن الروايات التي تفيد تكرار النسخ في ظاهرها يمكن حملها على إحدى طريقتين :

الطريقة الاولى : هي أن النسخ انما وقع يوم خيبر ، وما جاء في غزوة الفتح ، كان لتأكيد التحريم ، ليعلمه من لم يكن علمه ، ولينتشر هذا التحريم بعد أن أذيع في هذا الجمع الضخم من الناس . وقد يرد على هذه الطريقة ، أن الروايات لا تحتطها ، ولكنها صحيحة ثابتة وفيها : أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن بالمتعة عام الفتح

(١) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٤٩ .

ثم نهى عنها .

ويمكن التخلص من هذا اليراد ، بأن الذين رووا اذن النبي صلى الله عليه وسلم في المتعة طام الفتح ، كانوا لم يسموا التحريم يوم خيبر فتوهوا بقاء الاذن اعتادا على ما شاهدوه من تمتع بعضهم في هذه الخزوة .

الطريقة الثانية : وهي أن النسخ انما وقع عام النتح ، ورواية مسلم

عن علي رضي الله عنه في تحريمها يوم خيبر ، وقع فيها خطأ من بعض الرواة ، بدليل أن رواية علي رضي الله عنه رواها أحمد في مسنده بسند صحيح على غير هذه الطريقة ، فقد جاءت هكذا : " ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، وحرم متعة النساء " . (١)

وفي لفظ " حرم متعة النساء ، وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر " (٢) فكان علي رضي الله عنه يحتج على ابن عباس في تحريم المتعة وتحريم لحوم الحمر الأهلية ، فلما ساق علي رضي الله ^{عنه} المسألتين ، ظن بعض الرواة أنهما حرما يوم خيبر ، والصحيح أن المتعة انما حرمت عام الفتح والذي حرم يوم خيبر انما هو أكل لحوم الحمر الأهلية .

قال ابن القيم بعد أن ذكرهاتين الطريقتين " وهذه أي الطريقة الثانية - أصح الطريقتين .

(١) زاد المعاد ، ج ٢ ، ص ١٥٨ .

(٢) نفس المصدر .

(٣) نفس المصدر .

وانما كانت الطريقة الثانية أصح من الأولى - فيما أحسب - لأن رواية سيرة عند مسلم ، لا اختلاف فيها ، وقد جاء فيها : تحريم المتعة الى يوم القيامة ، وتعيين عام الفتح لهذا التحريم .

وانما الاختلاف ، وقع في رواية علي رضي الله عنه ، حيث جاء فيها عند مسلم : أن التحريم كان يوم خيبر ، وعند احمد ، لم تذكر وقتا للتحريم ، فكان الأخذ برواية علي عند احمد أولى لأنها لا تتعارض مع رواية مسلم عن سيرة ، وتقضى على مشكلة تكرار النسخ من أساسها - والله أعلم .

٤- قد ذكرنا في أدلة الجمهور ، أن رواية علي رضي الله عنه في تحريم المتعة قد جاءت في مصادر الشيعة أنفسهم ، وبما أنهم لا يقولون بتحريم نكاح المتعة ، وأجابوا عنها بأنها انما رويت في مصادرهم ، وعلى لسان روايتهم ، من باب التقيّة في الرواية . (١)
وفيما أجابوا به نظر من وجوه :

الوجه الاول : ان الذين رووا هذه الرواية ، لم يبينوا لأحد أنهم انما رووا ما رووا من تحريم المتعة ، تقيّة ، ان لو بينوا ذلك ، لنقل عنهم ، وكذلك لا توجد قرائن ، توجب الحمل على التقيّة ، بل القرائن تدل على عكس ذلك ، فهذه كتبهم محشوة بالمظالم ، وتزييف الأخبار ، والصاق التهم على أعز نفر آمنوا بالله ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وهم أصحاب رسول الله ، بل وأمّهات المؤمنين ، وغرورهم على الجماعة ، الى غير ذلك مما هو موجود في كتبهم ، فكيف يستسيغ عقل عاقل أن يروى رواية الرافضة ، تحريم المتعة ، وعن امام أهل البيت - علي رضي الله عنه - تقيّة ، ثم يجعلون بجانب ذلك كل تلك العظائم .

الوجه الثانى : انما يمكن المصير الى التقية ، لو أن الراوى سكت عن رواية اباحة المتعة ، مخافة سطوة سلطان جائر ، أو عدو قاهر ، أما أن يقدم الى رواية التحريم ، فذلك ما لا يعقل ، اللهم الا أن يدعوا مباشرة الاكراه على هذه الرواية ، ولن يجدوا اليه سبيلا .

انما
الوجه الثالث : ثبت أن الذين رووا رواية التحريم عن علي رضي الله عنه لم يكونوا تحت اكراه مباشر ، فلا يخلو حال هؤلاء عن أحد أمرين :
الأول : أن هؤلاء الرواة رووا ما رووا من رواية التحريم لنكاح المتعة عن علي رضي الله عنه - مع مخالفة هذه الرواية لما عرف عن شيعتهم ، اتقاء غضب الله ، وتصديقا لرسوله صلى الله عليه وسلم ، ونصحا لهذا الامام الكريم ، وقد ألصق به المنتسبون اليه مثل هذه الجهالة .

والثانى : أن يقال : ان مثل هؤلاء الرواة ، انما رووا ما رووا ، تزلفا للحكام وسعيا الى مرضاة المخلوق ، بغضب الخالق ، والنظر الى الدنيا قبل الآخرة ،

فان اختاروا الأول - وهم لم يختاروه - فحبذا موافقة الاسلام والمسلمين

وان اختاروا الثانى ، وجب عليهم أن ينفذوا أيديهم من مثل هؤلاء

الرواة ، ومن جرى على مثل صنيعهم ، فان صنعوا فأحسب أن أمور الخلاف ستتحصر فى قليل من الجزئيات ، التى لا يكبر خطرهما ، ولا يعم شرها . والتى لن تجد سبيلا الى شق الصف الاسلامى بعمون الله .

الوجه الرابع : ان القول باحتمال التقية فى الروايات ، ولأتفه الأسباب ،

يجعل الرافضة يختارون ما روى عن أئمة ال البيت رضي الله عنهم -

وقد حصروا طريق معرفة الاسلام عليهم - ما يحول لهم ، بالهوى حيناً ، وبالتحصب الأعمى أحياناً أخرى ، وهذا مطبراً منه العقل السليم ، والخلق المستقيم ، بله أن يرضى به الدين ، وقد أنزله الله رحمة للعالمين .

الوجه الخامس :

ان الروايات التي تتفق عليها المصادر المعتمدة لدى المسلمين على اختلاف طوائفهم ونحلهم ، كان الاولى أن تجعل في مقدمة ما يعتمدوه في دينهم ، اذا أرادوا النصح لأنفسهم ولدينهم ، أما الاقدام عليها بالتشكيك واختراع الاحتمالات الموهومة ، فذلك دليل الزيف والخذلان نسأل الله السلامة .

ب - مناقشة أدلة الشيعة والاطمية :

أما استدلالهم بقوله تعالى " فما استمتعتم به منهن . . . الى آخر الآية " فيرد عليه ما يلي :

أولاً : ان سياق الآية الكريمة لا يدل على المتعة بل على النكاح الدائم ، ذلك أن الآية التي قبلها ، كانت لذكر المحرمات من النساء ، ثم أكما سبحانه الحديث عن المحرمات في هذه الآية فقال سبحانه " والمحصنات من النساء . . . " فكان المراد من المحصنات ذوات الأزواج ، بدليل استثناء المطوكات منهن ، ثم ذكر جل جلاله ما يحل من النساء بقوله " وأهل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين " فدل أن ما نبتغيه بأموالنا ما أهل الله ، انما هو النكاح الدائم لأنه هو الذي يثبت الاحصان ، لا نكاح المتعة ، وبذلك يكون اسم الفاعل محصنين - جارياً على بابه من ايقاع الفعل من الفاعل على المفعول ، ويكون الانتقال الى

صيغة اللفظة بعد ذلك في قوله تعالى "غير مسافحين" دليلاً آخر على ما ذهبنا إليه ، إذ في النكاح يحصن الزوج زوجته ، وفي غيره كأن العمل يكون مشتركاً يسافحها وتسافحه .

وبذلك يكون معنى قوله تعالى "فما استمتعتم به منهن" "فما نكحتم منهن" ، بقريظة ذكر الاحصان في أول الآية ووسطها - (١) بسكون السين - على المعنى الذي بيناه .

ويكون العدول عن لفظ النكاح الى لفظ الاستمتاع (٢) ، من باب هت الرجال على احصان النساء ، بذكر هظهم منهن ، من التمتع بهن ، ليقدموا على احصانهن بتشوف .

ويؤيد ارادة النكاح الدائم أيضاً قوله تعالى بعد هذه الآية مباشرة "ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمنكم من فتياتكم المؤمنات" (٣) فلو كان المراد من قوله تعالى "فما استمتعتم" نكاح المتعة ، لما كان للارشاد الى نكاح الاماء عند عدم الطول من معنى ، إذ نكاح

-
- (١) القاعدة في معنى كلمة "وسط" أن السين اذا كانت متحركة كان معناها ساكناً كمركز الدائرة مثلاً . أما اذا كانت السين ساكنة كان معناها متحركاً ، فأى نقطة في داخل الدائرة يقال لها وسط الدائرة بسكون السين ، أما وسط بالفتح فلا يقال الا للمركز . **أنظر المصباح المنير** .
- (٢) الاحصان والاستمتاع ، كل منهما يشترك فيه الرجل والمرأة ، وجاء هكذا على التوزيع ، ليكمل استيعاب الحفظ بأخصر وجه ، مع مراعاة المقام فيمن يذكر معه كل منهما ، وهذا من بلاغة القرآن واعجازه .
- (٣) الممتحنة آية ، " . (١) .

الاما^٤ يحتاج من المال أكثر مما يحتاجه نكاح المتعة .

ثانيا : ان الحق جل جلاله ذكر الاستمتاع بعد ذكر المحرمات من النساء ، ولا يرتضى طقل ، أن يكون كتاب الله يذكر نكاح المتعة بعد ذكر ما حرم الله من النساء ويترك ذكر النكاح الدائم ، وهو النعمة التامة ، من الله لبني آدم .

وأما قوله تعالى " فأتوهن أجورهن " حيث سمي المهر أجرا ، فالجواب عنه من وجهين :

الوجه الاول : أن الله سبحانه وتعالى سمي المهر أجرا كما في قوله تعالى " ولا جناح عليكم أن تنكوهن اذا آتيتوهن أجورهن " (١) وقوله تعالى " يا أيها النبي انا أحللتنا لك أزواجك التي آتيت أجورهن " (٢) وقوله تعالى " فانكوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن " (٣)

الوجه الثاني : ان ذكر الأجر في هذه الآية وغيرها ، انما كان من باب التدرج في التشريع ، حيث كانت نظرة الرجل الى زوجته ، نظرة ملك ، ملك أى سلعة يشتريها من السوق بحرطاله ، وساعد على ذلك ، أن الاولياء كانوا هم الذين يستولون على ما يدفعه الزوج من مهر . ولا عبرة لديهم برضا المرأة أو سخطها ، لأنها في نظرهم أيضا ملكا لهم . ف جاء الحق جل جلاله ، وسماه أجرا لاستمتاعه منها ، وأكد ذلك فنسبه اليها " فأتوهن أجورهن " فكان ذلك أول تصحيح في هذا الباب ، ينتفي

(١) الممتحنة آية . ١ .

(٢) الاحزاب آية . ٥ .

(٣) النساء آية ٢٤ .

به ما يتصوره الرجل من ملك زوجته ، وأستحقاق الأولياء لمهرها لأنه ضمن لها .
ثم جاء التصحيح الآخر بتسمية ما يدفعه الرجل لزوجته ، فريضة ، ونحليلة ،
وصدقا ، ليكون تصور الرجل فيما يدفعه من مال للزوجة ، ليس أكثر من اشارة
من امارات حبه لها ، وصدقه في هذا الحب . فارتفعت بذلك معاني الاجارة
المادية المألوفة ، كما ارتفع من قبلها معنى الطك البفيض ،
وزاد هذا وضوحا ، ما افترضه الحق جل جلاله ، من الحقوق المتبادلة بين
الزوجين " ولهن مثل الذي عليهن " . (١)

وبهذا يتضح أن ذكر الأجر في هذه الآية ، لم ينطو على أية قرينة على
توقيت العقد ، كما يتوهمه الامامية .

وأما قولهم ، ان الله جعل استحقاق الأجر بعد الاستمتاع ، وذلك انما يصح

في الاجارة لا في النكاح الدائم ، لأن المهر في النكاح الدائم يجب
بالعقد لا بحصول التمتع من المرأة ، فيرد عليه ما يلي :

أولا : ان استمتعتم ليس نسا في حصول المتعة بل في تحصيلها ، ولا يكون
تحصيلها الا بالعقد ، فيكون المعنى - والله أعلم - فما طلبتم المتعة
به ضمن بالعقد عليهن فآتوهن أجورهن بهذا العقد .

٢ - فان قيل ان الاستمتاع والتمتع واحد ، فيدل على حصول المتعة لا على
تحصيلها ، قلنا أيضا لا فائدة فيه لكم ، لأن الحق جل جلاله أمر في هذه
الآية بايتاء الأجر كاملا ، وذلك انما يستحق بالدخول لا بالعقد ، لأن
مجرد العقد انما يثبت نصف المهر لا كله فيما لو طلقها قبل الدخول
فلما ذكر الحق في هذه الآية حصول التمتع أمر بايتاء الأجر كاملا .

٣ - ان كون استحقاق الأجر في نكاح المتعة بعد حصول الاستمتاع ، لا يسلم لو افترض عدم نسخ نكاح المتعة ، لأن الاحاديث النبوية والآثار عن الصحابة رضي الله عنهم ، لم تنص على مثل ذلك ، بل هي دالة على العكس حيث كان الرجل منهم يعرض ردائه على من يريد التمتع منها تارة ، ويقدم لها مقدارا من الطعام تارة أخرى ، فكيف يقال ان الأجر في نكاح المتعة - لو أبيحت - لا يجب الا بحصول التمتع منها .

ثم كلمة أخيرة نقولها للذين يستدلون بهذه الآية على اباحة نكاح المتعة وهي : أن الله سبحانه بعد أن ذكر المحرمات ، لم يستثن الا طائفتين ، احدهما طائفة طائفة من السبايا ، فاذا أولت الطائفة الاخرى على نكاح المتعة بقي النكاح الموعود محرما . وهل يرضى طائل بمثل هذا التأويل في كتاب الله . طمأناً الذي يخطر بالبال لأول وهلة ، بعد سماع ما حرم الله ، أن يذكر الله سبحانه النكاح المصهور ، لأنه هو النعمة التامة في الباب . أما أن يسكت عن ذلك ، ثم ينص على اباحة نكاح المتعة و اباحة مباشرة الموطوكات فهذا ما نحاشي عنه كلام العقلاء ، بله كلام رب العالمين .

وأما استدلالهم بقراءة ابن عباس " فمأستمتعتم به منهن إلى أجل - "

فالجواب عنه من وجوه :

الوجه الاول : ان هذه القراءة ليست بقرآن اتفاقا ، لأنها لم تتواتر

فلا يصح الاحتجاج بها على أنها من القرآن .

كذلك لا يصح الاحتجاج بها على أنها من السنة ، لأنها انما رويت قرآنا

فتكون اذن من قبيل التفسير للآية ، وليس ذلك بحجة على أحد . (١)

لأن تفسير الصحابي ، ليس أكثر من رأى له ، لا سيما في الأمور
المختلف فيها .

الوجه الثانى : أن هذه القراءة ، لا تتلاءم مع سياق الآية كما بينا

→ قبل قليل . فتكون شاذة سندا ومثنا .

الوجه الثالث : اذا سلمنا أن هذه القراءة ، قرآن ظنا لعدم تواترها

فقد جاء نسخها بالسنة الصحيحة ، وذلك جائز . (١)

وأما استدلالهم بأن نكاح المتعة ثبتت اباحتها بالاجماع فهو قطعى الثبوت

.... الخ ففيه نظر من وجوه :

الوجه الاول : يقال : ان فى نكاح المتعة جانبان :

الاول : ثبوت الاباحة فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم .

الثانى : استمرار هذه الاباحة ، الى وفاة النبى صلى الله عليه وسلم .

أما الاول ، فلا مراء فيه ، فقد أجمع المسلمون على ذلك .

وأما الثانى ، فقد اختلف فيه ، وهو أمر ظنى ، حتى قبل ورود النسخ ،

لا احتمال ورود النسخ فى كل لحظة ، لا سيما فى الأمور التى رخص فيها ،

مراعاة لحال الصحابة رضى الله عنهم ، لقرب عهدهم بالجاهلية ، ونكاح

المتعة منها ، فقد روى مسلم عن عبد الله رضى الله عنه قوله " كما نغزو

مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ليس لنا نساء ، فقلنا : ألا نستخصى ؟

فنهانا عن ذلك ، ثم رخص لنا أن نكح المرأة بالثوب الى أجل . . . " (٢)

وما ذلك الا لقرب عهدهم بالجاهلية و وقد اعتادوا الاسراف فى

(١) نيل الاوطار ، ج ٦ ، ص ١٥٢ .

(٢) مسلم بشرح النووى ، ج ٩ ، ص ١٨٢ .

هذا الأمر فيها .

ولو صح أن ما يباح في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، يلزم منه البقاء على
الاباحة حتى يرد دليل قاطع على تحريمه ، لما صح لنا نسخ في فروع الشريعة
الا في مسائل معدودة .

ولو التزم الصحابة رضي الله عنهم بما فيهم أهل بيته ، بما التزم به الامامية
في هذا الدليل ، لواجه النبي صلى الله عليه وسلم في تبليغ دعوته عننا شديدا .
والا فكيف يوصل صلى الله عليه وسلم وبطريق القطع ، الى كل مسلم ، أن الحكم
الذي كانوا عرفوا اباحته منه صلى الله عليه وسلم بطريق القطع ، بأن يكون
شافهة ، قد تغير ، فكان حراما ، أو مكروها ، أو واجبا أو مندوبا !!

ولكن ثبت أن الصحابة لم يلتزموا ذلك ، بدليل عدولهم عن أي حكم كانوا
علموه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اذا جاءهم عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم خبر من يشقون به يأمرهم بهذا العدول .
وما ذلك الا لتفريقهم بين الحكم الثابت واستمراره ، وتوقعهم للتبديل والنسخ
في كل لحظة . في كل فروع الشريعة .

وانا صح ما قلناه ، ونحسد به صحيحا ، لم يبق للامامية من متمسك بهذا
الدليل .

الوجه الثاني : يقال لهم : ان الذين رووا اباحتها ، رووا نسخها ، وذلك
اما أن يفيد القطع في الطرفين ، أو الظن في الطرفين ، والقول بقطعية
أحدهما دون الآخر تحكم لا داعي له . (١)

(١) انظر سبل السلام للصنعاني ، ج ٣ ، ص ١٢٤ .

الوجه الثالث : ان الروايات التي دلت على نسخ نكاح المتممة ارتفعت عن حد الاحاد الى التواتر، واختلفها في تعيين الوقت الذي وقع فيه النسخ لا يغيرها في شيء . (١) .

الوجه الرابع : اذا سلمنا أن احاد يثالنسخ لم تكن متواترة ، فلا تقل أن تكون مشهورة ، لكثرتها ، وتعدد مخرجها ، والسنة المشهورة يجوز أن تنسخ القطعي على قول الجمهور من العلماء . (٢) .

وأما ما استدل به الامامية من أن عمر رضي الله عنه هو الذي حرمها في آخر عهده ، ففيه نظر من وجوه :

الوجه الاول : ان مستند هذا القول في كتب السنة ما يلي :

١ - ما رواه مسلم عن عطاء أنه قال : قدم جابر بن عبد الله معتمرا ، فوجئنا به في منزله ، فسأله القوم عن أشياء ، ثم ذكروا المتعة ، فقال نعم استمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبى بكر ، وعمر . (٣) .

٢ - ما رواه مسلم أيضا عن جابر قال : كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبى بكر ، حتى نهى عنه عمر في شأن عمرو بن حريث . (٤) .

٣ - ما رواه مسلم أيضا عن أبي نظرة ، قال : كنت عند جابر بن عبد الله

(١) انظر سبل السلام للصنعاني ج ٣ ، ص ١٢٤ .

(٢) المبسوط للسرخسي ، ج ٥ ، ص ١٥٢ .

(٣) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ١٨٣ .

(٤) نفس المصدر .

وقصة عمرو بن حريث ، أخرجها عبد الرزاق في مصنفه عن جابر ، قال :

فأثاه آت فقال : أين عباس وابن الزبير اختلفا في المتعتين ، فقال جابر
فعلناهما مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم نهانا عنهما عمر فلم
نعد لهما . (١)

هذه هي بعض الروايات التي يستند اليها من يذهب الى أن عمر رضى الله
عنه هو الذي حرم نكاح المتعة بعد أن كان مباحا . ويرد على هذه الروايات
ما يلي :

١ - ما رواه جابر بن عبد الله نفسه ، قال : خرجنا ومعنا النساء اللاتي
استمتعننا بهن ، حتى أتينا ثنية الوداع ، فقلنا : يا رسول الله ، هو لا
النسوة اللاتي استمتعننا بهن ، فقال صلى الله عليه وسلم : هن حرام
الى يوم القيامة ، فودعنا عند ذلك ، فسميت عند ذلك ثنية الوداع ، وط
كانت قبل ذلك الا ثنية الركاب . (٢)

== قدم عمرو بن حريث الكوفة ، فاستمتع بمولاة ، فأتى بها عمرو حبلى ، فسأله
- أى عمر - فاعترف ، قال جابر ، فذلك حين نهى عنها عمر ا هـ . فتح

البارى ، ج ١١ ، ص ٧٦ .

(١) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ١٨٤ .

(٢) قال فى مجمع الزوائد ، ج ٤ ، ص ٢٦٤ : رواه الطبرانى فى الاوسط ،

وفيه صدقة بن عبد الله ، وثقه ابو هاتم وغيره ، وضعفه احمد وجماعة ،
وبقية رجاله رجال الصحيح .

وقال الحافظ فى الفتح ، ج ١١ ، ص ٧٧ ، وأخرجه الهازمى أيضا
واسناده ضعيف ، لكن عند ابن حبان ما يشهد له من حديث أبى هريرة .
وانظر نيل الاوطار للشوكانى ، ج ٦ ، ص ١٥٥ . قال " رواه البيهقى
أيضا " .

٢ - ط رواه عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ، قال : لما ولي عمر بن الخطاب
خطب الناس فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أذن لنا
في المتعة ثلاثا ثم حرمها ، والله لا أعلم أحدا يتمتع وهو محصن الا رجسته
بالحجارة ، الا أن يأتينى بأربعة يشهدون أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم ، أحلها بعد ان حرمها . (١)
ولم يتحدث التاريخ أن أحدا جاء الى الخليفة الراشد بأربعة شهداء
على اباحة المتعة ، لا من بيت النبوة ولا من غيرهم .

٣ - ط رواه سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه ، قال : صعد عمر المنبر
فحمد الله ، وأثنى عليه ، ثم قال : ط بال رجال ينكحون هذه المتعة
بعد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها . (٢)

٤ - ان قول جابر فى رواية سلم ، حتى نهى عنها عمر ، يحتفل أنه قصد أن
عمر رضى الله عنه أكد التحريم وأذاعه ، بعد واقعة عمرو بن حريث ،
وهذا الاحتمال قريب جدا ، لأن من الجائز ، أن نفرا من الصحابة رضى
الله عنهم ، لم يبلغهم التحريم ، وكانوا يعملون بالمتعة ، ولم يصل خبرهم
الى الخليفة الراشد ، الا بعد واقعة عمرو بن حريث ، فلما وصله الخبر
صعد المنبر على طارته ، وأعلن التحريم ، وشدد فى ذلك .

-
- (١) سنن ابن طاجه ، ج ١ ، ص ٦٣١ ، الحديث برقم ١٩٦٣ .
وصحح هذا الحديث ، الشوكاني فى نيل الاوطار ، انظر ج ٦ ، ص ١٥٦ .
وكذا صححه الصنعاني فى سبل السلام ، ج ٣ ، ص ١٢٤ .
واستنادا الى هذا الحديث قال الشوكاني فى السيل الجرار ، ج ٢ ،
ص ٢٦٨ ، " صرح عمر رضى الله عنه بالنهى عنها - المتعة - وأسندته
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم " .
(٢) فتح البارى ، ج ١١ ، ص ٧٦ - ٧٧ .

ويكون قول جابر رضى الله عنه ، نهى عنها عمر ، أو حرمها عمر ، كما نقول نهى الشافعى عن كذا ، أو كره كذا ، أو حرم كذا ، على معنى ، أنه نهى بنهى الشرع ، أو كره وحرّم كذلك . ولا نقصد أن الشافعى ينهى أو يحرم من ذات نفسه . (١)

٥ - ان رواية جابر عند غير مسلم أولى من روايته عند مسلم لأمر :

أ - ان رواية جابر عند غير مسلم الدالة على تحريم المتعة موافقة للروايات الأخرى عند مسلم الدالة على تحريم نكاح المتعة ، مع عدم معارضتها لرواية عبد الله بن عمر ، فى أن عمر رضى الله عنه لم ينه عن المتعة من ذات نفسه وإنما نقل نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنها .

ب - ان رواية جابر عند غير مسلم ، عليها العمل من لدن الخلافة الراشدة والى الآن . ولا يعقل أن تضل الجماهير الاسلامية طريقها باختلاف مذاهبها وطوائفها ، ثم لا يهتدى الى الطريق المستقيم ، الا الروافض .

وبهذا يتضح أن ما استند اليه الامامية ، من أن عمر رضى الله عنه ، هو الذى حرم نكاح المتعة ، يفتقر الى اسناد معقول ، من عقل أودين .

المطلب الثاني

فى النكاح الموقت

قد سبق القول فى أن الجمهور لا يفرقون فى الحكم بين نكاح المتعة والنكاح الموقت عند الحديث عن تعريف نكاح المتعة . وما أنهم - كما مر بنا - يقولون ببطلان نكاح المتعة ، فهم أيضا يقولون ببطلان النكاح الموقت ، لأنه فرد من أفرادها . بيد أن الخلاف فى نكاح المتعة ، كان مع الامامية فقط ، أما فى النكاح الموقت فالخلاف يأخذ طابعا أعمق ان هو واقع بين العلماء من أهل السنة أيضا . لذلك ارتأيت أن أفرد به بحث مستقل .

والنكاح الموقت ، هو أن يشترط أحد الزوجين فى عقد النكاح ، أن يكون الى أجل ، لينتهى بانتهاء الأجل . سواء كان هذا الأجل طويلا ، كعشرة سنة ، أو قصيرا ، كاللحوم والأسبوع ، وما أشبه ذلك .

وفيما يلى نعرض مذاهب الفقهاء فى اشتراط الأجل فى عقد النكاح لنتبين مدى تأثير هذا الشرط على عقد النكاح ، صحة وفسادا ، ومدى قبول هذا الشرط أيضا .

عرض المذاهب :

- ١ - ذهب جمهور الفقهاء من أهل السنة الى بطلان النكاح الموقت ، سواء طالته المدة أو قصرت . (١)
- ٢ - ان النكاح الموقت باطل ، اذا كانت المدة التى وقت بها العقد ، لا

(١) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٥٠ ، المبسوط ، ج ٥ ، ص ١٥٣ ،

تستغرق عمر الزوج والزوجة ، فان عينا مدة طويلة ، لا يصل اليها
عمرهما ، صح العقد ، لأن التأقيت بمدّة الحياة لا ينافي العقد ، بل هو
من مقتضياته ، فلا يضر ذكره .

وهذا قول البلقيني (١) من الشافعية (٢) ، ورواية عن أبي حنيفة (٣)
ومالك (٤) .

٣ - النكاح الموقت صحيح ، سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة ، ولكن يلغى
التوقيت .

وهذا قول زفر (٥) ، ورجحه ابن الهمام (٦) ، وهو قول في مذاهب
احمد أيضا . (٧)

== الشرح الصغير للدردير ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ ، الخرشوش على خليل ، ج ٣ ،
ص ١٩٦ ، المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ١٨ ، الأم للشافعي ، ج ٥ ،
ص ٧٩ - ٨٠ ، كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٥ ، منتهى الارادات ، ج ٢
ص ١٨١ .

(١) البلقيني هو عمر بن رسلان ، المصري ، كان مجتهدا حافظا للحديث
ولد سنة ٧٢٤ هـ ١٣٢٤ م وتوفى ٨٠٥ هـ ١٤٠٣ م انظر الاعلام ج ٥ ،
ص ٢٠٥ .

(٢) مفتي المحتاج ، ج ٣ ، ص ١٤٢ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٢٢٤ .

(٣) بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤٢١ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢١٢ - ٢١٣ .

(٥) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٤٨ ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص
١٤٢١ .

(٦) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٤٩ - ٢٥٠ .

(٧) المحرر في الفقه لابن تيمية المجد ، ج ٢ ، ص ٢٣ .

واستدل لئذ فرما يلي :

- ١ - ان التوقيت شرط فاسد ، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة . (١)
- ٢ - يقاس توقيت العقد ، على ما لو شرط طلاقها بعد شهر ، حيث قلنا - أي الحنفية - بصحة العقد وطلان الشرط ، فيما لو شرط الطلاق في العقد . (٢)
- ٣ - قال ابن الهمام (٣) " ومقتضى النظر أن يترجح قول زفر ، لأن غاية الأمر أن يكون الموقت متعة ، وهو منسوخ ، لكن نقول : المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه ، وهو ما ينتهي العقد بانتهاء المدة ويتلاشى ، وأنا لا أقول به كذلك ، وإنما أقول : ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت ، فحقيقة الغاء شرط التوقيت ، هو أثر النسخ " (٤) ونظراً ابن الهمام لذلك ، بنكاح الشفار ، حيث قال الحنفية فيه ، بصحة العقد والغاء الشرط .

(١) المبسوط للسرخسي ، ج ٥ ، ص ١٥٣ ، فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ،

ص ٢٤٨ - ٢٤٩ .

(٢) البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ١١٥ ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤٢١ .

(٣) هو : كمال الدين ابن الشيخ الهمام عبد الواحد ، كان فقيهاً متقناً ، توفي

سنة (٨٦١ هـ) .

انظر : طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ، ص ١٣٢ .

(٤) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٤٩ - ٢٥٠ .

مناقشة هذه المذاهب :

أ - ان ما استدل به أصحاب القول الثانى لصحة العقد ، اذا وقت بمدة طويلة تستغرق حياة الزوجين ، فيه نظر من وجوه :

الوجه الاول : ان استفراق حياة الزوجين فى توقيت العقد ، يتم على أحد ثلاثة وجوه :

الأول : أن يوقت العقد بمدة تستغرق حياتهما من غير زيادة ولا نقصان .
الثانى : أن يوقت العقد بمدة تستغرق حياتهما بحسب الغالب فى أعمار بنى آدم .

الثالث : أن يوقت العقد بمدة لا بد وأن تستغرق حياتهما فى المادة .
بأن يوقت العقد بمائتى سنة ، أو الى ألف سنة وما أشبه ذلك .
أما الاول ، فلا سبيل اليه ، لأن علم ذلك عند الله وحده .

وأما الثانى ، فكثير من الناس من يتجاوز العمر الغالب ، فلا يصح ادعاء استفراق الحياة بالتوقيت به .

وأما الثالث ، وأحسب أنه هو المقصود لمن ذهب الى هذا القول ، فيقال : ان مات الزوج قبل الووجة ، استلزم توقيت العقد أن تبقى الزوجة فى حكم الزوجية لزوجها الذى توفى ، فلا يجوز لها أن تتزوج بغيره ، بمقتضى هذا التوقيت .

وان ماتت الزوجة قبل زوجها ، استلزم التوقيت بموتها أن تعد من الأربعة بعد وفاتها . لأن المفروض على حسب التوقيت أن تبقى زوجة له الى وفاتها وهو لم يتوف .

وعلى كلا الفرضين يكون هذا التوقيت مخالفا للشرع ، بل ومنافيا لمقتضى العقد لأن مقتضى العقد ، أن ينقطع بموت أحد هما ، والتوقيت بموتهما منافيا لذلك .

الوجه الثاني : ان الشارع حرم التوقيت في عقد النكاح ، بتحريم نكاح المتعة ولم يفصل بين التوقيت الطويل والقصير ، فيكون مطلق التوقيت يبطل العقد .

الوجه الثالث : ان الموت لا يقطع آثار العقد بالكلية ، وان قطع العقد بينهما . (١) .

الوجه الرابع : أن هذا القول لا يصح ذكره في مذهب الشافعي لأن الشافعية يقولون " العبرة بصيغ العقود لا بمعانيها " فلو فرض ان هذا التوقيت لا ينافي مقتضى العقد ، بل هو من مقتضياته ، كان مجرد ذكر التوقيت في عقد النكاح يبطله ، نظرا لاختلال الصيغة ، التي يجب أن تخلو من مطلق التوقيت . (٢) .

ب - مناقشة ما ذهب اليه زفر رحمه الله ، من صحة العقد وطلان الشرط :

ان ما استدل به زفر رحمه الله من أن التوقيت شرط فاسد ، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة ، يرد عليه ما يلي :

أولا : انه استدلال بالمختلف فيه فلا يصلح حجة ، لأن الجمهور لا يوافقون الحنفية على هذه القاعدة ، وهي أن النكاح لا تبطله الشروط الفاسدة ، بل هم يقولون ببطلان النكاح بكثير من الشروط الفاسدة . كما سنرى في هذا الفصل .

(١) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٢) مفتي المحتاج ، ج ٣ ، ص ١٤٢ ، حاشية المبادئ على تحفة المحتاج

ج ٧ ، ص ٢٢٥ ، نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٢١٤ - ٢١٥ .

ثانياً : ان توقيت العقد بالشرط ، ليس كالشرط في العقد ، وذلك لأن التوقيت وارد على أصل العقد ، فلا يكون مطلقاً من حيث صلاحيته للدوام ، بل لوصح التوقيت لتلاشى العقد عند انتهاء الأجل .
والشرط في العقد ، ليس كذلك لأنها انما ترد بعد تأييد العقد —
وصلاحيته مدى الحياة . فقياس أحدهما على الآخر قياس مع الفارق فلا يقبل .

ثالثاً : ان تصحيح العقد وانفاؤه الشرط ، يتضمن الزام كل من الزوجين ، بما لم يلتزمه ، بل اشترطاً نفيه ، لأنها اشترطاً ان ينحل العقد عند انتهاء الأجل ، وهو يقول لهما ، بل العقد ثابت أبداً . (١)
وأما ما استدل به زفر رحمه الله من قياس التوقيت على شرط الطلاق بعد شهر فيرد عليه ما يلي :

١ - انه قياس كذلك على المختلف فيه ، وهو انما يصح الاستدلال به في داخل المذهب .

٢ - انه قياس مع الفارق ، لأن اشتراط الطلاق بعد شهر دليل على أن العقد انعقد مهدياً ، فلو مضى شهر ولم يطلق بقيت زوجة له .
وهذا بخلاف توقيت العقد بمدة كذا ، لأن العقد يتلاشى بانتهاء المدة كفاي الاجارة . (٢)

٣ - ان الفكاح الموقت هو نكاح متعة ، وكل ما وجد من الفرق (٣) أن هذا

(١) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥٢٠ ، ف ١٨٥٤ .

(٢) تبين الحقائق ، ج ٢ ، ص ١١٥ ، فتح القدير ، والعناية على الهداية ،

ج ٣ ، ص ٢٥٠ - ٢٥١ .

(٣) على قول زفر بالفرق بينهما .

بلفظ الزواج والنكاح ، وذلك بلفظ المتعة ، وكان على زفر أن لا يعير
هذا الفرق كبير أهمية ، لأنه من القائلين ، بأن الصبرة في العقود لمعانيها
لا لألفاظها ومبانيها . كما ذهب إلى ذلك الحنفية . وبناءً على هذه
القاعدة قالوا : لو قال شخص لآخر جعلتك وكيلاً بعد موتي انعقد وصية لا
وكالة . فان عكس بأن قال : جعلتك وصياً في حياتي انعقد وكالة لا وصية^(۱)

وهكذا يجب القول في النكاح الموقت على مذاهبهم .

فإذا قال : تزوجتك شهراً ، انعقد متعة لا نكاحاً . بطريق انقلاب العقود
بعضها إلى البعض الآخر كما مثلنا . (۲)

وأما ما ذكره ابن الهمام لترجيح قول زفر رحمه الله فيرد عليه ما يلي :

۱ - ان ابن الهمام رحمه الله لم يفرق بين مطلق النهي وبين النسخ ، وهذا
فيما أحسب غير سليم ، لأننا لم نجد موضعاً قال فيه العلماء بالنسخ ، وقد
ورد النسخ على معنى من معانيه ، مع بقاء أصل الفعل مشروعاً ، وهذا
بخلاف مطلق النهي ، فقد يرد على معنى من معاني المنهى عنه ، دون
أصل الفعل ، والمعاني الأخرى .
وكذلك يقال بأن النهي قد يحمل على الكراهة أو التنزيه ، والنسخ لا يحتمل
ذلك البته .

۲ - ان النبي صلى الله عليه وسلم ، كان بوسعهم أن يعمل بمقتضى النظر

الذي ذكره ابن الهمام رحمه الله ، فيأمر المتمتعين بأن يبقوا على النساء
اللواتي تمتعوا بهن ، وبناءً على أن النسخ ، إنما ورد لا بطلان الأجل

(۱) بدائع الصنائع ، ج ۳ ، ص ۱۴۲۱ .

(۲) المبسوط للسرخسي ، ج ۵ ، ص ۱۵۳ ، بدائع الصنائع ، ج ۳ ، ص ۱۴۲۱ .

وأما العقيد فصحيح لم يرد عليه النسخ .

فلما لم يعمل صلى الله عليه وسلم بمقتضى هذا النظر ، بل عمل بعكسه حيث أمر الرجال من كان تحته شيء من ذلك أن يفارقه ، وأن لا يأخذوا شيئاً مما أعطوا لهم ، كان دليلاً واضحاً أن النسخ ورد على أصل الفعل فأبطله ، ولم يرد على مجرد التوقيت فقط .

وإذا قام المقتضى ، مع عدم المانع ، ولم يعمل به صلى الله عليه وسلم كان دليلاً على عدم جواز هذا العمل . فكيف به إذن إذا عمل صلى الله عليه وسلم على عكسه .

نتيجة المناقشة

ويتلخص من هذه المناقشة ما يلي :

- أ - لا فرق بين توقيت العقد بمدة طويلة أو قصيرة . من حيث مخالفته لمقتضى العقد .
- ب - ان القول بصحة شرط التوقيت ، اذا كان بمدة طويلة ، وفساده ، اذا كان بمدة قصيرة ، لا يتلائم مع ما يذهب اليه الشافعية ، من أن العبارة بصيغ العقود لا بمعانيها . فلا يصح اعتباره قولاً في مذهب الشافعي .
- ج - ان ما ذهب اليه ابن الهمام ، من القول بصحة العقد وطلان الشرط ، غير سليم - فيما نحسب - لمعارضته مع ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم حيث أبطل نكاح المتعة .
- د - ان القول الراجح هو ما ذهب اليه الجمهور من ابطال العقد مطلقاً اذا اقترن بشرط التوقيت - والله أعلم .

المطلب الثالث

في نية التوقيت

قد يقدم الرجل على الزوج من امرأة ، وفي نيته أن يفارقها ، بعد أسبوع ، أو شهر ، أو أقل من ذلك أو أكثر منه .
وقد يتقدم هذا الزوج ، اتفاق على الأجل ، بين الزوج والزوجة ، أو تفهم الزوجة ذلك من الزوج قبل العقد ، من غير أن يحصل اتفاق على ذلك . فإذا وقع العقد على أحد هذه الصور ، فهل تؤثر النية على عقد النكاح ، وتفسده ، كما يفسده شرط التوقيت ؟ اختلف الفقهاء في ذلك ، وفيما يلي عرض لمذاهبهم .

عرض المذاهب :

- ١ - ان نية التوقيت ، لا أثر لها على صحة العقد مطلقا ، سواء تقدمت بها اتفاق ومراوضة أم لا ، وسواء فهمت المرأة من الرجل ذلك أم لا .
وهذا مذهب الحنفية (١) ، والشافعية (٢) ، والراجح في مذهب مالك (٣) ، وهو قول في مذهب أحمد . (٤)

- (١) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٤٩ ، تبين الحقائق ، ج ٢ ، ص ١١٥ - ١١٦ ، البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ١١٦ .
- (٢) شرح النووي على مسلم ، ج ٩ ، ص ١٨٢ ، الأم للشافعي ، ج ٥ ، ص ٨٠ .
- (٣) الشرح الصغير للدردير ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ ، المدوي على الخرشبي ، ج ٣ ، ص ١٩٦ ، المدوي على كفاية الطالب ، ج ٢ ، ص ٤١ .
- (٤) المغني لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٧٩ - ١٨٠ . ورجعه ابن قدامة .

٢ - ان نية التوقيت ، انما تفسد العقد ، اذا فهمت المرأة من الرجل أنه يريد الأجل ، وفارقها بعد ذلك .
وهو قول ضعيفا في مذهب مالك (١) .

٣ - ان نية التوقيت ، تبطل العقد مطلقا ، سواء تقدمها اتفاق ومراوضة أم لا . فهمت المرأة من الرجل ذلك أم لا .
وهذا هو الراجح في مذهب أحمد . (٢)

(١) المدوى على الخرشى ، ج ٣ ، ص ١٩٦ .

(٢) كشف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٥ ، منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٨١ .

الروض المربع ، ج ٢ ، ص ٢٧٥ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٣ - ١٦٤ .

الأدلة :

أ - استدل أصحاب القول الاول على عدم اعتبار النية مطلقا بما يلي :

١ - ان النية حديث نفس ، وقد وضع الله سبحانه عن الناس ، ما حدثوا به أنفسهم . (١)

٢ - ليس على الرجل أن ينوى حبس امرأته ، لأن له أن يفارقها بدون نية اذا لم توافقه . (٢)

٣ - ان الرجل اذا نوى التوقيت ، قد يعدل عنه ، فلا يفارق زوجته ،

٤ - ان النية أمر خفي ، وقد لا يعلمها الطرف الآخر ، فاذا قلنا بابطال العقد بها ، لزم أن نوجب على طرفي العقد ، أن يفصحا عن نيتهم وقت العقد ، وهذا لا يقول به أحد .

٥ - ان اعتبار النية في العقود ، يرفع الاطمئنان بها ، فلا يدري كل طرف ما ينوى صاحبه ، من التعاقد معه . وما أن الشريعة جاءت باعتبار المصالح ودرء المفاسد ، فلا يمكن أن تعتبر النية في العقود ، لأن اطمئنان المتعاقدين على عقد هما من أكبر المصالح ، في حياة العباد .

ب - ويستدل للمذهب الثاني في اعتبار النية اذا فهمتها المرأة عن الرجل

بما يلي :

١ - ان المرأة اذا فهمت من الرجل أنه يريد نكاحا مؤقتا ، فأقدمت على هذا

(١) الأم للشافعي ، ج ٥ ، ص ٨٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٨٠ .

العقد ، كان الايجاب والقبول منصرفين الى هذه النية ، فكان بمثابة الشرط . فيفسد العقد .

ج - واستدل الحنابلة لقولهم الراجح في اعتبار النية مطلقا بما يلي :

- ١ - قوله عليه الصلاة والسلام " انما الأعمال بالنيات ، وانما لكل امرئ ما نوى " (١) والعقد عمل ، فلا يصح بدون النية ، ثم ان الشارع ، قد جعل النية هي صبغة الأعمال ، لتتحول الأعمال باتجاهها بدون العكس ، فإذا جاء العقد في الظاهر سليط ، وفي الباطن منطويا على نية تخالف هذا الظاهر التحق ظاهر العمل بباطنه ، فكان باطلا .
- ٢ - ان نية التوقيت تجعل العقد شبيها بنكاح المتعة ، ونكاح المتعة باطل . فما يشبهه يعتبر باطلا . (٢)
- ٣ - ان الألفاظ تنصرف الى المعهود ، فاذا كان من نية الرجل توقيت العقد انصرف عقده الى ذلك . فكان باطلا .

(١) البخارى بفتح البارى ، ج ١ ، ص ٩ - باب كيف كان بدء الوحي ، وج ١١ ص ٤٩٦ ، كتاب الايمان والندور ، ومسلم بشرح النووي ، ج ٨ ، ص ١٣٢ ، باب الامارة .

(٢) كشف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٥ ، منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٨١ .

مناقشة الأدلة :

أ - مناقشة أدلة القول الاول ، في عدم اعتبار النية مطلقا :

أما الدليل الاول ، وهو أن النية حد يث نفس ، وقد وضع الله عن الناس ما حدثوا به أنفسهم . فيرد عليه ما يلي :

انه دليل على جزء الدعوى ، لأن هذا الدليل يدل على عدم اعتبار النية اذا لم تزد عن كونها حد يث نفس . أما اذا كانت النية مدعمة بالاتفاق والمراوضة ، فلم تعد مجرد حد يث نفس ، مع أنهم لا يقولون باعتبارها حينئذ .

أما الدليل الثاني ، وهو عدم وجوب نية البقاء مع الزوجة ، بل كل طاقد ينوى ان وافقته والا فارقها . ففيه نظر :

لأن نية ابقائها ان وافقته ومفارقتها ان لم توافقه ، أمر يقتضيه العقد المطلق ، فلو وقع شرطا لم يضر بالعقد ، فكيف به نية .

أما نية فراقها بعد مدة معينة ، فهو شيء آخر ، بدليل أنه لو أظهر في العقد أبطل العقد .

وهذا لأنه لا يلزم من عدم وجوب نية الحبس ، عدم حرمة نية التوقيت كما لم يلزم من عدم وجوب الحبس ، عدم حرمة التوقيت .

وأما الدليل الثالث ، وهو خفاء النية ، وعدم وجوب التفتيش عنها فهو أيضا

دليل على جزء الدعوى ، لأن خفاء النية يزول بالاتفاق والمراوضة ، وهم لا يقولون باعتبارها مع ذلك .

وأما الدليل الرابع ، وهو قولهم : قد ينوى ولا يفعل ما نواه .

فهذا صحيح فيما لو بقيت النية ، كما أنه في نفسه ، ولم تظهر باتفاق مع الطرف

الآخر ، أما اذا كان الطرفان متفقين على التوقيت ، فأغلب الظن أنه يفعل ما نواه ، وغلبة الظن معتبرة في أغلب أبواب الشريعة وقائمة مقام اليقين .

وأما الدليل الخامس ، وهو أن اعتبار النية يرفع الاطمئنان بالعقود ، فهو دليل على جزء الدعوى أيضا ، لأن المتعاقدين على نية التوقيت أو مع العلم بها ، لا ترفع هذه النية اطمئنانهما بالعقد ، لسبق علمهما بها قبل العقد ، بل هي ما اطمأنا اليه في عقدهما .

ب - أما القول الثاني وهو ما ذهب اليه بعض المالكية من اعتبار النية اذا كانت المرأة قد فهمت من الرجل أنه يريد الأجل في النكاح ، لا النكاح الدائم . فلا مناقشة لدينا على دليلهم لسلامته فيما نحسب . وذلك أن المرأة اذا فهمت التوقيت ممن يريد الزواج بها ، من ظاهر حاله ، أو من اتفاق جرى بينهما ، أو من مراوضة كانت بينهما انصرف العقد الى هذا التوقيت ، لأنه هو المعروف بينهما والألفاظ انما تؤخذ على اطلاقها ، اذا لم تكن هناك قرينة تصرفها الى معان أخرى ، وعلى هذا جرى عرف الناس واصطلاحهم .

ج - مناقشة ما ذهب اليه الحنابلة في قولهم الراجع من اعتبار النية مطلقا :

أما دليلهم الاول ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم " انما الاعمال بالنيات ، وانما

لكل امرئ ما نوى " . ففيه نظر من وجهين :

= الوجه الاول : ان هذا الحديث محمول على العبادات ، لأنها هي

التي تدخلها النية ، لتميز العبادة عن غيرها ، ولتمييز العبادات بعضها

عن البعض الآخر . ولطلب الثواب بأدائها .

أما المعاملات فلا تتوقف صحتها على النية ، حتى تؤثر النية في فسادها .

الوجه الثاني : أن الشارع فرق بين العمل الذي يقع من الانسان من غير أن يشترك مع آخر في ايقاعه ، وبين العمل يشترك مع غيره في ايقاعه ، فما يقع من الانسان منفردا به ولا أثر له على غيره ، اذا وقع على نية فاسدة أفسده كالصلاة والصيام ، وان وقع بينه وبين آخر ، كالهبة والصدقة ، فانما وقع على نية فاسدة ، لم يفسد أصل العمل ، وانما أفسد الثواب فيه ، ولهذا لم يوجب الشارع رد الصدقة والهبة على صاحبها اذا كان قد أعطاهما بنية فاسدة .

أما الدليل الثاني : وهو أن نية التوقيت تجعل العقد شبيها بنكاح المتعة ، ففسير سليم ، لأن نكاح المتعة قد أظن عن التوقيت فيه في نص العقد ، وتوارد الايجاب والقبول من الجانبين على هذا التوقيت . أما نية التوقيت ، فقد تكون من جانب الرجل وحده ، ولا تعلمها المرأة أصلا ، بل قد تكون لو علمتها لم تتقدم على هذا العقد أصلا . على أن التوقيت في نكاح المتعة يجعل العقد منتهيا بانتهائها . أما نية التوقيت ، فهي نية طلاق بعد العقد ، فما لم يوقع الطلاق لا ينتهي العقد . وبهذا كله يتضح أن المشابهة بين نكاح المتعة وبين نية التوقيت تكاد تكون ضعيفة . وبهذا يتضح أن هذا الدليل لا يوصل الى المطلوب من فساد العقد بمطلق النية .

وأما الدليل الثالث ، وهو عودة الألفاظ الى المعهود ، وما أن الرجل قد نوى توقيت العقد ، فتكون ألفاظه مصروفة الى نيته ، وانما عادت الألفاظ الى نية التوقيت كان العقد موقتا . ففيه ما يلي :

قولهم ان الالفاظ تعود الى المعهود ، صحيح ، ولكن مجرد النية لا تجعل التوقيت معهودا ، لا ذهنا ولا خارجا ، ان المقصود بالالفاظ ان يفهم منها السامع مراد المتكلم فاذا قال الرجل لا امرأة تزوجتك ، ولم يجر بينهما حديث عن شرط التوقيت ، وانما كان الرجل ينوى طلاقها بعد وقت معين ، فمن أين تفهم المرأة هذه النية ، حتى تصرف قول الرجل تزوجتك اليها . ولو التزم القضاء بما التزم به الحنابلة في اعتبار النية مطلقا ، لكثرت عليه الحيل ، ولا استطاع ضعاف النفوس ، أن يفسدوا ما يريدون من عقود أبرموها ، بالاعتراف أن العقد الفلاني كان بنية كذا ، والآخر كان منويا به كذا ، بالي غير ذلك .

ثم ان الاخذ بمجرد النية يهز التعامل بين الناس ، فلن تستطيع أن تجد له من قرار .

نتيجة المناقشة

قد تبين لنا من خلال هذه المناقشة طيلي :

١ - ان القول بعدم اعتبار النية ، ولو تقدّمها الاتفاق والمراوضة ، غير سليم وكل ما ساقه أصحاب هذا القول من أدلة ، لا يكفي لاثبات ذلك كما رأينا من خلال المناقشة .

٢ - كذلك القول باعتبار النية مطلقا ، كما ذهب اليه الحنابلة في قولهم الراجح غير سليم ، ان ما ساقوه من أدلة لم يكن كافيا لاثبات مطلوبهم ، اضافة الى ما ذكرنا من أن اعتماد النية المجردة يهز التعامل بين الناس ، ويعدم في نفوسهم الطمأنينة بأغلب عقودهم .

٣ - أن النية التي يدعمها الاتفاق المسبق والمراوضة بين الزوجين عليها

ثم يعقدان العقد على ذلك ، لا يمكن الفاؤها فيما أحسب ، لمطيلي :

أ - ان الاتفاق قبل العقد على أمر من الأمور ، ثم الاقدام على العقد بعد ذلك ، يجعل من هذا الاتفاق شرطا متقدما على العقد ،

وقد ذكرنا في محل الشرط أن الشروط المتقدمة على العقد ، يجب اعتبارها في العقد ، وما الاتفاقات الواقعة قبل العقد الا شروطا ، عرفا ومعنى .

ب - ان النية اذا توفرت عند العقد ، تدل دلالة واضحة على أنهما

لم يعد لهما اتفاقا عليه . وهي هنا أيضا ليست نية طرف دون طرف بل كانت من الطرفين . وكل واحد منهما عند ما يصرح بالاجاب أو القبول ، يقصد ما اتفقا عليه قبل العقد ، ويفهم كل منهما عن الآخر

ما يريد به بمطلق ألفاظه في قوله زوجتك ، أوقبلت الزواج . ولا يخطر
ببال واحد منهما ارادة الزواج المطلق .

وبما أن كلام كل واحد من المتعاقدين ، إنما يوجه الى الآخر ، ووجب
اعتبار ما يتبادر الى ذهن كل منهما ، من كلام صاحبه سواء كان هذا
المعنى المتبادر لهما ، مفهوما لغيرهما أم لا ، لأن العبرة بهما فقط
في باب التعاقد .

وإذا صح ما قلناه - ونحسبه صحيحا - كان القول الراجح ، هو اعتبار
النية ، إذا كانت مفهومة لطرفي العقد ، فإن لم تكن مفهومة لهما فلا اعتبار
لها . والله أعلم .

المبحث الثاني

في نكاح المحلل

وفيه مطلبان

المطلب الاول : في شرط التحليل .

المطلب الثاني : في نية التحليل .

المطلب الأول فى شرط التحليل

يطلق التحليل فى اللفظة ، ويراد به ضد التحريم . يقال : أحلّ له
الشيء إذا جعله حلالا له . (١)

ونعنى بشرط التحليل ، أن يتزوج الرجل المطلقة ثلاث طلقات ، بشرط
أنه إذا أحلها لزوجها الأول طلقها .

وبذلك نستبعد من بحثنا ما لو شرط الزوج أو الزوجة ، أنه إذا أحلها للأول
بانت منه ، أو فلا نكاح بينهما ، لأن هذا توقيف النكاح بالحل ، وهو باطل
عند جماهير العلماء كما مر بنا فى المبحث الأول ، فى نكاح المتعة والموقت .
فإذا وقع شرط التحليل ، بالمعنى الذى بيناه ، فهل يؤثر على صحة العقد ، أم
يصح العقد ، ويبطل الشرط فقط .

اختلف الفقهاء فى ذلك . وفيما يلى عرض لآراءهم .

(١) مختار الصحاح ، ص ١٥١ .

عرض المذاهب :

- ١ - ان شرط التحليل يبطل العقد ، ذهب الى ذلك : المالكية (١) ،
وأبويوسف من الحنفية (٢) ، وهو القول الراجح لدى الشافعية ، (٣)
والحنابلة (٤) .
- ٢ - ان شرط التحليل لا يبطل العقد ، ولكن يبطل هو فقط . وهو مذهب
أبي حنيفة وصاحبه محمد - (٥) رحمهما الله - ، وهو قول للشافعية (٦)
والحنابلة . (٧)

-
- (١) الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، ص ٢٣٠، أسهل المدارك، ج ٢، ص ٨٦، العدوي على كفاية الطالب، ج ٢، ص ٥٩، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج ٣، ص ١٤٩، المدونة الكبرى لمالك، ج ٢، ص ٢٩٦ .
 - (٢) فتح القدير لابن الهمام، ج ٤، ص ١٨٢، تبين الحقائق، ج ٢، ص ٢٥٩ . وقد جاء في المبسوط، ج ٦، ص ١٠، نسبة هذا القول لمحمد بدل أبي يوسف، وهو يخالف بقية المراجع .
 - (٣) المحلى على المنهاج، ج ٣، ص ٢٤٧، تحفة المحتاج، ج ٧، ص ٣١٢، نهاية المحتاج، ج ٦، ص ٢٨٢، المهذب للشيرازي، ج ٢، ص ٤٧، الحاوي الكبير للماوردي، مخطوط، ج ١٣ .
 - (٤) الكافي في فقه احمد، ج ٢، ص ٦٨٢ - ٦٨٣، المغنى لابن قدامة، ج ٧، ص ١٨٠، الروض المربع، ج ٢، ص ٢٧٥، الدرر السنية، ج ٦، ص ٣٣٦، الانصاف، ج ٨، ص ١٦١، زاد المعاد لابن القيم، ج ٤، ص ٨ .
 - (٥) المراجع السابقة في المذاهب الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة .
 - (٦) المراجع السابقة أيضا .
 - (٧) المراجع السابقة أيضا .

الأرلية :

أ - استدلال اصحاب القول الاول ، الذين أبطلوا عقد النكاح بشرط التحليل

بما يلي :

١ - ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

أنه قال : " لعن الله المحلل والمحلل له " . (١) .

والحديث نص في الباب ، لأنه لو كان عقده صحيحا لما استحق اللعن .

٢ - ما رواه عقبة بن عامر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :

" ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال : هو

المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له " . (٢) .

فسماه النبي صلى الله عليه وسلم بالتيس المستعار ، وهو يدل على معنى

التوقيت في هذا العقد .

٣ - روى الأشرم عن قبيصة بن جابر قال : سمعت عمر رضي الله عنه ، وهو

يخطب الناس ، يقول : " والله لا أوتي بمحلل ولا محلل له الا رجعتهما " (٣)

(١) قال في منتقى الاخبار ، رواه احمد والنسائي والترمذي وصححه ، والخمسة

الا النسائي من حديث علي مثله . انظر المنتقى بشرح الشوكاني - نيل

الاطار - ج ٦ ، ص ١٥٧ ، وانظر زاد المعاد ، ج ٤ ، ص ٧ .

(٢) قال الشوكاني في نيل الاطار ، ج ٦ ، ص ١٥٧ : رواه ابن ماجه وفيه

يحيى بن عثمان ، ضعيف . وفيه مشرح ، وقد وثقه ابن معين .

(٣) المصنف لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٨١ .

٤ - ان شرط التحليل يمنع بقاء النكاح ، فأشبهه نكاح المتعة ، (١)

ب - واستدل أصحاب القول الثاني - الذين اختصروا البطلان على الشرط بطائلي :

١ - ان النبي صلى الله عليه وسلم ، سماه محلا ، فلولم يكن عقده صحيحا

لما حلت للأول بهذا العقد ، ومقتضى التسمية أن تحل للأول . (٢)

٢ - ان اشتراط القاطع ، يدل على انعقاده مؤبدا ، ان لولم يكن مؤبدا

لما احتاج الى اشتراط القاطع . (٣)

مناقشة الأدلة :

أ - ان الأدلة التي ساقها أصحاب القول الأول ، على بطلان العقد اذا

اشتمل على شرط التحليل سليمة - فيما نحسب - لأن النبي صلى الله

عليه وسلم وهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، ما كان ليقدم على لمن

المحلل ، لو كان عقده صحيحا ، ويحل الزوجة المبتوتة لزوجها الاول ،

فلما لعنه صلى الله عليه وسلم ، علمنا بطلان هذا العقد ، وعدم صحته .

والله أعلم .

ب - وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني على صحة العقد ، واختصار

(١) نفس المصدر .

(٢) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ١٨٢ ، تبين الحقائق ، ج ٢ ،

ص ٢٥٩ .

(٣) المرجعين السابقين ، والمبسوط للسرخسي ، ج ٦ ، ص ١٠ .

البطلان على الشرط ، فنناقشه فيما يلي :

١ - ان الاستدلال على صحة العقد ، باطلاق النبي صلى الله عليه وسلم

اسم المحلل على صاحب هذا الشرط فيه نظر من وجوه :

الوجه الاول : أننا لا نسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم هو الذى

سماه محلا وانما الذين أطلقوا هذا الاسم هم الذين كانوا يتعاملون

بهذا العمل ، ظانين أنه يفيد حل الزوجة المبتوتة لزوجها الأول ، فلما

علم صلى الله عليه وسلم بهذا ، وهو مخالف لشريعته ، لعنه وذكر

نفس الاسم الذى أطلقوه على من يعمل هذا العمل ، فكأنه صلى الله

عليه وسلم يقول : ان الذى تظنونوه محلا ، هو غير محلل ، يقريئة دعائه

صلى الله عليه وسلم عليه بالطرد من رحمة الله ، ولا يطرد منها

الاشقى .

الوجه الثانى :

ولو سلم أنه صلى الله عليه وسلم هو الذى سماه بهذا الاسم ، فيحتمل

أنه سماه بذلك ، لوجود شرط التحليل فى عقد نكاحه ، ومن المعلوم

أن الاسماء قد تطلق لأدنى مناسبة . (١)

الوجه الثالث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم ، انما سماه محلا ، لقصد التحليل ،

فى نكاحه ، ولم يقصد نكاح رغبة . (٢)

(١) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ١٨٢ .

(٢) المرجع السابق .

الوجه الرابع :

أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما سماه محملاً ، إنكاراً على هذه التسمية ، لأن المحلل والمحرم إنما هو الله سبحانه ، وفعل المبيد إنما يصلح أن يكون سبباً لتعلق الحل والحرم .
وهو المعدول عن مجرد النهي إلى صيغة اللعن ، من أكبر القرائن على هذا الإنكار .

وهذه الوجوه ، تبين لنا مدى ضعف هذا الدليل ، - فيما نحسب - فلا يوصل إلى مطلوبهم .

أما الدليل الثاني :

- ٢ -

وهو ادعاء : أن اشتراط القاطع في العقد يدل على تأييد هذا العقد ، ففيه نظر من وجهين :

الوجه الأول : ان اشتراط القاطع يدل على أن العقد يقع مؤبداً لو لم يشترط فيه هذا القاطع . أما ادعاء بقاءه على التأييد مع اشتراطه على اشتراط قطعه وانهاؤه . فلا يسلم لهم .

بل الصحيح أن اشتراط القاطع يدل على توقيت العقد ، لا على تأييده .

الوجه الثاني : أن القاطع لم تعين له مدة ، معلومة ، بل كان الأجل مجهولاً ، وهو حلها لزوجها الأول ، وقد يطول هذا الأجل وقد يقصر ، لا احتمال عروض مانع من موانع الدخول بعد العقد ، من جهة الزوج أو الزوجة . وهو بهذا يكون أفسد من نكاح المتعة لأن المدة في نكاح المتعة مقدرة ، وهي هنا مجهولة .

المطلب الثاني

في نية التحليل

اختلف الفقهاء في تأثير نية التحليل على العقد ، وقيامها مقام شرط

التحليل ، على قولين :

- ١ - ذهب الشافعية (١) ، والحنفية (٢) ، وفي قول للحنابلة (٣) ، أن النية لا تأثير لها على العقد ، حتى لو توطأ عليها المتماقدان قبل العقد .
- ٢ - ذهب المالكية (٤) ، والحنابلة في القول الراجح (٥) ، إلى قيام نية التحليل مقام شرط التحليل في افساد العقد . توطأ عليها المتماقدان أو لم يتوطأ .

- (١) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٤٧ ، المهذب للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٤٧ ، الحاوي الكبير للماوردي ، مخطوط ، ج ٣ .
- (٢) تبیین الحقائق ، ج ٢ ، ص ٢٥٩ قال :
ويكون مأجورا لقصد اصلاح . ابن عابدين على الدر المختار ، ج ٣ ، ص ٤١٥ ، المبسوط للسرخسي ، ج ٦ ، ص ٩ .
- (٣) المغني لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٨١ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦١ - ١٦٢ .
- (٤) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢٣٠ ، العدوي على كفاية الطالب ، ج ٢ ، ص ٥٩ ، المدونة الكبرى لمالك ، ج ٢ ، ص ٢٩٥ .
- (٥) المغني لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٨١ ، الكافي في فقه احمد ، ج ٢ ، ص ٦٨٢ - ٦٨٣ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦١ - ١٦٢ .

الأرسلية :

أ - استدلال أصحاب القول الأول لعدم اعتبار نية التحليل بما يلي :

١ - قال الشافعي : أخبرنا مسلم بن خالد عن ابن جريج عن سيف بن سليمان عن مجاهد ، قال : طلق رجل من قريش امرأة له فبتمها ، فمر بشيخ وابن له من الأعراب في السوق قدما بتجارة لهما ، فقال للفتى : هل فيك من خير؟ ثم مضى عنه ، ثم كرّ عليه فكمثلها ، ثم مضى عنه ، ثم كرّ عليه فكمثلها ، قال : نعم ، قال : فأرني يدك ، فانطلق به ، فأعبره الخبر ، وأمره بنكاحها ، فنكحها ، فبات معها ، فلما أصبح ، استأذن فأذن له ، فاذا هو قد ولاها الدبر ، فقالت : والله لئن طلقني لا أنكحك أبدا . فذكر ذلك لعمري رضي الله عنه ، فدعاه ، فقال : لو نكحتها ، لفعلت بك كذا وكذا وتوعدده ، ودعيتها زوجها - أي الفتى - فقال : الزمها .

قال الشافعي : وأخبرنا سعيد عن ابن جريج عن مجاهد مثله . (١) فدلّت هذه الرواية على أن النية لا قيمة لها ، لأن الفتى الذي تزوج امرأة القرشي ، قد نوى التحليل ، وتأيدت النية بالتواطؤ على ذلك ، فلو كانت نية التحليل قائمة مقام شرط التحليل ، لما أقدم عمر رضي الله عنه ، إلى الفتى ، وأمره بأن يلزم زوجته .

٢ - قال الشافعي : أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج ، قال : أخبرت عن ابن سيرين أن امرأة طلقها زوجها ثلاثا ، وكان مسكين أعرابي ، يقعد بباب المسجد ، فجاءته امرأة ، فقالت له : هل لك في امرأة

(١) الأم للشافعي ، ج ٥ ، ص ٨٠ .

تنكحها ، فتبيت معها الليلة ، فتصبح فتفارقها ؟ قال : نعم ، وكان ذلك . فقالت له امرأته : انك اذا أصبحت ، فانهم سيقولون لك فارقها فلا تفعل . فاني مقيمة لك ما ترى ، وان هب الى عمر رضى الله عنه . فلما أصبحت ، أتتوه ، وأتوها ، فقالت : كلموه فأنتم جئتم به . فكلتموه فأبى ، وانطلق الى عمر - رضى الله عنه - فقال له عمر - الزم امرأتك فان رابوك بريب ، فأنتى . وأرسل الى المرأة التى مشيت بذلك ، فأنكل بها ، ثم كان يفخد والى عمر رضى الله عنه ويروح ، ففى حلة ، فيقول - عمر - الحمد لله الذى كساك يا ذا الرقعتين . حلة تخد وفيها وتروح . قال الشافعى : وقد سمعت هذا الحديث مسنداً متصلاً عن ابن سيرين يوصله عن عمر رضى الله عنه ، بمثل هذا المعنى . (١)

٣ - ان العقد انما يبطل بما شرط لا بما قصد ، ولهذا لو اشترى شيئاً بشرط أن لا يبيعه بطل العقد ، ولو اشتراه وكانت نية البائع أن لا يبيعه المشتري ، لم يبطل . (٢)

ب - واستدل أصحاب القول الثانى لاعتبار النية بما يلى :

١ - ان عموم المحلل ، شامل لمن نوى التحليل ، وان يقال له : انه محلل . لأنه قاصد للتحليل .

٢ - ما روى عن عمر رضى الله عنه " أن رجلاً سأله ، عن رجل طلق امرأته

(١) الأم للشافعى ، ج ٥ ، ص ٨٠ - ٨١ .

(٢) المهذب للشيرازى ، ج ٢ ، ص ٤٧ .

ثلاثا ، فتزوجها أخ له ، عن غير موافقة ليحلها لأخيه هل تحل للأول ؟
قال : لا ، إلا بِنكاح رغبة . كما نعد هذا سفاها على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال : لا يزالان زانيين ، وإن مكثا عشرين سنة ،
إذا علم أنه يريد أن يحلها . (١)

٣ - إن الألفاظ لا تتراد لعينها ، بل للدلالة على معانيها ، فإذا ظهرت
المعاني والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ لأنها وسائل . (٢)

٤ - إذا تواطأ الزوج مع الزوجة أو وليها على الإحلال ، ثم عقدا العقد
على ذلك ، انصرف العقد إلى المعروف بينهما ما تواطأ عليه . (٣)

مناقشة الأدلة :

قد رأينا أن الفريقين ، من يعتبر النية ، ومن يلفيها ، يستدل ببعض
الآثار عن عمر رضي الله عنه ، في اعتبار النية وفي الفائها .
وأحسب أن الآثار في الأمور المختلف فيها ، لا قيمة لها ، من حيث القيام
بالحجة ، ولم يدع أحد الفريقين اجماط على ما ذهب إليه ، حتى يستفاد
من إيراد الآثار ، كسر هذا الاجماع .

ونريد من هذا التقديم ، أن نتخفف من مناقشة هذه الآثار ، لعدم
الجدوى في موضوعنا ، من هذه المناقشة .

(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ، ص ١٨١ . وقال المعلق : أخرجه الحاكم في
المستدرک ج ٢ ، ص ١٩٩ ، وقال : هذا حديث على شرط الشيخين
ولم يخرجاه . ورواه الدارقطني في الاوسط ، وانظر نيل الاوطار للشوكانى
ج ٦ ، ص ١٥٨ .

(٢) زاد المعاد لابن القيم ، ج ٤ ، ص ٨ .

(٣) نفس المصدر .

ونأتى لما بقى لدى الفريقين من أدلة . ان قد بقى لدى الفريق

الأول الدليل الثالث ، وهو قياس النية فى عقد النكاح على النية فى البيع .
وأحسب أنه دليل سليم من حيث العموم . ان لو أبطلنا العقود بالنيات
الفاصلة ، لمرضنا التعامل لهزات لا أول لها ولا آخر .

ولا يعجز من يريد فسخ عقد أبرمه مع غيره ، أن يدعى نية فاسدة عند
البيع ، وكذلك فى سائر العقود .

ولو صح أن مجرد النية - وهى باطنة - تؤثر على عقد النكاح ، أو على غيره
من العقود ، لوجب على من يريد التعاقد ، أن يفتش عن النية ، أو يشترط فى
عقده أن لا ينوى صاحبه ، نية تفسد العقد .

ولكن هذا لم يحدث فى دين ولا عقل ، وقد مر بنا زيادة تفصيل فى

مبحث نية التوقيت ، فارجع اليها ان شئت . (١)

وأما المالكية والحنابلة فقد بقى لديهم بعد أن تخففنا من الآثار

الدليل الاول ، والثالث والرابع .

أما الاول فكان مستندا على شمول لفظ المحلل لمن نوى التحليل ، وذلك
لأن كلمة - المحلل - جاءت فى الحديث ، محلات بالألف واللام ، وهى تفيد
الاستفراق فى كل محلل ، وبما أن من ينوى التحليل يقال له محلل ، فيكون
ان مشمولا بنص الحديث . هذا وجه الاستدلال بعموم المحلل .

ولكن يرد عليه : أن عموم المحلل مهجور اتفاقا . لأن العاقد بنكاح

رغبة يحلل الزوجة المبتوتة لزوجها الأول ، وهو محلل حقيقة لا ادعاء ، لأن
نكاحه ، هو السبب المشروع لحل المبتوتة لزوجها الأول ، فهو ان محلل ولم

(١) انظر ص ١١٤ فط بعدها .

يكن مقصودا بالعموم ، لعدم استحقاقه لتوجيه الدعاء عليه .

وانا ثبت أن العموم غير مقصود أصلا في الحديث ، لم يبق للمتسكين

به من سند قائم .

ويكون دخول من نوى التحليل تحت هذا الاسم ، هو موضع الخلاف ، ولا يستقيم

حجة على المخالف .

وأما الدليل الثالث ، وهو أن الألفاظ انما تراد لمعانيها ، فاذا ظهرت

المعاني فلا عبرة بها لأنها وسائل ، فيرد عليه ما يلي :

١ - ان تضمين الكلمات ، معان لا تتبادر منها ، انما يقبل عند وجود

القرينة على عدم ارادة المعاني الظاهرة . أما مع عدم وجود قرينة

صارفة عن المعاني الظاهرة من الكلمات ، فهذا غير مقبول ، لا لفسة

ولا عقلا .

٢ - ان قولهم : فاذا ظهرت المعاني فلا عبرة بالألفاظ ، يختصر الدليل

على جزء الدعوى ، لأن المعاني انما تظهر اذا تقدم النية اتفاق عليها

أو مراوطة بين المتعاقدين ، وهم يقولون باعتبار النية مطلقا ، سواء

تقدمها ذلك أم لا .

٣ - ان المقصود بظهور المعاني والمقاصد ، انما هو المخاطب لا المتكلم ،

فاذا ظهرت المعاني والمقاصد للمخاطب ، صح صرف الكلمات الى هذه

المعاني . أما أن تبقى هذه المعاني كامنة في نفس المتكلم ، ثم يراى

الزام المخاطب بها ، فذلك غير مقبول ، لا عقلا ، ولا لفسة ، ولا عرفا .

وأما الدليل الرابع ، وهو أن الفاظ المتعاقدين تنصرف الى ما تم بين

المتعاقدين من اتفاق ، لأن المطلق ينصرف الى ما يتعارف عليه المتكلم والمخاطب . فذلك صحيح فيما نحسب ، الا أنه يكون بذلك دليلا على جزء الدعوى أيضا لأن الملكية والحنابله يقولون باعتبار النية مطلقا .

نتيجة المناقشة

نلخص ما توصلنا اليه في هذه المناقشة فيما يلي :

- ١ - ان أدلة الفريقين ، الذين اعتبروا النية ، والذين لم يعتبروها . غير كافية لاثبات ما نصبت له ، لأنها لم تسلم من الإيرادات عليها . وهى إيرادات كما رأينا من القوة والوضوح .
 - ٢ - ان التوسط بين الفريقين هو الراجح فيما أحسب - فلا تلغى النية مطلقا ، ولا نعتبرها مطلقا . بل نقبل النية اذا سبقها ما يسندها من اتفاق بين الطرفين ، أو مراوضة بينهما ، أو يكون لدى الطرف الآخر علم بها قبل العقد .
- لأن ما يحصل قبل العقد من اتفاق بين الطرفين ، أو مراوضة بينهما ، أو نية طرف واحد ، مع علم الآخر بهذه النية ، يصلح صارفا للإيجاب والقبول على ما هو معلوم بينهما ، عقلا وعرفا ، وقواعد اللغة أيضا لا تأبى ذلك .

والله من وراء القصد .

المبحث الثالث

فى النكاح المعلق على شرط

التعليق فى اللغة : الربط ، يقال : علق كذا بكذا ، اذا ربطه به . (١)

وأما فى الاصطلاح : فقد مر فى تعريف الشرط من التمهيد . (٢)

والفرق بين تعليق العقد على شرط ، وبين الشرط فى العقد ، أن الأول يعنى :

أن العقد غير منجز فى الحال ، بل يحصل عند حصول الشرط .

وأما الثانى ، فيعنى : أن العقد منجز فى الحال ، والتزم معه بأمر آخر .

ومثال التعليق : زوجتك بنتى ان رضى أبى فيقبل الزوج ، فالزواج

هنا لم يقطع بحصوله ، بل ربط حصوله على حصول أمر آخر وهو : أن يرضى أبى

بهذا الزواج .

ومثال الشرط : زوجتك بنتى ، على أن لا تسافر بها من بلدها ،

فيقبل الزوج . فالزواج هنا مقطوع به ، والتزم الزوج مع العقد بأمر آخر ، ينفذه

فى المستقبل ، وهو عدم السفر بالزوجة من بلدها .

وبعد هذا التمهيد لمعنى التعليق ، والفرق بينه وبين الشرط ، نأتى

الى عرض المذاهب ، لنتعرف على رأيهم فى هذا النوع من النكاح .

عرض المذاهب :

١ - ذهب الشافعية ، الى أن العقد اذا علق على شرط ، كان باطلا من

(١) مختار الصحاح ، ص ٤٥٠ .

(٢) انظر ص ١٣ - ١٤ . من هذه الرسالة

أصله ، فلا ينعقد ، سواءً كان مطلق عليه العقد ، موجوداً أو معدوماً ،
ماضياً أو حاضراً ، أو مستقبلاً . (١)

يقول الامام الشافعي :

" ولا يكون التزويج الا لامرأة بعينها ، ورجل بعينه ، وينعقد النكاح
من ساعته ، لا يتأخر بشرط ولا غيره ، ويكون مطلقاً " . (٢)

ويقول أيضا :

" اذا تكلم بالنكاح معا ، فلم يكن النكاح منعقداً مكانه ، لم ينعقد
بعد مدة ولا شرط " (٣) .

ولم يستثن الشافعية من هذا الاطلاق ، حتى التعليق بمشيئة الله ،
اللهم الا اذا قصد التبرك بالمشيئة ، أو على أن الواقع هكذا ، ان لا
يوجد شيء الا بمشيئة الله . فيصح العقد حينئذ . (٤)

ووجهة الشافعية في ذلك ، أن الصيغة يجب أن تكون منجزة فتمس
اختل التجيز ، ولو في اللفظ ، لم ينعقد النكاح أصلاً .

٢ - وذهب المالكية ، الى أن التعليق يوجب فسخ العقد مطلقاً ، يدخل بها
أولم يدخل بغير طلاق على المعتمد في المذهب . وشدد المالكية
في هذا النوع من النكاح ، فاعتبروه نكاح متعة تقدم فيه الأجل (٥) .

(١) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٢٢٣ - ٢٢٤ - ٢٢٥ ، مضمي المحتاج ، ج ٣
ص ١٤١ - ١٤٢ .

(٢) الام للشافعي ، ج ٥ ، ص ٣٨ .

(٣) نفس المصدر .

(٤) مضمي المحتاج ، ج ٣ ، ص ١٤١ .

(٥) الخرشى على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٦ .

الا أنهم مع هذا التشديد فرقوا في الحكم بين التعليق على مجيء رأس الشهر أو وضاء الأب، وما أشبه ذلك، وبين التعليق على الاتيان بالصداق . فلو قال : زوجتك بنتى فلانة ، ان أتيتنى بالصداق فى يوم كذا ، والا فلا نكاح بينكم . فان جاء بالصداق قبل الأجل أو عنده وجب فسخ العقد بطلاق ان لم يدخل بها ، فان دخل بها ثبت العقد . وان لم يجيء بالصداق ، أو جاء به بعد الأجل ، وجب فسخ النكاح ، بغير طلاق (١) ، لأنه لم يحصل عقد بالكلية ، لعدم حصول ما طلق به . (٢)

٢ - وذهب الحنفية (٣) والحنابلة على الراجح من مذهبيهم ، (٤) الى أن التعليق انطيطل العقد ، اذا كان بشرط مستقبل ، كأن رضى فلان زوجتك بنتى فلانة .

أما التعليق بحاضر ، كزوجتك هذا المولود ، ان كان أنثى ، فكانت أنثى ، أو ان شاء فلان وكان حاضرا فقال شئت ، فقبل الزوج صح

-
- (١) الشرح الصغير ، ج ٢ ، ص ٢٢١ ، الدسوقى على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢١٢ ، الخرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٥ ، المدونة الكبرى ج ٢ ، ص ١٩٦ .
- (٢) العدوى على الخرشي ، ج ٣ ، ص ١٩٥ .
- (٣) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٧ - ٩٨ ، الروض المربع ، ج ٢ ، ص ٢٧٥ ، الروض الندى ، ص ٣٦١ ، المفنى لابن قدامه ، ج ٧ ، ص ٩٦ ، الانصاف ج ٨ ، ص ١٦٤ - ١٦٥ .
- (٤) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٩٨ ، البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ٨٤ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٣٦٧ .

العقد ، ولم يضره هذا التعليق ، لأنه في معنى التنجيز .
وكذلك التعليق بشرط ماض ، كزوجتك بنتي ان كانت انقضت عدتها
وقد كانت انقضت عدتها ، يصح العقد ، ولا عبرة بهذا التعليق لأنه
في معنى التنجيز .

واستثنى الحنابلة من التعليق على شرط مستقبل ، التعليق على مشيئة
الله . فقالوا : بصحة العقد مطلقا في هذه الصورة ، لأن التعليق بمشيئة
الله في معنى التنجيز (١) . وقريب منه مذهب الحنفية ، لأنهم يقولون
ببطلان التعليق ، اذا كان على أمر يستحيل عادة (٢) ، والاطلاع على مشيئة
الله أكثر استحالة .

مناقشة المذاهب :

أ - مناقشة ما ذهب اليه الشافعية ، من ابطال العقد بمطلق التعليق .

ان هذا القول ، ينظر الى الألفاظ ، أكثر ما ينظر الى المعاني ،
والا فأى خطر على العقد في تعليقه على أمر ماض ، كقول القائل : ان كان
البارحة ، يوم خميس فقد زوجتك بنتي ، وهما يعلمان أن البارحة كان يوم
الخميس . وكذا لو طقه على أمر حاضر كما لو قال : ان رضى فلان فقد زوجتك
بنتي فلانة ، وكان حاضرا في المجلس ، فقال رضيت ، فقال الطرف الآخر قبلت
الزواج . والاكثر من هذا وضوحا ، فيما لو طقه على مشيئة الزوج ، كما لو قال
الولى : زوجتك بنتي فلانة ، ان شئت ، فقال شئت وقبلت هذا الزواج . فهل

(١) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٧ - ٩٨ ، المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٩٦

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٣٦٧ .

التعليق على مشيئة من يراد تزويجه ، الا في حكم تخييره بين القبول والرفض ، وهو يطغى بدون هذا التعليق ؟

ب : مناقشة ما ذهب اليه المالكية :

ان جميع ما أوردناه على الشافعية يرد على المالكية . ثم يرد عليهم بالخصوص ما يلي :

١ - تفريق المالكية بين التعليق بشرط مستقبل اذا كان على الاتيان بالمهر وبين التعليق بمستقبل اذا كان على غير المهر غير سليم - فيما احسب - لأن الكلام في تعليق أصل النكاح ، فكان الايجاب غير مقطوع به . وكذا القبول ، لو رده على هذا الايجاب الذي لم يقطع به ، غاى فرق بين التعليق على شرط مستقبل ، اذا كان فى الصداق ، وبين التعليق على شرط مستقبل غير الصداق ؟

٢ - ان المالكية قد فرقوا فى فسخ العقد ، بين ما لو تحقق الشرط المستقبل وهو الاتيان بالصداق قبل الأجل أو عنده ، فأوجبوا فسخه بطلاق ، وبين ما اذا لم يتحقق ، بأن أتى بالصداق بعد الأجل ، حيث أوجبوا فسخه بغير طلاق .

فالذى يقتضيه قولهم فى الصورة الاولى ، أن يكون العقد ، منعقدا . والا لما قالوا بفسخه بطلاق ، لأن الطلاق لا يصح الا بعد صحة النكاح ، والذى يقتضيه قولهم فى الصورة الثانية ، أن يكون العقد غير منعقد أصلا ، ولهذا أوجبوا فسخه بغير طلاق .

ويرد على قولهم فى الصورة الاولى . أن العقد اذا كان صحيحا ، فلما اذا وجب فسخه ، لاسيما وقد تحقق ما علق عليه العقد ؟

ويرد على قولهم في الصورة الثانية ، أن العقد اذا كان منمقدا ، فكيف
جاز فسغه بنفي طلاق ؟

وهكذا ، فان الحكم في الصورة الاولى ينافي الحكم في الصورة الثانية ،
كيفما تدبرته - فيما أحسب - والله أعلم .

ح - وأما ما ذهب اليه الحنفية ، والحنابلة من القول بصحة العقد اذا علق
بشرط ماضٍ أو حاضر ، وعدم صحته اذا علق بأمر مستقبل فسلم فيمسا
نحسب ، فلا داعي لمناقشته .

نتيجة المناقشة

ونخلص من هذه المناقشة بما يسلي :

١ - ان القول ببطلان العقد بمطلق التعليق ، كما ذهب اليه الشافعية
وقريب منه ما ذهب اليه المالكية غير سليم ، لكثرة ما يرد عليه .

٢ - ان القول ببطلان العقد اذا علق بمستقبل ، وصحته اذا علق بحاضر
أو ماضٍ ، هو القول الراجح فيما نحسب لسلامة وجهته وعدم ما يرد عليها
والله أعلم .

المبحث الرابع

فـى

شـرط الخيار

الخيار فى اللغة ، اسم مصدر اختاره ، وهو طلب خير الأمرين
وأحسنهما ، (١) والأمران اللذان يراد خيرهما وأحسنهما فى عقد النكاح
هما : امضاء العقد أو فسخه .

فإذا شرط الخيار فى عقد النكاح ، فهل يصح هذا الشرط ، وما مدى تأثيره
على العقد ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك وفيما يلى عرض لهذا همهم :

عرض المذاهب :

١ - يبطل العقد والشرط ، وهو ما ذهب اليه الشافعية (٢) ، والظاهرية ،
وهو رواية فى مذاهب احمد (٤) .

٢ - يفسد العقد ، ويجب فسخه ، اذا لم يدخل بها ، فان دخل بها ثبت
العقد ، وسقط الشرط ، الا خيار المجلس (٥) فيصح اشتراطه .

-
- (١) مختار الصحاح ، ص ١٩٤ .
(٢) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٨٠ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٨٦ ،
الحاوى الكبير للماوردى ، ج ١١ ، الأم للشافعى ، ج ٥ ، ص ٨١ .
(٣) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٧ .
(٤) المقنع ، ج ٣ ، ص ٤٩ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٦ ، المغنى لابن قدامة ،
ج ٧ ، ص ٨١ .
(٥) خيار المجلس عند الجمهور ، هو الفترة التى جعلها الشارع لطرفى العقد
فى اختيار امضاء العقد أو فسخه ، ما دام فى مجلس العقد .

وهذا مذ هب الطلکية . (١)

٣ - يصح العقد ، ويطل الشرط ، وهو ما ذهب اليه الحنفية (٢) ، والحنابلة
في القول الراجح . (٣)

الأردنية :

أ - استدلال الشافعية والظاهرية بما يلي :

١ - ان مبنى النكاح على الدوام وللزوم ، والخيار يتنافى ذلك (٤)

٢ - القياس بالأولى على بطلان نكاح المتعة ، لأن العلة في بطلان نكاح
المتعة ، أن العقد لم يثبت الحل مطلقا بل الى غاية .

وهذا المعنى موجود في النكاح بشرط الخيار ، بل هو فيه أدعى للفساد ،
لأن نكاح المتعة ، قد بين فيه وقت الحل ، يوما أو شهرا ، أو أقل أو أكثر ، فسي
حين أن النكاح بشرط الخيار ، يبقى وقت الحل مجهولا ، حيث لا يدري متى
يختار من له الخيار ، فسخ العقد أو امضاءه .
هذا اذا كان أجل الخيار معلوما ، فكيف به لو كان مجهولا !)

==
وقبله عند الحنفية والمالكية خيار القبول ، أو عدم وجوب الفور في القبول
بعد انشاء الايجاب ماداما في مجلس الايجاب .

(١) الشرح الصغير ، ج ٢ ، ص ٢٢١ ، الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ،

ص ٢١٢ ، المدونة الكبرى ، ج ٢ ، ص ١٩٥ .

(٢) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٢٥٠ ، المبسوط للسرخسي ، ج ٥ ،

ص ٩٤ ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٥٣٨ .

(٣) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٦ - ١٠٧ ، الروض المربع ، ج ٢ ، ص ٢٧٦ ،

المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٨١ .

(٤) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٨٠ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٢٨٦ ،

يقول الشافعي في هذا المعنى :

" ولم يكن للنهي عن نكاح المتعة معنى أكثر من أن النكاح انما يجوز على اطلاق مطلقا لا الى غاية ، لأن النكاح اذا كان لغاية فقد أباحت نفسها بحال ، ومنعتها في أخرى ، فلم يجز أن يكون النكاح الا مطلقا " . (١) .

ثم قال رحمه الله :

" ولما كان النكاح بالخيار في أكثر من المعنى الذي له - فيما نرى - فسدت المتعة ، لم ينمقد ، والجماع حلال على ما وصفت من الأبد ، ولا بحال حتى يحدث له اختيارا حادثا ، فتكون العقدة انعقدت على النكاح ، والجماع لا يحل فيها بكل حال ، فالنكاح بالعقدة غير ثابت في حال ، وثابت في أخرى ، وهذا أقرب من نكاح المتعة ، لأن نكاح المتعة وقع على ثابت أولا الى مدة ، وغير ثابت اذا انقضت المدة " . (٢) .

ب - واستدل المالكية على ما ذهبوا اليه من فساد العقد بشرط الخيار بمثل ما استدل به الشافعية ، على ذلك (٣)

واستدلوا لاستثناء خيار المجلس ، حيث صحوا العقد والشرط ، بأن النكاح

== الحاوي الكبير للمطوري ، ج ١١ ، الام للشافعي ، ج ٥ ، ص ٥٥ .

(١) الأم للشافعي ، ج ٥ ، ص ٨١ .

(٢) نفس المصدر .

(٣) قوانين الاحكام الشرعية ، ص ٢١٩ ، المدوي على كفاية الطالب ، ج ٢ ،

مبنى على المكارمة فتسويح فيه ما لا يتسامح في غيره . (١)
وأما قولهم بوجوب الفسخ قبل الدخول ، وثبوت العقد بعد الدخول فكان
نظرهم متوجها الى مراعاة الخلاف ، لأن النكاح بشرط الخيار من الأمور المختلف
فيها . وما كان مختلفا فيه ومن ههنا على فساد ، وأوجبوا فسخه قبل الدخول
أما بعد الدخول فلم يقولوا بفسخه ، بل يكتفون بإسقاط المفسد كشرط الخيار
في مسألتنا . حيث قالوا : اذا دخل بها ، ثبت العقد ، وسقط الشرط (٢)

ج - واستدل الحنفية والحنبلة ، على صحة العقد ، وطلان الشرط . بما يلي :

أولا : أدلتهم على بطلان الشرط :

- ١ - ان الحاجة لا تدعو الى شرط الخيار في النكاح ، لأن النكاح لا يقع
في الغالب ، الا بعد ترو وفكر ، وبحث ، وسؤال . (٣)
- ٢ - ان النكاح ليس بمعاوضة محضة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود
عليه ، وبرؤية ، ولا صفة ، فلم يصح اشتراط الخيار فيه (٤)
- ٣ - ان اثبات الخيار في عقد النكاح ، يؤدي الى جواز فسخه ، وفي فسخ
النكاح ، ابتداء للمرأة ، بعد العقد عليها ، ولهذا أوجب الله
سببانه في الطلاق قبل الدخول نصف الصداق ، جبرا لما لحقها من
ضرر . (٥)

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢١٢ .

(٢) المراجع السابقة للملكية .

(٣) المغني لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٨١ .

(٤) نفس المصدر .

(٥) نفس المصدر .

ثانياً : أدلتهم على صحة العقد ، مع شرط الخيار :

- ١ - القياس على نكاح الهازل ، وذلك لأن الهزل واشتراط الخيار سواء ، لأن الهازل ، قاصد الى مباشرة السبب ، غير راض بحكمه . وشروط الخيار كذلك ، بل ان هذا المعنى في الهازل أولى ، لأن الهازل : غير راض بالحكم أبداً ، ومشترط الخيار : غير راض بالحكم في وقت مخصوص . فاذا لم يمنع الهزل تمام العقد ، فلأن لا يمنع اشتراط الخيار أولى (١)
- ٢ - ان اشتراط الخيار في النكاح ، لا يمنع انعقاد أصل العقد مطلقاً ، وإنما يعدم الرضا بلزومه ، كما في البيع .
وعقد النكاح متى وقع صحيحاً ، كان لازماً ضرورة (٢)
- ٣ - القياس على الطلاق ، بجامع أن كلا منهما لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ، ولا يقبل خيار الشرط . (٣)

مناقشة الأدلة :

- أ - مناقشة أدلة القائلين بإبطال العقد بشرط الخيار وهم الشافعية والظاهرية
وكذا المالكية فيما اذا لم يتم الدخول بهذا العقد .
أورد الحنفية على قياس النكاح بالخيار على نكاح المتعة ، بأنه قياس مع الفارق لأن توقيت العقد ، يمنع انعقاد العقد فيما وراء الوقت المنصوص عليه ، وهذا بخلاف

(١) المبسوط للسرخسي ج ٥ ، ص ٩٥ ، وانظر فتح القدير لابن الهمام

ج ٣ ، ص ٢٥٠ .

(٢) نفس المصدر .

(٣) نفس المصدر .

شرط الخيار، لأن العقد بشرط الخيار، منعقد للحال . (١)

ويجب عن هذا الايراد ، بأن المقصود من توقيت العقد في النكاح
انما هو توقيت الاحلال ، وتوقيت الاحلال ، في النكاح بالخيار ، أفحش من
توقيت الاحلال في نكاح المتعة ، لأن وقت الاحلال في المتعة معلوم وفي
النكاح بشرط الخيار مجهول . لأن النكاح بالخيار ، يكون معه الاحلال ثابتاً
على تقدير ، أو حال - كما عبر الشافعي رحمه الله - وفيه ثابت على آخر ، وهذا
بخلاف نكاح المتعة ، حيث كان وقت الاحلال فيها معلوماً . (٢)

ب - مناقشة ما ذهب اليه المالكية :

وتنحصر هذه المناقشة في أمرين :

الاول : قولهم : بوجوب فسخ العقد قبل البناء ، وثبوته بعد البناء .

الثاني : قولهم : بصحة شرط خيار المجلس في عقد النكاح .

أما الأمر الاول : وهو قولهم بوجوب الفسخ قبل البناء ، وثبوته بعده ، فقد

اعتمد المالكية في هذا القول على مراعاة الخلاف في المسائل المختلف

فيها ، وقد يرد عليهم ما يلي :

١ - اذا صح أن هذا العقد ، وقع فاسداً بسبب هذا الشرط ، فكيف يثبت

بالدخول ؟

وهل الدخول سبباً من أسباب تصحيح العقود الفاسدة ؟

(١) المبسوط للسرخسي ، ج ٥ ، ص ٩٥ ، فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ،

ص ٢٥٠ .

(٢) الأم للامام الشافعي ، ج ٥ ، ص ٨١ .

٢ - ان هذا المذهب ، يجعل أصحاب العقود المختلف في فساد هذا
يهربون الى الدخول ، لتثبيت عقودهم ، ويأمنون عليها من خطر الفسخ .

ويمكن الجواب عن الايراد الاول ، بأن (العقد انما كان فاسدا في نظر
المذهب وقد ذهب مذاهب أخرى الى تصحيح هذا العقد ، وهي مذاهب
معتبرة في الاسلام ، والأمر المختلف فيها ، بين المذاهب الاسلامية ، تعطى
لل قضاء الحق في اختيار ما يحقق مصلحة المسلمين ، ومن هذه المصلحة ارتكاب
أخف الضررين ، لدفع أكبرهما .

وهنا في مسألة الدخول بالعقد الفاسد وجدت مفسدتان لا بد من
احداهما ، هما :

١ - ترك الحكم بما ترجح في المذهب ، من فساد العقد ، والحكم بمذهب
آخر يعد مرجوحا في المذهب المالكى .

٢ - ابطال العقد ، وقد دخل الزوج بزوجه ، وللبناء آثار كبيرة ، من احداث
الضرر بالزوجة ، واجبار الرجل أن يعطيها مهر المثل كاملا ، واحتمال
الحمل ، وحبس المرأة عليه ، مدة قد تطول وقد تقصر ، الى غير ذلك
من المفاسد ، التي يحدثها ابطال العقد ، بعد البناء .
ولا شك أن ابطال العقد بعد أن دخل الزوج بزوجه أكثر ضررا من ترك
ما ترجح في مذهب من المذاهب دون آخر .

وأحسب أن المالكية ، وهم يذهبون هذا المذهب ، يقضون على زواج التحصب
المذهبي ، ويكون القضاء ، حرا طليقا ، في اختيار ما يحقق المصلحة ، في القضايا
المختلفة فيها بين المذاهب الاسلامية المعتبرة . وتكون بذلك المذاهب الاسلامية

تشع بالعطاء ، والتسامح ، واحترام وجهة النظر المقابلة ، وذلك فيما أحسب
هدفاً من أهداف الاسلام ، ينبغى أن نسعى اليه .

وأحسب كذلك أن شيخ الاسلام ابن تيمية كان يرهف هذا الهدف عندما
أوصى من يكون في موضع قدوة ، واجتماع المسلمين حوله ، أن يعمل بالقول
المرجوح عنده - اذا كان العمل بما ترجح لديه ، يفرق المسلمين ، أو يضع في
نفوسهم منه ريبة - وأن ذلك أفضل عند الله من العمل بالقول الراجح عند هذا
المتبوع ، لأن مصلحة تأليف قلوب المسلمين ، أكبر بكثير ، من العمل ، بما يعتقد
راجحاً . (١)

وأما الايراد الثاني ، فيمكن الجواب عنه ، بأن المالكية ، وهم يثبتون
العقد بعد الدخول ، لا يقولون بصحة شرط الخيار ، بل يعتبرون الشرط فاسداً
دخل بها ، أو لم يدخل ، وذلك يفقد أصحاب العقد الفاسد ، ما يريدون التوصل
اليه . من اشتراط الخيار في عقد النكاح .

وأما الأمر الثاني : وهو قول المالكية بصحة شرط خيار المجلس في عقد
النكاح : فيرد عليه ما يلي :

١ - أنهم لم يقولوا بخيار المجلس في البيع رغم ثبوته بالسنة الصحيحة ، ورواية
مالك نفسه ، وبإسناد من أنظف الأسانيد ، ان رواه مالك عن نافع عن
عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . (٢) حتى قال

(١) الفتاوى لابن تيمية ، ج ١ ، ص ١٦٦ - ١٦٧ - ١٦٨ . قال " قد يكون
فعل المرجوح أرجح للمصلحة الراجحة ، كما يكون ترك الراجح أرجح أحياناً
لمصلحة راجحة " .

(٢) موطأ مالك ، ص ٤١٦ ، برقم ٧٩ ، ط ، كتاب الشعب .

الشافعي رحمه الله ، لا أدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم
أن أقول : عبد الله بن عمر رضي الله عنهما . (١)

٢ - ان خيار المجلس ينافي لزوم العقد ، ان يجب في عقد النكاح أن يكون
لازماً من حين انعقاده ، مفيداً إحلال الزوجة لزوجها من ساعته .

ج - مناقشة ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في قولهم الراجح ، من القول
بصحة العقد اذا شرط فيه الخيار ، واختصار البطلان على الشرط .
ومن عجيب الموافقات ، أن الأحناف ، والحنابلة وقد ذهبوا الى صحة العقد
وبطلان الشرط - تقاسموا مؤنة الاستدلال ، فقد ركز الحنابلة على الاستدلال
لبطلان الشرط ، بينما ركز الحنفية ، على الاستدلال لصحة العقد مع شرط
الخيار .

بيد أن الأحناف ، قد حملوا العبء الكبير في هذه القسمة ، ان أن
بطلان الشرط متفق عليه ، والخلاف الحقيقي بالنظر والتمحيص انما هو في صحة
العقد ، مع هذا الشرط .

وما أن القول ببطلان الشرط ، بالمنزلة التي ذكرنا من الاتفاق ، ولسلامة
الأدلة ، التي ذكرناها عن الحنابلة لا بطلاله ، فلا نجد من داع الى التمحيص
عليها بالمناقشة .

والذي يستأهل المناقشة حقاً هو ما ذكره الأحناف من أدلة على صحة العقد
مع شرط الخيار . فنقول :

(١) المغني لابن قدامة ، ج ٣ ، ص ٤٨٢ - ٤٨٣ .

ان ما استدل به الحنفية من قياس صحة العقد مع شرط الخيار على صحة العقد مع الهزل ، فيه نظر من وجوه :

الوجه الأول : أن الشارع انما أقام الهزل مقام الجذ حماية لعقد النكاح من الزعزعة ، وعدم الاستقرار ، وذلك لأن الشارع ، لو لم يأخذ بالهزل في ايجاب عقد النكاح ، أو قبوله ، مأخذ الجذ ، لكان الباب مفتوحا للعابثين والمترددين ، فاذا تم العقد في الظاهر ، قام أحد هم يدعى الهزل في ايجابه أو قبوله ، وهذا كما ترى : يوقف هذا العقد - وقد أراد الشارع توثيقه - على خطر الانهيار في كل لحظة .

الوجه الثاني : أن الهازل وان لم يكن راضيا بالعقد في ذات نفسه

الا أنه لا قيمة لعدم الرضا هذا ، لأنه معارض بما هو أقوى منه ، وهذا المعارض هو : ايجابه ، أو قبوله ، ان الايجاب والقبول من أكبر علامات الرضا ، وهو امارة ظاهرة ، فلا يمكن اطراحها لوجود امارة خفية على عدم الرضا ، وقد تكون مع خفتها متهمة .

وهذا شبيه بالنية المجردة ، كنية توقيت العقد ، أو نية التحليل ، وهو

يقوى مذمب الجمهور ومنهم الحنفية في عدم اعتبار النية المجردة .

أما شرط الخيار ، فهو امارة ظاهرة ، على التوقف عن الرضا بالعقد ، ولا

يصح القول ، بأن مشروط الخيار ، راض بالعقد في وقت ، وغير راض به

في وقت آخر ، بل الصحيح : أن مشروط الخيار ، راض بالعقد على تقدير ،

وغير راض به على تقدير آخر . وهذا كان أفسد من نكاح المتعة ، كما

يقول الشافعي رحمه الله .

الوجه الثالث : أن الهازل ، قاصد للفظ ، غير مرید لحكمه ، وذلك ليس اليه ، لأن المكلف ، إنما اليه مباشرة الأسباب ، وأما ترتيب مسيئاتها وأحكامها عليها ، فهو إلى الشارع ، قصد المكلف أو لم يقصده .
والعبرة بالنسبة للمكلف ، أن يقصد السبب مختاراً ، في حال عقله وتكليفه فإذا قصد ، رتب الشارع عليه حكمه ، جد بذلك السبب أو هزل به . (١)

وأما ما استدل به الحنفية ، من قياس النكاح بالخيار ، على البيع بالخيار ، ففيه نظر من وجوه :

الوجه الأول : أن اللزوم شرط في النكاح دون البيع ، ومن المعلوم أن اشتراط الخيار يرفع اللزوم . فلا يصح قياس أحدهما على الآخر .

الوجه الثاني : أن الخيار ثبت في البيع على خلاف القياس (٢) ، وما كان كذلك ، لا يصح القياس عليه . من حيث صحة العقد وعدمها .

الوجه الثالث : أن الشارع فرق بينهما ، حيث صحح العقد في البيع مع شرط الخيار ، بتشريع الخيار فيه ، ولم يأن بذلك في عقد النكاح .

وأما ما استدلو به ، من القياس على الطلاق ، بجامع أن كلا منهما - النكاح والطلاق - لا يحتتمل الفسخ بعد تمامه ، ولا يقبل خيار الشرط ، ففيه نظر من وجوه :
الوجه الأول : أن النكاح من باب التمليكات ، وأما الطلاق فمن باب الاسقاطات ، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر .

(١) زاد المعاد لابن القيم ، ج ٤ ، ص ٧٣ ، ونظر روضة الطالبين للنووي ،

ج ٨ ، ص ٥٥ ، قال النووي " الهازل : قاصد مختار " .

(٢) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٦ ، ص ٣٠١ .

الوجه الثاني : أن كون النكاح لا يحتمل الفسخ ، استدلال بالمختلف فيه ، لأن غير الحنفية ، لا يقول بذلك ، بل يقول باحتمال النكاح الفسخ بعد تمامه .

الوجه الثالث : ان الحنفية قالوا بفسخ النكاح بعد تمامه فيما لو ارتد أحد الزوجين عن الاسلام (١) أعاننا الله والمسلمين من ذلك .

الوجه الرابع : ان المخالفين لم يقولوا بتمام العقد أصلاً ، بل هم يقولون ببطلانه وعدم انعقاده .

نتيجة المناقشة

ويمكن أن نلخص ما توصلنا اليه في هذه المناقشة بما يلي :

- ١ - ان ما ساقه الشافعية من أدلة على فساد النكاح بشرط الخيار ، سليماً من الإيرادات ، موصلاً الى المطلوب ، فيكون هو القول الراجح فيما نحسب .
- ٢ - ان ما ذهب اليه المالكية من مراعاة الخلاف ، وعدم فسخ العقد بعد البناء ينبغى الأخذ به ، مراعاة للمصلحة ما أمكن .
- ٣ - ان ما استدل به الحنفية على صحة العقد ، لا يخلو من نظر ، وأشكال بله معارضته بأدلة ، أكثر قوة ، وأشد اسناداً من الشرع والعقل .
والله من وراء القصد .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٢٩ .

المبحث الخامس

في نكاح المشفار

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الاول : في تعريفه .

المطلب الثاني : في حكمه .

المطلب الثالث : في علة تحريمه .

المطلب الأول

فى تعريف نكاح الشفـار

يطلق الشفـار فى اللغة ، ويراد به : الخلو ، يقال : شفر الكلب ،
انـا رفع رجليه لبيول . وبلدة شاغرة ، اذا خلـيت من أهلها ، أو سلطانها (١)
وأما فى الاصطلاح :

فقد عرفه الحنفية : بتزويج الرجل موليته ، على أن يزوجه الآخر موليته ،
ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر .

والمراد بالعقد هنا : المعقود عليه ، وهو : البضع . (٢)

وعرفه المالكية : بتزويج كل من الوليين الآخر بدون مهر . (٣)

وعرفه الشافعية : بتزويج أحد الوليين موليته للآخر على أن يزوجه الآخر

موليته ، ويكن بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى . (٤)

وعرفه الحنابلة : بأنه تزويج الرجل وليته ، على أن يزوجه الآخر وليته ، ولا مهر

بينهما ، سكتا عنه ، أو شرطاً نفيه . (٥)

وعرفه ابن حزم : بتزويج أحد الرجلين الآخر وليته ، على أن يزوجه الآخر

وليته . (٦)

-
- (١) ترتيب القاموس المحيط ، ج ٢ ، ص ٧٢٥ - ٧٢٦ .
 - (٢) البحـر الرائق مع ضحة الخالق ، ج ٣ ، ص ١٦٧ .
 - (٣) الخرشى على مختصر خليل ، ج ٣ ، ص ٢٦٧ .
 - (٤) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢١٨ .
 - (٥) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠١ .
 - (٦) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٤ ، ف ١٨٥٢ .

ويلتقى تعريف الحنفية مع تعريف الشافعية للشفار ، ان كل منهما
قد جعل هذا النكاح يتحقق بأمرين هما :

- ١ - الشرط في زواج كل منهما الزواج بالأخرى .
- ٢ - شرط أن يكون البضع هو الصداق .

كما يلتقى تعريف المالكية مع تعريف الحنابلة ان يتحقق الشفار عندهما
بأمرين أيضا هما :

- ١ - الشرط في زواج كل منهما الزواج بالأخرى .
- ٢ - خلو هذا الزواج من المهر .

ويثغر ابن حزم بتعريفه ، ان جعل الشفار يتحقق بوجود الشرط في
زواج كل منهما الزواج بالأخرى .
وطى تعريف الشافعية والحنفية ، يخرج من الشفار ، كل عقد لم يتحقق فيه
هذين الأمرين : الشرط ، وكون البضع صداقا لكل منهما ، بأن وجد الشرط
فقط ، أو الشرط ومهر واحدة البضع دون الأخرى . بأن ذكر لها مهر ، أو سكت
عنه .

وقد التزم الحنفية بتعريفهم ، فأخرجوا هذه الصور من الشفار . (١)
وأما الشافعية فقد كسروا هذا التعريف في فروعهم ، ان أدخلوا في نكاح
الشفار ، ما لو وجد الشرط في زواج كل منهما الزواج بالأخرى ، مع كـ
البضع صداقا لهما دون الأخرى . فأفسدوا نكاح من جعل البضع صداقا
لها دون نكاح الأخرى . (٢)

(١) البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ١٦٧ .

(٢) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٢٢٥ ، نهاية المحتاج ، ج ٦ ، ص ٢١٥ .

المهذب للشيرازي ، ج ٢ ، ص ٤٦ .

ويخرج من الشفار على تعريف الملكية والحنابلة ، ما لم يتحقق فيه
الأمران الشرطي في زواج كل منهما الزواج بالأخرى ، والخلو من المهر
لكل منهما . بأن ذكر المهر لواحدة دون الأخرى .

ولكن الملكية (١) والحنابلة (٢) لم يلتزموا بهذا التعريف أيضا
لأنهما أبطلا نكاح من لم يذكر لها صداق فقط في الصورة التي ذكرناها .
وأضاف الحنابلة أمرا آخر في الفروع ، ان أبطلوا النكاحين فيما لو ذكر البضع
صداقا لكل منهما ، ونكاح من ذكر البضع صداقا لها ، فيما لو ذكر للأخرى
صداق غير البضع . (٣)

وأما ابن حزم رحمه الله ، فقد التزم بتعريفه التزاما كاملا ، حيث قصر
الشفار على أمر واحد ، هو وجود الشرطي في زواج الواحدة زواج الأخرى .
يقول رحمه الله : الشفار باطل " ذكر صداقا لهما أو لأحدهما ، أو لم يذكر
كل ذلك سواء ، يفسخ أبدا " . (٤)

-
- (١) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢٧٤ ، الخرشي على خليل ، ج ٢
ص ٢٦٧ - ٢٦٨ .
(٢) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٢ ، منتهى الإرادات ، ج ٢ ، ص ١٨٠ .
(٣) المرجعين السابقين ، والانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦١ .
(٤) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٤ ، ف ١٨٥٢ .

المطلب الثاني

في حكم نكاح الشفـار

اختلف الفقهاء في الحكم على النكاح بالشفار الى مذهبين نذكرهما فيما يلي :

أ - ذهب الجمهور الى بطلان نكاح الشفار (١) ، بل قد نقل الاجماع على تحريمه ، (٢) وعلى بطلانه أيضا . (٣)

ب - وذهب الحنفية الى أن هذا النكاح مكروه كراهة تحريم ، تنتهض الي استحقاق العقاب ، الا أنه اذا وقع ، صح العقد ، وبطل الشرط (٤) وهو رواية في مذهب أحمد ، الا في كراهة التحريم ، حيث جاءت هذه الرواية بمطلق الكراهة . (٥)

-
- (١) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢٧٤ ، الخرشي على خليل ج ٣ ، ص ٢٦٧ ، أسهل المدارك ، ج ٢ ، ص ٨٧ ، المدونة الكبرى للامام مالك ، ج ٢ ، ص ١٥٣ . تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٢٢٥ ، المهذب ، ج ٢ ، ص ٤٦ ، الأم للشافعي ، ج ٥ ، ص ٧٧ ، كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٢ ، منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٨٠ ، المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٤ ، ١٨٥٢ .
 - (٢) فتح الباري للمسقلاني ، ج ١١ ، ص ٦٧ .
 - (٣) قوانين الاحكام الشرعية ، ص ٢٢٨ .
 - (٤) المبسوط للسرخسي ، ج ٥ ، ص ١٠٥ ، البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ١٦٧ ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤٣٠ .
 - (٥) الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٠ .

الأردنية :

- استدل الجمهور على بطلان نكاح الشفار بطيلى :
- ١ - ط رواه مسلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشفار ، والشفار : أن يزوج الرجل ابنته عيسى أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما صداق " . (١)
 - ٢ - ط رواه جابر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " نهى عن الشفار ، والشفار : أن تنكح هذه بهذه ، بغير صداق ، بضع هذه صداق هذه ، وبضع هذه صداق هذه " . (٢)
 - ٣ - ط رواه مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا شفار فى الاسلام " . (٣)
 - ٤ - عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج ، أن العباس بن عبد الله بن عباس ، أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته ، وأنكحه عبد الرحمن ابنته ، وقد كانا جملاهما صداقا فكتب معاوية بن أبى سفيان الى مروان بن الحكم ، يأمره بالتفريق بينهما ، وقال فى كتابه : هذا الشفار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم " (٤)

-
- (١) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ٢٠٠ .
 - (٢) المجموع تكملة المطيعى ، ج ١٥ ، ص ٤٠٢ ، نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ، ص ١٦٠ .
 - (٣) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ٢٠١ .
 - (٤) قال المجد بن تيمية فى منتقى الأخبار ، رواه احمد ، وأبو داود ، قال الشوكانى فى نيل الاوطار ، ج ٦ ، ص ١٦٠ ، فى اسناده محمد بن اسحاق وهو مختلف فى الاحتجاج به ، وصححه ابن حزم فى المحلى ، ج ٩ ، ص ٥١٥ ، ف ١٨٥٢ .

وأجاب الحنفية عن هذه الأدلة بما يلي :

١ - ان النهي عن الشفار ، انما هو لفساد التسمية ، لا لعين النكاح ،

لأن النكاح مشتمل على صالح الدنيا والآخرة ، فلا يحتمل النهي .

وانما ثبت أن النهي لمكان التسمية الفاسدة ، فان ذلك لا يؤثر على

صحة النكاح ، لأن النكاح لا يفسد بعدم التسمية ، فلأن لا يفسد

بفسادها أولى . (١)

٢ - ان النهي انما ورد عن الشفار ، وهو خلو النكاح عن المهر ، ونحن نسلم

نبيه شفاراً ، بل أوجبنا فيه مهر المثل . (٢)

٣ - ان المفسد لهذا النكاح ، لا يخلو من أحد وجوه ثلاثة :

أ - اما أن يكون الخلو من المهر .

ب - واما أن يكون المهر الفاسد ، كالبضع بالبيع .

ج - واما أن يكون الشرط الفاسد في زواج كل منهما الزواج من الأخرى .

فان كان الاول ، فقد أوجبنا فيه مهر المثل ، ولم نصحه شفاراً .

وان كان الثاني ، فهو كما لو جعل المهر خمراً ، أو خنزيراً ، فيجب الرجوع

الى مهر المثل ، لأن التسمية الفاسدة ، ليست بأشد من عدم التسمية

أصلاً وعدم التسمية لا يفسد العقد ، فكذا فسادها .

وان كان الثالث : فالنكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة . لعدم احتمال

الربا فيه . (٣)

(١) بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤٣١ .

(٢) البحر الرائق ، ج ٣ ، ص ١٦٢ .

(٣) قارن بالمبسوط للسرخسي ، ج ٥ ، ص ١٠٥ ، وبالبدائع للكاساني ، ج ٣ ،

مناقشة الأجوبة التي ذكرها الأحناف عن أدلة الجمهور :

أما الجواب الأول ، وهو حمل النهي على فساد التسمية ، لعدم احتمال

النكاح للنهي ففيه نظر من وجوه :

الوجه الأول : ان نكاح الشفار من أنكحة الجاهلية ، وهو نوع من النكاح

قائم بذاته ، فيه الشرط ، وفيه التسمية الفاسدة ، وهي أيضا مشروطة ،

فحمل النهي على أحدهما على التعمين ، أو على أحدهما مطلقا ،

تحكم لا داعي له .

الوجه الثاني : ان التسمية الفاسدة ، في نكاح الشفار ، لها خصوصية

لأنها جزء من المعقود عليها ، فتؤدي الى أن تكون المعقود عليها ،

مجزأة بعضها صداق ، وبعضها الآخر معقود عليه ، وهذا بخلاف

مطلق التسمية الفاسدة ، كالخمر والخنزير .

الوجه الثالث : ان ما دفع الحنفية الى هذا الحمل من كون النكاح

لا يحتمل النهي ، بحجة أنه مشتمل على مصالح الدنيا ، غير صحيح
والآخرة

وذلك لأن مثل هذا انما يقال في النكاح المشروع ، المأذون فيه ،

أما النكاح المنهي عنه ، فلا يقال عنه ذلك ، بل يقال عنه العكس ، لاشتماله

على مفساد الدنيا والآخرة .

الوجه الرابع : أن النهي اذا ورد على مقيد لا ينفك عن قيده ،

لا يمكن الفصل بينهما في الحكم ، وذلك أن نكاح الشفار لا يتحقق

الا بوجوده على الهيئة التي كان عليها يوم ورود النهي ، فمتى اختل

شيء منها لم يسم شفارا ، وانما كان با مكاننا أن نفضل بين القيد والمقيد

في نكاح الشفار ، فانما يرجع ذلك الى الفصل الذهني فقط ، أما في

الخارج فلا يمكننا ذلك . ولكن الاعتبار الذهنية لا قيمة لها في الفقه .
وأما الجواب الثاني من أجوبة الحنفية ، وهو أنهم لم يقولوا به شفا را ، بل
أوجبوا فيه مهر المثل . فيرد عليه ما يلي :

ان هذا النكاح كان معمولا به في حياة النبي صلى الله عليه وسلم
ونهى عنه . فلو كان ايجاب مهر المثل ، يجعل مثل هذا النكاح صحيحا ، لأمر
به النبي صلى الله عليه وسلم ، ولما تصدى للنهي عنه جملة وتفصيلا .

وأما الجواب الثالث وهو أن النهي لا يخلو إما أن يكون للخلو من المهر ، أو
لفساده ، أو لوجود الشرط في زواج كل منهما بالآخرى . ففيه نظر من وجوه :

الوجه الاول : أنه لا يبعد أن يكون النهي عن نكاح الشفار ، لو وجود
هذه الأمور مجتمعة في نكاح واحد .

الوجه الثاني : إن قياس فساد التسمية في البضع ، على فساد التسمية
في الخمر والخنزير ، يرد عليه : أن فساد التسمية في البضع فيه من
الخصوصية ما لا يوجد في غيره ، كما ذكرنا قبل قليل .

الوجه الثالث : ان قولهم في الجواب عن الاحتال الثالث ، أن النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسده ، يرد عليه :

أنه احتجاج أولجوء في الجواب الى محل الخلاف وذلك غير مقبول .
لأن الجمهور يقولون بفساد النكاح ببعض الشروط الفاسدة . والشفار
منها .

وبهذا تكون أجوبة الحنفية عن أدلة الجمهور غير كافية فيما نحسب - والله
أعلم .

المطلب الثالث

فنى

علة البطلان فى نكاح الشغار

بعد أن اتفق الجمهور من الفقهاء ، على تحريم نكاح الشغار ، وبطلانه ، اختلفوا فى تعيين الوصف الذى يناط به هذا التحريم والبطلان ، ان توجد فنى نكاح الشغار جملة أوصاف ، يمكن أن يكون كل واحد منها مناطا للتحريم ، والبطلان لهذا النكاح ، وهذه الأوصاف هى :

- ١ - وجود الشرط فى زواج كل منهما الزوج بالأخرى .
- ٢ - وجود هذا الشرط مع أمر آخر هو الخلو من المهر .
- ٣ - وجود هذا الشرط مع أمر آخر غير الخلو من المهر ، وهو لتشريك فنى البضع .

فأى هذه الأوصاف يكفى للقول بالبطلان ، اختلف الفقهاء فى ذلك على عدة مذاهب نذكرها فيما يلى :

عرض المذاهب :

- ١ - ذهب ابن حزم رحمه الله ، الى أن وجود الشرط فى زواج كل منهما للزواج بالأخرى كافيا للقول ببطلان هذا النكاح . (١) .
وهو قول فى مذاهب أحمد (٢) ، والشافعى (٣) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ، ص ٥١٤ ، ف ١٨٥٢ .
(٢) الانصاف ج ٨ ، ص ١٦٠ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ، ص ١٧٦ - ١٧٧ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٦ ، ص ٢١٥ ، مغنى المحتاج ج ٣ ، ص ١٤٢ .

- ٢ - ذهب المالكية الى أن العلة في تحريم نكاح الشغار ، إنما هي خلوا المقدم
عن المهر ، مع وجود الشرط في زواج كل منهما الزوج بالأخرى . (١)
وهو قول أيضا في مذاهب احمد (٢) والشافعي (٣) .
- ٣ - ذهب الشافعية الى أن العلة هي التشريك في البضع . وهو لا يتحقق
الا بوجود الشرط في زواج كل منهما الزوج بالأخرى ، وجعل البضع
صداقا لهما أو لأحدهما . (٤)
- ٤ - ذهب الحنابلة على المعتمد في مذاهبهم ، الى أن العلة أحد أمرين :
وجود الشرط في زواج كل منهما في الزوج بالأخرى ، مع الخلو من المهر .
أو وجود هذا الشرط مع التشريك في البضع . فأيهما وجد بطل
العقد . (٥)

الأدلة :

أ - استدلال ابن حزم بباطلي :

- ١ - حديث ابن عمر عند مسلم " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار "

- (١) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢٧٤ ، الخرش على خليل ، ج ٣ ، ص ٢٦٢ - ٢٦٨ .
- (٢) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠١ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٠ .
- (٣) المحلى على المنهاج ، ج ٢ ، ص ٢١٨ ، مغنى المحتاج ، ج ٣ ، ص ١٤٢ .
- (٤) المراجع السابقة .
- (٥) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٢ ، منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٨٠ ،
الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦١ ، زاد المعاد ، ج ٤ ، ص ٧ .

والشغار ، أن يزوج الرجل ابنته لآخر على أن يزوجه الآخر ابنته ،
وليس بينهما صداق " . وقد مر في أدلة الجمهور .

٢ - ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه " نهى عن الشغار " . (١)

قال أبو محمد : فحديث ابن عمر نص على أن من الشغار ، إذا كان
النكاح بالنكاح من غير صداق ، وسكت عما يذكر فيه الصداق ، فلم يهبط
ولم يحرمه ، فوجب أن نطلب حكم النكاح بالنكاح من حديث آخر ،
فوجدنا ذلك في رواية أبي هريرة ، حيث ورد بعموم الشغار ، ويبان أنه
الزواج بالزواج ، فكان في خبر أبي هريرة زيادة عموم لا يحل تركها . (٢)

٣ - تفريق معاوية رضي الله عنه ، ما وقع من نكاح بين العباس بن عبد الله ،
وبين عبد الرحمن بن الحكم ، وقوله عنه : " انه الشغار الذي نهى عنه
رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال أبو محمد : وهو خبر صحيح .
وقد تقدم قريبا .

٤ - سكوت الصحابة من أهل الشام ، والمدينة على عمل معاوية رضي الله
عنه ، وهم يومئذ كثيرون . (٣)

(١) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ٢٠١ .

(٢) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٤ ، فما بعدها ، ف ١٨٥٢ .

(٣) نفس المصدر .

ب - واستدل المالكية بما يلي :

١ - ما رواه مسلم " نهى - رسول الله صلى الله عليه وسلم - عن الشغار،
والشغار أن يزوج الرجل ابنته ، على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما
صداق " . (١)

قالوا : وهذا نص في الباب ، لأن التفسير إما أن يكون مرفوعا ، فهو
حجة ، وإما أن يكون من الصحابي ، فهو تفسير مقبول ، لموافقته المعنى
اللفظي للشغار ، ولأن السراوى أدرى من غيره بحقيقة ما يروى .

٢ - ما رواه مسلم أيضا " لا شغار في الإسلام " (٢) والشغار هو الخلو .
والخلو المقبول في النكاح ، هو الخلو من المهر .

ج - واستدل الشافعية بما يلي :

١ - رواية مسلم " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن الشغار،
والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما
صداق " .

وقد مرت في أدلة الجمهور على بطلان الشغار .

٢ - رواية جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : " نهى
عن الشغار ، والشغار : أن تنكح هذه بهذه بغير صداق ، بضع هذه
صداق هذه وبضع هذه صداق هذه " وقد مرت في أدلة الجمهور أيضا .

٣ - ما جاء في رواية عبد الرحمن بن هرمز ، في قصة العباس وعبد الرحمن
ابن الحكم ، حيث جاء فيها " وقد كنا جعلاه صداقا . وقول سماوية رضى

(١) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ٢٠٠ .

(٢) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ٢٠١ .

- الله عنه : " انه الشفار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم " .
وقد مرت فى أدلة الجمهور أيضا .

فهذه الروايات تضمنت النهى عن الشفار ، وبيان هذا الشفار الذى كان موجودا يوم صدور النهى ، فرواية مسلم بينت أن الشفار هو الزوج بالزوج ، مع عدم إعطاء المهر لكل منهما . واعتبار ما استفادته كل واحدة منها لوليها من الزوج بأخرى ، مهرا لها .

وهذا التفسير مساو للتفسير الذى جاء فى رواية عبد الرحمن بن هرمز فى قصة العباس مع عبد الرحمن بن الحكم ، من قوله " وقد كانا جعلاه صداقا " . وجاءت رواية جابر لتعطى تفسيراً أوضح للشفار ، فمع أنها نصت على عدم الصداق لكل منهما ، نصت على اعتبار البضع من كل منهما صداقا للأخرى .

ولا شك أن جعل البضع صداقا لكل منهما ، دال على التشريك فى البضع . إذ كل واحد من الوليين يزوج وليته ويستثنى بضعها ، ليجمعه صداقا للأخرى .
د - واستدل الحنابلة لقولهم الراجح من جعل العلة أحد أمرين الخلو من المهر أو للتشريك بالبضع ، بتعدد الروايات ، حيث نصت تارة على الخلو من المهر ، وتارة على التشريك فى البضع ، بجعله صداقا ، ولا شك أن الخلو من المهر ، وجعل البضع صداقا ، متنافيان ، لا يمكن الجمع بينهما فذهبوا إلى اعتبار الاختلاف فى الروايات من باب اختلاف التعدد ، لا اختلاف التضاد . فأيهما وجد أن يبطل العقد (١) .

(١) انظر منتهى الإرادات ، ج ٢ ، ص ١٨٠ ، والمغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ١٧٧ ، زاد المعاد ، ج ٤ ، ص ٧ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٠ ، المقنع ، ج ٣ ، ص ٤٦ .

مناقشة الأدلة :

أ - مناقشة أدلة ابن حزم :

تمسك ابن حزم بالعموم ، وهو يقول ببطلان الشغار ، على أى وجه كان
ودفع الرواية التى فسرت الشغار ، بأنها انما وردت لبيان وجه من وجوه الشغار
ولم ترد لحصر الشغار فى هذا الوجه .

وفيما ذهب اليه أبو محمد نظر من وجوه :

الوجه الاول : أن التفسير للشغار فى الحديث جاء قولا ، لا فعلا ، فلا
يصح حمله على بيان وجه دون وجه . لأن هذا انما يقال فى حكاية
الحال ، لا المقال .

الوجه الثانى : أن قول أبى محمد ان العام فيه زيادة عموم لا يحل
تركها . يقال : كل عام كذلك مع مخصصه ، وكل مطلق كذلك مع مقيد
فلو أخذنا بقول ابن حزم رحمه الله لما صح لنا تخصيص أو تقييد فى شيء
من العموم والاطلاق .

الوجه الثالث : أن الرواية المفسرة فيها زيادة علم على الرواية المجملة
فوجب الأخذ بها ، اذا وردت عن ثقة ، وهى هنا كذلك .

الوجه الرابع : أن العرف والعقل ، على تخصيص العام بالمخصص
الذى يقترن به أو يأتى بعده ، وكذا على تقييد المطلق ، فلوجاء رجل
نشق به فقال : جاء الطلاب ، ثم جاء ثقة آخر فعين الطلاب الذين جاءوا
وأنهم احمد ومحمد ومحمود ، لم يجز فى طبيعة العقل أن يذهب
ناهب الى أن الخبر الاول فيه زيادة عموم فيجب حمل كلام الثقة الثانى

أنه عين بعض من جاء فقط وهو ساكت عن الباقي .

الوجه الخامس : أن الرواية المفسرة ، جاء فيها العموم الذي استدلال

بمثله ابن حزم ، ثم اتبع بالتفسير ، وهذا لا يترك مجالا لأبي محمد

في الذهاب الى ما ذهب اليه .

وهذا يكون استنتاج ابن حزم فيه من النظر أكثر مما فيه من الاعتبار فيما

نحسب والله أعلم .

وأما استدلال أبي محمد برواية عبد الرحمن بن هرمز ، ففيه نظر من وجوه أيضا :

الوجه الاول : أنها رأى صحابي ، ولا يكون حجة في المختلف فيه .

الوجه الثاني : أنها واقعة حال ، فيدخلها الاحتمال ، وما كان كذلك

لا يصلح للاستدلال .

الوجه الثالث : أن في هذه الرواية " وقد كانا جعلاه صداقا " فلا يصح قوله

مع ذلك ببطالان النكاح لمجرد وجود الشرط في زواج كل منهما الزواج

بالأخرى .

ان معنى جعل كل من النكاهين صداقا للأخر ، هو أن يكون البضع صداقا

لأن المراد بالمعقد المعقود عليه ، ولا يخلو البضع من أن يكون هو المعقود عليه

أو هو من جملة ذلك .

وأما استدلاله بسكوت الصحابة على فعل معاوية .

فيرد عليه أن هذه الرواية - وكما بينا عن قريب لا تدل على ما ذهب اليه

ابن حزم ، فان سلم أنها تدل على ما ذهب اليه ، فاستدلاله بسكوت الصحابة

فيه نظر من وجوه :

الوجه الأول : كون الصحابة سكتوا لا يمكن الجزم به ، فالأولى أن يقال :
لا نعلم أن أحدا من الصحابة أنكروا فعل معاوية رضي الله عنه . وعدم
العلم بالشيء ، لا يكون حجة فيه .

الوجه الثاني : ان بطلان الشفار ليس من الأمور المجمع عليها ، حتى يتسنى
فيه الانكار ، بله تعيين العلة في بطلانه .

الوجه الثالث : أن معاوية كان حين الأمر بذلك وليا لأمر المسلمين وولي
الأمر لا يجوز الانكار عليه في أمور مختلف فيها .

الوجه الرابع : أن ولي الأمر قد يفرق فيما يشبهه بالشفار ، مخافة
أن يتساهل الناس فيه ، سدا للذرائع ، وليس لأحد أن ينكر عليه ذلك .

ب - مناقشة أدلة المالكية :

استدل المالكية على اعتبار الخلو من المهر هو الملة بما جاء في حديث
مسلم : " وليس بينهما صداق " وفي هذا الاستدلال نظر من وجوه :

الوجه الأول : المقصود من قوله " وليس بينهما صداق " نفي الصداق
الصحيح ، لأن النكاح المشروط فيه نكاح آخر ، يذكر فيه صداق فاسد
وهو البضع . ومن المعلوم أن كلمة صداق في الحديث مطلقة فتحمل
على فردها الكامل وهو هنا الصداق الصحيح لا الفاسد .
وهين هذا الوجه أن رواية جابر نصت على عدم المهر ، وعلى كون البضع
صداقا . في آن واحد .

الوجه الثاني : أن قوله " وليس بينهما صداق " من باب " ولا تسألكوا

مما لم يذكر اسم الله عليه * (١) بأن فكر عليه اسم غير الله ، كما قيل في تفسير الآية ، وهو استعمال عربي فصيح . فيكون المعنى أنهما ذكرا شيط آخر غير الصداق المعروف ، ولا يوجد شيء يمكن أن يذكر بدل الصداق الا البضع .

الوجه الثالث : أن هذا النكاح كان معروفا لمن وجه اليهم هذا النهي وهذا التفسير ، ولا يتسنى للمصرى أن يذكر البضع في كل مناسبة فاكثفوا بذكر عدم الصداق ، عن ذكر البضع ، لما يعرفه الجميع عن هذا النكاح ،

وأما استدلالهم بعموم الشغار ، وأن الشغار هو الخلو ، ولا يصدق في النكاح الا على الخلو من المهر ، ففيه نظر من وجوه :

الوجه الاول : أن الأسماء تؤخذ لأدنى ملابس ، فلا يصح الاستدلال بعموم الأسماء على عموم المسميات . وكلمة - شغار - اسم لهذا النكاح .

الوجه الثاني : أن هذا العموم غير مراد باتفاق ، لأن خلو النكاح عن المهر لا يبطل العقد اتفاقا ، مع أنه شفر عن المهر .

الوجه الثالث : أن نكاح الشغار ، كان من الأنكحة المعروفة في الجاهلية وفي صدر الاسلام ، فاذا جاء اللفظ مطلقا أو عاما ، أو مطلقا عاما ، انصرف الى هذا النكاح المعروف . وليس من المعقول ، أن يؤخذ بعموم الأسماء ، واطلاقها ، مع وجود القرينة الواضحة التي تصرف عن هذا العموم أو الاطلاق .

ج - مناقشة ما استدل به الحنابلة لقولهم الراجع ، في أن العلة في تحريم الشفار ، أحد أمرين ، الخلو من المهر أو التشريك في البضع .

اعتمد الحنابلة على عدم إمكان الجمع بين الروايات التي جاءت في تفسير نكاح الشفار ، ومن ثم حملوا اختلاف الروايات في التفسير ، على اختلاف التعداد .

وقد بينا إمكان الجمع بين هذه الروايات في مناقشة ما استدل به المالكية وذلك بحمل الروايات التي دلت على نفى الصداق ، على نفى الصداق الصحيح ، وبذلك تلتقى الروايات ، على أن التشريك في البضع هو العلة في التحريم . والله أعلم .

ج - وأما أدلة الشافعية على أن التشريك في البضع هو العلة ، فهي أدلة سليمة فيمنحسب ، فلا نشغب عليها بالمناقشة . فيكون قولهم هو الراجع . والله أعلم .

المبحث السادس

فى

شروط نفي حل الاستمتاع

الحل في اللفظة : ضد الحرمة (١) . والاستمتاع : التمتع . (٢)

فإذا شرط أحد الزوجين على الآخر ، عدم حل الاستمتاع بينهما ، فقبل الآخر فهل يصح الشرط ؟ بحيث تكون عقدة النكاح قد انعقدت ، ولا يحصل بها استمتاع كل من الزوجين بالآخر . أم يعتبر هذا الشرط باطلا ؟ ثم إذا بطل الشرط ، فهل يؤثر على صحة العقد أم لا ؟ .
فيطلى نعرض مذاهب الفقهاء لنتعرف على ذلك .

عرض المذاهب :

١ - ذهب الشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) ، والملكية (٥) ، إلى بطلان هذا الشرط ، وإبطال العقد به أيضا .
غير أن المالكية ، جروا على قاعدتهم في مراعاة الخلاف ، فقالوا : بوجوب

(١) مختار الصحاح ، ص ١٥٠ .

(٢) مختار الصحاح ، ص ٦١٤ .

(٣) الشرواني على تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣١٢ .

(٤) كشف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٦ .

(٥) الخرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٥ .

فسخ العقد قبل الدخول ، وشوته بعده .

٢ - وذهب الحنفية الى صحة العقد ، واختصار البطلان على الشرط . (١)

الأدلة :

أ - استدلال الفريق الاول بما يلي :

١ - ان هذا الشرط يخل بالمقصود من العقد ، (٢) وذلك لأن المقصود

الأصلي من عقد النكاح ، هو اثبات حل الاستمتاع بين الزوج وزوجته ،

فإذا اخل هذا المعنى في عقد النكاح ، بواسطة الشرط ، كان هذا

الشرط باطلا ، ويبطل به العقد أيضا .

٢ - ان هذا الشرط يجعل صيغة العقد متناقضة ، وذلك لأن قول الولي : (٣)

زوجتك بنتي فلانة ، معناه : جعلتها لك حلالا بهذا العقد . وكذلك

قول الزوج : قبلت الزواج ، فإذا جاء الشرط لنفي الاحلال ، تناقض

قول الولي : زوجتك بنتي مع قوله : بشرط أن لا تحل لك ، فكأنه طرد

عن قوله ، بهذا الشرط ، وكذلك اذا كان الشرط من الرجل بدون فرق .

وبوئيد وجود التناقض بين شرط عدم الحل ، وبين العقد ، أن الزوج

والزوجة ، يقال لهما : حليل ، وحليلة ، بمعنى محلل ومحللة - بفتح

اللام فيهما - لغة (٤) ، وعرفا ، وهو وجه من وجه وهو

(١) ابن طبردين على الدر ، ج ٣ ، ص ١٣١ .

(٢) الشرواني على تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣١٢ . قال " لا خلاله

بمقصود العقد ، وللتناقض " .

(٣) المصدر السابق وكشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٦ . قال " لا شرطه ما ينافيه .

(٤) مختار الصحاح ، ص ١٥١ .

التأويل (١) في قوله تعالى " وحلائل أبنائكم " (٢) .

ب - واستدل الحنفية بما يلي :

- ١ - ان حل الاستمتاع ، انما يثبت بالعقد ، لأنه حكم من أحكامه ، (٣) ،
فإذا شرط في العقد نفي الحل ، لم يؤثر ذلك على صحة العقد في
شيء ، وذلك لأن العقد يتم بأركانه ، والنكاح عقد انضمام وازدواج ،
فيتم بالزوجين . (٤)

مناقشة الأدلة :

أ - ان ما استدل به الفريق الأول على بطلان العقد والشرط سليم -
فيما نحسب - فلا نتعرض له بشيء من المناقشة .

ب - وأما ما استدل به الحنفية على صحة العقد ، ففيه نظر من وجوه :

الوجه الأول :

ان العقد يتم بالايجاب والقبول ، وهما الركبان الأساسيان في العقد
ولفظ الزواج والنكاح صارا حسب العرف والشرع ، انما يراد بهما احلال
كل من الزوجين للآخر ، ولهذا قيل للزوجة حليلة بالنسبة لزوجها ،

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ج ٥ ، ص ١١٣ . قال " وذهب الزجاج

وقوم : الى أنها من لفظة الحلال ، فهي حليلة بمعنى محللة " .

(٢) النساء آية "٢٢" .

(٣) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ١٨٧ ، و ص ١٨٩ .

(٤) فتح القدير أيضا ، ج ٣ ، ص ٣١٧ .

كما مرينا في أدلة الفريق الأول . فاذا قال الموجب زوجتك بنتى ، على أن لا تحل لك ، كان قوله مساويا للقول : زوجتك بشرط أن لا أزوجك .
ومثل هذا يقال في قول القابل : قبلت الزواج بشرط عدم الحل ، فكأنه يقول :
قبلت الزواج بشرط عدم هذا الزواج .

وهذا كما - نحسب - يجعل الايجاب منقوضا قبل صدور القبول ، من الطرف الآخر . وكذلك أجزاء القبول ترد على الايجاب المتناقض في أجزاءه بأجزاء متناقضة .

الوجه الثانى :

أن النكاح بشرط نفي الحل ، أفحش من نكاح المتعة ، وذلك لأن نكاح المتعة ، أثبت الاحلال في وقت دون وقت ، على العكس من النكاح بشرط نفي الحل ، فانه لو صح هذا الشرط لم يثبت بهذا العقد احلال اصلا .

الوجه الثالث :

أن النكاح بشرط نفي الحل ، يجعل المرأة كالمعلقة فلا هي ذات زوج تحل له ويحل لها ، ولا هي بغير زوج ، فتستطيع أن تتزوج ، وذلك حرام بنص الشارع (١) ، فما أدى اليه يكون حراما أيضا ، وما أدى الى الحرام ، لا يكون صحيحا ، بل باطلا .

ويتضح لنا من خلال هذه المناقشة أن الراجح من القولين هو ما ذهب اليه الفريق الاول من عدم صحة العقد مع شرط نفي الحل - والله أعلم .

(١) قال تعالى : فى سورة النساء ، آية ، ١٢٨ ، " فتذروها كالمعلقة " .

الفصل الثاني

فى

الشروط الباطلة التى لا تبطل العقد

وفيه أربع مباحث

- المبحث الاول : فى اشتراط تطيك المرأة أمر نفسها .
" الثانى : فى اشتراط طلاق الضرة .
" الثالث : فى اشتراط نفى المهر .
" الرابع : فى اشتراط اسقاط ما وجب شرط لأحد الزوجين
على الآخر .
-

المبحث الأول

فى

اشتراط تطليك المرأة أمر نفسها

ونعنى بتطليك المرأة أمر نفسها ، أن يكون لها حق ايقاع الطلاق على نفسها ، اذا أرادت ذلك ، متى شاءت .

ولا نعنى به انتقال العصمة من الرجل الى المرأة كليا ، لأن الرجل ، وهتسى لو صح هذا الشرط ، لا يزال يطك حق ايقاع الطلاق على زوجته متى شاء .

والذى يستنتج من ذلك أن هذا الشرط لا يزيد عن كونه ، اشتراط تفويض المرأة فى طلاق نفسها متى شاءت .

فانما اشترط فى العقد هذا الشرط ، فهل يصح هذا الشرط أم لا ؟ ثم اذا بطل الشرط فهل يوثر على صحة العقد أم لا ؟ .

فيطلى عرض لمذاهب الفقهاء فى ذلك .

عرض المذاهب :

- ١ - ذهب الشافعية (١) ، والظاهرية (٢) ، الى بطلان هذا الشرط ، وبطلان العقد المقترن به ، وهو قول للملكية أيضا . (٣)

(١) الحاوى الكبير للماوردى ، ج ١١ ، مخطوط .

(٢) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٦ - ٥١٧ ، ف ١٨٥٣ .

(٣) أسهل المدارك ، ج ٢ ، ص ٨٩ .

٢ - ذهب المالكية في المشهور من مذهبهم ، الى بطلان هذا الشرط ،
وفساد العقد المقترن به ، ووجوب فسخه قبل البناء ، فان تم الدخول
بهذا العقد ، ثبت النكاح ، وسقط الشرط . (١)

٣ - ذهب الحنفية ، الى صحة هذا الشرط ، اذا ابتدأت المرأة أو وليها
بالايجاب بأن قالت المرأة للرجل : تزوجتك على أن يكون أمرى
بيدى ، أطلق نفسى متى شئت ، فقال الرجل ، قبلت الزواج ، على أن
يكون أمرى بيدك تطلقين نفسك متى شئت .
فان ابتدأ الرجل بالايجاب ، بأن قال لها : تزوجتك على أن أمرى
بيدك ، تطلقين نفسك متى شئت .
فقال قبلت الزواج على أن يكون أمرى بيدي أطلق نفسى متى شئت ،
صح العقد ، وسقط الشرط . (٢)

ووجه الفرق بين الصورتين " أن البداية ، اذا كانت من الزوج ، كان
التفويض قبل النكاح ، فلا يصح ، أما اذا كانت البداية من قبل المرأة

-
- (١) الشرح الصغير ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ ، الدسوقي على الشرح الكبير ،
ج ٢ ، ص ٢١٢ . الخرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٦ .
(٢) الفتاوى الهندية ، ج ١ ، ص ٢٧٣ ، الفتاوى الخانية ، بها مش الفتاوى
الهندية ، ج ١ ، ص ٣٢٩ ، ابن طهدين على الدرر ، ج ٣ ، ص ٤١٥ ،
قال : " ولكن الفرق خفى " ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج ٤ ،
ص ٨٥ .

يُصير التفويض ، بعد النكاح ، لأن الزوج لما قال بعد كلام المرأة : قبلت ،
والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال ، صار كأنه قال : قبلت على أن يكون
أمرك بيدك ، فيصير مفوضاً بعد النكاح " . (١) .

ولا يخفى أن قضية التضمن هذه ، إنما تأتي فيما لو أكتفى الرجل
بقوله : قبلت ، أما لو قال : قبلت الزواج ، على أن أمرك بيدك تطلقين نفسك
متى شئت ، فلا حاجة إليه أصلاً ، لإعادة ذكره نصاً .

وواضح من وجه الفرق بين الصورتين ، والذي ذكره الأحناف أنفسهم
أنهم لم يقولوا : بالتطليق ، إذا ابتدأت المرأة أو وليها بالإيجاب ، من حيث
كونه شرطاً في العقد ، وإنما قالوا به ، من حيث كونه صورة من صور التملك
بعد العقد ، وبهذا يكون الأحناف قد جروا على قاعدتهم ، في عدم صحة
هذا الشرط ، لأنه يخالف مقتضى العقد المطلق ، وقد حكموا على جميع الشروط
التي تخالف هذا المقتضى بالبطلان ، ولم يقولوا به استحساناً ، ولا قياساً على
صحة التفويض بعد العقد ، خلافاً لمن ذهب إلى ذلك . (٢) .

(١) الفتاوى الخانية / بهامش الفتاوى الهندية ، ج ١ ، ص ٣٢٩ ، الاحوال
الشخصية لأبي زهرة ، ص ٣٤٨ ، الاحوال الشخصية لمحمد حسين الذهبي
ص ٢٩٩ .

(٢) ذهب إلى القول بالاستحسان ، فضيلة الدكتور محمد سعيد رمضان
البوطي - حفظه الله - ، في كتابه ، محاضرات في الفقه المقارن ، ص ٨٧ .
وذهب إلى القول بالقياس ، فضيلة الدكتور مصطفى السباعي رحمه الله ،
فيما نقله عنه الدكتور البوطي في كتابه آنف الذكر ، ص ٨٧ - ٨٨ .

٤ - وأما الحنابلة ، فلم أجد لهم نصا في هذه المسألة ، ولا نفيًا ، ولا اثباتًا
إلا أن قواعدهم في تعليق الطلاق تأبى قبول هذا الشرط ، فقد قرروا
أن تعليق الطلاق إنما يصح ممن يصح منه تنجيذه ، حين التعليق ،
فلو قال لأجنبية : إن قمت فأنت طالق ، وكانت جالسة ، ثم عقد عليها
قبل أن تقوم ، ثم قامت بعد العقد عليها ، لم يقع الطلاق المعلق ، لأنه
لو نجز الطلاق قبل العقد عليها لم يقع ، فكذا إذا علقه . (١)
وكذا لو علق الطلاق بزواجه منها ، فقال : إن تزوجت فلانة فهي
طالق ، لا يقع هذا الطلاق إذا تزوج بها . (٢)
فإذا كان تعليق الطلاق قبل العقد ، وعند هم بهذه المنزلة ، فيكون
اشتراط تفويضه في العقد ، وهو بعد لما يملكه ، مرفوضا من باب أولى .
وذلك أن من لا يملك الشيء ، لا يمكن ، ولا يصح عقلا أن يفوضه إلى
غيره . أو أن يشترط عليه في عقد من العقود تفويضه إلى غيره . أما
تعليق ما لم يملك على وجود الملك فيه ، فذلك أقرب بكثير من تفويض
ما لم يملك أو اشتراط تفويضه .

وقد يمكن على هذا التخرج ، ما جاء في الاختيارات الفقهية من
فتاوى ابن تيمية ما نصه " إن شرط أن لا يتزوج عليها ، أو أن تزوج عليها
فلمها تطليقها ، صح الشرط ، وهو مذاهب الإمام أحمد " . (٣)

(١) منتهى الإرادات ، ج ٣ ، ص ١٥٢ - ١٥٣ ، المحرر في الفقه ، ج ٢ ،
ص ٦٢ .

(٢) المفضى لابن قدامه ، ج ٧ ، ص ٣٦١ .

(٣) ص ٢١٨ ، ط ، مكتبة الرياض الحديثة .

فقد جاء هذا النص الفقهي بصحة تعليق تفويض الطلاق على الزواج عليها . والتأكيد على أنه " هو مذ هب أحمد رحمه الله " .

الا أن الحنابلة نقلوا هذا النص وأضافوه الى شيخ الاسلام ابن تيمية

بدون التأكيد على أنه هو مذ هب احمد ، فقد جاء في المقنع ما يلي :

" واختار الشيخ تقي الدين صحة شرط أن لا يتزوج عليها ، أو ان تزوج عليها فلها تطليقها " (١) وفي الانصاف " واختار الشيخ تقي الدين صحة شرط أن لا يتزوج عليها ، أو ان تزوج عليها فلها أن تطلق نفسها " (٢) . فالنصان كما هو واضح ، وأضافا هذا القول الى شيخ الاسلام ابن تيمية ، واعتبراه من اختياراته ، ولا يلزم من ذلك ، أن يكون هو المذهب ، وهو يد ذلك أن الحنابلة رجحوا صحة اشتراط طلاق الضرة ، مع نص ابن تيمية على بطلانه .

وأنبه هنا الى أن نص الاختيارات " فلها تطليقها " يحتمل وجهين من التفسير ، لأن الضمير في " تطليقها " يجوز أن يعود الى الزوجة المشترطة وهذا ما أخذ به صاحب الانصاف ، وجوز أن يعود الى من يتزوج بها على زوجته فيكون من حق المشترطة أن تطلق من يتزوج بها زوجها عليها . وأحسب أن الوجه الثاني هو الأقرب ، على الرغم مما جاء في الانصاف ، من اختيار الوجه الاول .

والذي يؤكّد أن الحنابلة لم يصححوا شرط التملك ، أنهم يصرحون في باب اشتراط عدم النفقة وعدم القسم ، بأن هذه الشروط انما لم تقبل لأنها تتضمن اسقاط حق قبل تقررره ، (٣) ومن المعلوم أن عصمة المرأة لا تكون بيد

(١) المقنع مع الحاشية ، ج ٣ ، ص ٤٥ .

(٢) الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٥٥ .

(٣) انظر المبحث الرابع في هذا الفصل .

الرجل ، الا بعد تمام عقد النكاح .

وانذا صح ما ذهبنا اليه في تخريج مذاهب الحنابلة من عدم صحة شرط التملك - ونحسبه صحيحا - يكون قولهم كقول الحنفية على ما ذهبنا اليه أيضا ، وهو الحكم على العقد بالصحة ، وعلى الشرط بالبطلان ، والله أعلم .

وهذا نكون قد انتهينا من عرض المذاهب ، وهي فيما نرى متفقة على فساد الشرط ، والخلاف انما هو في صحة العقد مع هذا الشرط ، ففي حين يذهب الشافعية والظاهرية والمالكية الى فساد العقد ، على الرغم من تفصيل المالكية في وجوب فسخ العقد ، يذهب الحنفية والحنابلة الى صحته .
وفيما يلي نذكر أدلة الفريقين ان شاء الله .

الأدلة :

أ - استدل القائلون بابطال العقد - وهم الشافعية ، والظاهرية ، والمالكية في قول ، بما يلي :

- ١ - ان هذا الشرط ، يرفع مقصود العقد من الاستدامة ، فيصير العقد به مقدر المدة ، ويجرى مجرى نكاح المتعة ، فكان باطلا . (١)
- ٢ - ان هذا الشرط باطل ، لقوله صلى الله عليه وسلم " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " (٢) وهذا الشرط ليس في كتاب الله ، ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فيكون باطلا .
والعقد الذي يعقد على هذا الشرط ، باطل أيضا ، لأن العقد ، قد

(١) الحاوي الكبير للماوردي ، مخطوط ، ج ١١ .

(٢) الحديث رواه البخاري ، وقد مرفى المبحث الاخير من الباب الاول =

علقت صحته على هذا الشرط ، فلما بطل الشرط ، بطل العقد الذي
علقت صحته عليه . (١)

ب - ويمكن الاستدلال للمشهور في مذهب مالك على بطلان الشرط ، والعقد
بما استدل به الشافعية والظاهرية . انهم يلتقون معهم في ابطال
الشرط والعقد ، وان خالفوهم ، بالقول : بعدم وجوب الفسخ اذا تم
الدخول ، على هذا العقد .

وأما قول المالكية بعدم وجوب فسخ هذا العقد ، اذا عثر عليه ، بعد
البناء ، فقد جروا فيه على قاعدة تهمم ، في مراعاة الخلاف ، وان كان
خارج دائرة المذهب . فهم يقولون : " كل نكاح اختلف فيه بين
الفقهاء ، والمذهب على فساد ، وجب فسخه قبل البناء ، وثبت بعده
بمهر المثل وسقط الشرط " . (٢)

وقد تكلمنا عن وجهة نظرهم هذه ، في مبحث شرط الخيار من الفصل
الاول في هذا الباب ، ولا حاجة بنا الى اعادته ، فليُرجع اليه .

ج - ويستدل للحنفية ، والحنابلة ، على صحة العقد ، وبطلان الشرط
بما يلي :

== في أدلة الجمهور .

(١) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٥١٦ .

(٢) انظر : الشرح الصغير ج ٢ ، ص ٢٢٣ - ٢٢٤ ، وقوانين الاحكام

الشرعية ، ص ٢٣٤ ، الخرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ٢٠٩ ، مع العدوى
عليه .

- ١ - قوله عليه الصلاة والسلام " لا طلاق قبل نكاح " (١) .
وهو نص في أن الرجل انما يملك الطلاق بعد العقد ، لا قبله . فاذا
اشترط عليه أن يتنازل عن حقه فيه ، في العقد ، لم يصح ، لأن من لا
يملك الشيء ، لا يعقل تنازله عنه .
- ٢ - قوله عليه الصلاة والسلام " انما الطلاق لمن أخذ بالساق " (٢) .
فقد قصر النبي صلى الله عليه وسلم ، ملكية الطلاق على الرجل ، لأنه
هو الذي يأخذ بالساق . فكان اشتراط تمليك المرأة أمر نفسها ،
شرطا باطلا ، لمخالفته السنة .
- ٣ - القياس على عدم صحة شرط اسقاط الشفيع شفيعته في عقد البيع ،
لأن كلا منهما يتضمن اسقاط حق قبل تقررهما ، فكان شرطا باطلا .
- ٤ - ان كون العصمة بيد الرجل ، ليس ركنا من أركان العقد ، ولا شرطا
في صحته ، أو لزومه ، فكان اشتراط اسقاطها ، غير مؤثر على العقد .
لذلك صح العقد مع هذا الشرط ، واختصر البطلان على الشرط .
- هذا ما أمكنني من ذكر أدلة للقول بصحة العقد وبطلان الشرط ، فان
كان ما ذهب اليه من تقرير المذاهبين - الحنفي والحنبلي - وما استدلت به
لهما صوابا ، فمن الله ، وله الشكر والمنة ، وان كان غير ذلك ، فمني ومن
الشیطان ، وأستغفر الله من ذلك .

(١) قال الشوكاني في نيل الاوطار ، ج ٦ ، ص ٢٧١ . بعد أن ذكر طرق

الحديث ، " لا يشك منصف أنها صالحة بمجموعها للاحتجاج " .

(٢) قال الشوكاني في النيل أيضا ، ج ٦ ، ص ٢٦٨ ، وبعد أن ذكر طريقه :
" وطرقه يقوى بعضها بعضا " ونقل عن ابن القيم قوله " القرآن يعضده
وعليه عمل الناس " .

مناقشة الأدلة :

أ - مناقشة ما استدل به الشافعية والظاهرية على ابطال العقد .

أما الدليل الاول : وهو أن شرط تملك المرأة أمر نفسها يرفع مقصود العقد من الاستدامة ، فيكون ككناح المتعة ، ففيه نظر من وجوه :

الوجه الاول :

يقال : ما المقصود بالاستدامة ؟ فان الاستدامة تحتل معنيين :
الاول : الاستدامة الواقعية ، بمعنى أن العقد يجب أن يستديم الى وفاة أحد الزوجين .

الثاني : الاستدامة من حيث صلاحية العقد لها ، بمعنى أن العقد يجب أن يكون صالحا للاستدامة ، ما لم يعترضه قاطع كالطلاق ، أو مانع كردة أحد الزوجين .

فان أرادوا الأول - لم يسلم لهم ، لمخالفته اجماع المسلمين ، على شرعية الطلاق ، والفسخ والخلع وغير ذلك .

وان أرادوا الثاني ، فلا يسلم لهم أيضا ، لأن العقد يبقى صالحا للاستدامة ما لم يعترضه قاطع أو مانع ، وكل الأمر : أن المرأة - لوصح هذا الشرط - كان لها حق ايقاع الطلاق ، وقد توقعه ، وقد لا توقعه مثلها مثل الرجل ، من حيث التأثير على استدامة العقد ، بدون فرق بينهما .

ولا يقال هنا : ان المرأة قد تتسرع ، فتوقع الطلاق لحدوث أي سبب ، لأن ذلك لا يهمنها ، من حيث صلاحية العقد للاستدامة ، طالما كان العقد ، انما عقد مؤبدا .

وإذا صح ما قلناه - ونحسبه صحيحاً - كان تشبيه هذا العقد بنكاح
المتعة بعيداً كل البعد .

الوجه الثاني :

لو كان تملك المرأة أمر نفسها ، إذا وقع شرطاً ، يرفع استدامة العقد ،
لقيل ذلك أيضاً ، في تملك المرأة أمر نفسها ، بعد العقد ، إذ لا
فرق بين التليكين ، من حيث التأثير على استدامة العقد .

الوجه الثالث :

ان قولهم : فيكون العقد به مقدر المدة غير سليم ، لأنه لو سلم
برفع هذا الشرط لاستدامة العقد ، لكان العقد بهذا الشرط ،
مجهول المدة لأنه لا يدري متى توقع الطلاق على نفسها .

أما الدليل الثاني : ففيه الاستدلال على بطلان الشرط ، وعلى بطلان العقد ،
أما دلالة على بطلان الشرط فمسلم ، ولا مناقشة لنافيه . وأما دلالة
على بطلان العقد ، ففيه نظر نذكره فيما يلي :

ان قول أبي محمد بن حزم " ان العقد علقته صحته على صحة الشرط " غير
سليم لوجود الفرق بين تعليق العقد على شرط ، وبين اقتران العقد بشرط ،
ان معنى تعليق العقد على شرط أو على صحته ، هو وقف وجود العقد على
وجود الشرط أو صحته ، فلا يوجد العقد ما لم يوجد الشرط ، وأما
اقتران العقد بشرط ، فيعنى الجزم بوجود العقد حالاً ، مع التزام الطرفين
بأمر آخر .

ولا يخفى أن ما معنا : هو الثاني لا الاول . ولا يصح معه قول أبي محمد
رحمه الله .

ج - مناقشة قول المالكية بوجوب فسخ العقد قبل البناء ، وثبوت العقد بعد البناء

قد تكلمنا في مناقشة قول المالكية في مثل هذا في محت شرط الخيار،
من الفصل الثاني ، في هذا الباب ، بشيء من البسط ، فلا داعي لاعادته .

د - وأما ما استدللنا به للحنفية ، والحنابلة - على ما ذهبنا اليه من تقرير
مذهبهم - فهو استدلال سليم - فيما نرى - موصلا الى المطلوب ، والله
أعلم .

نتيجة المناقشة

ونلخص فيما يلي ما توصلنا اليه في هذه المناقشة :

أولاً : ان شرط تملك المرأة أمر نفسها ، لا يؤثر على صحة العقد ، وهذا خلاف ما ذهب اليه الشافعية ، والظاهرية ، والمالكية في قول لهم .

ثانياً : لو سلم بفساد العقد ، إذا اقترن بهذا الشرط ، فينبغي للقضاء أن لا يحصر نفسه في مذهب بعينه ، بل يأخذ من المذاهب التي هي الإسلامية في كل واقعة ، ما يحقق المصلحة . وهو مذهب المالكية ،

ثالثاً : ان قبول تملك المرأة أمر نفسها ، من حيث كونه شرطاً في عقد النكاح ، لم يقل به أحد من فقهاء المذاهب الأربعة ، بما فيهم الحنفية - رحمهم الله .

المبحث الثاني
فى
اشتراط طلاق الضرة

اذا كان تحت الرجل زوجتان ، صح ان يقال لكل واحدة منهما : ضرة
وذلك لأن كل واحدة منهما ، تزام صاحبتهما ، على ما تحب أن تنفرد به ، من
زوجها . ويطلق الفقهاء اسم الضرة ، على من يشترط طلاقها ، فى زواج أخرى
بعدها ، علماً بأنها قد لا تكون ضرة ، لعدم وجود زوجة أخرى معها فى عصمة
زوجها ، فيكون اطلاق اسم الضرة عليها ، من باب المجاز لأنها ستكون ضرة ،
بزواج هذه الزوجة الجديدة ، التى اشترطت طلاقها فى عقد النكاح .

ومعد هذا التقديم لكلمة الضرة ، نأتى الى عرض المذاهب فى اشتراط
طلاق الضرة . فنقول والله التوفيق :

عرض المذاهب :

- للفقهاء فى صحة شرط طلاق الضرة قولان ، نذكرهما فيما يلى :
- ١ - يصح العقد ، ويبطل الشرط ، ذهب الى ذلك : الحنفية (١) ،
والشافعية (٢) ، وهو الجارى على قواعد الملكية فى الشروط التى

(١) المبسوط للمصنفسى ، ج ٥ ، ص ٨٨ - ٨٩ ، وص ١٠٦ - ١٠٧ .

(٢) روضة الطالبين للنووى ، ج ٧ ، ص ٢٦٥ ، قال :

” وهو المذهب ” .

لا يقتضيها العقد ، ولا تنافيه ، (١) وهو قول للحنابلة . (٢)

٢ - يصح العقد والشرط ، وهو الراجح لدى الحنابلة . (٣)

الأرسلية :

أ - استدل أصحاب القول الأول على صحة العقد وطلان الشرط بما يلي :

- ١ - ما رواه الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي ، ما في انائها " . وفي رواية لهما : " لا تسأل المرأة طلاق الأخرى " (٤) واللفظ لمسلم .

(١) أنظر الخرشى على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٦ ، وقد نسب الشوكاني

في النيل ، ج ٦ ، ص ١٦٢ ، إلى ابن عبد البر - وهو مالكي - ما استفدناه من قواعدهم ، فالحمد لله .

(٢) المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٩٤ ، ورجحه ، ولم يذكر ابن القيم غيره

انظر زاد المعاد ، ج ٤ ، ص ٨ - ٩ .

(٣) كشف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٨ - ٩٩ ، منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص

١٧٩ ، المحرر في الفقه ، ج ٢ ، ص ٢٣ ، الروض المربع ، ج ٢ ، ص ٢٧٥ ،

المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٩٤ ، قال " قال أبو الخطاب : هو شرط

لازم ، ولم أر هذا لغيره " الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٥٧ ، قال " قال

أبو الخطاب : هو صحيح ، وحزم به في المذهب ، وسبوك الذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمحرر ، والوهيز ، وتذكرة ابن عبدوس

والمنور ، وادراك العناية ، وتجريد العناية ، قال : وظاهر الفروع اطلاق

الطلاق ، فانه قال : ويصح شرط طلاق ضررتها في رواية ، وذكره جماعة ،

وقيل : باطل " .

(٤) مسلم بشرح النووي ، ج ٩ ، ص ١٩٨ ، البخاري بفتح الباري ، ج ١١ ،

وفى لفظ لهما أيضا : " نهى أن تشتترط المرأة طلاق أختها " . (١)

٢ - وعن عبد الله بن عمرو بن العاص : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

" لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى " . (٢)

٣ - ان شرط طلاق الضرة ، جاء لمعنى زائد على العقد ، ولا يجب ذكره ،

ولا يضر الجهل به ، فصح العقد معه . (٣)

٤ - لأنها شرطت عليه ، فسخ عقده ، وابطال حقه ، وحق امرأته ، فلم

يصح كما لو اشترطت عليه : فسخ بيعه . (٤)

٥ - ان النكاح يجوز أن ينعقد مع الجهل بالعوض ، ومع فساد ، فجاز أن

ينعقد مع الشرط الفاسد ، كالعناق . (٥)

ب - واستدل الحنابلة على صحة هذا الشرط بما يلي :

١ - ان هذا الشرط : لا ينافى العقد ، ولها فيه فائدة ، فأشبه ما لسو

شرطت عليه أن لا يتزوج عليها . (٦)

(١) نيل الاوطار للشوكاني ، ج ٦ ، ص ١٦١ ، زاد المعاد لابن القيم ،

ج ٤ ، ص ٨٠ .

(٢) قال المجد ابن تيمية ، فى منتقى الأخبار ، رواه أحمد . وسكت عنه

الشوكاني ، وانظر نيل الاوطار ، ج ٦ ، ص ١٦١ .

(٣) المغنى لابن قدامه ، ج ٧ ، ص ٩٤ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المرجع السابق أيضا .

(٦) منتهى الارادات ، ج ٢ ، ص ١٧٩ ، وكشاف القناع ، ج ٥ ، ص ٩٨ -

٩٩ ، والمغنى لابن قدامه ، ج ٧ ، ص ٩٤ .

مناقشة الأدلة :

ان ما استدل به أصحاب القول الأول ، على صحة العقد ومطابقتان
الشرط سليم - فيما نرى - والذي ينبغي لنا مناقشته ، هو ما استدل به
الحنابلة على صحة اشتراط طلاق الضرة ، فنقول :

يعتمد دليل الحنابلة على أمرين هما :

- ١ - أن هذا الشرط فيه فائدة - مصلحة - للمرأة ، مع عدم منافاته للعقد .
- ٢ - قياس شرط طلاق الضرة ، على شرط عدم الزواج ، فيما لو اشترطت
المرأة على زوجها ، أن لا يتزوج عليها .

أما الاول : فقولهم : ان هذا الشرط ، لا ينافي العقد صحيح ، ولكن هذا
انما يدل على صحة العقد مع هذا الشرط ، لا على صحة الشرط
في ذاته ، لورود النهي عن هذا الشرط بأحاديث صحيحة كما رأينا
في أدلة الفريق الأول .
وأما قولهم بأن هذا الشرط فيه مصلحة للمرأة ، فيجوز اشتراطه لذلك
ففيه نظر من وجهين :

الوجه الاول : ان هذه المصلحة معارضة بمفسدة أكبر منها ، وهـذـه
المفسدة هي الاضرار بالزوجة الاولى ، وفسخ عقد ها ، وما ينتج عن
ذلك من آثار على أولاد ها ، وأهلها . ومن المعلوم أن درء المفسد
مقدم على جلب المصالح . (١)

(١) قارن بزان المحامد لابن القيم ، ج ٤ ، ص ٩ .

الوجه الثاني :

أن يقال : ان اشتراط طلاق الضرة ، مفسدة محضة بالنظر للزوج ، ولأولاده ، ولزوجته التي يراد طلاقها ، وأما بالنظر الى الزوجة الثانية ، التي تشترط هذا الشرط ، فما تريد التوصل اليه ، من افرادها بمن تتزوج منه ، فقد سمت اليه من طريق محضور ، وهو قصد الاضرار بغيرها ، وأقل ما يجب أن تعامل به ، جزاء هذا القصد ، أن يبطل قصد ها .

وأما قياسهم شرط طلاق الضرة ، على شرط عدم الزواج عليها ، ففيه نظر من وجوه :

الوجه الأول :

انه قياس مع الفارق ، لأن اشتراط طلاق الضرة ، اشتراط أمر وجودي ، وهو ايقاع الطلاق ، أما اشتراط عدم الزواج عليها ، فهو اشتراط أمر عدمي ، كما هو واضح ، فلا يصح قياس أحد هما على الآخر .

الوجه الثاني :

أن اشتراط عدم الزواج عليها ، لا يقصد به الاضرار بالغير ، بخلاف اشتراط طلاق الضرة ، فلا يجوز قياس أحد هما على الآخر .

الوجه الثالث :

أن اشتراط عدم الزواج عليها ، اشتراط لما هو مباح ، متساوي الطرفين ، فالرجل له أن يتزوج وله أن لا يتزوج ، فكان الشرط واردا على مباح ، وهذا بخلاف اشتراط طلاق الضرة ، لأن الطلاق ، محرم عند أكثر الفقهاء ، اذا كان

بدون داع اليه . فلا يصح ان قياس أحدهما على الآخر .

الوجه الرابع :

أن النص فرق بينهما ، حيث جاء النهي صريحا عن اشتراط طلاق
الضرة ، بخلاف اشتراط عدم الزواج عليها ، فلم يرد نهى عن اشتراطه .
فلا يجوز قياس أحدهما على الآخر . (١)

نتيجة المناقشة

ونخلص من هذه المناقشة بالنقاط التالية :

أولا : ان اشتراط طلاق الضرة ، يعتبر شرطا باطلا ، لورود النهى عنه
فى الشريعة الاسلامية .

ثانيا : ان هذا الشرط مع بطلانه ، لا أثر له على صحة العقد ، بل يبطل
هو وحده ، ويبقى العقد صحيحا .

ثالثا : ان درء المفسد مقدم على جلب المصالح فى الشريعة الاسلامية .

(١) زاد المعاد لابن القيم ، ج ٤ ، ص ٩ .

المبحث الثالث

فى

اشتراط عدم المهر

يقال فى اللغة : مهر - بفتح الميم والهاء - فلان الشئ ، اذا كان حاذقا

فيه ، والمهارة - بفتح الميم - الحذق فى الشئ .
والمهر - بفتح الميم وسكون الهاء - الصداق . وأما المهر ، فيضم
الميم وسكون الهاء - فهو ولد الفرس ، والجمع : أمهارة ، ومهارة ،
ومهارة بكسر الميم فيهما . (١)

وأما فى الاصطلاح : فهو ما يدفعه الرجل من مال لزوجته ، ليكون

هذا المال امانة على رغبته فيها ، وحبها لها . وليس المقصود به أن
يكون عوضا لها عن استمتاعه بها ، لأن الاستمتاع حاصل للطرفين ،
فكل منهما يستمتع بصاحبه . (٢) ولهذا سماه الحق جل جلاله ،
نحلة ، وصداقا .

فإذا اشترط الزوجان أو أحدهما الدخول فى عقد النكاح على أن لا
مهر بينهما ، فهل يصح هذا الشرط ، وتحرم المرأة من الصداق ؟ أو
يجب لها الصداق ، مع اشتراط نفيه ؟ وما مدى تأثير هذا الشرط
على صحة العقد ؟ .

(١) مختار الصحاح ، ص ٦٣٨ .

(٢) انظر المبنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٢٠٩ والجامع لاهكام القرآن
للقرطبي ج ٥ ، ص ٢٣ ، أقول : قد اخترت - اجتهادا - هذا التصريف
على الرغم من وجود تعاريف أخرى توصي الى غير هذا المعنى ، فى
تصريف المهر . والله من وراء القصد .

أما الأمر الأول : فقد اتفق الفقهاء ، على بطلان الشرط ، وأوجبوا للمرأة المهر ، وإن جاء اشتراط نفيه في صلب العقد . وذلك لأن المهر واجب شرعا ، وحقا للمرأة ، بمجرد وقوع العقد ، بدليل أن الصداق يجب على الزوج ، مع السكوت عن ذكره في عقد النكاح . (١)

وأما الأمر الثاني : وهو أثر هذا الشرط على صحة العقد ، فقد اختلف فيه الفقهاء ، على قولين :

القول الاول : وهو أن هذا الشرط يبطل العقد أصلا ، ذهب إلى ذلك المالكية (٢) ، والظاهرية (٣) ، وفي قول للحنابلة (٤) ، وفي وجوه للشافعية إذا كان الشرط من الزوج لا من الزوجة . (٥)

القول الثاني : وهو أن العقد صحيح رغم اشتماله على شرط نفى المهر . ذهب إلى ذلك الحنفية (٦) ، وهو الراجح في مذهبي : الحنابلة (٧) ،

-
- (١) قال تعالى في سورة البقرة ، آية " ٢٣٦ " ، " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " .
 - (٢) الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢٦٢ ، الخرشى على خليل ، ج ٣ ، ص ١٧٢ ، و ص ٢٦٢ ، المدوى على الخرشى ، ج ٣ ، ص ٢٥٣ ، و ص ٢٧٣ .
 - (٣) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٤٦٦ ، ف ١٨٢٩ .
 - (٤) الكافي في مذهب أحمد ، ج ٢ ، ص ٦٨٠ ، هداية الراغب ، ص ٤٦١ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٥ - ١٦٦ .
 - (٥) الحاوي الكبير للماوردي ، مخطوط ، ج ١١ .
 - (٦) فتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٣١٧ ، تعيين الحقائق ، ج ٢ ، ص ١٣٦ ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤٢٢ .
 - (٧) كشف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٧ ، المقنع مع الحاشية ، ج ٣ ، ص ٤٩ ،

والشافعية (١)

الأدلة :

أ - استدلال القائلون بإبطال العقد اذا اشتمل على شرط اسقاط المهر

بما يلي :

١ - قوله تعالى " وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم " (٢) فقد جاء الحل مشروطا بابتغاء الأموال ، فإذا شرط في العقد اسقاط المهر ، استلزم ذلك اثبات الحل بغير شرطه ، وذلك باطل . فيبطل العقد .

٢ - قوله عليه الصلاة والسلام ، في حديث التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم ، فأراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يزوجهها بغيره " التمس ولو خاتما من حديد " (٣) .

فلو جاز النكاح بدون مهر . لما قال النبي صلى الله عليه وسلم ذلك .

٣ - ان المهر ركن من أركان النكاح ، فإذا اشترط اسقاطه ، لم يصح العقد ، لأن الشيء لا يوجد بدون ركنه . (٤)

الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٥ - ١٦٦ . وقال : " هذا هو المذهب " .

(١) الحاوي الكبير للماوردي ، ج ١١ ، الأم للشافعي ، ج ٥ ، ص ٧١ .

(٢) النساء ، آية " ٢٤ " .

(٣) الحديث رواه الشيخان ، انظر منتقى الأخبار بشرح الشوكاني ، ج ٦ ،

ص ١٩٢ .

(٤) الخرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ١٧٢ .

٤ - ان اشتراط اسقاط المهر، يخل بمقصود المرأة من العقد، وما أُخل بمقصود الحاقده، أُخل بمقصود العقد، وان اخلل المقصود من العقد، يبطل (١).

ب - واستدل الذين اختصروا البطلان على الشرط بما يلي :

١ - ان شرط اسقاط المهر، يعود الى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به، فلم يبطل العقد، كما لو شرط في العقد صداق محرم (٢).

٢ - ان النكاح يصح مع عدم ذكر المهر، فجاز مع اشتراط اسقاطه .

مناقشة الأدلة :

أ - مناقشة أدلة القائلين بابطال العقد :

١ - ان الاستدلال بالآية الكريمة، فيه نظر من وجوه :

الوجه الاول :

ان قوله تعالى " أن تبتغوا بأموالكم " محمول على ما هو الغالب، ان الغالب في الناس، أن يكون العقد بينهم هكذا بالمال .

الوجه الثاني :

ان قوله تعالى " أن تبتغوا بأموالكم " جاء بيانا لنوع من أنواع الحمل،

(١) الحاوي الكبير للماوردي، مخطوط، ج ١١ .

(٢) المغني لابن قدامة، ج ٧، ص ٩٤ .

ومن المعلوم أن البيان لا يقتضى الحصر .

الوجه الثالث:

لوضح أن قوله تعالى " أن تبتغوا بأموالكم " شرطا في الحل ، لما صح النكاح ، مع عدم ذكره في العقد ، فلما صح النكاح بدون ذكر المهر اتفاقا علمنا أن المهر يجب بالعقد ، لا أن العقد يتوقف في حصوله على المهر ، لأن الشرط لا يجوز أن يتأخر عن مشروطه .

وهذا الوجه ، هو الذى نرضيه في دفع الاستدلال بهذه الآية .

٢ - وأما الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم " التمس ولو خاتما من حديد " .

ففيه نظر من وجوه أيضا :

الوجه الاول :

ان النبي صلى الله عليه وسلم ، انما أصر على تقديم هذا الرجل مهرا لهذه المرأة ، لأنها وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم ، فلمسا رغب عنها ، أراد أن يعرضها عن ذلك - جبرا لخطرها - بالاستيثاق من حقها ، ولو كان هذا الحق قليلا .

الوجه الثانى :

ان قوله صلى الله عليه وسلم " التمس ولو خاتما من حديد " لا دليل فيه على أن المهر شرط في صحة العقد ، بل الذى يدل عليه هو وجوب المهر وهذا محل اتفاق .

الوجه الثالث :

ان هذا الحديث واقعة حال ، فيتطرقها الاحتمال ، فلمل النبي صلى الله عليه وسلم انما أصر على تقديم المهر ، لما يعلمه صلى الله عليه وسلم من حال المرأة وحاجتها الى المال ؟ والدليل ان تطرقه الاحتمال بطل به الاستدلال .

٣ - وأما قولهم ان المهر ركن من أركان العقد ، فلا يصح مع اشتراط اسقاطه ، ففيه نظر من وجوه :

الوجه الاول :

يقال : انه استدلال بالمختلف فيه ، لأن من يقول بصحة العقد مع شرط اسقاط المهر ، لا يقول بركنية المهر فيه .

الوجه الثاني :

يمكن الاجابة عن هذا الدليل بطريقة القلب ، فيقال : ان العقد صح مع شرط اسقاط المهر ، لأن المهر لم يكن ركنا فيه ، بل ولا شرطا .

الوجه الثالث :

لو كان المهر ركنا في العقد ، لوجب التعرض له فيه ، فلما لم يجب التعرض للمهر في عقد النكاح ، علمنا أن المهر ليس بركن في عقد النكاح . وذلك هو المطلوب . (١)

(١) قارن بفتح القدير لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٣١٦ - ٣١٧ ، وكشاف القناع ، ج ٥ ، ص ١٠٧ .

٤ - وأما قولهم : ان اشتراط اسقاط المهر يخل بمقصود المرأة ففيه نظر نذكره فيما يلي :

ان قولهم : يخل بمقصود المرأة لا يخلو من أحد احتمالين :

١ - ان مقصود المرأة الكلى من المقد ، انما هو المهر .

٢ - ان المهر من جملة ما تقصده المرأة من عقد النكاح .

فان أرادوا الأول : قيل : ان العقل والمرف والشرع ، شهود على غير ما تقولون .

وان أرادوا الثاني : فيقال أيضا ذلك يحتمل احتمالين :

١ - ان المهر من جملة ما تقصده المرأة من عقد النكاح مطلقا ، أى : فى أى صورة من صورته .

٢ - ان المهر من جملة ما تقصده المرأة من عقد النكاح المطلق . أى : غير المقيد بشرط .

فان أرادوا الأول : فذلك غير مسلم ، لأن من تقبل بالنكاح مع اشتراط زوجها اسقاط المهر ، لا يكون المهر مقصودا لها من هذا المقد ، والا لما وافقت على المقد .

وان أرادوا الثاني : فذلك لا يضرنا فى شئ ، لأن ما معنا عقد نكاح مقيد بشرط ، لا عقد نكاح مطلق .

ومذ لك تنتهى من مناقشة أدلة الفريق الاول ، وهى أدلة كما رأينا

لا تصمد أمام النقد ، فتكون غير سليمة - فيما نحسب - والله أعلم .

ب - وأما أدلة الفريق الثاني على صحة المقدم مع هذا الشرط ، فهي سليمة
- فيما نرى - وذلك يكون القول الراجح في اشتراط اسقاط
المهر هو القول الثاني والله أعلم .

المبحث الرابع

فى

اشتراط اسقاط ما وجب شرعا لأحد الزوجين

على الآخر

وهذه الواجبات كثيرة ، مثل وجوب النفقة على الزوج ، والعدل بين الزوجات على من يكون تحته أكثر من واحدة ، والتوارث بينهما اذا كانا من ملة واحدة ، الى غير ذلك من الواجبات التى افترضها الخالق جل جلاله لكل من الزوجين على الآخر .

فان اقدم أحد الزوجين ، واشترط فى العقد اسقاط بعض هذه الواجبات - كأن يشترط الزوج أن لا ينفق على زوجته ، أو أن لا يعدل بينها وبين زوجته الأخرى ، بأن يؤثر الاولى عليها ، أو يشترط الزوجة أن يؤثرها على زوجته الاولى فى القسم ، أو يشترط أحد الزوجين أن لا يرثه الآخر مع ثبوت الارث له شرعا ، أو يشترط عدم التوارث بينهما ، مع ثبوت التوارث شرعا - فهل يصح هذا الشرط أم لا ؟ وانما بطل فهل يؤثر على صحة العقد أم لا ؟ فيما يلى عرض المذاهب فى ذلك .

عرض المذاهب :

(١) - يصح العقد ، ويبطل الشرط ، ذهب الى ذلك : الحنفية (١)

(١) الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية ، ج ١ ، ص ٣٣١ .

والشافعية (١) ، والحنابلة . (٢)

٢ - يبطل الشرط ، ويبطل به العقد أيضا . ذهب الى ذلك المالكية (٣) والظاهرية (٤) . الا أن المالكية قالوا يجب الفسخ قبل الدخول فان دخل بها ثبت العقد وسقط الشرط .

ويتضح لنا من هذا العرض لمذاهب الفقهاء ، أنهم يتفقون على بطلان هذه الشروط في نفسها ، والخلاف انما هو في صحة العقد معها ، فنذكر أولا أدلتهم على بطلان هذه الشروط ، ثم نذكر أدلة الفريقين على صحة العقد وبطلانه ثم نناقش هذه الأدلة ، لعلنا نوفق في رؤية الراجع منهما .

-
- (١) المحلى على المنهاج ، ج ٣ ، ص ٢٨٠ ، تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٨٦ - ٣٨٧ ، الحاوي للماوردي مخطوط ، ج ١١ ، الام للشافعي ، ج ٥ ، ص ٧٣ .
- (٢) الكافي في مذاهب أحمد ، ج ٢ ، ص ٦٨٠ ، المقنع مع الحاشية ج ٣ ، ص ٤٩ ، الانصاف ، ج ٨ ، ص ١٦٥ - ١٦٦ ، هداية الرافع ص ٤٦١ .
- (٣) الشرح الصغير ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ ، الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ص ٢١٢ ، الفرشي على خليل ، ج ٣ ، ص ١٩٥ - ١٩٦ ، وقوانين الاحكام الشرعية ، ص ٢٣٣ ، أسهل المدارك ، ج ٢ ، ص ٨٩ .
- (٤) المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٤٩١ ، فما بعدها ، ف ١٨٤٥ .

الأدلة :

أولا : استدل الفقهاء على بطلان هذه الشروط بما يلي :

أ - قوله عليه الصلاة والسلام " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " (١)

وهذه الشروط ليست في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بل في كتاب الله ما ينافيها ، من ايجاب النفقة والعدل والتوارث وغير ذلك . فتكون باطلة بنص الحديث .

ب - قوله عليه الصلاة والسلام " المسلمون على شروطهم ، الا شرطا أحل

حراما ، أو حرم حلالا " . (٢)

وهذه الشروط ، أحلت الحرام ، لأنها أسقطت ما وجب شرعا لأحد الزوجين على الآخر ، فتكون باطلة بنص الحديث .

ج - ان هذه الشروط ، تضمنت اسقاط حقوق تجب بالصدق قبل انعقاده

فلم تصح ، كما سقط الشفيخ شفيعته في البيع (٣)

تلك هي بعض ما استدل به الفقهاء ، على بطلان هذه

الشروط . وهي أدلة واضحة بيّنة توصل الى المطلوب بغير عناء

أو جهد . وهي - فيما نرى - سليمة لا تحتاج الى مناقشة .

(١) رواه البخاري ، انظر ص ٦٨ .

(٢) انظر تخريج الحديث ص ٦٨ .

(٣) الكافي في مذهب احمد ، ج ٢ ، ص ٦٨٠ .

ثانياً : أدلة القائلين بفساد العقد :

أ : استدلال الذين ذهبوا الى بطلان العقد بما يلي :

- ١ - ان هذه الشروط تناقض المقصود من العقد - في رأيهم - وكل شرط يناقض المقصود من العقد ، فهو باطل . فتكون هذه الشروط باطلة . (١)
- ب - واستدل القائلون بصحة العقد مع هذه الشروط ، وهم الحنيفة والشافعية والحنابلة بما يلي :

١ - ان هذه الشروط تعود الى معان زائدة في العقد ، لا يشترط ذكرها ولا يضر الجهل بها ، فلم تبطل العقد . كما لو شرط في العقد صداقا محرماً . (٢)

٢ - ان النكاح جاز مع الجهل بالعوض ، فلأن يجوز مع الشرط الفاسد أولى . (٣)

المناقشة :

أ - مناقشة ما ذهب اليه المالكية ، من ابطال العقد بهذه الشروط .
ان قول المالكية بمناقضة هذه الشروط للمقصود من العقد ، فيه نظر من وجوه :

- (١) الشرح الصغير ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ ، الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٢ ، ص ٢١٢ ، الخرشى على خليل ، ج ٣ ، ص ٢٧٨ .
- (٢) المغنى لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٩٤ .
- (٣) الكافي في مذهب احمد ، ج ٢ ، ص ٦٨٠ .

الوجه الأول :

ان المقصود الاصلى فى عقد النكاح ، انما هو الاحلال . وأما النفقة ، والعدل فى القسم ، والميراث ، فهى انما تقصد تبعاً لا أصالة . (١)

الوجه الثانى :

ان قولهم تناقض المقصود من العقد ، غير سليم لأن الكلام فى عقد مقيد بهذه الشروط أو أحدها ، والمعاهدان وهما يقبلان بهذه الشروط لا يكون المقصود لهما من عقد هما اثبات ما اشترطا اسقاطه ، لأنه لو كان حقا مقصود لهما لما حصل عليه الاتفاق فى عقد النكاح .

فان قالوا : ان هذه الشروط تخالف المقصود من العقد المطلق ، قلنا : لا يضيرنا ذلك ، لأن ما معنى ليس بعقد مطلق بل عقدا مقيدا بهذه الشروط .

الوجه الثالث :

إن قولهم تناقض المقصود من العقد ، احتجاج بالمختلف فيه ، لأن القائلين بصحة العقد مع هذه الشروط ، لا يقولون بمناقضتها للمقصود من العقد ، فلا يصح الاحتجاج به .

ب - مناقشة الملكية فى قولهم بوجوب الفسخ قبل الدخول ، وثبوت العقد بعد الدخول .

قد قدمنا مناقشة مثل هذا القول فى النكاح بشرط الخيار فى الفصل الاول من

(١) قارن بتحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص ٣٨٨ - ٣٨٩ .

هذا الباب فأرجع اليه ان شئت . (١)

ج - وأما ما استدل به الشافعية والحنفية والحنابلة على صحة العقود

مع هذه الشروط ، فهو سليم - فيما نرى - لا حاجة بنا الى مناقشته .

وهذا يتضح لنا أن ما ذهب اليه الحنفية والشافعية والحنابلة

هو القول الراجح لقوة أدلته ، وضعف أدلة المخالفين . والله أعلم .

الخاتمة

ان أهم النتائج ، التي وفقت اليها ، من خلال البحث في هذه الرسالة تنقسم الى نوعين :

أ - نتائج عامة وأذكر منها ما يلي :

أولا : فناء الفقه الاسلامي ، واتساعه لكل ما يطلبه الانسان - فردا أو جماعة - في هذه الحياة ، من حل لمعضلاته ، أو استقصاء لمشكلاته ، وانارة السبيل أمامه فيها ، فلا يدعه هذا الفقه ، وحيدا شاردًا ، بل يأخذ به المرة تلو المرة ليوقفه على السنن القويم والصراط المستقيم .

ثانيا : قيام هذا الفقه على قاعدة جلب المصالح ، ودرء المفاسد مما يعطى

للحياة ، وتوازنها ، واتساقها ، وتكافلها ، فلا ضرر ، ولا ضرار .

ثالثا : سعة الدور الذي أعطاه الاسلام للعقل البشري ، وهو يصنع هذا الفقه

من مواد الاولي - كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم - ولولا

هذه السعة لما استطعنا أن نجد في المسألة الواحدة ، الاتجاهات

المختلفة ، في التفسير والتأويل ، والفقه عن الله ورسوله - صلى الله عليه

وسلم .

رابعا : تعامل الفقهاء مع هذه السعة ، وتقديرهم لها ، فكانوا - رحمهم الله -

لا يعيب أحد هم على الآخر ، مع اختلاف وجهات النظر فيما بينهم ، بل

يسودهم العيب والاحترام ، جاعلين أخوة الاسلام ، وتقديرها فيما بينهم

تعلو على كل شيء آخر .

وهذا من اخلاص القوم لله ، وعدم تورطهم بالانانية المعقبة ، التي تجعل من صاحبها ، انسانا أحول التفكير ، فلا يرى ما عند غيره على حقيقته بل على ما توهمه هو عند نفسه .

ب - نتائج خاصة في موضوع البحث وأذكر منها مايلي :

أولا : أن الاصل في الشروط الصحة ، وعليه فان جميع ما يشترطه المتعاقدان أو أحدهما في عقد النكاح ، يعتبر شرطا صحيحا ، فيثبت لصاحب الشرط ، عند تخلفه ، حق الخيار ، فان شاء امضاء العقد أمضاه ، وان شاء فسغه فسغه . ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل الا بأمر شرعي ، كأن يكون المشروط منهيًا عنه ، لما يتضمنه من احداث ضرر بالغير كطلاق الضررة أو عدم العدل في القسم ، أو كان منسوخا ، كنكاح المتعة وما يشبهه ، من النكاح الموقت ، والنكاح بالخيار ، وغير ذلك .
أو كان المشروط قد أوجبت الشريعة نقيضه ، كشرط عدم النفقة ، أو عدم الميراث وغير ذلك .

ثانيا : لا يغلو مذاهب من مذاهب الفقهاء ، من الأخذ بنوع من أنواع الشروط . فالحنفية على تشدد هم في قبول الشروط ، نراهم أخذوا بشرط الزيادة في صفة النسب على ما تقتضيه الكفاءة ، اذا كان الشرط من المرأة أو وليها .

وابن حزم ، فمع ما اشتهر عنه ، من القول ، بعدم قبول الشروط ، رأيناه يقول بشرط السلامة من الميوب مطلقا ، حتى أبطل عقد النكاح ، فيما لو تخلف الشرط ، قائلا : ان المعيب غير السليم ، وقد وقع العقد على سليم .

ثالثا : ان أوسع المذاهب في الأخذ بالشروط ، هو مذاهب احمد رحمة الله ، حيث كان الاصل فيه هو " صحة الشروط " ولذلك لم يبطل منها الا شرطا نهى عنه الشارع ، أو شرطا أسقط به واجب من الواجبات الشرعية . ويتلو المذهب الحنبلي في السعة ، المذهبان الشافعي والمالكي ، حيث قبل الشافعية الشروط الداخلة على الصفات ، سواء كانت صفات كمال كالجمال والاسلام أو نقص كالعرج والعمور وغير ذلك . وقبل المذهب المالكي شرط السلامة من العيوب ، وشرط صفة النسب مع أنهم لم يدخلوا النسب في الكفاءة .

رابعا : ان المسائل المختلف فيها بين فقهاء الأمة ، يجب مراعاة الخلاف فيها عند الحكم ، مراعاة للمصلحة ما أمكن .

خامسا : ان الشريعة الاسلامية ، رغم قدمها في الزمن ، حازت أفضلية السبق في اعطاء المتماقدين حرية تكييف العقد بما ينسجم مع مصلحة كل منهما ، اذا لم يتعارض هذا التكييف مع أوامرها ونواهيها .

هذه هي أهم النتائج ، التي توصلت اليها خلال بحثي ، والله اسأل أن يجعل هذا البحث غالما لوجهه ، وفقى خدمة دينه ، الذي ارتضاه للعالمين ، سننا ومنهاجا ، الى يوم الدين .

وأن لا يجعل هذا البحث ، بالنسبة لي ، عرضا من أعراض الدنيا الفانية ، فأكون - والعيان بالله - ممن يأكلون الدنيا بالدين ، ويرضون بها بدلا عنه ، انه سميع مجيب .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

جدول بأهم المراجع

جعلت فيه مصادركل علم على حدة مرتبة في كل علم
على نسق الحروف الهجائية عدا الألف واللام اذا
كانا في أول الكلمة

- أولاً : القرآن الكريم .
- ثانياً : تفاسير القرآن الكريم .
- ١ - أحكام القرآن .
- لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي . الطبعة الثانية
- عيسى البابي الحلبي ، سنة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م .
- ٢ - تفسير القاسمي .
- دار احياء الكتب العربية / عيسى البابي الحلبي وشركاه .
- ٣ - تفسير المنار .
- لمحمد رشيد رضا / مكتبة القاهرة / لعلي يوسف سليمان .
- ٤ - الجامع لأحكام القرآن .
- لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي . الطبعة الثالثة
- دار القلم سنة : ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م . عن طبعة دار الكتب
- المصرية .

ثالثاً : الحديث وشروحه :

- ٥ - تحفة الأعوذى شرح سنن الترمذى .
- للمحافظ أبي العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري -
- دار الفكر - الطبعة الثالثة - ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .
- ٦ - سبل السلام .
- للإمام محمد بن اسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني - الطبعة الرابعة -
- المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

- ٧ - سنن ابن ماجه .
للامام الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى - ٢٠٧ -
٢٧٥ هـ - عيسى البابى الحلبي وشركاه - بتحقيق محمد فؤاد
عبد الباقي .
- ٨ - سنن الترمذى الجامع الصحيح بتحفة الاحوذى .
للامام الحافظ أبى عيسى محمد بن علوة - ٢٠٩ - ٢٩٧ هـ -
دار الفكر .
- ٩ - شرح النووى على مسلم .
لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى - المطبعة المصرية ومكتبتها .
- ١٠ - صحيح البخارى بفتح البارى .
لأبى عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن برد زيه
البخارى ت ٢٥٦ هـ . مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر -
١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م .
- ١١ - صحيح مسلم بشرح النووى .
للحافظ مسلم بن الحجاج النيسابورى - ت ٢٦١ هـ - المطبعة
المصرية ومكتبتها .
- ١٢ - فتح البارى شرح صحيح البخارى .
للحافظ أبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن حجر
العسقلانى - ٧٧٣ - ٨٥٢ هـ - مصطفى البابى الحلبي وأولاده
بمصر - ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م .

- ١٣- مجمع الزوائد .
للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي - ت ٨٠٧ هـ دار
الكتاب بيروت - ١٩٦٧ م .
- ١٤- منتقى الأخبار بشرح الشوكاني .
لمحق الدين أبي البركات - مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر -
الطبعة الأخيرة .
- ١٥- نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار .
للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني - مصطفى البابي الحلبي
و أولاده بمصر - الطبعة الأخيرة .

رابعا : كتب الفقه :

- أ - الفقه الحنفي :
- ١٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق .
لزين الدين ابن نجيم الحنفي - دار المعرفة - بيروت .
- ١٧- بدائع الصنائع .
لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني - ت ٥٨٧ هـ - مطبعة
الامام بمصر .
- ١٨- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .
لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - دار المعرفة - بيروت - الطبعة
الثانية .
- ١٩- حاشية رد المختار على الدر المختار .
للشيخ محمد امين الشهير بابن عابدين - مصطفى البابي الحلبي
وأولاده بمصر - الطبعة الثانية - سنة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .

- ٢٠- حاشية منحة الخالق على البحر الرائق .
لمحمد أمين الشهير بابن عابدين - دار المعرفة - بيروت .
- ٢١- العناية على الهداية .
لأكمل الدين محمد بن محمد البابرتي - بأسفل فتح القدير - مصطفى
الباب الحلي وأولاده بمصر - الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م .
- ٢٢- الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية .
لقاضي غان - دار المعرفة - الطبعة الثالثة - ١٣٩٣ هـ -
١٩٧٣ م .
- ٢٣- الفتاوى الهندية .
للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند - دار المعرفة - الطبعة
الثالثة - ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .
- ٢٤- فتح القدير شرح الهداية .
للشيخ كمال محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن المهام
- مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الاولى
١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م .
- ٢٥- المبسوط .
لشمس الدين السرخسي - دار المعرفة - الطبعة الثانية بالا وفتت .
- ٢٦- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر .
للمحقق عبد الله الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بدارا فندی
دار الطباعة العامرة - ١٣١٩ هـ .

ب. الفقيه المالكي :

- ٢٧- أسهل المدارك على ارشاد السالك -
لأبي بكر بن حسن الكشناوي - عيسى البابي الحلبي وأولاده -
الطبعة الثانية .
- ٢٨- بلغة السالك لأقرب المسالك .
للمشيخ احمد الصاوي - دارالفكر بيروت .
- ٢٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .
لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي - دارالفكر - بيروت .
- ٣٠- حاشية العدوي على كفاية الطالب .
للمشيخ علي الصعيدي العدوي - دارالفكر بيروت .
- ٣١- الخرشوش على مختصر خليل .
لأبي عبد الله محمد الخراشي - دار صادر بيروت .
- ٣٢- الشرح الصغير على أقرب المسالك .
لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير - دار المعارف بمصر .
- ٣٣- الشرح الكبير .
لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير - المكتبة التجارية
- الكبرى - دار الفكر بيروت .
- ٣٤- شرح منح الجليل على مختصر خليل .
للمشيخ محمد عليش - مكتبة النجاح - طرابلس ليبيا .

- ٣٥ - العدوي على الخرشى .
للشيخ على الصميدى العدوي - دار صادر .
- ٣٦ - قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية .
لمحمد بن جزى الفرناطى المالكى - دار العلم للملايين -
١٩٧٤ م . طبعة جديدة منقحة .
- ٣٧ - المدونة الكبرى .
لمالك بن أنس - دار صادر بيروت - طبعة جديدة بالافست .
- ج - الفقه الشافعى :
- ٣٨ - الأ م .
للامام الشافعى - شركة الطباعة الفنية - الطبعة الاولى - سنة
١٣٨١ هـ - ١٩٦١ م .
- ٣٩ - تحفة المحتاج شرح المنهاج .
لشهاب الدين احمد بن حجر الهيتمى - بهامش حاشيتى الشروانى
والعدوى . دار صادر بيروت .
- ٤٠ - حاشية الشروانى على تحفة المحتاج .
لعبد الحميد الشروانى - دار صادر بيروت .
- ٤١ - حاشية العبادى على تحفة المحتاج .
للشيخ احمد بن قاسم العبادى - دار صادر بيروت .
- ٤٢ - حاشية عميرة على المصلى شرح المنهاج .
للشيخ عميرة - دار احياء الكتب العربية لميسى الباقى الحلبي
وشركاه .

- ٤٣ - حاشية القليوبي على المحلى شرح المنهاج .
للشيخ شهاب الدين القليوبي - مع حاشية الشيخ عميرة .
- ٤٤ - الحاوي الكبير .
لأبي الحسن علي بن محمد الماوردى - مصور عن النسخة المخطوطة
بدار الكتب القومية تحت رقم - ٨٣ - فقه شافعى - رقم الفيلس :
٤٠٢٥ بمكتبة مركز البحث العلمى فى كلية الشريعة بجامعة
الملك عبد العزيز بمكة المكرمة .
- ٤٥ - روضة الطالبين .
لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي - المكتب الاسلامى للطباعة والنشر .
- ٤٦ - المحلى على المنهاج .
لجلال الدين المحلى - بهامش قليوبي وعميرة . دار احياء الكتب
الخريرية .
- ٤٧ - معنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج .
للشيخ محمد الشربيني الخطيب - مصطفى البابى الحلبي وأولاده
بمصر ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .
- ٤٨ - المهدب .
لأبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبازى الشيرازى -
عيسى البابى الحلبي وشركاه بمصر .
- ٤٩ - نهاية المحتاج شرح المنهاج .
لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين
الرملى ت ١٠٠٤ هـ - مصطفى البابى الحلبي وأولاده - ١٣٨٦ هـ
- ١٩٦٧ م .

د - الفقه الحنبلي :

٥٠ - اعلام الموقعين عن رب العالمين .

لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية - ٦٩١ /

٧٥٢ هـ - شركة الطباعة الفنية المتحدة - طبعة جديدة منقحة

١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .

٥١ - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف .

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي - ٧١٧ /

٨٥٥ هـ - مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة - ١٩٥٧ م .

٥٢ - الدرر السنوية .

لعبد الرحمن بن قاسم العاصمي القحطاني النجدي - الطبعة

الثانية - مطبوعات دار الافتاء بالمملكة العربية السعودية - ١٣٨٥ هـ

١٩٦٥ م .

٥٣ - الروض المربع شرح زاد المستقنع - لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي -

مطبعة السعادة - ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م .

٥٤ - الروض الندي .

لاحمد بن عبدالله بن احمد البطلي - المطبعة السلفية ١١٠٨ هـ -

١٩٨٩ م .

٥٥ - زاد المعاد .

لابن قيم الجوزية - مطبعة السنة المحمدية - بتحقيق محمد حامد الفقي .

٥٦ - شرح منتهى الارادات .

لمنصور بن يونس البهوتي - دار الفكر .

- ٥٧ - الفتاوى الكبرى .
لأبي العباس شيخ الاسلام تقى الدين احمد بن عبد الحلیم المعروف
بابن تيمية - دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .
- ٥٨ - الكافي في مذنب احمد .
لابن قدامة المقدسي - الطبعة الاولى - منشورات المكتب الاسلامي
بدمشق .
- ٥٩ - كشاف القناع .
لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي - مطبعة الحكومة بمكة المكرمة
سنة ١٣٩٤ هـ .
- ٦٠ - المحرر في الفقه .
لأبي البركات محي الدين - مطبعة السنة المحمدية - سنة الطبع
١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م .
- ٦١ - المبنى .
لابن قدامة المقدسي - مطابع سجل الحرب سنة ١٩٦٩ - ١٩٨٩ م .
- ٦٢ - المقنع مع العاشية .
لابن قدامة المقدسي . المطبعة السلفية .
- هـ - الفقه الظاهر - رى :
- ٦٣ - المحلى .
لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت ٤٥٦ هـ المكتب
التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت .

و - فقه الشيعة الامامية :

- ٦٤ - شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام .
لأبي القاسم العلي ت ٦٧٦ - الطبعة المحققة الاولى - مطبعة
الآداب في النجف - سنة : ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .
- ٦٥ - المختصر النافع .
للحلي أيضا - مطبعة النعمان بالنجف - سنة : ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م .
- ٦٦ - وسائل الشيعة .

لمحمد بن الحسن الحر العاملي - دار احياء التراث العربي
بيروت . سنة ١٣٨٣ هـ .

خامسا : كتب القواعد الفقهية :

- ٦٧ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان .
لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم . مؤسسة الحلبي وشركاه
للنشر والتوزيع - سنة : ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م .
- ٦٨ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي .
لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي ت ٩١١ هـ - الطبعة الاغيرة -
شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه بمصر - سنة
١٣٧٨ هـ / ١٩٥٩ م .

٦٩ - تهذيب الفروق . بهامش الفروق .
لمحمد علي ابن حسين مفتي المالكية - دار المعرفة للطباعة والنشر
بيروت .

٧٠ - قواعد الأحكام .

لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى . ت ٦٦٠ هـ
طبعة جديدة منقحة - دار الشروق للطباعة - القاهرة . سنة الطبع

١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م !

سادسا : كتب أصول الفقه :

٧١ - الأحكام فى أصول الاحكام .

لسيف الدين أبي الحسن على بن أبي على بن محمد الآمدي -

مكتبة ومطبعة محمد على صبيح وأولاده - سنة ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م .

٧٢ - أصول السرخسى .

لأبي بكر محمد بن احمد بن أبي سهل السرخسى - ت ٤٩٠ هـ

بتحقيق أبي الوفا الأفغانى - دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت

- سنة ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م .

٧٣ - جمع الجوامع .

لعبد الوهاب السبكي - مع حاشية البناني - دار احياء الكتب العربية

لعيسى البابي الحلبي وشركاه .

٧٤ - شرح الكوكب المنير .

لمحمد بن احمد بن عبد العزيز بن على الحنبلى المعروف بابن النجار

ت ٩٧٢ هـ - دار الفكر بدمشق - بتحقيق د . محمد الزهيلي ، و ، د :

نزبه حماد . سنة : ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م .

٧٥ - كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى .

لمصلاى الدين عبد العزيز بن احمد البخارى - ت ٧٣٠ هـ - دار

الكتاب العربى - بيروت . سنة ١٣٩٤ / ١٩٧٤ م . طبعة جديدة

بالا وفسست .

٧٦ - الموافقات في أصول الاحكام .

لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الفرناطي المعروف
بالشاطبي ت ٧٩٠ هـ - بتحقيق محمد محي الدين عبدالحميد
مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده مطبعة المدني - القاهرة .

سابعاً : كتب معاصرة :

٧٧ - الأحوال الشخصية .

لمحمد أبي زهرة - دار الفكر العربي - الطبعة الثانية - سنة
الطبع : ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م .

٧٨ - الأحوال الشخصية .

لمحمد حسين الذهبي - مطبعة دار التأليف - الطبعة الثانية -
سنة : ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .

٧٩ - عقد الزواج ، أركانه وشروط صحته في الفقه الاسلامي .

لمحمد رأفت عثمان - الطبعة الاولى - سنة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .

٨٠ - محاضرات في الفقه المقارن .

لمحمد سعيد رمضان البوطي - دار الفكر - الطبعة الاولى - سنة
١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م .

٨١ - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية .

للمحامي صبيح محماني - الناشر : مكتبة الكشاف ومطبعتهما
بيروت . سنة : ١٩٤٨ م .

سادسا : كتب اللغاة :

- ٨٢- ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة -
للأستاذ الطاهر احمد الزاوى - الطبعة الثانية - عيسى البابى
الحلبى وشركاه .
- ٨٣- القاموس المحيط .
لمجد الدين الفيروزبازى - الطبعة الثانية - المطبعة المصرية -
سنة ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م .
- ٨٤- لسان العرب .
لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقى المصرى - دار
صادر للطباعة والنشر - سنة ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م .
- ٨٥- مختار الصحاح .
لمحمد بن أبى بكر الرازى - ت ٦٦٦ هـ - دار الكتب العربية
بيروت .
- ٨٦- المصباح المنير فى فريب الشرح الكبير للرافعى .
لأحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى ت ٧٧٠ هـ - مطبعة
مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر - بتصحيح : مصطفى السقا
- سنة الطبع : ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .

فهرست الموضوعات

الصفحة

الموضوع

أ	الإهداء .
ب	شكر وتقدير .
ج	المقدمة .
١	التمهيد : وفيه ما يلي :
	أولاً : تعريف النكاح .
٢	أ - النكاح في لغة العرب .
٤	ب - النكاح في لسان الشارع .
٩	ج - النكاح في اصطلاح الفقهاء .
	ثانياً : تعريف الشرط .
١٢	أ - الشرط في لسان العرب .
١٣	ب - الشرط في اصطلاح الفقهاء .
١٥	ثالثاً : محل الشرط .
١٦	أ - في الشرط المقارن .
١٧	ب - في الشرط المتقدم .
٢١	ج - في الشرط المتأخر .
٢٢	رابعاً : قيام العرف مقام الشرط في عقد النكاح .
٢٥	خامساً : قيام الظن مقام الشرط في عقد النكاح .
٣١	سادساً : في الصحة والبطلان والفساد في عقد النكاح .
٣٢	الباطل والفساد مترادفان عند الحنفية في النكاح .

الباب الأول

فسي الشروط الصحيحة

وفيه فصلان :

٣٥	الفصل الأول : في الشروط التي يقتضيها العقد . وتحت ثلاثة أقسام :
----	--

- أ - ما يقتضيه العقد في مصلحة الزوج . ٣٦
- ب - ما يقتضيه العقد في مصلحة الزوجة . ٣٦
- ج - ما يقتضيه العقد في مصلحة الزوجين . ٣٧
- الفصل الثاني : في الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تغل
بمقصوده . ٣٩
- وفيه أربع مباحث :
- المبحث الأول : في اشتراط النسب . ٤٠
- عرض المذاهب في اشتراط النسب . ٤٢
- مناقشة المذاهب . ٤٤
- نتيجة المناقشة . ٤٨
- المبحث الثاني : شرط السلامة من العيوب . ٤٩
- عرض المذاهب . ٤٩
- تحرير محل النزاع . ٥٠
- الأدلة على صحة الشرط وفساده . ٥١
- مناقشة هذه الأدلة . ٥٢
- أدلة القائلين ببطلان العقد بتخلف
الشرط . ٥٣
- أدلة القائلين بإثبات الخيار بتخلف الشرط + ٥٣
- مناقشة الأدلة . ٥٤
- تخلف الوصف لا يعني تخلف الذات . ٥٥
- القول الراجح . ٥٦
- المبحث الثالث : في اشتراط صفة من صفات الجمال . ٥٧
- عرض المذاهب . ٥٨
- المناقشة . ٦٠
- نتيجة المناقشة . ٦٣
- المبحث الرابع : فيما يستتبه المتعاقدان أو أحدهما بالشرط
من مقتضى العقد المطلق . أو يزيدان به
عليه . ٦٤

٦٥	قاعدة لهذا المبحث .
٦٦	عرض المذاهب .
٦٨	أدلة القائلين بإبطال هذه الشروط .
٧٠	أدلة القائلين بصحة هذه الشروط .
٧٢	مناقشة الأدلة - وهي أهم مباحث هذا الباب .
٧٢	مناقشة القول : بمنافاة هذه الشروط لمقتضى العقد .
	مناقشة الاستدلال بحديث " المسلمون على شروطهم الا
٧٣	شرطا أهل عراما أو حرم حلالا " وهي مهمة .
٧٦	المعنى الذى يصح حمل الاستثناء عليه فى هذا الحديث .
	مناقشة الاستدلال بحديث " كل شرط ليس فى كتاب الله
٧٦	فهو باطل " .
٧٩	نتيجة المناقشة .

الباب الثانى

فى الشروط الفاسدة

وتحت فضلان :

الفصل الاول : فى الشروط الفاسدة التى تبطل العقد .

وتحت ست مباحث :

المبحث الاول : فى شرط التوقيت .

وفيه مطالب :

المطلب الاول : فى نكاح المتعة .

٨٣ تعريف المتعة لفة واصطلاحا .

٨٥ عرض المذاهب .

٨٦ الشيعة الامامية يتفردون باعتماد نكاح المتعة .

٨٧ أدلة الجمهور على نسخ نكاح المتعة .

٨٨ أدلة الامامية على لباحه نكاح المتعة .

٩٠ مناقشة الادلة .

- ايراد على أدلة النسخ والجواب عنه من وجهين :
- ٩٠ . الوجه الاول .
- ٩٠ . الثاني .
- جواب الشيعة الامامية عن رواية على رضو الله عنه
في تحريم المتعة ، والتي رويت في مصادرهم . فيه نظر :
- ٩٢ من خمسة وجوه ، ينبغى الاطلاع عليها .
- ٩٤ مناقشة ما استدل به الشيعة الامامية على اباحة المتعة .
- ٩٤ ابطال استدلالهم من الكتاب . وهو مهم .
- ٩٨ ابطال استدلالهم بقراءة ابن عباس ، من وجوه .
- ابطال تمسكهم بقطعية الاباحة ، وظنية النسخ ، وهو
مهم جدا .
- ٩٩
- ١٠١ مناقشة القول بأن عمر رضو الله عنه هو الذي حرم المتعة .
- ١٠٥ المطلب الثاني : في النكاح الموقت .
- ١٠٥ عرض المذاهب .
- ١٠٧ أدلة زفر رحمه الله ، على صحة العقد وطلان الشرط .
- ١٠٧ نص ما قاله ابن الهمام في ترجيح قول زفر .
- ١٠٨ المناقشة .
- ١١١ مناقشة ما ذكره ابن الهمام .
- ١١٣ نتيجة المناقشة .
- ١١٤ المطلب الثالث : في نية التوقيت .
- ١١٤ عرض المذاهب .
- الادلة .
- أ - أدلة القائلين بعدم اعتبار النية مطلقا .
- ١١٦
- ب - أدلة القائلين باعتبار النية اذا فهمتها المرأة
- ١١٦
- ج - أدلة القائلين باعتبار النية مطلقا .
- ١١٧
- مناقشة هذه الادلة - وهي مهمة جدا .
- ١١٨
- نتيجة المناقشة .
- ١٢٢

-
- ١٢٤ المبحث الثاني : في نكاح المحلل
وتحتة مطلبان :
- ١٢٥ المطلب الاول : في شرط التحليل .
- ١٢٦ عرض المذاهب .
- ١٢٧ أدلة القائلين بابطال العقد بشرط التحليل .
- ١٢٨ أدلة الذين اختصروا البطلان على الشرط .
- ١٢٨ مناقشة الأدلة .
- ١٢٩ تعلق الحنفية باطلاق اسم المحلل ، فيه نظر :
- ١٣١ المطلب الثاني : في نية التحليل .
- ١٣١ عرض المذاهب .
الأدلة :
- ١٣٢ أدلة القائلين بعدم اعتبار النية .
- ١٣٣ رواية الشافعي لحديث ذي الرقعتين مسندا متصلا .
- ١٣٣ أدلة القائلين باعتبار النية .
- ١٣٤ مناقشة الأدلة .
- ١٣٥ اعتبار النية المجردة في العقود يهز التعامل بين الناس .
- ١٣٨ نتيجة المناقشة .
- المبحث الثالث : في النكاح المعلق على شرط .
- ١٣٨ الفرق بين تعليق العقد على شرط ، وبين الشرط في العقد .
- ١٣٨ عرض المذاهب .
- ١٤١ المناقشة .
- ١٤١ مناقشة القائلين بابطال العقد بمطلق التعليق .
- ١٤٣ نتيجة المناقشة .
- المبحث الرابع : في شرط الخيار .
- ١٤٤ عرض المذاهب .
- ١٤٥ الأدلة .
- ١٤٥ أدلة القائلين بابطال العقد .
-

- ١٤٧ أدلة القائلين بصحة العقد وطلان الشرط .
- ١٤٨ إيراد على قياس النكاح بالخيار على نكاح المتعة .
- ١٤٩ الجواب عنه .
- ١٤٩ إيراد ان على قول المالكية : بوجوب الفسخ قبل البناء ، وثبوت العقد بعد البناء .
- ١٥٠ الجواب عن الايراد الاول . وهو مهم جدا .
- ١٥١ موقف شيخ الاسلام ابن تيمية من العمل بالمرجوح اذا كان يحقق المصلحة .
- ١٥١ الجواب عن الايراد الثاني .
- ١٥٢ مناقشة القائلين بصحة العقد مع شرط الخيار .
- ١٥٣ قياس شرط الخيار في النكاح على الهزل في النكاح فيه نظر من وجوه . ينبغى الاطلاع عليها .
- ١٥٥ نتيجة المناقشة .
- المبحث الخامس : في نكاح الشغار .
وفيه ثلاث مطالب :
- ١٥٧ المطلب الاول : في تعريف الشغار لغة واصطلاحاً .
- ١٦٠ المطلب الثاني : في حكم نكاح الشغار .
- ١٦١ أدلة الجمهور على بطلان نكاح الشغار .
- ١٦٢ أجوبة الحنفية عن هذه الأدلة .
- ١٦٣ مناقشة أجوبة الحنفية .
- ١٦٥ المطلب الثالث : في علة بطلان نكاح الشغار .
- ١٦٥ عرض المذاهب .
- ١٦٧ الأدلة .
- ١٧٠ مناقشة الادلة .
- ١٧٤ القول الراجح .
- ١٧٥ المبحث السادس : في شرط نفى حل الاستمتاع .
- ١٧٥ عرض المذاهب .
- الأدلة :

- ١٧٦ أدلة القائلين بإبطال العقد .
أدلة القائلين بصحة العقد واختصار البطلان
- ١٧٧ على الشرط .
مناقشة الأدلة .
- ١٧٧ مناقشة الأدلة .
- ١٧٨ القول الراجح .
الفصل الثاني : في الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد .
وتحته أربع مباحث :
- ١٨٠ المبحث الأول : في اشتراط تملك المرأة أمر نفسها .
عرض المذاهب .
- ١٨٠ تفريق الحنفية بين بدءة الرجل و بدءة المرأة
بالإيجاب في قبول التملك .
- ١٨١ الصحيح أن الحنفية لم يقولوا بالتملك من حيث
كونه شرطاً . بخلاف ما ذهب إليه كثير من الباحثين .
- ١٨٢ الأدلة .
- ١٨٥ مناقشة الأدلة .
- ١٨٨ مناقشة قول الماوردي : ان شرط التملك يرفع مقصود
العقد من الاستدامة . وهي مهمة .
- ١٨٨ نتيجة المناقشة .
- ١٩١ المبحث الثاني : في اشتراط طلاق الضرة .
عرض المذاهب .
- ١٩٢ الراجح لدى الحنابلة صحة هذا الشرط ، وان أوهم
صاحب المغني خلاف ذلك . وكذا ابن القيم
- ١٩٣ رحمهما الله .
الأدلة .
- ١٩٣ أدلة القائلين ببطلان هذا الشرط .
- ١٩٤ أدلة الحنابلة على صحة هذا الشرط .

	مناقشة الأدلة .
	قياس شرط طلاق الضررة على شرط عدم الزواج
١٩٦	فيه نظر من وجوه .
١٩٧	نتيجة المناقشة .
	المبحث الثالث : في شرط نفى المهر .
١٩٨	عرض المذاهب .
٢٠٠	أدلة القائلين بإبطال العقد .
٢٠١	أدلة الذين اغتصروا البطلان على الشرط .
٢٠١	مناقشة الأدلة .
٢٠٤	هل المهر هو مقصود المرأة من العقد ؟
٢٠٥	القول الراجح .
	المبحث الرابع : في اشتراط اسقاط ما وجب شرعا لأحد
٢٠٦	الزوجين على الآخر .
٢٠٦	بيان هذه الواجبات .
٢٠٦	عرض المذاهب .
٢٠٨	أدلة بطلان هذه الشروط .
٢٠٩	أدلة القائلين بإبطال العقد بهذه الشروط .
٢٠٩	أدلة القائلين بصحة العقد مع هذه الشروط .
٢٠٩	مناقشة أدلة القائلين ببطلان العقد .
٢١١	القول الراجح .
٢١٢	الخاتمة .
٢١٥	جدول أهم المراجع .
٢٢٩	فهرست الموضوعات .
