المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم الفقه المقارن

تخريج الفروع من كتاب كشاف القناع

على القواعد الفقهية عند الحنابلة

(باب الشروط في النكاح)

" جمعاً ودراسةً "

بحث تكميلي مقدم للحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

بندر بن عبدالعزيز العمراني

إشراف فضيلة الشيخ

د. يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين

عضو هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية والأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

العام الجامعي : ١٤٣٢ / ١٤٣٣هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

المقـــدمة

واشتملت على :

- التعريف بعنوان البحث .
- أهمية البحث .
- أسباب اختياره .
- الدراسات السابقة .
- منهج البحث .
- خطة البحث .

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره ونتوب إليه ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلوات ربي وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد :

فإن الفقه في دين الله من آكد الواجبات وأهم المهمات، لأنه لا يمكن للإنسان أن يؤدي ما أوجب الله عليه ويترك ما حرم الله عليه ويتقرب إلى الله إلا بالعلم، فالعمل بدون علم ضلال كما أن العلم بدون عمل وبال، والله المستعان .

ومن نعم الله عز وجل أنه تكفل بحفظ هذا الدين، فقيض له عدولاً يحملونه ويحفظونه عن تحريف الغالين وانتحال المبطلين وتأويل الجاهلين، وفي مقدمتهم الصحابة الكرام قومٌ اختارهم الله لصُحبة نبيه الكريم صلوات ربي وسلامه عليه ورضي عنهم ورضوا عنه، ثم تبعهم التابعون وتربوا عليهم وأخذوا عنهم هذا الميراث العظيم، وتبعهم من بعدهم، وكل آتاه الله من فضله، فبذلوا أعمارهم في تحصيل العلم وبذله، فأصلوا وقعدوا وفرعوا، فجزاهم الله عن الأمة خيراً .

ولقد منّ الله –عزّ وجل– عليّ بالالتحاق بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في قسم الفقه المقارن الذي يعد البحث التكميلي فيه أحد متطلبات الحصول على درجة الماجستير، وكان من توفيق الله أن طرح قسم الفقه المقارن بالمعهد مشكوراً مشروعاً بحثياً يخدم كتاباً من أهم كتب المذهب الحنبلي بعنوان : تخريج الفروع من كتاب كشاف القناع على القواعد الفقهية عند الحنابلة فاشتركت في هذا المشروع، واخترت موضوع : تخريج الفروع من كتاب كشاف القناع على القواعد الفقهية عند الحنابلة (باب الشروط في النكاح) "جمعاً ودراسةً" .

أهمية البحث :

تظهر أهميته بتعلقه بعلم القواعد الفقهية الذي يُعد من أشرف العلوم، كما أن له أهمية ومكانة في أصول الشريعة، لذا فإن العلماء من سائر المذاهب أولوه عناية بالغة في تحصيله كتابته وتدوينه، وعليه فإن تخريج الفروع على القواعد الفقهية يستقي أهميته من أهمية القواعد الفقهية، وأيضاً فإن الفرع المخرج على القاعدة يكتسي قوة ومتانة من قوة القاعدة ومتانتها، ولأنه يوضح العلاقة بين الفروع، وهذه العلاقة هي مما يساعد على التعليل والفهم السليم وضبط الفروع في المذهب .

أسباب اختيار موضوع البحث :

١. أنه يربط الفروع بالأصول في المذهب التي بنيت عليها .

٢. حفظ وضبط الفروع في المذهب .

٣. تكوين الملكة الفقهية، وذلك بفهم مقاصد الأئمة في كلامهم في الفروع ودفع توهم التناقض .

٤. مكانة كتاب كشاف القناع عند متأخري الحنابلة، واعتماده في النظام القضائي السعودي.

٥. أهمية القواعد الفقهية .

٦. ما للشروط في النكاح من أهميةٍ فيه كما سيتضح -بإذن الله- من خلال البحث .

الدراسات السابقة :

بعد الرجوع إلى عدد من المكتبات والمراكز البحثية لم أجد من كتب في هذا الموضوع، خصوصاً في كتب الحنابلة، فالبحث بصورته التي تعتمد على تخريج الفروع على القواعد الفقهية يعتبر فريداً في بابه وليس له مثالٌ سابق، وهذا البحث كما أشرت سابقاً هو جزء من مشروعٍ بحثي مطروح في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء .

منهج البحث :

١- أذكر الفرع الفقهي والقاعدة المخرّج عليها، ثم أذكر دراسة الفرع فقهياً، ثم أشرح القاعدة فوجه تخريج الفرع على القاعدة .

٢- أصور المسألة تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها .

٣- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة .

٤- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي :

أ- تحرير محل النزاع إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق .

ب- أذكر الأقوال في المسألة مع بيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية .

ج- اقتصر على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح -رضي الله عنهم-، وإذا لم أقف على المسألة في مذهبٍ ما فأسلك بها مسلك التخريج .

د- توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية .

ه- استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن أمكن ذلك، وذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.

و- الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت .

٥- الاعتماد على أمهات المصادر الأصلية إن وجد فيها ما يغني عن غيرها وذلك في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع .

٦- التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد .

٧- العناية بضرب الأمثلة خاصة الواقعة .

٨- تجنب ذكر الأقوال الشاذة .

٩- العناية بدراسة ما جدَّ من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث .

١٠- ترقيم الآيات، وبيان سورها مضبوطة بالشكل .

١١- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب، والباب، والجزء، والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإذا كانت فيهما أو في أحدهما فأكتفي حينئذٍ بتخريجها منهما أو من أحدهما .

١٢- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها .

١٣- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة .

١٤- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالمادة، والجزء، والصفحة .

١٥- العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة، وللآثار، ولأقوال العلماء وتمييز العلامات أو الأقواس فيكون لكل منها علامته الخاصة.

١٦- ترجمة الأعلام بإيجاز بذكر اسم العلم، ونسبه، وتاريخ وفاته ومذهبه العقدي والفقهي، والعلم الذي اشتهر به، وأهم مؤلفاته، ومصادر ترجمته.

١٧- ختمت البحث بخاتمة متضمنة لأهم النتائج والتوصيات، وتعطي فكرة واضحة عما يتضمنه البحث .

١٨- أتبعت البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها وهي :

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث والآثار .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصادر .
- فهرس الموضوعات .

خطة البحث :

اشتملت خطة البحث على مقدمة، وتمهيد، وثلاثة فصول، وخاتمة، وفهارس .

المقدمة :

واشتملت على التعريف بعنوان البحث، وأهميته، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث .

التمهيد :

في تعريف التخريج والقواعد الفقهية والنكاح وشروطه . وتحته مبحثان :

المبحث الأول :

في تعريف التخريج والقواعد الفقهية . وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

في تعريف التخريج في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني :

تعريف القواعد الفقهية . وتحته فرعان :

الفرع الأول :

تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً وصفياً .

الفرع الثاني :

تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لقباً وعلماً .

المبحث الثاني :

في تعريف النكاح وشروطه . وتحته مطلبان:

المطلب الأول :

في تعريف النكاح في اللغة وفي الاصطلاح .

المطلب الثاني :

تعريف الشروط والفرق بين شروط النكاح والشروط في النكاح. وتحته فرعان :

الفرع الأول :

تعريف الشروط في اللغة وفي الاصطلاح .

الفرع الثاني :

الفرق بين شروط النكاح والشروط في النكاح .

الفصل الأول :

الشروط الصحيحة في النكاح واشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :

اعتبار الشرط المتقدم على العقد [1] تخريجاً على قاعدة : الشرط المتقدم على العقد بمنزله الشرط المقارن له[2]

وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ، ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

---

١ – من قوله –رحمه الله– : " (ومحل المعتبر منها) أي: من الشروط (صلب العقد) وكذا لو اتفقا عليه (قبله) " . كشاف القناع عن الإقناع (٣٦٣/١١) .

٢ – القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠٣) .

المسألة الثاني :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثاني :

صحة شرط المرأة عدم الزواج عليها[1] . تخريجاً على قاعدة : الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة[2]. وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثالث :

صحة شرط المرأة طلاق ضرتها [3] . تخريجاً على قاعدة : ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده[4] . وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

---

١ – من قوله: " أو شرط أن (لا يتزوج عليها ولا يتسرى) " . كشاف القناع (٣٦٤/١١) .

٢ – انظر: القواعد النورانية (٢٦٥) .

٣ – من قوله : " (أو شرط لها طلاق ضرتها) ... فهذا النوع صحيحٌ لازم " . كشاف القناع (٣٦٤/١١) .

٤ – انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف (٣٩٣/٢٠) .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

الفصل الثاني :

الشروط الفاسدة في النكاح . وتحته ثلاثة عشر مبحثاً :

المبحث الأول :

نكاح الشغار باطل [1] . تخريجاً على قاعدة : الولي عليه أن يتصرف لمصلحة المولى عليه[2] .

وتحته مطلبان:

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثاني :

نكاح المحلل باطل [3] . تخريجاً على قاعدة : كل شرط خالف حكم الله فهو باطل[4]. وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

---

١ – من قوله : " ولا تختلف الرواية عن أحمد : أن نكاح الشغار فاسد " . كشاف القناع (٣٦٨/١١) .

٢ – انظر : مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام (٤٠/٣٢) .

٣ – من قوله : " (بأن يتزوجها) أي المطلقة ثلاثاً (بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها) " .كشاف القناع (٣٧٠/١١) .

٤ – انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٤٨٦/٣) .

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثالث :

أثر اشتراط التحليل قبل العقد[1] . تخريجاً على قاعدة : الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقـــارن له[2] . وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الرابع :

نية الزوج التحليل تفسد العقد مالم يرجع عنها عند العقد[3] . تخريجاً على قاعدة: القصـــود في العقـــود معتبرة دون الألفاظ[4] . وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

---

١ – من قوله : " (أو اتفقا عليه) أي : على أنه متى أحلها للأول طلقها أو لا نكاح بينهما (قبله) " .كشاف القناع (٣٧٠/١١) .

٢ – انظر : القواعد النورانية (٣٠٣) .

٣ – من قوله : " (أو نوى) المحلل (ذلك) " . كشاف القناع (٣٧١/١١) .

٤ – انظر : إعلام الموقعين (١٥٩/٣) .

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الخامس :

نكاح التحليل لا تترتب عليه آثاره[1] . تخريجاً على قاعدة : المقابلة بنقيض القصد[2]. وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث السادس :

لو نوى الزوج عند العقد أنه نكاحُ رغبةٍ صح [3] . تخريجاً على قاعدة : القصود في العقود معتـــبرة دون الألفاظ[4]. وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

---

١ – من قوله : " (ولا يحصل به) أي : بنكاح المحلل (الإحصان ولا الإباحة للزوج الأول) " كشاف القناع (٣٧٤/١١) .

٢ – انظر: إعلام الموقعين (١٤٦/٣) .

٣ – من قوله : " (فلو شرط عليه قبل العقد أن يحلها لمطلقها) ثلاثاً وأجاب لذلك (ثم نوى عند العقد غير ما شرطوا عليه وأنه نكـــاح رغبة صح) " كشاف القناع (٣٧٤/١١) .

٤ – انظر: إعلام الموقعين (١٥٩/٣) .

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث السابع :

لو زوج عبده بمطلقته ثلاثاً ليحلها له لم يصح[1] . تخريجاً على قاعدة : المقابلة بنقيض القصد[2].

وتحته مطلبان:

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثامن :

عدم أثر نية الزوجة في التحليل[3] . تخريجاً على قاعدة : من لا فرقة بيده لا أثر لنيته[4]. وتحته مطلبان:

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

---

١ – من قوله : " (لو زوج) المطلق ثلاثاً (عبده بمطلقته ثلاثاً ثم وهبها العبد أو بعضه لينفسخ نكاحها لم يصح النكاح نصاً وهو كمحلل نيته كنية الزوج) " كشاف القناع (٣٧٦/١١) .

٢ – انظر : إعلام الموقعين (١٤٦/٣) .

٣ – من قوله : " (ولو دفعت) مطلقة ثلاثاً (مالاً هبة لمن تثق به ليشتري مملوكاً وزوجه بها أو وهبه لها انفسخ النكاح و لم يكن هناك تحليل مشروط ...) "كشاف القناع (٣٧٦/١١) .

٤ – انظر: الفروع لابن مفلح (٢٦٥/٨) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث التاسع :

نية الزوج المتعة تفسد العقد ولو لم يتلفظ به [1] . تخريجاً على قاعدة: القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ[2] . وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث العاشر :

شرط الطلاق في النكاح يفسده[3] . تخريجاً على قاعدة : كل شرط خالف حكم الله فهو باطل[4]، وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

---

١ – من قوله : " (وإن نوى) الزوج (بقلبه) أنه نكاح متعة من غير تلفظ بشرط (فكالشرط نصا) " كشاف القناع (٣٧٨/١١) .

٢ – انظر: إعلام الموقعين (١٥٩/٣) .

٣ – من قوله : " (وإن شرط) الزوج (في النكاح طلاقها في وقت ولو مجهولاً فهو كالمتعة) فلا يصح " . كشاف القناع (٣٧٩/١١) .

٤ – انظر: إعلام الموقعين (٤٨٦/٣) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الحادي عشر :

لا يثبت بعقد المتعة شيء قبل الدخول[1] . تخريجاً على قاعدة : العقد الفاسد وجوده كعدمه[2].

وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثاني عشر :

يثبت مهر المثل في عقد المتعة بالدخول [3] . تخريجاً على قاعدة : ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد[4]، وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

---

١ – من قوله : " (وإن لم يدخل بها في عقد المتعة ... ولا شيء عليه) من مهر ولا متعه " . كشاف القناع (٣٧٩/١١) .

٢ – انظر: المغني لابن قدامة (٣٥١/٩) .

٣ – من قوله : " (وإن دخل بها) : أي بمن نكحها نكاح متعة (فعليه مهر المثل وإن كان فيه مسمى) " . كشاف القناع (٣٧٩/١١) .

٤ – انظر : مجموع الفتاوى (٢٧٤/٣٠) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثالث عشر :

نكاح المتعة لا تترتب عليه آثاره[١] . تخريجاً على قاعدة : العقد الفاسد وجوده كعدمه[٢]. وتحته مطلبان:

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

الفصل الثالث :

أثر تخلف الشرط الصحيح في النكاح ، وتحته ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :

يثبت الخيار بتخلف الصفة في النكاح[٣] . تخريجاً على قاعدة : لا ضرر ولا ضرار[٤]. وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

---

١ – من قوله : " (ولا يثبت به) أي : بنكاح المتعة (إحصان ...) " . كشاف القناع (٣٧٩/١١) .

٢ – انظر : المغني (٣٥١/٩) .

٣ – تخريج قوله : " (فإن تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية ... فله الخيار في فسخ النكاح) " كشاف القناع (٣٨٢/١١) .

٤ – انظر : القواعد والأصول الجامعة للسعدي، القاعدة الخامسة عشر .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثاني :

إذا تخلفت الصفة المشروطة واستقر المهر رجع الزوج به على الغار له[١] . تخريجاً على قاعدة: لا ضرر ولا ضرار[٢]. وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المبحث الثالث :

رجوع المغرور على الغار له مقيدٌ بذكر الشرط ولو تقدم الشرط العقد[٣] . تخريجاً على قاعدة : الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له[٤]، وتحته مطلبان:

---

١ – من قوله : " (ويرجع) الزوج (بذلك) أي : الفداء (و) يرجع (بالمهر على من غره) " . كشاف القناع (٣٨٤/١١) .

٢ – انظر : القواعد والأصول الجامعة، القاعدة الخامسة عشر .

٣ – من قوله : " (وشرط رجوعه على الغار أن يكون قد شرط له أنها حرة ولو لم يقارن الشرط العقد) بأن تقدم عليه " . كشاف القناع (٣٨٦/١١) .

٤ – انظر : القواعد النورانية (٣٠٣) .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

الخاتمة :

واشتملت على أبرز نتائج البحث والتوصيات .

الفهارس :

فهرس الآيات القرآنية .

فهرس الأحاديث والآثار .

فهرس الأعلام .

فهرس المصادر والمراجع .

فهرس الموضوعات .

والله أسأل جل في علاه أن يوفقني للعلم النافع والعمل الصالح والمسلمين، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم .

التمهيـــد

في تعريف التخريج والقواعد الفقهية والنكاح وشروطه.

وتحته مبحثان :

- **المبحث الأول :**

في تعريف التخريج والقواعد الفقهية

- **المبحث الثاني :**

في تعريف النكاح وشروطه .

المبحث الأول :

في تعريف التخريج والقواعد الفقهية .

وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

تعريف التخريج في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني :

تعريف القواعد الفقهية ، وتحته فرعان :

الفرع الأول :

تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً .

الفرع الثاني :

تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لقباً وعلماً .

المطلب الأول :

تعريف التخريج في اللغة والاصطلاح .

التخريج في اللغة :

مصدر خَرَّج، وهو يفيد التعدية لئلا يحصل الخروج ذاتياً، ويدل على أصلين :

- الأول : النفاذ عن الشيء .
- الثاني : اختلاف لونين[1].

أما التخريج في الاصطلاح :

فإن له عدة معاني فإن لكل فن معنى أو أكثر يصطلحون على استعمال لفظ (التخريج) دلالة عليه، فهو إذاً لم يقتصر استعماله على أهل الأصول والفقه، بل استعمله غيرهم كالمحدثين، وأهل اللغة.

فأهل اللغة يستعملون لفظ (التخريج) ويريدون به التبرير، والتعليل، وإيجاد الوجوه المناسبة للمسائل الخلافية بخاصة[2].

فـ(التخريج) عندهم هو : "تبرير لإشكال، أو دفع له"[3].

وله أيضاً عند المحدثين عدة إطلاقات ، من أبرزها :

الإطلاق الأول :

معرفة حال الراوي والمروي ومخرجه وحكمه صحة وضعفاً بمجموع طرقه وألفاظه[4].

---

١ – راجع لسان العرب، مادة (خرج) والقاموس المحيط ومعجم مقاييس اللغة، كلاهما بنفس المادة .

٢ – انظر : معجم المصطلحات النحوية والصرفية، للبدي (٧٣) .

٣ – انظر : المرجع السابق (٧٤)

٤ – انظر:التأصيل لأصول التخريج لبكر أبو زيد (٤١/١)، وقد ذكر – رحمه الله – عدة إطلاقات للتخريج عند المحدثين في (٥٥/١).

الإطلاق الثاني :

الإشارة إلى كتابة الساقط من المتن في الحواشي، وهو المسمى بالاحق[1].

أما عن استعماله لدى الأصوليين والفقهاء فهو كذلك يأتي لإطلاقات متعددة[2]:

الإطلاق الأول :

يراد به التوصل إلى أصول الأئمة وقواعدهم التي بنوا عليها ما توصلوا إليه من أحكام في المسائل الفقهية المنقولة عنهم، وذلك من خلال تتبع الفروع الفقهية، وهو ما يعرف بـ(تخريج الأصول من الفروع) .

الإطلاق الثاني :

ويطلق (التخريج) على رد الخلافات الفقهية إلى القواعد الأصولية وهو ما اصطلح على تسميته بـ(تخريج الفروع على الأصول) .

الإطلاق الثالث :

كما يطلق (التخريج) ويراد به الاستنباط المقيد، أي بيان رأي الإمام في المسائل الجزئية التي لم يرد عنه فيها نص، عن طريق إلحاقها بما يشبهها من المسائل المروية عنه، أو بإدخالها تحت قاعدة من قواعده، وهو ما يعرف بـ(تخريج الفروع من الفروع) .

الإطلاق الرابع :

يطلق (التخريج) ويراد به التعليل، أو توجيه الآراء المنقولة عن الأئمة وبيان ماخذهم فيها، ومنه ما يسمى بـ (تخريج المناط) .

---

١ – انظر : شرح ألفية العراقي للسيوطي (٢٧٦) .

٢ – انظر : التخريج عند الفقهاء والأصوليين، للشيخ : د. يعقوب الباحسين(١١).

المطلب الثاني :

تعريف القواعد الفقهية .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً وصفياً.

قبل التعريف بمصطلح (القواعد الفقهية) يحسن التعريف بما تركب منه، إذ هو مركب من كلمتي (قواعد) و (فقهية)، ولذا جاء هذا الفرع .

فـــ(القواعد) في اللغة :

جمع قاعدة، ولها في اللغة عدة معان تدور في مجملها حول معنى الاستقرار والثبات، فالقاعدة من قعد وهو أصل مطرد يفيد الاستقرار، والقاعدة: أصل الأس وأساس البناء، وقواعد البيت أساسه، سميت بذلك لأن البيت يثبت بها ويستقر عليها، وقعيدة الرجل: امرأته القاعدة في بيته، سميت بذلك لكثرة قرارها[1].

أما تعريف (القواعد) في الاصطلاح :

فقد اختلف العلماء في حدها على عدة تعريفات منها :

١- القضايا الكلية[2].
٢- قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها[3].
٣- الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته[4].

---

١ – انظر : لسان العرب مادة (قعد) وكذلك معجم مقاييس اللغة نفس المادة .

٢ – هذا تعريف صدر الشريعة ، انظر : شرح التلويح على التوضيح (٤٥/١) .

٣ – انظر : التعريفات للجرجاني باب (القاف) .

٤ – انظر : المصباح المنير، كتاب (القاف).

والذي يظهر أن تعريف (القواعد) بأنها قضايا كلية أرجح، وذلك لأن الذين عرفوا (القواعـــد) زادوا في تعريفها بما ليس من ماهيتها، ولأن كل قضية كلية لا تكون كذلك إلا وهي شاملة لجزئيات موضوعها، والحكم فيها حكم على هذه الجزيئات[١].

شرح التعريف المختار :

(قضايا) : جمع قضية وهي ما يحتمل الصدق أو الكذب لذاته.

(كلية) : أي هي المحكوم فيها على كل فرد فيها.

أما (الفقهية) :

فهي صفة للقواعد، وهي مشتقة من الفقه والفقه في اللغة :

الفاء والقاف والهاء أصلٌ واحد صحيح يدل على إدراك الشيء والعلم به[٢].

والفقه في الأصل الفهم، يقال أوتي فلان فقهاً في الدين أي فهما فيه[٣].

أما تعريفه في الاصطلاح فقد عرف بتعاريف عدة من أشهرها :

العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية[٤].

شرح التعريف :

(العلم) : جنس في التعريف لإخراج ما ليس بعلم .

(الأحكام): قيد أخرج به ما ليس بحكم .

(الشرعية) : قيد ثان لإخراج ما سواها، كالحسابية .

(التفصيلية) : يخرج به الأدلة الإجمالية لأنها من مباحث أصول الفقه .

---

١ – انظر : عرض تعاريف (القاعدة) ومناقشتها والتعليل، القواعد الفقهية للباحسين (٣٢) وما بعدها .

٢ – انظر : معجم مقاييس اللغة مادة (الفقه).

٣ – انظر : مادة (الفقه) في لسان العرب والمعجم الوسيط والمصباح المنير .

٤ – انظر : التعريفات للجرجاني، باب (الفاء) ، ونهاية السول (١٦/١) فإنه ذكر التعريف مع بيان محترزاته .

الفرع الثاني :

تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لقباً وعلماً .

عرفت (القواعد الفقهية) باعتبارها لقباً لهذا العلم بتعريفات مختلفة[1]، وذلك الاختلاف مبني على الاختلاف في معنى القاعدة فمن عبر بالكلية في القاعدة ذكره في تعريفه، ومن عبر بالأغلبية كذلك، وبما أن التعريف المختار للقاعدة هو أنها قضية كلية، فإنه يضاف إليه ما يخص الفقه لتختص به دون غيره عند إطلاقها، فيقال: القواعد الفقهية هي القضايا الكلية الفقهية.

شرح التعريف :

القضايا: جمع قضية، وهي ما يحتمل الصدق والكذب لذاته .

الكلية : المحكوم فيها على كل فرد فيها .

الفقهية : قيد أخرج القواعد غير الفقهية، كالأصولية والنحوية .

---

١ – انظر : القواعد للمقري (٢١٢/١)، وغمز عيون البصائر الحموي (٢٢/١)، والقواعد الفقهية للباحسين(٣٩).

المبحث الثاني

تعريف النكاح وشروطه في اللغة وفي الاصطلاح .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

تعريف النكاح في اللغة وفي الاصطلاح .

المطلب الثاني

تعريف الشروط والفرق بين شروط النكاح والشروط في النكاح.

وتحته فرعان :

الفرع الأول :

تعريف الشروط في اللغة وفي الاصطلاح .

الفرع الثاني :

الفرق بين شروط النكاح والشروط في النكاح .

المطلب الأول :

تعريف النكاح، وشروطه في اللغة وفي الاصطلاح .

النكاح في اللغة :

من نكح، وهو أصل واحد يدل على البضاع[1]، ويطلق على العقد وعلى الوطء[2]، كما أنه يطلق في اللغة ويراد به الضم، فيقال: تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض[3].

النكاح في الاصطلاح :

لقد اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في تعريف النكاح اصطلاحاً، وهذا الاختلاف في التعريف راجع إلى اختلافهم في حقيقة المعقود عليه، أهو ملك المتعة، أم إباحتها؟ وهل ينعقد بكل لفظ يدل عليه؟ أم لابد من لفظ (الإنكاح) أو (التزويج) ؟

---

١ – انظر: معجم مقاييس اللغة مادة (نكح) .

٢ – انظر: لسان العرب، والقاموس المحيط، كلاهما تحت مادة (نكح)، فالنكاح في اللغة يطلق على الوطء، وعلى العقد، ولقد اختلف العلماء في أيهما الحقيقي والمجازي على ثلاثة أقوال، الأول: أنه حقيقة فيهما، والثاني: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، والثالث: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، انظر: خلاف الفقهاء في ذلك: المبسوط (١٩٢/٤)، وشرح الخرشي (١٦٥/٣) ومغني المحتاج (١٣٣/٣) والمغني (٣٣٩/٩) .

٣ – انظر: المصباح المنير للفيومي مادة (نكح) .

فمن تلك التعاريف :

١- عند الحنفية قولهم هو : "عقد يفيد ملك المتعة"[١].

٢- وعند المالكية هو : "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم، وغير مجوسية، وغير أمة كتابية"[٢].

٣- وعند الشافعية : "عقد يتضمن إباحة وطء، بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته"[٣].

٤- وعند الحنابلة : "عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة"[٤].

---

١ - انظر: حاشية ابن عابدين (٧/٨) .

٢ - انظر : الشرح الصغير للدرير (٣٣٢/٢) .

٣ - انظر : نهاية المحتاج للرملي (١٧٦/٦) .

٤ - انظر : الروض المربع للبهوتي (٣٦٠) .

المطلب الثاني :

تعريف الشروط والفرق بين شروط النكاح والشروط في النكاح. وتحته فرعان :

الفرع الأول : تعريف الشروط في اللغة وفي الاصطلاح .

الشروط في اللغة :

الشروط جمع شرْط، والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط[١].

والشرط – بفتح الراء– : العلامة والجمع أشراط ومنه أشراط الساعة، أي: علاماتها، وشرط الحاجم لأن ذلك علامة وأثر[٢].

ولعل الشرط في البيع ونحوه سمي بذلك لأثره فيه، وهو ما عبروا عنه بإلزام الشيء والتزامه، فيكون أصله العلامة[٣].

الشروط في الاصطلاح :

للشرط عند العلماء تعاريف عدة منها :

"ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده"[٤]

ومن أشهر التعاريف عند الأصولين :

" ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، ولا عدم لذاته"[٥]

---

١ – انظر: لسان العرب، والقاموس المحيط، كلاهما تحت مادة (شرط) .

٢ – انظر: معجم مقاييس اللغة، والمصباح المنير، كلاهما في مادة (شرط) .

٣ – بعض أهل اللغة فرق بين (الشرْط) وبين (الشرَط) وبعضهم أجمل و لم يفرق فجعل الأصل (الشرَط) وهو العلامة ولعله الراجح لما ذكر في المتن من التعليل، وللنظر في ذلك أنظر المراجع اللغوية السابقة .

٤ – انظر التعريفات للجرجاني باب الشين (١٦٦) .

٥ – انظر: التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي (٤٢٧) فإنه ذكره وذكر تعاريف عدة، وأيضاً انظر هذا التعريف في التحبير للمرداوي (١٠٦٨/٣)، والفروق للقرافي (٦٩/١) طبعة المكتبة العصرية، والحكم الشرعي للباحسين (٤٤٠)

شرح التعريف :

قولهم : (ما يلزم من عدمه العدم) : قيد يخرج به المانع، فإنه لا يلزم من عدمه شيء.

وقولهم : (لا يلزم من وجوده الوجود ولا عدم) : هذا قيد ثان يخرج السبب، لأنه يلزم من وجوده الوجود، وأيضاً يخرج المانع، لأن المانع يلزم من وجوده العدم.

قولهم : (لذاته) : قيد احترز به عن مقارنة الشرط وجود السبب، فيلزم الوجود، أو مقارنة قيام المانع، فيلزم عدم الوجود، لكن لا لذاته، بل لأمر خارجي وهو مقارنة السبب أو قيام المانع[1].

الفرع الثاني : الفرق بين شروط النكاح والشروط في النكاح :

١- أن شروط النكاح من وضع الشارع، أما الشروط في النكاح فهي من وضع المتعاقدين، وعليه فإن شروط النكاح لا يصح إسقاطها، أما الشروط في النكاح فيصح لمن شرطها إسقاطها .

٢- أن شروط النكاح يتوقف عليها صحة العقد، أما الشروط في النكاح فيتوقف عليها الإلزام به.

٣- أن شروط النكاح كلها صحيحة، لأنها من وضع الشارع، أما الشروط في النكاح فمنها الصحيح ومنها الفاسد[2].

---

١ – انظر شرح محترزات التعريف في :الفروق للقرافي (١٩/١) والمهذب في علم أصول الفقه للنملة (٤٣٣/١) .

٢ – هذه أبرز وأهم الفروق بين شروط النكاح والشروط في النكاح، انظرها في : الفروق للقرافي (٦٢/١) طبعة عالم الكتب، والشرح الممتع لابن عثيمين (٤٨/١٢)، والروض المربع بحاشية الطيار والمشيقح (٩٥/٦) .

الفصل الأول

الشروط الصحيحة في النكاح .

واشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :

اعتبار الشرط المتقدم على العقد تخريجاً على قاعدة : الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له .

المبحث الثاني :

صحة شرط المرأة عدم الزواج عليها . تخريجاً على قاعدة : الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة .

المبحث الثالث :

صحة شرط المرأة طلاق ضرتها . تخريجاً على قاعدة : ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده .

المبحث الأول

اعتبار الشرط المتقدم على العقد تخريجاً على قاعدة : الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية.

ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

هي أن يتفق طرفا العقد قبله على شرط، ثم يجريانه دون ذكر لما اتفقا عليه، فلا يذكر في صلب العقد لا بإلغاء ولا بإثبات، فهل يعد ما تشارطا عليه قبل العقد كالموجود في صلب العقد فيؤثر فيه؟ أم لا ؟

اختلف العلماء – رحمهم الله – في ذلك على قولين مشهورين[1]:

القول الأول :

أن الشرط قبل العقد لا يعتد به .

وهذا القول مروي عن أبي حنيفة – رحمه الله – [2][3]، وهو المذهب عند الشافعية[4]، ورواية عند الحنابلة[5].

---

١ – انظر : الفتاوى لابن تيمية (٣٥٣/٢٩) فإنه نص في هذا الموضع على أن الخلاف على قولين، وفي موضع آخر ذكر قولاً ثالث، وو الفرق الذي يجعل العقد غير مقصود كبيع التلجيئة فيمنع وبين الشرط الذي لا يخرجه عن أن يكون مقصوداً كشرط الخيار فيصح. أنظره في الفتاوى (١٦٦/٣٢)، وفي بيان الدليل على بطلان التحليل (٤٤٢)، وفي شرح الزركشي على مختصر الخرقي (١٤٢/٥) .

٢ – هو النعمان بن ثابت بن زوطى الكوفي التيمي، الإمام العلم أحد أئمة المذاهب الأربعة، ولد بالكوفة سنة (٨٠هـ) أخذ عن حماد ابن أبي سليمان، ألفت في سيرته مؤلفات عدة، توفي ببغداد سنة (١٥٠هـ)، من مؤلفاته: (الفقه الأكبر) و (العلم والمتعلم) و (الرد على القدرية) ، أنظر ترجمته في : الفهرست (٣٤٢) وطبقات الفقهاء (٨٣) وأخبار أبي حنيفة وأصحابه (١–٩٠) .

٣ – انظر : المبسوط (١٢٢/٢٤)، وبدائع الصنائع (٣٠/٧) .

٤ – انظر : المنثور للزركشي (٤١٢/١) والحاوي الكبير (٣١٢/٥) والمجموع للنووي (٤٦١/٩) .

٥ – انظر : شرح الزركشي على مختصر الخرقي (١٤٢/٥) .

القول الثاني :

أن الشرط قبل العقد كالشرط في صلب العقد .

وهذا القول رواية أخرى عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف [١] ومحمد بن الحسن [٢][٣]، وهو مذهب المالكية[٤]، ووجه عند الشافعية[٥]، وهو المذهب عند الحنابلة[٦].

سبب الخلاف :

يرجع سبب الخلاف إلى اعتبار القصد في العقد، فمن اعتبر القصد في العقد اعتد بالشرط المتقدم وعمل به، ومن لم يعتبر القصد في العقد فإنه لا يعتد بالشرط المتقدم على العقد ولا يعمل به[٧].

---

١ – هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري القاضي أبو يوسف، صاحب أبي حنيفة، فقيه أصولي محدث عالم بالتفسير، أخذ عن ابن أبي ليلي ثم عن أبي حنيفة، وروى عنه أحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن ويحيى بن معين، توفي ببغداد سنة (١٨٢هـ)، ومن مؤلفاته : (الخراج) و (البيوع)، أنظر ترجمته في : الفهرست (٣٤٤)، وطبقات الفقهاء (١٢٨) .

٢ – هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، أبو عبدالله، صاحب أبي حنيفة أخذ عنه الفقه ولي القضاء، توفى بالري سنة (١٨٩هـ)، ومن مؤلفاته : (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) و (السير الكبير)، أنظر ترجمته في : الفهرست (٣٤٥) وتاج التراجم (١٨٧) .

٣ – انظر : المبسوط (١٢٢/٢٤–١٢٤)، وبدائع الصنائع (٢٩/٧) .

٤ – انظر : حاشية الدسوقي (٦٩/٣–٧٤)، وحاشية العدوي (٦٧/٢)، والشرح الصغير (٤٧٢/٢) .

٥ – انظر : المنثور للزركشي (٤١٢/١) .

٦ – انظر : الفتاوى (١٦٦/٣٢) وشرح الزركشي (١٤٢/٥) والإنصاف مع الشرح الكبير (٣٨٩/٢٠) .

٧ – انظر : إعلام الموقعين (٦١٤) ط. دار طيبة .

الأدلة في المسألة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

أن مطلق فعل المسلم المكلف محمول على الصحة وما يحل شرعاً، وعند الاطلاق – أي في العقد– يجب حمل كلامه عليه، فلا يجوز إلغاء كلامه مع إمكان تصحيحه[1].

ونوقش :

بأن المتعاقدين ما تواضعا إلا ليبنيا على تلك المواضعة، فهذا هو الظاهر من حالهما، فالإطلاق وعدم إظهار ما يخالفه في العقد إنما هو بناءً على ما تقدم منهما فحمل عليه[2].

الدليل الثاني :

أن الشرط المعتبر هو الشرط المذكور في صلب العقد، أما المتقدم فهو وعد أو خبر فيكون لغواً، وحينئذ لا يعتد به[3].

ونوقش :

بأن هذا استدلال بمحل النزاع، والاستدلال بمحل النزاع لا يصح، فكون الشرط المتقدم لغواً هذا هو محل النزاع، فكيف يستدل به عليه .

---

١ – انظر: المبسوط (١٢٢/٢٤) .

٢ – انظر هذه الإجابة بتصرف في المبسوط (١٢٣/٢٤) .

٣ – انظر: المجموع للنووي (٤٦١/٩) .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

استدلوا بعموم الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط، والشروط المتقدمة المتفق عليها فرد من أفراد العموم إذ لا مخصص، ومن ذلك : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[1].

ومن الوفاء بالعقد الوفاء بشروطه، والشرط قبل العقد من جملة ذلك .

ومن الأحاديث قوله ﷺ : (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)[2]، وقولهﷺ : (المسلمون على شروطهم)[3].

فإن هذين الحديثين يتناولان الشروط الصحيحة في العقود سواءً كانت في صلبه، أو تقدمت عليه إذ هي من جملة ما اتفق عليه الطرفان[4].

---

١ – سورة المائدة آية (١) .

٢ – أخرجه البخاري، واللفظ له، في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح، برقم (٢٧٢١) في (١٩٠/٣)، وأخرجه مسلم، في كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، برقم (١٤١٨) وصفحة (٥٥٨) .

٣ – علقه البخاري بصيغة الجزم، في كتاب الإجارة، باب أجرة السماسرة (٩٢/٣)، ووصله أبو داود، في كتاب الأقضية باب في الصلح برقم (٣٥٩٤) وصفحة (٥٥٣)، والحديث صححه الألباني في الإراواء برقم (١٣٠٣) في (١٤٥/٥) .

٤ – انظر : بيان الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية (٤٤٤) .

الدليل الثاني :

استدلوا بالسنة الفعلية، قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله –[1]: "ومن تأمل العقود التي كانت تجري بين النبي ﷺ وغيره، مثل عقد البيعة الذي كان بينه وبين الأنصار ليلة العقبة، وعقد الهدنة الذي كان بينه وبين قريش عام الحديبية، وغير ذلك: علم أنهم اتفقوا على الشروط ثم عقدوا العقد بلفظ مطلق"[2].

الدليل الثالث :

أن الشرط المتقدم على العقد هو بمثابة العرف بين المتعاقدين، فينصرف إليه العقد عند الإطلاق، كما ينصرف الدرهم والدينار في العقود على المعروف بينهما[3].

الترجيح :

من خلال عرض الخلاف والأدلة في المسألة وما أورد من مناقشة، يترجح القول الثاني، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المعارضة، ولما ورد على أدلة المخالف من مناقشة.

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وله ثمرة في كثير من الفروع وعلى الخصوص في كتابي النكاح والبيوع، من ذلك :

---

١ – هو أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام بن عبدالله بن أبي القاسم بن تيميه الحراني الدمشقي الحنبلي، تقي الدين أبو العباس، ولد سنة (٦٦١هـ) بحران، سمع من الشمس الحنبلي والمجد وابن عساكر وأحمد بن عبدالدائم المقدسي وغيرهم، برع في علم العقيدة والفقه وأصوله وفي الحديث، حتى اشتهر بشيخ الإسلام، توفي سنة (٧٢٨هـ)، من مؤلفاته: (الرد على الفلاسفة)، (شرح حديث النزول)، (بيان الدليل على بطلان التحليل)، انظر ترجمته في: شذرات الذهب (٨٠/٣) والدرر الكامنة(١٧٠/١) وتسهيل السابلة (١٠٠٣/٢) .

٢ – الفتاوى (١٦٦/٣٢) .

٣ – هذه أبرز وأقوى الأدلة لأصحاب هذا القول، وللمزيد انظر: بيان الدليل (٤٤٤)، وقد أشار ابن القيم – رحمه الله – إلى أن قاعدة الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له، وقاعدة سد الذرائع، وقاعدة القصود في العقود معتبرة، متلازمة، فمن سد الذرائع اعتبر المقاصد وقال بتأثير الشرط متقدماً أو مقارناً، ومن لا فلا، ولا يمكن إبطال واحدة منها إلا بإبطال جميعها، ثم ذكر الدلائل على قاعدة سد الذرائع، إعلام الموقعين (٦٨٤) ط. دار طيبة، وحينئذٍ تكون أدلة قاعدتي سد الذرائع، والقصود في العقود معتبرة، أدلة على قاعدة الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له .

١- لو شرط التحليل قبل العقد، ثم عقدا بعد ذلك، فإن العقد يبطل على القول الراجح، أما القول الآخر فإنه لا يبطله بناءاً على عدم اعتبار الشرط المتقدم عنده .

٢- لو شرطت المرأة ألا يتزوج عليها وكان هذا الشرط قبل العقد، وحين العقد لم يذكر، فإن القول الراجح يعتد بهذا الشرط، أما القول المرجوح فلا يعتد به.

٣- لو شرطت المرأة تمكينها من الدراسة، أو العمل، وقبل الزوج، وكان هذا قبل العقد، ثم أجري العقد دون ذكرٍ له، فالاعتداد بهذا الشرط المتقدم ينبني على الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

المعنى الإفرادي للقاعدة :

(**الشرط**) : المراد به الشرط الجعلي، الموضوع من المتعاقدين .

(**المتقدم على العقد**) : المتفق عليه قبل العقد و لم يذكر في صلبه .

(**بمنزلة**) : أي : في الاعتداد به من حيث الأثر واللزوم .

(**المقارن له**) : أي المذكور في صلب العقد .

المعنى الإجمالي للقاعدة :

تدل هذه القاعدة على أن ما يتفق عليه المتعاقدون من شروط قبل العقد تنزل منزلة الشروط المـــذكورة في صلب العقد، فتكون معتبرة ومؤثرة في العقد من حيث الصحة والفساد ومن حيث اللزوم فيبنى عليها إلزام أحد الطرفين للآخر أو عدمه[1].

أما دليل القاعدة : فقد تقدم في ذكر الخلاف في الفرع الفقهي[2].

---

١ – انظر : القواعد النورانية (٣٠٣)، وبيان الدليل (٤٩٤) .

٢ – راجع صفحة (٣٥) فإن أدلة القول الراجح في المسألة هي أدلة القاعدة .

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة :

اعتبار الشرط المتقدم على العقد[1]، هي مسألة خلافية بين أهل العلم كما تقدم[2]، ومن اعتبره عبر عنه بهذه القاعدة، فقال : الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له، وهذا واضح[3].

---

١ – انظر: كشاف القناع (٣٦٣/١١) .

٢ – راجع صفحة (٣٢) .

٣ – انظر : القواعد النورانية (٣٠٣) .

المبحث الثاني

صحة شرط المرأة عدم الزواج عليها. تخريجاً على قاعدة : الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة .

وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

تتضح فيما لو شرط في عقد النكاح ألا يتزوج عليها[1]، فهل يصح هذا الشرط؟ فيثبت لها الفسخ بمخالفته. أم أنه شرطٌ فاسد؟

الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أن هذا الشرط شرطٌ صحيح.

وإلى هذا ذهب الحنابلة[2]، وعند المالكية كراهية هذا الشرط، ولا يلزم به إلا إذا علق بيمين[3].

القول الثاني :

أن هذا الشرط شرط فاسد لا يصح .

وإلى هذا ذهب الحنفية[4]، والمالكية،[5] والشافعية[6]، وهو رواية عند الحنابلة[7].

---

١ – هذه صورة المسألة ومثال في المذهب على صحة شرط ما تنتفع به المرأة، ومثله : شرط ألا يتسرى أو لا يخرجها من بلدها، ونحو ذلك، انظر: كشاف القناع (٣٦٤/١١) .

٢ – انظر: المغني (٢٦٤/٩)، والشرح الكبير مع الإنصاف (٣٩٠/٢٠) وإعلام الموقعين (٤٢٨/٣) .

٣ – انظر: القوانين الفقهية (١٦٥)، وبلغة السالك (٢٨٧/٢)، فالشرط عندهم غير مؤثر إلا إذا علق بيمين أو طلاق أو عتاق، ولذا قال المرداوي بأن هذا الشرط من مفردات المذهب الإنصاف (٣٩٠/٢٠) .

٤ – انظر المبسوط (٩٠/٥)، وتبين الحقائق (١٤٩/٢) .

٥ – انظر: القوانين الفقهية (١٦٥)، وبلغة السالك (٢٨٧/٢) .

٦ – انظر : روضة الطالبين (٢٦٤/٧)، ومغني المحتاج (٢٢٦/٣)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢٨١/٣) .

٧ – ذكرها في الانصاف بصيغة التضعيف فقال : "وحكى القاضي الحسين عن شيخه أبي جعفر رواية أنه لا يصح شرط ألا يسافر بها ولا يتزوج ولا يتسرى عليها" (٣٩٠/٢٠-٣٩١) ، وانظر ايضاً في شرح الزركشي (١٤٠/٥).

سبب الخلاف في المسألة :

هو معارضة العموم والخصوص، فأما العموم فحديث : (ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل)[1]، وأما الخصوص فحديث : (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)[2][3].

الأدلة في المسألة :

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول، القائلين بصحة هذا الشرط، بأدلة من أبرزها:

الدليل الأول:

قوله ﷺ : (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)[4].

وجه الدلالة من الحديث :

أن المرأة لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط، والحديث جاء صريحاً في الوفاء به، فكان شرطها إياه صحيحاً.

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : (المسلمون عند شروطهم)[5].

---

١ – أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء برقم (٢٧٢٩) في (١٩٢/٣)، وأخرجه مسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم (١٥٠٤) وصفحة (٦١٠) .

٢ – سبق تخريجه في صفحة (٣٥) .

٣ – انظر : بداية المجتهد (١١٣/٣) .

٤ – سبق تخريجه في صفحة (٣٥).

٥ – سبق تخريجه في صفحة (٣٥) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الحديث جاء بالأمر بالوفاء بالشروط، ومنها الشروط في النكاح، وشرط المرأة عدم الزواج عليها من جملتها ولا مخرج له عن ذلك[1].

الدليل الثالث :

أن شرط المرأة عدم الزواج عليها هو مما لها فيه منفعة مقصودة، ولا يمنع المقصود من العقد، فكان شرطها إياه صحيحاً[2].

الدليل الرابع :

استدلوا بأقضية الصحابة – رضي الله عنهم – وأقوالهم[3]، ومن ذلك :

- قضاء عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – في رجل شرط لامرأته دارها، ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر، فقال : لها شرطها، فقال الرجل : إذاً يطلقننا، فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط[4].

وشرط المرأة عدم الزواج عليها كشرطها دارها .

---

١ – انظر : الفروع (٢٥٩/٨) وكشاف القناع (٣٦٣/١١) .

٢ – انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف (٣٩٢/٢٠) .

٣ – بل إنهم قالوا بأن الدليل على صحته الإجماع السكوتي من الصحابة، ولكن حكاية الإجماع فيها نظر وكذلك أقضيتهم وأقوالهم – رضي الله عنهم – وذلك أن الإجماع السكوتي وقول الصحابي كلاهما منازع في حجيته، هذا من وجه والوجه الآخر أنه نقل عن بعض الصحابة بل عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – وضع مثل هذا الشرط وعدم الاعتداد به، وإذا كان كذلك فلا يصح الاستدلال بأقوال الصحابة دون بعض، ولا يسلم أن من صحح هذا الشرط من الصحابة لم يخالف، والترجيح بين أقوالهم من حيث السند مما يطول انظر ذلك في مصنف ابن أبي شيبة (١٥٤/٩) وفي السنن الكبرى للبيهقي (٢٤٩/٧) وفي فتح الباري في كتاب الشروط باب الشروط في المهر وفي الإرواء (٣٠٣/٦) .

٤ – أخرجه البخاري معلقاً في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر (١٩٠/٣)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه موصولاً، في كتاب النكاح، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها، برقم (١٦٧٠٦) في (١٥٤/٩)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح (٢٤٩/٧)، والأثر صححه الألباني في الإرواء، في كتاب النكاح باب الشروط في النكاح برقم (١٨٩٣) في (٣٠٣/٦) .

الدليل الخامس :

استدلوا بالقياس، فقاسوا شرط المرأة عدم الزواج عليها، على شرطها زيادة في مهرها، والجامع هو شرط مالها فيه منفعة مقصودة، ولا تخل بالعقد[1]، فكما أنه قبل شرطها الزيادة في المهر لمنفعتها فكذلك شرطها عدم الزواج عليها .

الدليل السادس :

استدلوا بالقواعد الفقهية :

١- الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة[2].

فشرط المرأة عدم الزواج عليها هو من جملة هذه الشروط، إذ لا مخرج له عن هذا الأصل .

٢- ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده[3].

وشرط المرأة عدم الزواج عليها من مصلحتها، فكان من مصلحة العقد، فصح .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

قوله ﷺ : (ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل)[4].

وجه الدلالة من الحديث :

أن هذا الشرط ليس في كتاب الله فهو باطل[5].

---

١ – انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف (٣٩٣/٢٠) .

٢ – انظر : الفروع (٢٥٩/٨) ، والشرح الممتع لابن عثيمين (١٦٣/١٢) .

٣ – انظر : المغني (٤٨٥/٩) وكشاف القناع (٣٦٥/١١) .

٤ – سبق تخريجه في صحفة (٤٢) .

٥ – انظر: تبيين الحقائق (١٤٩/٢) ، الذخيرة (٤٠٥/٤)، مغني المحتاج (٢٢٧/٣) .

ونوقش :

بأن المراد بـــ(ليس في كتاب الله) أي : ليس في حكم الله وشرعه، وهذا مشروع[1]، وقد تقدمت الأدلة عليه.

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : (المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالاً، أو أحل حراماً)[2].

وجه الدلالة من الحديث :

أن شرط المرأة عدم الزواج عليها يحرم الحلال الذي أباحه الله وهو الزواج بأربع، فكان هـــذا الشـــرط باطلاً[3].

نوقش :

بعدم التسليم أن هذا الشرط يحرم الحلال، إنما هذا الشرط يثبت للمرأة خيار الفسخ، ثم إن الزوج يلتزم به باختياره، كحلفه على ترك المباح[4].

الدليل الثالث :

استدلوا بأقوال وأقضية الصحابة – رضي الله عنهم –[5] من ذلك :

- قضاء عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – في رجل شرط لامرأته ألا يخرجها من بلدها، فوضـــع عمر هذا الشرط، وقال : المرأة مع زوجها[6].

---

١ – انظر : الشرح الكبير (٣٩٣/٢٠) والنورانية (٢٨٨) .

٢ – سبق تخريجه في صفحة (٣٥) .

٣ – انظر : تبيين الحقائق (١٤٩/٢)، الأم (١٠٩/٥) .

٤ – انظر الشرح الكبير (٣٩٣/٢٠) .

٥ – تقدمت الإشارة إلى ذلك راجعها إن شئت في صفحة (٤٣) حاشية رقم (٣) .

٦ – أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٤٩/٧) وفي سنن سعيد بن منصور برقم (٦٧٠) في القسم الأول من المجلد الثالـــث صـــفحة (١٨٣) .

نوقش :

بأن هذا الأثر مرسل، والمرسل من قبيل الضعيف فلا يحتج به[1].

الترجيح :

من خلال هذا العرض للأقوال في المسألة مع الأدلة والمناقشة، يترجح القول الأول، القائل بصحة شرط المرأة عدم الزواج عليها، وذلك لقوة أدلته وسلامتها في الجملة عن المناقشة ولما ورد على أدلة المخالف من مناقشة.

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، ويتضح ذلك في ثمرته، فلو شرطت المرأة عدم الزواج عليها وقبل الزوج ثم بدا له بعد ذلك أن يتزوج فإن من قال بفساد الشرط لا يثبت للمشترطة خيار الفسخ لأنه شرط فاسد، أما على القول الراجح فإنه يثبت لها خيار الفسخ بمخالفة شرطها لأنه صحيح[2].

---

١ – الأثر فيه إرسال من عطاء الخرساني ومن فوقه، أشار إلى ذلك المحدث حبيب الرحمن الأعظمي في تعليقه على هذا الأثر في سنن سعيد بن منصور، (١/ج٣/١٨٣) .

٢ – هذا من جهة الفسخ، أما الوفاء به فهو محل خلاف عند الحنابلة فالذي عليه المذهب أنه يسن الوفاء به ولا يجب ذلك على الزوج، وهذا منهم بالنظر إلى أن في الوجوب تأثيم الزوج بمخالفته فيفضي إلى معارضة تشوف الشارع إلى التعدد ولإفضائه إلى مفسدة على الزوج لأنه قد لا تكفيه الواحدة وعنده القدرة المالية والبدنية فمنعه مضر، إنما يسن له الوفاء وكذلك سائر الشروط فالزوج قد يدخل في العقد ثم يضطر لمخالفة الشرط فهل يمنع من ضرورته ؟ إنما يُقال يسن له وللمرأة حق الفسخ وهذا دفع للضرر قدر الإمكان عن الزوجين، وقال بعضهم بل يلزم بهذا الشرط ويجب عليه الوفاء به لأن المرأة لم ترض ببذل فرجها للزوج إلا على هذا الشرط ولو لم يجب الوفاء به لم يكن العقد عن تراض وكان إلزاماً بما لم تلتزمه، والمسألة محل نظر وتأمل لم يظهر لي فيها ترجيح معين، إلا أن المشهور من المذهب عدم الوجوب بالوفاء بهذه الشروط والله أعلم. انظر المسألة في الإنصاف (٢٠/٣٩٦-٣٩٧) وكشاف القناع (١١/٣٦٥) والروض المربع مع حاشية الطيار والمشيقح (٨/٣٨٠-٣٨١)، والشرح الممتع (١٢/١٦٤-١٦٥) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن : ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

المعنى الإفرادي للقاعدة : الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة[١].

(**الأصل**) : أي القاعدة المستمرة[٢].

(**الشروط**) : جمع شرط والمراد به الشرط الجعلي .

(**الجواز**) : أي : الإباحة، وهو من قبيل الحكم التكليفي .

(**الصحة**) : ضد الفساد، وهي : اعتبار الشرع الشيء في حق حكمه، الذي يترتب عليه الأثر المطلوب[٣]، **فالصحيح** : ما اعتبره الشارع وترتبت عليه آثاره.

المعنى الإجمالي للقاعدة :

أن القاعدة المستمرة والحكم الغالب على العقود والشروط الإباحة والاعتبار وترتب آثارها عليهـــا، ولا يخرج من ذلك إلا مادل الشرع على تحريمه وإبطاله[٤].

---

١ – انظر: النورانية (٢٦٥) .

٢ – انظر: نهاية السول (٩/١) .

٣ – انظر : روضة الناظر (٢٥١/١) .

٤ – انظر: النورانية (٢٦٥) .

دليل القاعدة :

الدليل الأول :

عموم الأدلة من الكتاب والسنة التي جاءت بالأمر بالوفاء بالعقود والشروط من ذلك :

- قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [1].
- قوله ﷺ : (المسلمون على شروطهم)[2].
- وقوله ﷺ : (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)[3].

فهذه الأدلة تعم العقود والشروط فلا يخرج منها إلا بدليل، فكان الأصل إذاً في العقود والشروط الجواز والصحة .

الدليل الثاني :

أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم.

الدليل الثالث :

القياس على الأعيان، فالأعيان الأصل فيها عدم التحريم لقوله تعالى : ﴿ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ ﴾[4]، والجامع الانتفاع[5].

---

١ – سورة المائدة ، آية رقم (١).

٢ – سبق تخريجه في صفحة (٣٥).

٣ – سبق تخريجه في صفحة (٣٥).

٤ – سورة الأنعام ، آية رقم (١١٩).

٥ – انظر هذه المسألة مبسوطة بذكر أقوال العلماء فيها والأدلة والمناقشة في النورانية (٢٥٩–٣٠٢) وفي الفتاوى (١٢٦/٢٩–١٨٠) وفي إعلام الموقعين (٤٨٦/٣) .

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة :

شرط المرأة عدم الزواج عليها، هو شرط من جملة الشروط و لم يرد في الشرع ما يمنعه[1]، وإذا كان كذلك كان صحيحاً، إذ الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة .

١ – انظر : المغني (٤٨٥/٩) النورانية (٢٨٨) والفروع (٢٥٩/٨) والشرح الممتع (١٦٣/١٢) .

المبحث الثالث

صحة شرط المرأة طلاق ضرتها . تخريجاً على قاعدة : ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده.

وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

تقدم في المبحث السابق، أن الحنابلة يصححون الشروط التي تشترطها الزوجة في العقد مما لها فيه منفعة ولا تخالف مقتضاه، وهذا المبحث يتعلق بشرط من تلك الشروط، إلا أن الحنابلة اختلفوا في صحته وفيما يلي بيان لصورته، وذكر الخلاف فيه .

صورة المسألة :

أن تشترط المرأة على الرجل في العقد أن يطلق زوجته الأولى، فهل يعد هذا الشرط صحيحاً، بمعنى أنه لو قبله يلزمه الوفاء به، وللمرأة حق الفسخ عند مخالفته ؟ أم أنه شرط فاسد، لا يثبت لها بمخالفته حق الفسخ؟

الأقوال في المسألة :

الخلاف في المسألة على قولين :

القول الأول :

أنه شرط صحيح، وهو رواية في المذهب [1]، وبه قال أبو الخطاب – رحمه الله – [2][3]، وجماعة من فقهاء المذهب [4].

---

١ – انظر: الإنصاف (٣٩٥/٢٠)، والفروع (٢٦٠/٨) .

٢ – هو محفوظ بن أحمد ابن الحسن الكلوداني ، أبو الخطاب الحنبلي ، أحد أعلام المذهب ، ولد سنة (٤٣٢هـ) ببغداد ، برع في الفقه وأصوله والفرائض، ألف المؤلفات ومنها : (التمهيد) في أصول الفقه ، (الهداية) في الفقه ، (التهذيب) في الفرائض ، توفي سنة (٥١٠هـ) ببغداد، انظر ترجمته : الذيل على طبقات الحنابلة (٩٧/١) ، تسهيل السابلة (٥٣٢/٢) .

٣ – انظر : الهداية (٣٩٢) .

٤ – انظر: الإنصاف (٣٩٥/٢٠) ، كشاف القناع (٣٦٤/١١) ، شرح المنتهى (١١٢/٩) .

القول الثاني :

أنه شرطٌ فاسد، وهو رواية أخرى في المذهب[1]، جزم بها في المغني[2]، وتبعه في الشرح الكبير[3]، وجماعة من فقهاء المذهب[4].

سبب الخلاف في المسألة :

لم أرى من خلال البحث والنظر في كتب المذهب من نص على سبب الخلاف في المسألة، ولعل سبب الخلاف هو : أن من قال بصحة شرط المرأة طلاق ضرتها، طرد قاعدة المذهب وهي صحة شرط ما تنتفع به المرأة .

وأن من منع هذا الشرط تمسك بقوله ﷺ : (لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ مافي صحفتها، ولتنكح، فإن لها ما قُدر لها)[5]، وقال إن هذا الشرط خالف الشرع فيبطل .

---

١ – انظر : الإنصاف (٣٩٥/٢٠) .

٢ – المغني (٤٨٦/٩) .

٣ – الشرح الكبير مع الإنصاف (٣٩٥/٢٠) .

٤ – انظر : تصحيح الفروع (٢٦١/٨) .

٥ – أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب مالا يجوز من الشروط في النكاح، برقم (٢٧٢٣) في (١٩١/٣)، وأخرجه مسلم في كتاب النكاح باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه برقم (١٤١٣) وصفحة (٥٥٦) .

أدلة الأقوال :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : استدلوا بعموم الأدلة الدالة على صحة الشروط ووجوب الوفاء بها، وأن شرط المرأة طلاق ضرتها هو من جملة الشروط .

ومن تلك الأدلة :

١- قوله ﷺ : (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)[١].

٢- قوله ﷺ : (المسلمون عند شروطهم)[٢].

٣- قاعدة : الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة .

ونوقش هذا الاستدلال : بأن هذا العموم مخصوص بالنهي عن سؤال المرأة طلاق أختها، فلا يدخل في هذا العموم ولا يدل عليه.

الدليل الثاني : استدلوا بالقياس على صحة شرط المرأة عدم الزواج عليها، بجامع المصلحة في كلٍ، وهي عدم الضرة[٣].

ونوقش :

بعدم التسليم بصحة هذا القياس، ودليل فساده من وجهين :

الوجه الأول : أنه قياس في مقابل النص، والقياس في مقابل النص فاسد الاعتبار .

الوجه الثاني : أنه قياس مع الفارق، والفارق هو أن شرط طلاق الضرة فيه إزالة عقد تام، بخلاف شرط عدم الزواج عليها، فليس فيه ذلك[٤].

---

١ - سبق تخريجه في صفحة (٣٥) .

٢ - سبق تخريجه في صفحة (٣٥) .

٣ - انظر : كشاف القناع (٣٦٤/١١) .

٤ - انظر : المغني (٤٨٦/٩) والشرح الممتع (١٦٧/١٢) .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول : استدلوا بحديث أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : (لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ مافي صحفتها، ولتنكح، فإن لها ما قُدر لها)[1].

وجه الدلالة من الحديث : أنه ﷺ نهى المرأة أن تسأل طلاق أختها، والنهي يقتضي الفساد، فكان هذا الشرط فاسداً[2].

الدليل الثاني : أن هذا الشرط فيه فسخٌ لعقدٍ وإبطالٌ لحق الزوج وزوجته، فلم يصح[3] .

الترجيح :

يظهر بعد عرض القولين في المسألة وما استدل به كل منهما والمناقشة، أن الراجح هو القول بفساد هذا الشرط، وذلك لمخالفته للنص الثابت الصريح .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وتظهر ثمرته فيما لو شرطت المرأة هذا الشرط وقبله الزوج، فهل يفي به ويثبت للمرأة الفسخ بتخلفه، ينبني على الخلاف في المسألة، فعلى القول الراجح لا يثبت ذلك، وعلى القول المرجوح يثبت لها خيار الفسخ بتخلف الشرط .

---

١ – سبق تخريجه في صفحة (٥٢) .

٢ – انظر : المغني (٤٨٦/٩) وشرح المنتهى (١١٢/٩) .

٣ – انظر : المرجع السابق .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

معنى قاعدة : ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده.

أن كل شرط كان للعاقد فيه منفعة ومقصود صحيح، مما لا ينافي العقد، فإنه يعد شرطاً صحيحاً لأنه من مصلحة عقده[1].

دليل القاعدة :

يدل للقاعدة أدلة عدة، منها :

١- مشروعية الرهن، فإنه من مصلحة أحد العاقدين، ولما كان العقد قد لا يتم إلا به، كان من مصلحته شرعيته، فشرعه دليل على أن مصلحة العاقد مصلحة لعقده .

٢- مشروعية تأجيل الثمن، وهو من مصلحة العاقد .

٣- مشروعية شرط الخيار، وهو من مصلحة العاقد .

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

يتضح بأن شرط المرأة طلاق ضرتها هو مما لها فيه مصلحة فيصح شرطه، لأن ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد .

---

١ - انظر : كشاف القناع (٣٦٤/١١) .

الفصل الثاني

الشروط الفاسدة :

وتحته ثلاثة عشر مبحثاً :

المبحث الأول :

نكاح الشغار باطل. تخريجاً على قاعدة: الولي عليه أن يتصرف لمصلحة المولى عليه .

المبحث الثاني :

نكاح المحلل باطل. تخريجاً على قاعدة: كل شرط خالف حكم الله فهو باطل .

المبحث الثالث :

أثر اشتراط التحليل قبل العقد. تخريجاً على قاعدة: الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له .

المبحث الرابع :

نية الزوج التحليل تفسد العقد مالم يرجع عنها عند العقد. تخريجاً على قاعدة : القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ .

المبحث الخامس :

النكاح المحلل لا تترتب عليه آثاره. تخريجاً على قاعدة: المقابلة بنقيض القصد .

المبحث السادس :

لو نوى الزوج عند العقد أنه نكاح رغبة صح. تخريجاً على قاعدة : القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ .

المبحث السابع :

لو زوج عبده بمطلقته ثلاثاً ليحلها له لم يصح. تخريجاً على قاعدة : المقابلة بنقيض القصد .

المبحث الثامن :

عدم أثر نية الزوجة في التحليل. تخريجاً على قاعدة : من لا فرقة بيده لا أثر لنيته .

المبحث التاسع :

نية المتعة تفسد العقد ولو لم يتلفظ بها. تخريجاً على قاعدة : القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ .

المبحث العاشر :

شرط الطلاق في النكاح يفسده . تخريجاً على قاعدة: كل شرط خالف حكم الله فهو باطل .

المبحث الحادي عشر :

لا يثبت بعقد المتعة شيء قبل الدخول. تخريجاً على قاعدة : العقد الفاسد وجوده كعدمه .

المبحث الثاني عشر :

يثبت مهر المثل في عقد المتعة بالدخول. تخريجاً على قاعدة : ما ضمن في صحيح ضمن في الفاسد .

المبحث الثالث عشر :

نكاح المتعة لا تترتب عليه أثاره . تخريجاً على قاعدة : العقد الفاسد وجوده كعدمه .

المبحث الأول

نكاح الشغار باطل تخريجاً على قاعدة : الــولي عليــه أن يتصــرف لمصلحة المولى عليه . وتحته مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

للشغار صورة متعددة، والصورة محل البحث هي ما ذكر في متن الإقناع[1] : " وهو أن يزوجه وليته، على أن يزوجه الآخر موليته، ولا مهر بينهما، أي : سكتا عنه، أو شرطا نفيه، ولو لم يقل : وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى"[2].

وهذه الصورة محل خلاف بين أهل العلم .

الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أن العقد بهذه الصورة صحيح، وليست من الشغار .

وإلى هذا ذهب الحنفية[3]، وهو الصحيح عند الشافعية[4]، ورواية ضعيفة مخرجة عند الحنابلة[5] .

---

١ - اسمه: الإقناع لطالب الانتفاع، لشرف الدين الحجاوي المقدسي (٨٩٥-٩٦٨هـ) وعليه شرح البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع .

٢ - (٣٥٠/٣) .

٣ - انظر: المسبوط (١٠٥/٥) وبدائع الصنائع (٤٩٢/٣) فالحنفية لا يرون فساد النكاح بالشروط الفاسدة ، انظر : فتح القدير (٢٤٩/٣) .

٤ - انظر: المهذب (٤٤٦/٢)، ونهاية المطلب (٣٩٦/١٢)، والنجم الوهاج (٥٥/٧) .

٥ - انظر : الهداية (٣٩٢) الإنصاف (٤٠٠/٢٠) وحاشية ابن قندس (٢٦٣/٨).

القول الثاني :

أن هذا العقد عقد شغار فاسد .

وإليه ذهب المالكية[1]، والحنابلة[2]، وهو قول مرجوح عند الشافعية[3].

الأدلة في المسألة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

حديث جابر بن عبدالله ﷺ قال : (نهى رسول الله ﷺ عن الشغار، والشغار أن ينكح هذه بغير صداق، بضع هذه صداق هذه، وبضع هذه صداق هذه)[4].

وجه الدلالة :

أنه نص على أن الشغار لا يتحقق مسماه إلا بجعل البضع مهراً، وفي هذه الصورة لم يتحقق مسمى الشغار فصح العقد و لم يكن فاسداً[5].

نوقش :

بعدم التسليم بجعل ما ورد في هذا الحديث هو الشغار فقط، بل إن هذا الحديث ذكر فيه صورة من صور الشغار و لم يتعرض لما سواها من الصور بنفي ولا إثبات .

---

١ – انظر: المدونة (١٥٢/٢)، الكافي (٥٣٢/٢)، ومناهج التحصيل (٢٧٩/٣) .

٢ – انظر: المغني (٤٢/١٠)، والفروع (٢٦٣/٨)، والكشاف (٣٦٨/١١) .

٣ – انظر: المهذب (٤٤٦/٢)، ونهاية المطلب (٣٩٧/١٢)، والنجم الوهاج (٥٥/٧) .

٤ – أصل الحديث عند مسلم في كتاب النكاح باب تحريم الشغار وبطلانه برقم (١٤١٧) وصفحة (٥٥٨) والزيادة عند البيهقي في الكبرى في باب الشغار برقم (١٤١٣٨) (٣٢٥/٧) ط. الكتب العلمية .

٥ – انظر: نهاية المطلب (٣٩٦/١٢) والمهذب (٤٤٦/٢) .

يؤيد ذلك ورود أحاديث صحيحة جاء النهي فيها عن الشغار وذكر فيها صوراً أخرى غير ما أورده المستدل، من ذلك ما رواه أبو هريرة ﷺ قال أن النبي ﷺ : (نهى عن الشغار، والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي)[1]، ففي هذا الحديث لم يذكر المهر ومع ذلك نهي عنه وسمى شغاراً[2].

الدليل الثاني :

أن النكاح بهذه الصورة ليس فيه تشريك في البضع فلم يجعل البضع صداقا، إنما شرط فيه كل واحد أن يزوج الآخر موليته، وهذا شرط فاسد لا يفسد به العقد، وإنما يفسد الصداق، فيصح العقد ولكل واحدة مهر المثل[3].

نوقش :

بأن عدم تسمية المهر ليس هو المؤثر في فساد الشغار حتى يصح مع التسمية، بدليل صحة نكاح المفوضة .

فالمؤثر هو الشرط وقد وجد، ثم إنه نكاح موقوف على شرط فاسد، والنكاح لا يجوز وقفه على الشرط[4].

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

ما رواه جابر بن عبدالله ﷺ قال : (نهى رسول الله ﷺ عن الشغار)[5].

---

١ – اخرجه مسلم في كتاب النكاح باب تحريم الشغار وبطلانه برقم (١٤١٥) وصفحة (٥٥٧) .

٢ – انظر: المغني (٤٣/١٠) والشرح الكبير (٤٠٠/٢٠) .

٣ – انظر : المهذب (٤٤٦/٢) ونهاية المطلب (٣٩٧/٢) .

٤ – انظر: المغني (٤٤/١٠) والشرح الكبير (٤٠٠/٢٠) .

٥ – تقدم تخريجه في صحفة (٦١) .

وجه الدلالة :

أنه ﷺ نهى عن الشغار بعمومه، وتزويج كلا الوليين موليته للآخر بالشرط من عموم الشغار إذ لا مخـــرج له.

الدليل الثاني :

ما رواه ابن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (لا شغار في الإسلام)[1] وهو كالذي قبله في الدلالة .

الدليل الثالث :

حديث ابن عمر رضي الله عنه قال : (نهى رسول الله ﷺ عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق)[2] وهذا صريح في المسألة .

الدليل الرابع :

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه : (أن النبي ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتـــك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي)[3].

وجه الدلالة :

أنه فسر الشغار بتزويج المولية و لم يذكر البضع وكونه صداقاً، فهو متناول لصورة المسألة المتنازع فيها.

---

١ – أخرجه مسلم في كتاب النكاح باب تحريم الشغار وبطلانه برقم (١٤١٥) وصفحة (٥٥٧) .

٢ – أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب تحريم الشغار وبطلانه برقم (١٤١٥) وصفحة (٥٥٧) .

٣ . تقدم تخريجه في صحفة (٦٢) .

الدليل الخامس :

ما رواه عبدالرحمن بن هرمز الأعرج أن العباس بن عبدالله أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته، وانكحه عبدالرحمن ابنته، وكانا جعلا صداقاً، فكتب معاوية ﷺ إلى مروان بن الحكم فأمره أن يفرق بينهما، وقال: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ[1] .

وجه الدلالة :

حيث سمي في هذا العقد مهر ومع ذلك حكم بفساده ورفع ذلك للنبي ﷺ، فكان الذي لم يذكر فيه صداق أولى بالفساد .

الترجيح :

تظهر قوة ورجحان القول الثاني لقوة أدلته وسلامتها من المعارضة ولما ورد على استدلال المخالف من مناقشة فلذلك ترجح القول بفساد هذا النكاح .

نوع ا لخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وثمرته في صورة المسألة، فالراجح أن النكاح بهذه الصورة فاسد، وعلى المرجوح أنه صحيح، وعلى كلا الحكمين تبنى أحكام الصحيح والفاسد .

---

١ – أخرجه أحمد المسند برقم (١٦٩٨١) الفتح الرباني (٢٦٣٢/٢)، وأخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح باب في الشغار برقم (٢٠٧٥) وصفحة (٣١٥) ط مكتبة المعارف، وأخرجه البيهقي في الكبرى في باب الشغار برقم (١٤١٤٠) (٣٢٥/٧) ط ، الكتب العلمية، والأثر حسنه العلامة الألباني في الإرواء برقم (١٨٩٦) و (٣٠٧/٦) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

المعنى الإفرادي للقاعدة :

(**الولي**) : الولاية قد تكون عامة كما أنها تكون خاصة، والولي في النكاح : من له على المرأة سلطة تمكنه من مباشرة العقد عليها[1] .

(**المولى عليه**) : محل الولاية، وهي هنا المرأة .

المعنى الإجمالي للقاعدة :

أن الواجب على الولي أن يتصرف لمصلحة المولى عليه، ومقتضاه ألا ينفذ تصرف الولي إلا بما وفق مصلحة المولى عليه وإلا رد و لم ينفذ، ولذا عبر عن القاعدة بلفظ : (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة)[2].

---

١ – انظر : معجم المصطلحات لمحمود عبدالمنعم (٥٠١/٣) والقاموس لسعدي أبو حبيب (٣٨٨) وأنيس الفقهاء (١٤٤) والتعريفات للجرجاني (٣٢٩) .

٢ – انظر : شرح القواعد للزرقا (٣٠٩) .

دليل القاعدة :

للقاعدة أدلة كثير منها :

١- قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾[١] .

والولي مؤتمن على ما يصلح المولى عليه .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ ﴾[٢] .

فتصرف الولي في مال اليتيم بغير التي هي أحسن منهي عنه والنهي يقتضي الفساد.

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

أن الولي إنما زوج وليته ليزوجه الآخر موليته، وهذا التصرف لا لمصلحة المولى عليها بل لمصلحة الولي فلا يصح، لأن تصرفه لا ينفذ إلا إذا وافق مصلحة المولى عليه[٣] .

---

١ – سورة النساء آية (٥٨) .

٢ – سورة الإسراء آية (٣٤) .

٣ – انظر: القواعد الكلية لمحمد شبير (٣٥٤) .

المبحث الثاني

نكاح المحلل باطل تخريجاً على قاعدة: كل شرط خـــالف حكـــم الله فهـــو باطل .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

أن يعقد رجل على امرأة مطلقة ثلاثاً بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها .

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء – رحمهم الله – من المذاهب الأربعة على فساد شرط التحليل[1] .

واختلفوا في حكم النكاح بهذا الشرط أيفسد أم لا ؟ على قولين :

القول الأول :

أن النكاح صحيح والشرط فاسد .

وإليه ذهب الحنفية[2]، وقول عند الشافعية[3]، ورواية عن الحنابلة[4].

---

١ – انظر: المبسوط (١٠/٦)، وفتح القدير (١٧٨/٤)، والمدونة (٢٩٥/٢)، والكافي (٥٣٣/٢)، والمهذب (٤٤٧/٢)، والمغني (٤٩/١٠).

٢ – انظر: المبسوط (١٠/٦) وفتح القدير (١٧٨/٤) .

٣ – انظر : روضة الطالبين (١٢٦/٧)، والحاوي الكبير (٣٣٣/٩)، وفيه أن هذا القول هو القديم للشافعي – رحمه الله – .

٤ – انظر : الإنصاف (٤٠٦/٢٠) والفروع (٢٦٤/٨) .

القول الثاني :

أن النكاح بهذا الشرط فاسد .

وإليه ذهب جمهور العلماء من المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[٤].

سبب الخلاف في المسألة :

يرجع سبب اختلافهم في المسألة إلى اختلافهم في مفهوم اللعن للمحلل فمن فهم التأثيم قال النكاح صحيح، ومنهم من فهم مع التأثيم فساد العقد، لأن مقتضى النهي الفساد[٥].

الأدلـــة :

أدلة القول الأول :

استدلوا بأثر عمر بن الخطاب ﷺ وفيه : (أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً، وكان مسكين أعرابي يقعد بباب المسجد، فجاءته امرأته فقالت هل لك في امرأة تنكحها فتبيت معها الليلة وتصبح فتفارقها، فقال نعم، فكان ذلك، فقالت له امرأته إنك إذا أصبحت فإنهم سيقولون لك فارقها فلا تفعل ذلك فإني مقيمة لك ما ترى، واذهب إلى عمر ﷺ فقال الزم امرأتك فإن رابوك بريبة فأتني وأرسل إلى المرأة التي مشت لذلك فنكل بها ثم كان يغدو على عمر ويروح في حلة فيقول الحمد لله الذي كساك ياذا الرقعتين حلة تغدو فيها وتروح)[٦].

---

١ – انظر : المدونة (٢/٢٩٥) والكافي (٢/٥٣٣) .

٢ – انظر : روضة الطالبين (٧/١٢٦)، والحاوي الكبير (٩/٣٣٣)، وهو القول الجديد للشافعي – رحمه الله – وعليه جمهور الشافعية .

٣ – انظر : المغني (١٠/٤٩) والفروع (٨/٢٦٤) .

٤ – انظر : المبسوط (٦/١٠) وفتح القدير (٤/١٨١) .

٥ – انظر : بداية المجتهد (٢/٥٨) .

٦ – أخرجه البيهقي في الكبرى باب من عقد النكاح مطلقاً لا يشرط فيه، برقم (١٤١٩٦)، ورقم (١٤١٩٧) في (٧/٣٤١) ط. الكتب العلمية، وأخرجه عبدالرزاق في مصنفة كتاب النكاح باب التحليل برقم (١٠٧٨٨) في (٦/٢٦٧)، قال الألباني – رحمه الله – بعد أن ذكر إسناد البيهقي من طريق الشافعي: (وهذا إسناد ضعيف منقطع في موضعين : الأول بين ابن سيرين وعمر، والآخر بين ابن سيرين وابن جريج) الإرواء (٦/٣١٢)، وقال الموفق ابن قدامة – رحمه الله – : (وأما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد: ليس له إسناد)، المغني (١٠/٥٣) يعني أن ابن سيرين لم يذكر اسناده إلى عمر، وهذا الأثر هو عمدة أصحاب هذا القول وهو كما ترى من الضعف .

وجه الدلالة :

أن عمر ﷺ أقر نكاح الرجل وأبطل الشرط، فلم يفرق بينهما بل بالغ في ذلك بأمره بلزوم امرأته، فدل على صحة هذا النكاح .

ونوقش بعدة أوجه :

الوجه الأول : من جهة السند، فهو ضعيف[1] .

الوجه الثاني : أنه مخالف للأحاديث الصحيحة عن النبي ﷺ في بطلان التحليل[2] .

الوجه الثالث : أنه مخالف لما ورد عن عمر ﷺ قوله : (لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها)[3][4] .

الدليل الثاني :

عموم قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾[5].

يدل على أن من شرط حلها لمطلقها أن تنكح غيره فيدخل فيه النكاح بشرط التحليل، فيصح[6].

نوقش :

---

١ – تقدمت الإشارة إلى ذلك، وانظر المغني (٥٣/١٠) وإراواء الغليل (٣١٢/٦) .

٢ – وتأتي في أدلة القول الثاني .

٣ – أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفة باب الرجل يطلق امرأته فيتزوجها رجل ليحلها، برقم (١٧٢٤٧) في (٢٢١/٦) وأخرجه البيهقي (٣٤٠/٧) ط. الكتب العلمية، وأخرجه عبدالرزاق في كتاب النكاح باب التحليل، بلفظ : (لا أوتى بمحلل ولا محللة إلا رجمتها) (٢٦٥/٦)، قال الطريفي في التحجيل : (وإسناده صحيح) (٣٦٨) .

٤ – انظر : المغني (٥٣/١٠) والشرح الكبير (٤٠٧/٢٠) .

٥ – سورة البقرة ، آية (٢٣٠) .

٦ – انظر: فتح القدير (١٨١/٤) .

بأن المراد بالنكاح في الآية النكاح الصحيح، ونكاح المحلل فاسد، فلا تحل به المطلقة للأول .

الدليل الثالث :

أن النكاح وقع صحيحاً فتحل به للزوج الأول، وأما الشرط فهو فاسد والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد[1].

ونوقش :

بعدم التسليم بأن النكاح وقع صحيحاً بل هو محل النزاع فلا يستدل به عليه، وأما أن الشرط الفاسد لا يؤثر في العقد فليس على إطلاقه، فإذا كان الشرط يعود على أصل النكاح بالإبطال فهو مفسد له وشرط التحليل يعود على النكاح بالإبطال فلا يتصور بقاء النكاح مع بقاء الشرط .

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول :

قوله ﷺ: (لعن الله المحلل والمحلل له)[2] .

وجه الدلالة :

أن اللعن لا يكون إلا على فعل محرم وكبيرة من كبائر الذنوب، فدل على تحريم نكاح التحليل والنهي عنه والنهي يقتضي الفساد[3] .

نوقش :

---

١ – انظر : فتح القدير (١٨٢/٤) .

٢ – أخرجه أحمد في مسنده، وصححه الساعاتي في الفتح الرباني (٢٦٣٠/٢)، وأخرجه أبو داود في كتاب النكاح باب في التحليل برقم (٢٠٨٦) صفحة (٣١٩)، وأخرجه البيهقي بروايات متعددة في السنن الكبرى (٣٣٨/٧) ط. الكتب العلمية، وصححه الألباني في الإرواء برقم (١٨٩٧) في (٣٠٧/٦) .

٣ – انظر : المغني (٥٢/١٠) .

بأن الرسول ﷺ سماه محللاً والآخر محللاً له وكونه محرم لا يمنع صحة النكاح، وإلا لما صح تسميته محللاً والآخر محللاً له لأن الفاسد لا يحصل به الحل ولا يوصف صاحبه بالمحلل[1].

وأجيب :

بأنه ﷺ سماه محللاً لقصده الحل في موضع لا يحصل فيه الحل، كقوله ﷻ : ﴿ يُحِلُّونَهُۥ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُۥ عَامًا ﴾[2]، فإنه لا يصير حلال بتحليلهم إياه، فكذا هنا، ثم إنه لو كان محللاً حقيقة لم يكن ملعوناً[3].

الدليل الثاني :

ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ : (والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا ورجمتهما)[4].

فتوعده بالرجم وكان في مجمع من الصحابة -رضي الله عنهم- ولم ينكر، فعلم أنهم فهموا من أحاديث النهي عن التحليل فساده[5]، يؤيد ذلك .

الدليل الثالث :

---

١ - انظر : فتح القدير (١٨١/٤) .

٢ - سورة التوبة ، آية (٣٧) .

٣ - انظر : المغني (٥٤/١٠) وكشاف القناع (٣٧٠/١١) .

٤ - سبق تخريجه في صفحة (٧٠) .

٥ - انظر : المغني (٥٢/١٠) .

ما روى عن ابن عمر –رضي الله عنهما– : (أن رجلاً قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم، قال: لا إلا نكاح رغبة، إن أعجبتك أمسكتها، وإن كرهتها فارقتها، قال: إن كنا لنعده في عهد رسول الله ﷺ سفاحاً، وقال: لا يزالان زانيان وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها)[1].

وجه الدلالة :

أنهم كانوا يعدونه سفاحاً وهو لم يشرط التحليل فمع شرطه أولى بالفساد .

الدليل الرابع :

أنه نكاح مؤقت بالطلاق بعد الوطء، فالطلاق بعد الوطء يمنع الاستمرار في النكاح فيكون فاسداً كالمتعة[2]، فالمتعة مؤقتة بالأيام وهذا مؤقت بالوطء والطلاق بعده.

الترجيح :

بعد هذا العرض للمسألة والأقوال فيها والمناقشة يتضح رجحان القول الثاني القائل ببطلان نكاح التحليل، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، ولما ورد على أدلة المخالف من مناقشة.

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وثمرته في صورة المسألة فيبنى على القول الراجح عدم حلها لمطلقها الأول ووجوب التفريق بينهما، لأنه نكاح فاسد، وعلى القول الآخر صحة النكاح واستدامته ولو طلقها تحل للأول .

---

١ – أخرجه الحاكم (٢/٢١٧) وقال : (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، والبيهقي (٧/٣٣٩)، ط.الكتب العلمية وصححه الألباني في الإرواء برقم (١٨٩٨) في (٦/٣١١) .

٢ – انظر : الشرح الكبير (٢٠/٤٠٧) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

المعنى الإفرادي للقاعدة :

(**كل شرط**) : المراد الشرط الجعلي .

(**خالف حكم الله**) : أي من الكتاب أو السنة أو إجماع الأمة [1].

(**باطل**) : الباطل ضد الحق وهو الذاهب ضياعاً وخسراً[2] .

المعنى الإجمالي للقاعدة :

أن أي شرط يناقض ويخالف حكم الله من الكتاب أو سنة رسول الله ﷺ أو إجماع الأمة فإنه باطل لا أثر له.

---

١ – انظر : إعلام الموقعين (٤/٢٢٤) .

٢ – انظر : القاموس المحيط باب (اللام) فصل (الباء)، مادة (بطل).

دليل القاعدة :

قوله ﷺ : (ما كان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل وإن كان مائة شرط)[1].

فهذا الحديث هو نص القاعدة والقاعدة مصوغة من هذا النص .

كما يدل لها قوله ﷺ : (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلال أو أحل حراماً)[2]، فاستثنى ﷺ من الشروط ما خالف حكم الله بأن أحل حراماً أو حرم حلالاً، فلا يثبت وهذا معنى البطلان في القاعدة.

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

وجه ذلك أن المحلل لم يرد النكاح وإنما أراد جماعاً يحلها به للأول فلم يصح، لأنه خالف مقصود الشارع من النكاح الذي يراد به الدوام والاستمرار، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو معرض للعن الوارد على فاعله واللعن لا يكون إلا على فعل محرم بل كبيرة من كبائر الذنوب كما هو مقرر في تفسير الكبيرة عند جمع من أهل العلم، فعلم أن مريد التحليل مخالف لحكم الله وشرعه فكان شرطه باطلاً .

---

١ – سبق خريجه في صفحة (٤٢) .

٢ – سبق تخريجه في صفحة (٣٥) .

المبحث الثالث

أثر اشتراط التحليل قبل العقد. تخريجاً على قاعدة : الشرط المتقـــدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية.

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

تتضح فيما لو اتفق الزوج والولي أو الزوجة قبل العقد على أنه متى أحلها للأول طلقها ثم يجريان العقد بعد ذلك مطلقاً، و لم يرجع الزوج عن هذه النية عند ا العقد .

هذه صورة المسألة ولقد اختلف العلماء – رحمهم الله – في حكم هذا النكاح على قولين :

القول الأول :

أن النكاح صحيح .

وإليه ذهب الحنفية[1]، والشافعية[2]، ورواية عند الحنابلة[3].

القول الثاني :

أن النكاح فاسد .

وإليه ذهب جمهور العلماء من المالكية[4]، والحنابلة[5].

---

١ – انظر: المبسوط (٩/٦) وفتح القدير (١٨١/٤) .

٢ – انظر :الأم (٩٣٤) ومغني المحتاج (٣٠١/٤) ط. الكتب العلمية وروضة الطالبين (١٢٧/٧) .

٣ – انظر : المغني (٥٣/١٠) والإنصاف (٤٠٧/٢٠) .

٤ – انظر : الكافي (٥٣٣/١) وأسهل المدارك (٨٥/٢) .

٥ – انظر : المغني (٥٣/١٠) والشرح الكبير (٤٠٧/٢٠) وكشاف القناع (٣٧٠/١١) .

سبب الخلاف :

هو اختلافهم في اعتبار الشرط المتقدم على العقد فمن جعله كالمقارن أبطل هذا النكاح ومن لم يعتد بـــه حكم على النكاح بالصحة، وأما الحنفية فهم يصححون العقد ولو شرط في صلبه كما تقدم[1].

الأدلـــة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : قصة ذا الرقعتين، وقد تقدم ذكرها[2]: وفيه أن عمر ﷺ أقر ذا الرقعتين على نكاحه مـــع أنهم اتفقوا على التحليل قبل العقد .

ونوقش :

بأن هذا الأثر ضعيف الإسناد[3] .

الدليل الثاني :

أن العقد قد خلا عن الشرط المفسد له فصح النكاح[4].

نوقش :

بأن الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له، وعليه فإن شرط التحليل قبل العقد يفسده مـــا لم ينوي الزوج حين العقد أنه نكاح رغبة[5].

---

١ – راجع صفحة (٣٢) وصفحة (٦٠) .

٢ – راجع صفحة (٦٩) .

٣ – راجع صفحة (٦٩–٧٠) في كلام أهل العلم عن إسناد الأثر وحكمهم عليه، والمناقشات الأخرى الواردة عليه .

٤ – راجع ذكر الخلاف في اعتبار الشرط المتقدم في صفحة (٣٢) فإن هذه المسألة ثمرة من ثمار الخلاف فيه .

٥ – انظر : المغني (٥١/١٠) والفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤٦/٦) .

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول :

قوله ﷺ: (لعن الله المحلل والمحلل له)[1] .

وجه الدلالة :

فمن شرط التحليل دخل في اللعن، ولو تقدم شرطه العقد ما لم ينو عند العقد خلافه[2] .

الدليل الثاني :

أثر ابن عمر ﷺ المتقدم[3] وفيه : (أنهم كانوا يعدونه سفاحاً). مع أنه من غير شرط، فمع الشـــرط أولى بالفساد

الدليل الثالث :

قالوا الأصل أن الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له، وعليه فإن النكاح بهذا الشرط باطل[4].

الترجيح :

يظهر رجحان القول الثاني القائل بفساد هذا النكاح، لقوة أدلته وسلامتها ولما ورد على أدلة المخالف من مناقشة، ولأنه قصد بالعقد غير ما شرع فوجب ألا يصح[5].

---

١ – سبق تخريجه في صفحة (٧١) .

٢ – انظر : كشاف القناع (٣٧٠/١١) .

٣ – سبق تخريجه في صفحة (٧٢) .

٤ – انظر: الفتاوى (١٥١/٣٢و١٥٥) والفتاوى الكبرى (١٨٢/٦ وما بعدها) وإعلام الموقعين (١٩٦/٣ وما بعـــدها) وزاد المعـــاد (١٠١/٥) .

٥ – انظر: الفتاوى الكبرى (١٧٨/٦) .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وتظهر ثمرته فيما لو عقدا على هذا الاتفاق والشرط المتقدم فهل يحكم بفساده فيجب التفريق بينهما ولا تحل به للأول أم أنه صحيح تترتب آثاره عليه، هذا يبنى على الخلاف في المسألة ومعرفة الراجح فيها.

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

وتقدم شرحها في المبحث الأول من الفصل الأول[1] .

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة :

أن الإتفاق على شرط التحليل قبل العقد يؤثر في النكاح فيفسده كما لو كان مقارناً لـــه، لأن الشـــرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له .

---

١ – راجع صفحة (٣٨) .

المبحث الرابع

نية الزوج التحليل تفسد العقد مالم يرجع عنها عند العقـــد. تخريجـــاً على قاعدة: القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

تتضح فيما لو طلق رجل زوجته الطلقة الثالثة، وأراد أجنبي الزواج بها لكي تحل للأول و لم يكن ذلك عن مواطأة أو شرط، بل هو الذي نواه و لم يعلم به الزوج الأول ولا الزوجة، فهل تؤثر هذه النية على النكاح فتفسده أم لا ؟

الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أن النكاح صحيح .

وإليه ذهب الحنفية[١]، والشافعية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣].

القول الثاني :

أن النكاح باطل .

وإليه ذهب جمهور العلماء من المالكية[٤]، والحنابلة[٥].

---

١ – انظر: المبسوط (١٠/٦)، وفتح القدير (١٨١/٤) .

٢ – انظر :الأم (٩٣٤)، والمهذب (٤٤٧/٤)، وروضة الطالبين (١٢٧/٧) .

٣ – انظر : الإنصاف (٤٠٧/٢٠) .

٤ – انظر : بداية المجتهد (٨٧/٢)، وحاشية الدسوقي (٧٣/٣)، والكافي (٥٣٣/٢) .

٥ – انظر : المغني (٥١/١٠)، وكشاف القناع (٣٧١/١١) .

الأدلـــة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : حديث ذا الرقعتين، وقد تقدم ذكره[1].

ووجه الدلالة أن عمر ﷺ أقر نكاحه مع أنه نوى التحليل، فدل على أن نية التحليل لا تفسد العقد[2].

ونوقش هذا الأثر بضعفه كما سبق هذا من جهة ومن جهة أخرى ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليـــل أو نواه[3] .

الدليل الثاني :

أن النكاح بهذه الصورة خلا عن شرط يفسده فصح .

نوقش :

بأن النية مؤثرة في العقود كتأثيرها في العبادات[4].

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول :

قوله ﷺ: (لعن الله المحلل والمحلل له)[5] .

وجه الدلالة :

أن عموم قوله ﷺ : (المحلل) يتناول من نوى التحليل ولو لم يشرط عليه[6] .

---

١ – راجع صفحة (٦٩) .

٢ – انظر: المهذب (٤٤٧/٢) وروضة الطالبين (١٢٧/٧) .

٣ – انظر: المغنى (٥٣/١٠) .

٤ – انظر: الفتاوى الكبرى (٣٧/٦) .

٥ – سبق تخريجه في صفحة (٧١) .

٦ – انظر: المغني (٥٣/١٠) .

الدليل الثاني :

أثر عمر ﷺ: (لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها)[1].

وجه الدلالة :

أن عمر توعدهما بالرجم والرجم للزاني فدل على فساده، وهذا قد نوى التحليل فيدخل في ذلك[2].

الدليل الثالث :

أنه قصد بالعقد غير ما شرع له فوجب أن لا يصح، ولأن المقاصد والنيات معتبرة في العقود[3].

الدليل الرابع :

ما روى عن ابن عمر – رضي الله عنهما – : (أن رجلاً قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني و لم يعلم، قال: لا ، إلا نكاح رغبة، إن أعجبتك أمسكتها، وإن كرهتها فارقتها، وقال : إن كنا نعده في عهد رسول الله ﷺ سفاحاً، وقال: لا يزالان زانيان وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها)[4].

وجه الدلالة :

أن هذا الأثر في محل النزاع فإن الرجل لم يشرط عليه، بل نوى ذلك و لم يعلم به الأول فنهاه ابن عمر وقال إنه كان يعد سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ[5].

---

١ – سبق تخريجه في صفحة (٧٠) .

٢ – انظر: الشرح الممتع (١٢/١٧٧) .

٣ – انظر: الفتاوى الكبرى (٦/١٧٨) .

٤ – سبق تخريجه في صفحة (٧٢) .

٥ – انظر: الفتاوى الكبرى (٦/١٧٨) .

الترجيح :

يظهر رجحان القول ببطلان النكاح بهذه النية وهو القول الثاني وذلك لقوة أدلته وسلامتها عن المناقشة ولما ورد على أدلة المخالف من مناقشة .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وتظهر ثمرته فيما لو نوى الزوج التحليل دون شرطه أو علم الأول به فهل يصح النكاح أو لا ؟ ينبني على الخلاف في المسألة، فالراجح أن النكاح لا يصح بهذه النية فلا يترتب أثره عليه.

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

المعنى الإفرادي للقاعدة :

(**القصود**) : جمع قصد والمراد به النية .

(**في العقود**) : جمع عقد وعرف بتعاريف عدة من أبرزها : ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول[1].

(**معتبرة**) : أي مؤثرة من حيث الصحة والفساد والحلال والحرام.

المعنى الإجمالي للقاعدة :

أن الأحكام في المعاملات تبنى على مقاصدها لا على ظاهر ألفاظها[2].

دليل القاعدة :

هذه القاعدة فرع لقاعدة الأمور بمقاصدها ولذا فإن أدلتها أدلة لهذه القاعدة ومن أبرز الأدلة عليها قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيات)[3].

---

١ – التعريف للجرجاني (١٩٦) مادة (العقد) .

٢ – القواعد الكلية لمحمد عثمان شبير (١٢٣) .

٣ – أخرجه البخاري في أول كتابه الجامع الصحيح في كتاب بدء ا لوحي رقم (١) (٦/١) وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة باب قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيات) رقم (١٩٠٧) وصفحة (٧٩٢) .

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

لما كانت نية الزوج التحليل، والنية مؤثرة في العقد، كان النكاح بهذه النية باطلاً، لأن القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ .

المبحث الخامس

النكاح المحلل لا تترتب عليه أثاره . تخريجاً على قاعـــدة : المقابلـــة بنقيض القصد .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

تقدم في المباحث الثلاثة السابقة الحديث عن نكاح التحليل، وأنه محل خلاف بين أهل العلم على قولين[1]:

القول الأول : أنه عقد صحيح وتترتب آثاره عليه .

القول الثاني : أنه عقد فاسد، وإذا كان فاسداً لم تترتب عليه آثاره ومن آثار العقد الإباحة للزوج الأول، وهو ما أشير إليه في كشاف القناع[2] بقوله : "(ولا يحصل به) أي : بنكاح المحلل (الإحصان ولا الإباحة للزوج الأول) المطلق ثلاثاً، لفساده".

فهذا المبحث هو ثمرة من ثمار الخلاف في نكاح التحليل، فمن قال إنه نكاح صحيح أجرى عليه آثار النكاح الصحيح، ومن قال إنه فاسد أجرى عليه حكم الفاسد و لم يرتب عليه من الآثار ما للصحيح.

---

١ - راجع عرض الخلاف في صفحة (٦٨) .

٢ - (٣٧٤/١١) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

المعنى الإفرادي للقاعدة :

(**المقابلة**) : مصدر قابله، أي: واجهة، فالمقابلة المواجهة[1] .

(**بنقيض**) : النقض المخالفة[2].

(**القصد**) : النية[3] .

المعنى الإجمالي للقاعدة :

أن من فعل فعلاً يتذرع به لنقض مقصود الشارع، فإنه يمنع مما يترتب على ذلك الفعل مقابلة له بنقـــيض مقصوده الفاسد .

---

١ – انظر: القاموس المحيط باب (اللام) فصل (القاف) مادة (قبل) .

٢ – نفس المرجع باب (الضاد) فصل (النون) مادة (نقض) .

٣ – نفس المرجع باب (النون) فصل (النون) مادة (نوي) .

دليل القاعدة :

يدل للقاعدة أدلة كثير من الكتاب والسنة، ومن ذلك:

١-قوله تعالى : ﴿ يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ ﴾[١] .

فعاقب المرابين طلباً لكثرة المال بمحق البركة، وهذا مقابلة بنقيض المقصود .

٢-قوله ﷺ : (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أد الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله)[٢]، وماذاك إلا مقابلة للمتلف بنقيض قصده .

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

ويتضح ذلك بأن عدم ترتب آثار النكاح عليه فيما إذا قصد به التحليل من أوجه أحدها مقابلةً له بنقيض قصده.

---

١ - سورة البقرة ، الآية (٢٧٦) .

٢ - أخره البخاري في كتاب الاستقراض باب من أخذ أموال الناس .. برقم (٢٣٨٧) في (١١٥/٣) .

المبحث السادس

لو نوى الزوج عند العقد أنه نكاح رغبة صح. تخريجاً على قاعـــدة: القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

أن يتفق الطرفان على التحليل قبل العقد ثم ينوي الزوج المحلل عند العقد غير ما اتفقوا عليه، وأنه نكاح رغبة فهل يصح العقد حينئذ ؟

هذه المسألة ترد عند من قال بأن الاتفاق على التحليل قبل العقد يبطله، ولذلك فرع عليها بما لو نوى الزوج عند النكاح غير ما شرطوا عليه وأنه نكاح رغبة[1]، فهل يصح النكاح أم لا[2] ؟

كما أن هذه المسألة متعلقة بأثر نية الزوج الثاني فهي أيضاً متعلقة بأثر نية المرأة المطلقة ولها مبحث لا حق – بإذن الله تعالى– ومن المناسب تأجيل الحديث عن أثر نية الزوج غير ما شرطوا عليه إلى ذلك المبحث، وذلك لأن المطلقة هنا صرحت بالشرط وهناك نوت ولم تصرح فناسب تأجيل الحديث لكي لا تتكرر الأدلة والمناقشات .

إلا أن من المهم ذكر تعليل لشيخ الإسلام أورده في هذه المسألة فقال – رحمه الله – : (وأن ما شرطوا عليه لم يرض الله به فلا يصح شرعاً، وما نواه الزوج لم ترض به المرأة ولا وليها فلا يصح لعدم الرضى من جهتها، فما رضوا به لم يأذن الله سبحانه فيه وما أذن الله فيه لم يرتضوا به فلا يصح واحد منها)[3].

---

١ – انظر : الكشاف (٣٧٤/١١) .

٢ – قال الموفق في المغني: (فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد، فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة صح العقد) (٥٣/١٠) وقال العدوي في حاشيته : (والعبرة بالنية وقت العقد) (٩٦/٢) وفي الشرح الصغير : (ولا يضر إلا نية الزوج المحلل) (١٤١/٢) وفي مواهب الجليل : (ونية المرأة والمطلق لغو) (١٢١/٥) .

٣ – الفتاوى الكبرى (١٨٤/٦) .

غير أن المذهب والمالكية جعلوا العبرة في نية الزوج لأنه الذي بيده الطلاق فالمرأة ووليها لا فرقة بيد أحدهما فلا أثر إلا لنية الذي بيده الإمساك والمفارقة، وحملوا حديث ذا الرقعتين عليه حيث أنهم شرطوا عليه الطلاق بعد الوقاع وأقر عمر نكاحه وأمره بلزومه ، قالوا: لأنه نوى غير ما شرطوا، وفي هذا الحمل نظر، لأن النية محلها القلب و لم يأت ما يدل على أنه نوى بالعقد غير ما شرطوا، هذا على التسليم بصحة الأثر، وقد تقدم بيان ضعفه[1]، فبقي لكل من النظرين تعليل :

من قال أن نيته هنا بالعقد غير ما شرطوا يجعل العقد صحيحاً قال العبرة بنية من بيده الفرقة وأن القصود في العقود معتبرة .

وأما شيخ الإسلام فكأنه يميل إلى أن العقد هنا لا يصح، وعلل ذلك بأن العقد إما أن يقع على خلاف شرع الله ومراده – وهو شرط التحليل – وإما أن يقع على خلاف مراد المرأة وشرطها فلا يصح واحد منها.

وهو تعليل قوي، غير أن الشرط إذا خالف حكم الله فهو باطل وفي قصة بريرة حيث شرطوا على عائشة –رضي الله عنها– الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : (اشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق)[2]، فدل على أن الشرط إذا خالف حكم الله فإنه باطل مردود على صاحبه، وعليه فإن شرط المرأة أو وليها هنا التحليل لا عبرة به، ويأتي بإذن الله مزيد بحث لهذه المسألة في أثر نية المرأة التحليل .

---

١ – راجع صفحة (٦٩) .

٢ – تقدم تخريجه في صفحة (٣٥) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

وقد تقدم في المبحث الرابع من هذا الفصل[1].

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

أنه لما كان المقصد مؤثراً في العقد صحة أو فساداً كان قصد الزوج النكاح الشرعي مؤثراً في صـــحته إذ هو الأصل، وفي هذا الفرع يتضح الشق الآخر في تأثير النية على العقد، فهنا أثرت الصحة وفي المبحـــث الرابع أثرت الفساد .

---

١ – راجع صفحة (٨٧) .

المبحث السابع

لو زوج عبده بمطلقته ثلاثاً ليحلها له لم يصح. تخريجاً على قاعـــدة : المقابلة بنقيض القصد

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

أن يزوج المطلق ثلاثاً عبده بمطلقته، ثم يهبه لها لينفسخ النكاح بملكها له، فيتزوجها بعد ذلك .

فهل يصح هذا النكاح فتحل به المرأة للأول[1][2] ؟

الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أن النكاح فاسد.

وإليه ذهب الحنابلة[3].

القول الثاني :

أن النكاح صحيح .

وإليه ذهب المالكية[4]، وهو وجه عند الحنابلة[5].

---

١ – هذه المسألة لها علاقة بما سبقها من مسائل في هذا الفصل، وبالأخص المبحث الرابع المتعلق بأثر نية الزوج التحليل دون شـــرطه في إفساد العقد، وجه ذلك : أن العقد يفسد بالنية من الزوج المحلل، فهل يفسد بنية ا لمطلق، هذا ما يتناوله هذا المبحث، ومن جهة أخرى هي تفريع على القول بفساد نكاح المحلل بصورة المتعددة، كما أن لها أيضاً علاقة بالمسألة التالية لها لتعلق كلا المسألتين بنية غير النكاح كما سيتضح من خلال عرض كلا المسألتين وبالله التوفيق .

٢ – انظر: المغني (٥٤/١٠)، والفروع (٢٦٥/٨)، وشرح البهوتي على المنتهى (١٨٦/٥) .

٣ – انظر : الشرح الكبير (٤١٢/٢٠)، كشاف القناع (٣٨٦/١١) .

٤ – انظر : حاشية الدسوقي (٧٢/٣) حيث قال : (فإن عقد عليها عبد ولو ملكاً للزوج بإذن سيده وكان بالغا وأولج فيها حشـــفته فقد حلت، فلو كان ملكاً للزوج وهبه لها أنفسخ النكاح وكان لمطلقها العقد عليها بعد العدة) وانظر مواهب الجليل (١٢١/٥) .

٥ – انظر : المغني (٥٤/١٠) والشرح الكبير (٤١٢/٢٠) .

الأدلـــة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : عموم الأدلة الدالة على فساد نكاح التحليل[1]، ووجه ذلك أن هذا النكاح إنما قصد بـــه إحلال المرأة لمطلقها الأول و لم يرد به النكاح ذاته فكان من جملة نكاح التحليل المنـــهي عنـــه الملعـــون صاحبه، فهو لم يزوجه إياها إلا ليحلها له[2].

الدليل الثاني :

أن النكاح فاسد لأن العبد ليس بكفء للمرأة، يؤكد ذلك أن السيد له سبيل إلى إزالة نكاحه من غـــير إرادته بأن يهبه للمرأة[3] .

أدلة القول الثاني:

دليلهم القاعدة الفقهية: من لا فرقة بيده لا أثر لنيته.

وجه ذلك : أن المطلق لا فرقة بيده فلا أثر لنيته فهو لا يملك شيئاً من العقد فهو أجنبي، إنما المؤثر هو نية الزوج فإذا لم يقصد العبد التحليل صح نكاحه كغيره ولا أثر لنية السيد[4] .

---

١ – وتقدم ذكرها في صفحة (٧١) كحديث : (لعن الله المحلل والمحلل له) وأثر عمر ﷺ : (لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما).

٢ – أنظر : المغني (٥٤/١٠) والشرح الكبير (٤١٢/٢٠) .

٣ – أنظر : المغنى (٥٤/١٠) والكشاف (٣٧٦/١١) .

٤ – أنظر : المغني (٥٤/١٠) والشرح الكبير (٤١٢/٢٠) .

نوقش

أن الفرقة هنا بيد الزوج المطلق، فلا يتمكن الزوج من الامتناع من الفرقة فهو مغلوب على أمره، وعليه فإن القاعدة المستدل بها تكون دليلاً على فساد هذا النكاح لا على صحته، وأما أن المؤثر هو نية الزوج فغير مسلم، إنما يؤثر نية من يملك الفرقة بقولٍ أو فعل، والتحليل دائر مع ذلك [1] .

الترجيح :

الراجح هو فساد هذا النكاح، وهو القول الأول، وذلك لقوة أدلته ولما ورد على استدلال المخالف من نقض ومناقشة، ولأن هذه الصورة أبلغ في المخادعة لله تبارك وتعالى والتلاعب بحدوده، ولما فيها أيضاً من الخداع بهذا العبد، ولأن الأصل المقابلة بنقيض المقصود الفاسد .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، فمن أفسد النكاح لم يرتب عليه آثاره ومن أبرزها عدم حلها لمطلقها الأول، ومن صحح النكاح رتب عليه آثاره وقال بحلها له .

---

١ – انظر: الفتاوى الكبرى (٦/٢٠١-٢٠٢) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

تقدم شرح القاعدة في المبحث الخامس من هذا الفصل[1].

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

يتضح وجه تخريج القول بفساد هذا النكاح على القاعدة بأن هذا النكاح إنما أريد به إحلال المرأة لمطلقها الأول على وجه فاسد، لأن قصده تعجيل ما أجله الله فيعاقب بنقيض قصده[2].

---

١ – راجع صفحة (٩١) .

٢ – الفتاوى الكبرى (٢٠٣/٦) .

المبحث الثامن

عدم أثر نية الزوجة في التحليل. تخريجاً على قاعدة : من لا فرقة بيده لا أثر لنيته .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

تتضح صورتها بما لو قصدت المرأة المطلقة ثلاثاً التحليل، بأن دفعت مالاً هبة لمن تثق به ليشتري مملوكاً فاشتراه وزوجه بها، ثم وهبه لها لينفسخ النكاح[1]، فهل يصح هذا النكاح بهذه النية من المطلقة فتحل به للأول أم أنه فاسد[2] ؟

الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أن النكاح صحيح بهذه الصورة وتحل به لمطلقها الأول.

وإليه ذهب المالكية[3]، والحنابلة[4].

قال في مواهب الجليل[5] : "المعتبر نية المحلل، ولو قال المطلق تزوجي فلاناً فإنه مطلاق حلت إن تزوجته، وكذلك إن تزوجته هي لذلك"[6].

---

١ – انظر: كشاف القناع (٣٧٦/١١) .

٢ – هذه المسألة فرع على القول بفساد النكاح بنية التحليل، لذا فإن من يصحح النكاح مع نية الزوج المحلل –وهم الحنفية والشافعية ورواية عند الحنابلة– فإنه يصححه هنا من باب أولى، أما من قال بفساده بنية الزوج الثاني فإنهم اختلفوا في فساده بنية المطلق والمرأة على ما سيتضح من خلال عرض المسألة، راجع صفحة (٨٣) لمعرفة الخلاف في أثر نية المحلل .

٣ – انظر: مواهب الجليل (١٢١/٥)، وحاشية العدوي (٩٧/٢) .

٤ – انظر: انظر: المغني (٥٣/١٠) والكشاف (٣٧٦/١١) .

٥ – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل من أبرز كتب المالكية المتأخرين، لمؤلفه : أبي عبدالله محمد المغربي المعروف بالحطاب ت(٩٥٤هـ).

٦ – (١٢١/٥) .

وقال في المغني : "وإن قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج، لم يؤثر ذلك في العقد"[1][2].

القول الثاني :

أن النكاح فاسد، ولا تحل به للأول.

وقال به الحسن البصري[3]، وإبراهيم النخعي[4]، وهو قول عند الحنابلة[5]، مال إليه شيخ الإسلام في هذه هذه الصورة[6].

---

١ – (٥٣/١٠) .

٢ – وقد ذكرها ابن عابدين الحنفي في حاشيته (٦٥٣/٩) فقال: (ومن لطيف الحيل أن تزوج لمملوك مراهق بشاهدين فإذا أولج .. يملكه لها فيبطل النكاح .. فتحل به) .

٣ – هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، من سادات التابعين وكبرائهم، عالم زاهد ورع عابد، أبوه مولى زيد بن ثابت الأنصاري ﷺ وأمه خيرة مولاة أم سلمة زوج النبي ﷺ ورضي عنها ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب ﷺ بالمدينة وتوفى بالبصرة سنة (١١٠هـ)، انظر ترجمته في التاريخ الكبير (٢٨٩/٢)، ووفيات الأعيان (٦٩/٢ وما بعدها) .

٤ – هو أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن الأسود النخعي الفقيه الكوفي، أحد أئمة التابعين، رأى عن عائشة رضي الله عنها ولم يثبت له عنها سماع، ونسبته إلى قبيلة نخع باليمن، ولد سنة (٤٦هـ) وتوفى سنة (٩٥هـ) انظر ترجمته في: وفيات الأعيان (٢٥/١ وما بعدها) وعصر التابعين لعبدالمنعم الهاشمي (٤٩٠-٥١٦) .

٥ – انظر: غاية المنتهى (٣٧/٣)، والتنقيح (٣٥٧) .

٦ – انظر: الفتاوى الكبرى (٢١٧/٦) فإنه ذكر –رحمه الله– لنية المرأة التحليل ستة مراتب، أخرها هذه الصورة، والتي مال إلى فساد النكاح بها .

الأدلة في المسألة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : قوله ﷺ : (لعن الله المحلل والمحلل له)[1].

وجه الدلالة :

أن التحليل لو كان يحصل بنية الزوجة للعنها النبي ﷺ، فلما لم يذكرها في اللعنة علم أن نيتها التحليل لا أثر لها[2].

الدليل الثاني :

حديث عائشة -رضي الله عنها وعن أبيها- قالت: (جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وإني تزوجت عبدالرحمن ابن الزبير، وإنما معه مثل هدبة الثوب، فتبسم رسول الله ﷺ وقال : (تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)[3].

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ بين أن المانع من رجوعها للأول هو ذوق العسيلة، فلو جامعها حلت للأول، ولو كانت إرادة المرأة التحليل مؤثرة في العقد أو محرمةً للعود للأول لذكرها، فلما لم يذكرها علم أن نيتها لغو لا أثر لها .

---

١ - سبق تخريجه في صفحة (٧١) .

٢ - انظر: الفتاوى الكبرى (٦/٢٠٤).

٣ - أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث برقم (٥٢٦٠) في (٤/٤٢/ج٧)، وأخرجه مسلم في كتاب النكاح باب لا تحل المطلقة ثلاثاً ... برقم (١٤٣٣) وصفحة (٥٦٧) .

الدليل الثالث :

أن قصدها التحليل لا عبرة به، لأن الطلاق ليس بيدها، ومن لا فرقة بيده لا أثر لنيته[1].

نوقش

بأن قصدها التحليل غير معتبر لا يسلم بإطلاق، لأنها إذا كانت النية مقترنة بطريق تملك به الفراق كما في صورة المسألة فإنها تكون مؤثرة، لأن الاعتبار في النية بما يملكه الناوي[2].

وللإجابة عن ذلك يقال :

ورد في قصة امرأة رفاعة قوله ﷺ : (تريدين أن ترجعي إلى رفاعة) وفي بعض الروايات أنها نشزت عن ابن الزبير وأنه أكذبها في دعواها والحامل لها إرادة الأول، وطلبت الفراق لذاك، ومع هذا لم يعلق النبي ﷺ رجوعها إلا بذوق العسيلة لحلها للأول، فدل على عدم اعتبار نيتها، ولو اقترنت بفعل كالنشوز[3].

الدليل الرابع :

كما أنهم استدلوا بأثر وقصة ذي الرقعتين، حيث شرطت المرأة ووليها على الزوج التحليل ومع ذلك أقر عمر نكاحه، فدل على عدم اعتبار نيتها من باب أولى.

---

١ – انظر: مواهب الجليل (١٢١/٥) وحاشية العدوي (٩٧/٢)، والفروع لابن مفلح (٢٦٥/٨)، والتنقيح (٣٥٧) .

٢ – انظر: الفتاوى الكبرى (٢٠٤/٦).

٣ – انظر بعض روايات الحديث عند النسائي في السنن الكبرى (٨٥٦/٢) حيث أورد بسنده إلى عبيدالله بن عباس رضي الله عنهما أن الغميصاء أو الرميصاء أتت النبي ﷺ تشتكي زوجها أنه لا يصل إليها فلم تلبث أن جاء زوجها فقال : يا رسول الله إنها كاذبة وهو يصل إليها ولكنها تريد أن ترجع إلى زوجها الأول، فقال رسول الله ﷺ : (ليس ذلك لها حتى تذوق العسيلة) وصححه محققه جاد الله الخداش وهو برقم (٥٥٧٦) في باب إحلال المطلقة ثلاثاً والنكاح الذي يحلها لمطلقها تحت كتاب الطلاق، كما أوردها العيني في عمدة القاري في باب شهادة المختبي (٢٢٨/٢٠) والحافظ ابن حجر باب إذا طلقها .. (٤٦٨/٩) كلاهما من المكتبة الشاملة .

ويناقش:

بأن هذا الأثر ضعيف، فلا يصلح للاستدلال به[1].

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

قوله ﷺ : (لعن الله المحلل والمحلل له) [2].

وجه الدلالة :

أن المرأة هي موضع التحليل والتحريم فيتناولها النهي ضمنا[3].

نوقش :

بأن النهي لو كان يتناولها لصرح بذلك في الحديث، والحاجة داعية لبيان ذلك، كما لعن الرائش مع الراشي والمرتشي، وكما لعن الكاتب والشاهدان على الربا مع آكله وموكله، ومعلوم أن شأن الفروج أعظم، فلما لم تذكر علم أن نيتها التحليل غير مؤثرة في صحة العقد أو فساده.

الدليل الثاني :

أن المرأة إنما تزوجت لتفارق، فلم تقصد النكاح، فهي متلاعبة بحدود الله -عز وجل- غارة لهذا الزوج، فوجب ألا يصح هذا النكاح لهذه المفاسد.

---

١ - راجع ذكر القصة بطولها وكلام أهل العلم عليها، صفحة رقم (٦٩) .

٢ - سبق تخريجه في صفحة (٧١) .

٣ - انظر: الشروط في النكاح للسدلان (٨٩).

نوقش :

بأن امرأة رفاعة أرادت الرجوع إليه، ونكحت ابن الزبير وامتنعت منه، ومع ذلك لم يعلق ﷺ رجوعها وحلها لرفاعة إلا ذوق ابن الزبير عسيلتها .

الترجيح :

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور العلماء من أن نية المرأة لا تؤثر في صحة النكاح أو فساده، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها في الجملة من المناقشة ولما ورد على أدلة مخالفهم من مناقشة .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وتبنى عليه أثار الصحيح أو الفاسد من النكاح على الخلاف في المسألة فمن أعتبر نية المرأة التحليل وأثرها في إفساد العقد رتب عليه أحكام الفاسد، ومن لم يعتد بها أجرى على العقد أحكام النكاح الصحيح.

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

المعنى الإفرادي للقاعدة :

(من) : الشرطية .

(لا) : النافية للجنس .

(فرقة) : المراد فرقة النكاح .

(بيده) : أي يملكها بقولٍ أو فعل[1].

(لا أثر لنيته) : جواب الشرط، والمراد بأثر النية تأثيرها في العقد من حيث الصحة أو الفساد.

المعنى الإجمالي للقاعدة :

معنى القاعدة أن من لا يملك الفرقة في النكاح بقول أو فعل فإن نيته لا تؤثر في صحة العقد أو فساده .

دليل القاعدة :

أن نية المرء المؤثرة إنما تتعلق بفعله فما تعلق بفعل غيره لا أثر لنيته فيه لأنها قاصرة .

---

١ – انظر: الفتاوى الكبرى (٢٠٢/٦).

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

أن المرأة لا فرقة بيدها فلا أثر لنيتها ولذلك فإن الحنابلة يصرحون بهذه القاعدة تحت هذا الفرع ويعللون حكمه بها[1].

١ – انظر: الفروع (٨/٢٦٥) .

المبحث التاسع

نية المتعة تفسد العقد ولو لم يتلفظ بها . تخريجاً على قاعدة: القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

أن ينوي الزوج نكاح هذه المرأة لمدة ما ثم يفارقها، دون شرط أو اتفاق بينهما على ذلك[1]، فهل يعد هذا النكاح من نكاح المتعة أم لا ؟

تحرير محل النزاع :

اتفق العلماء من المذاهب الأربعة على فساد نكاح المتعة[2].

واختلفوا فيما إذا نوى المتعة من غير تلفظ بها، هل يصح النكاح أم يفسد؟ على قولين:

القول الأول :

أن النكاح صحيح، ولا تؤثر فيه هذه النية .

وإليه ذهب الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، وبعض الحنابلة[6].

---

١ – وتسمى هذه المسألة ا لنكاح بنية الطلاق، ويمثلون لها بنكاح الغريب إلى أن تنتهي حاجته ويسافر .

٢ – انظر : الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة (١٣١/٢) ونهاية المطلب للجويني (٤٠٠/١٢) .

٣ – انظر: فتح القدير (١٤٩/٣) وحاشية ابن عابدين (١٧٣/٨) حيث قال : "(قوله: أو نوى) لأن التأقيت إنما يكون باللفظ" .

٤ – انظر: الشرح الصغير (٣٨٧/٢) .

٥ – انظر: نهاية المحتاج (٢٨٢/٦) روضة الطالبين (١٢٧/٧) .

٦ – انظر: المغني (٨٤/١٠)، ومجموع الفتاوى (١٠٧/٣٢-١٤٧) والشرح الممتع (١٨٥/١٢) فالموفق خالف المذهب، وبعضهم مع تصحيحه للنكاح إلا أنه قال بالتحريم وبعضهم قال بالكراهة، والبعض قال بالإباحة، وانظر ذلك في المراجع المشار إليها في المذاهب .

القول الثاني :

أن النكاح بهذه النية نكاح فاسد.

وإليه ذهب الحنابلة[1].

الأدلة في المسألة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : أن هذا النكاح مستكمل للشروط والأركان، وانتفت عنه الموانع، فالأصل فيه الجواز والصحة، ونية الطلاق لا تؤثر لأنها قد تتغير[2].

الدليل الثاني :

أن الرجل لا يلزمه أن ينوي حبس امرأته إن وافقته وإلا تركها، فالنكاح مبناه على أن الزوج يملك الطلاق من حين العقد فلا يكون النكاح لازماً له[3].

الدليل الثالث :

استدلوا بفعل الحسن بن علي –رضي الله عنهما– قالوا: أنه كان كثير الزواج وكان مطلاقا، فلعل غالب من تزوجها كان في نيته طلاقها بعد مدة، و لم يقل أحد أن فعله ذلك متعة[4].

يناقش :

بأن حمل زواجه على أنه كان ينوي الطلاق يحتاج إلى دليل، فلا يصح الاستدلال حينئذٍ .

---

١ – انظر: الفروع (٢٦٤/٨) والانصاف (٤١٦/٢٠) ومعونة أولى النهي (١٧٠/٧) وشرح البهوتي على المنتهى (١٨٨/٥) والكشاف (٣٧٨/١١) .

٢ – انظر: ومجموع الفتاوى (١٤٨/٣٢) .

٣ – انظر: المغني (٤٨/١٠) ومجموع الفتاوى (١٤٩/٣٢)

٤ – نفس المرجع السابق .

الدليل الرابع :

أن الرجل يتزوج الأمة التي يريد سيدها عتقها ولو اعتقت كان الأمر بيدها وهو يعلم أنها لا تختاره، ومع ذلك لم يؤثر علمه ذاك في النكاح، فكذا إذا نكحها بنية طلاقها[1].

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيات) [2].

وجه الدلالة :

أن الزوج قد نوى التوقيت وهو باطل فبطل نكاحه بهذه النية .

نوقش :

بأن هذا لا ينوي طلاقها عند أجل مسمى، ولو نواه فقد تتغير نيته ونكاحه باقي بيده فلم يبطل، ولأن الحديث قرن العمل بالنية وهو لم يعمل بل نوى، وقد لا يعمل.

الدليل الثاني :

أن الحال لا يخلو إما أن تعلم المرأة ووليها بذلك فلا يكون هناك بينه وبين المتعة فارق، وإما أن تجهله فيكون غشها ودلس عليها، والغش حرام بالإجماع ويزداد حرمة لتعلقه بالأبضاع.

---

١ – انظر : المغني (٤٨/١٠) .

٢ – سبق تخريجه في صفحة (٨٧) .

نوقش :

بأن المرأة ووليها قد دخلو على مغامرة، ولأن الزوج قد تتغير نيته فلا يبطل النكاح بمثل هذا .

الدليل الثالث:

أن القصود في العقود معتبرة، وهذا قد نوى التأقيت فبطل نكاحه .

نوقش :

بأن هذا القصد لا ينافي مقصود العقد والمبطل هو ما يناقض مقصود العقد فالطلاق بعد مدة أمر جائز لا ينافي مقصود العقد إلى حين الطلاق[1].

---

١ – انظر : الفتاوى (٣٢/١٥٠) .

الترجيح :

لم يترجح لي أحد القولين، فلكلا القولين أدلة ونظر، الأول نظر إلى أن النكاح مستوفي لأركانه وشروطه، و لم يتفق على إبطاله، أما النية فقد تتغير ويستديم النكاح ويرغبه، والقول الثاني نظر إلى أن القصود مؤثرة في العقود، وما يلحق المرأة ووليها بسبب بهذا النكاح لأنه على خلاف عادة الناس من أنكحتهم فهو غاش لهم ومدلس عليهم ولو علموا ما قبلوا، ورضاهم به إنما هو على أن النكاح مستدام مع استقامة الحال، لا أنه مؤقت بقضاء حاجة الزوج أو سفره إلا أن يقال إن المغترب غير مستقر فإما أن يسافر بها أو يطلقها وإما أن يستقر في البلد، ويطمعون في استقراره في البلد، أو أنهم قد لا يمانعون من سفره بها، فخيار الطلاق آخر عندهم، فهم في الجملة مخاطرون بتزويجه أكثر مما لو كان من أهل البلد، ثم إن الشارع قد أباح للرجل إذا خشى العنت و لم يستطع مهر الحرة أن ينكح أمة رقيقة أولاده منها أرقاء، وحال المغترب كحال هذا إلا أنه يجد طول الحرة فلم يمنع؟ والطلاق محتمل وقد لا يقع ويستدام النكاح.

لكل القولين مأخذ وتعليل ووجه و لم يظهر لي رجحان أحدهما .

وأما إنشاء السفر كما يفعله البعض للزوج بهذه النية فإن العلماء شددوا في ذلك وأسوق هنا ما قاله الشيخ ابن عثيمين –رحمه الله– في شرحه الممتع على الزاد حيث قال : "ثم إن بعض الناس بدأ –والعياذ بالله– يستغل هذا القول –أي القول بصحة النكاح بنية الطلاق– بزنا صريح، فبعض الناس الذين لا يخافون الله ولا يتقونه يذهبون إلى الخارج لأجل أن يتزوجوا ليس لغرض.. بل يذهب ليتزوج ويقول النكاح بنية الطلاق جائز، وقد سمعنا هذا من بعض الناس، يذهبون إلى بلاد معينة معروفة –والعياذ بالله– بالفجور ليتزوج، وبعضهم يتزوج أكثر من عشر نساء في مدة عشرين يوماً، فلذلك يجب أن نقول: إن هذا حرام ممنوع.. لأنه صار وسيلة للفسوق والفجور نسأل الله العافية" [1].

---

١ – (١٨٦/١٢) .

وهذه أيضاً فتوى للجنة الدائمة على سؤال ورد إليها بشأن السفر للزواج بهذه النية قالوا: "الزواج بنية الطلاق زواج مؤقت، والزواج المؤقت زواج باطل، لأنه متعة، والمتعة محرمة بالإجماع" [1].

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي وتظهر ثمرته في صورة المسألة فهل يصح النكاح بهذه النية أو لا؟ على الخلاف في المسألة، فمن قال بالصحة رتب أحكام النكاح الصحيح وآثاره على العقد، ومن قال بفساده رتب أحكام الفاسد عليه من وجوب التفريق ونحو ذلك .

١ – فتوى رقم (٢١١٤٠) في (٤٤٨/١٨) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

وتقدم في المبحث الرابع من هذا الفصل[1].

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

وذلك أن الزوج لما نوى بالعقد المتعة بطل نكاحه كما لو شرطها، لأن القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ.

---

١ - راجع صفحة (٨٧) .

المبحث العاشر

شرط الطلاق في النكاح يفسده . تخريجاً على قاعدة : كل شرط خالف حكم الله فهو باطل .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

هي أن يشرط في العقد طلاق المرأة بعد مدة معلومة كشهر، أو مجهولة كانقضاء الموسم.

فما حكم النكاح بهذا الشرط أهو فاسد أم صحيح[1]؟ اختلف العلماء – رحمهم الله تعالى– في حكمه على قولين :

القول الأول :

أن النكاح صحيح.

وإليه ذهب الحنفية[2]، وقول عند الشافعية[3]، ورواية عند الحنابلة[4].

القول الثاني :

أن النكاح فاسد بهذا الشرط.

وإليه ذهب المالكية[5]، والأصح عند الشافعية[6]، والمذهب عند الحنابلة[7].

---

١ – الفرق بين هذه المسألة وبين المتعة المتفق على بطلانها بين المذاهب الأربعة، أن هذه لا ينحل العقد بمضي المدة بل لابد من الطلاق بخلاف المتعة فإن النكاح ينحل بمضي المدة.

٢ – انظر: المبسوط (١٥٣/٥) وفتح القدير (٢٥٠/٣) حيث قال : (إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فإن النكاح صحيح والشرط باطل) .

٣ – انظر: المهذب (٤٤٦/٢) وروضة الطالبين (٤٤٦/٧) .

٤ – انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف (٤١٩/٢٠–٤٢٠) .

٥ – انظر: الشرح الصغير (٣٨٧/٢) وبلغة السالك (٢٨٩/٢) .

٦ – انظر: المهذب (٤٤٦/٢) وروضة الطالبين (٤٤٦/٧) ونهاية المطلب (٤٠٢/١٢) .

٧ – انظر: المغني (٤٩/١٠) ومنتهى الارادات (١٨٧/٥) والكشاف (٣٧٩/١١) .

الأدلة في المسألة :

أدلة القول الأول :

أن النكاح وقع مستوفياً لأركانه وشروطه، واقترن به شرط زائد، وفساد الشرط لا يؤثر على صحة العقد، فيصح العقد ويبطل الشرط[1].

ونوقش من أوجه :

الوجه الأول : أن قولكم أن هذا الشرط زائد لا يؤثر على صحة العقد .. هذا هو محل النزاع فلا يستدل به عليه .

الوجه الثاني : لو سلم لكم أنه شرط زائد فإن المرأة مع تصحيح العقد ألزمت بنكاح لم ترض به وهذا خلاف الأصول والنصوص[2].

الوجه الثالث : أن هذا الشرط يعود على الأصل بالإبطال، وما كان هذا شأنه فإن العقد يفسد به.

الدليل الثاني :

القياس على شرط ألا يتزوج عليها، فكما أنه يصح النكاح ويبطل هذا الشرط فكذا لو شرط طلاقها.

ونوقش :

بأن الأصل المقيس عليه محل خلاف فلا يصح القياس عليه، على أنه لو سلم لهم الأصل المقيس عليه، فإنه لا يعود على أصله –وهو النكاح– بالإبطال كهذا الشرط، فإنه يعود على أصله بالإبطال وهو حل النكاح، ففارقه فكان مؤثراً في فساد العقد.

---

١ – انظر: المبسوط (١٥٣/٥) ونهاية المطلب (٤٠٢/١٢) .

٢ – انظر: مجموع الفتاوى (١٦٣/٣٢) .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

أن هذا الشرط مانع من بقاء النكاح فأشبه المتعة، والمتعة باطلة[1].

الدليل الثاني :

أن هذا الشرط فيه توقيت للنكاح وتوقيت النكاح باطل كالمتعة بجامع التوقيت في كلٍ[2].

الدليل الثالث :

أن هذا الشرط مخالف لمقصود الشارع ومراده فوجب إبطاله لأن كل شرط خالف حكم الله فهو باطل، وإذا بطل الشرط لزم إبطال النكاح لأن المرأة لم ترض بنكاح مستمر فتعين إبطال هذا النكاح.

الترجيح :

يترجح القول بفساد النكاح بهذا الشرط، وذلك لقوة أدلته وسلامتها عن المناقشة، ولما ورد على استدلال المخالف من مناقشة .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وعليه فإن من قال بفساد النكاح أجرى عليه أحكام الفاسد من النكاح من وجوب التفريق ونحوه، ومن قال بصحة النكاح أجرى عليه أحكام الصحيح ورتب عليه آثاره من الإحصان والتوارث ونحو ذلك .

---

١ – انظر: نهاية المطلب (٤٠٢/١٢)، والشرح الكبير مع الإنصاف (٤٢٠/٢٠) .

٢ – نفس المرجع السابق .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

تقدم شرح القاعدة في المبحث الثاني من هذا الفصل[1].

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

أن شرط الطلاق في النكاح مخالف لحكم الله فوجب إبطاله لأن كل شرط خالف حكم الله فهو باطل.

---

١ - راجع صفحة (٧٤) .

المبحث الحادي عشر

لا يثبت بعقد المتعة شيء قبل الدخول. تخريجاً على قاعدة: العقد الفاسد وجوده كعدمه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

هذا المبحث متعلق بتخريج ثمرة من ثمار القول بفساد نكاح المتعة، والقول بفسادها هو قول جماهير أهل السنة والجماعة، قال في الإفصاح[1] : "وأجمعوا على أن نكاح المتعة باطل، لاخلاف بينهم في ذلك".

وذكر المسألة بأدلتها ومناقشاتها مما يطول ويخرج عن صلب البحث إلا أن من المستحسن ذكر أبرز الأدلة الدالة على فساد نكاح المتعة، وهي :

الدليل الأول :

قوله ﷻ : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ۝٧ ﴾[2].

وجه الدلالة :

أن الله أمر بحفظ الفروج ورتب الوعيد على مخالف ذلك، بل سماه معتدياً، و لم يستثن إلا الزوجة وملك اليمين .

والمتمتع بها ليست بواحدة منهما، فلا هي ملك يمين، ولا بزوجة بدليل انتفاء لوازم الزوجية عنها كالطلاق والظهار واللعان، ولا يثبت لها إرث ولا عدة، فليست بزوجة، فكان التمتع بها محرماً .

---

١ – الإفصاح عن معاني الصحاح للوزير ابن هبيرة الحنبلي المتوفى سنة (٥٦٠هـ)، انظر: (١٣١/٢) .

٢ – سورة المؤمنون ، الآيات (٥، ٦، ٧) .

الدليل الثاني :

حديث علي بن أبي طالب ﷺ قال : (إن النبي ﷺ نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر) [1].

والنهي يقتضي الفساد .

الدليل الثالث :

حديث الربيع بن سبرة عن أبيه –رضي الله عنهما– : (أن رسول الله ﷺ نهى يوم الفتح عن متعة النساء) وفيه لفظ : (ألا أنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة) [2].

وجه الدلالة :

هذا الحديث أيضاً صريح في التحريم والنهي عن المتعة والنهي يقتضي الفساد، وأيضاً فإن فيه تصريح بأنها محرمة إلى يوم القيامة .

وبهذا تتضح الحجة في فساد نكاح المتعة، وعليه فإنه يجب فيه التفريق بين الزوجين، وإذا كان التفريق قبل الدخول، فإنه لا يثبت به مهر ولا متعة، قال في الكشاف: "(وإن لم يدخل بها في عقد المتعة وفيما حكمنا به أنه متعة فرق بينهما ولا شيء) من مهر ولا متعة لفساد العقد" [3]، فلا يجب للمرأة شيء من المهر، لأن العقد فاسد، و لم تخسر شيئاً ليضمن لها.

---

١ – أخرجه البخاري في كتاب المغازي باب غزوة خيبر برقم (٤٢١٦) في (١٣٦/٣/ج٥) وأخرجه مسلم في كتاب النكاح باب نكاح المتعة برقم (١٤٠٧) وصفحة (٥٥٣) .

٢ – أخرجه مسلم في كتاب النكاح باب نكاح المتعة برقم (١٤٠٦) وصفحة (٥٥٣).

٣ – (٣٧٩/١١) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

(**العقد**) : هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول[1].

(**الفاسد**) : ضد الصحيح، وهو مالا تترتب آثاره عليه، أو هي صفة للفعل الذي يقع مخالفاً للشرع[2].

(**وجوده كعدمه**) : من جهة الأثر .

المعنى الإجمالي للقاعدة :

أن العقد إذا كان فاسداً مخالفاً للشرع فإنه لا يترتب عليه ما يترتب على العقد الصحيح، فوجوده كعدمه.

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

أن نكاح المتعة لما كان فاسداً لم يثبت به شيء قبل الدخول لوقوعه مخالفاً الشرع فكان وجوده كعدمه.

---

١ – انظر صفحة (٨٧) .

٢ – انظر: المهذب في أصول الفقه للنملة (١/٤٠٤) .

المبحث الثاني عشر

يثبت مهر المثل في عقد المتعة بالدخول. تخريجاً على قاعدة: ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

أن يعقد رجل على امرأة عقد متعة بأن يتزوجها إلى مدة، ثم يدخل بها، فإن حكم هذا النكاح الفساد، ويجب فيه التفريق بينهما، وفي هذه الصورة قد دخل بالمرأة، فما الواجب لها، أهو المسمى أم مهر المثل أم الأقل منهما؟ ثلاثة أقوال لأهل العلم -رحمهم الله- في هذه المسألة

فهم متفقون على ثبوت المهر لها، ولكنهم اختلفوا في قدره[1].

الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أن الواجب هو الأقل من مهر المثل أو المسمى .

وإليه ذهب الحنفية[2]، وهو وجه ضعيف عند الشافعية[3].

القول الثاني :

أن الواجب هو المسمى .

وإليه ذهب المالكية[4]، والحنابلة[5].

---

١ - قال الموفق : (ويجب المهر للمنكوحة نكاحاً صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد، والموطوءة بشبهة، بغير خلاف نعلمه)، المغني (١٠/١٨٦) .

٢ - انظر: المبسوط (٥/١٧١) وبدائع الصنائع (٣/٦١٩)، وحاشية ابن عابدين (٨/٤٥٣) .

٣ - انظر: روضة الطالبين (٧/٢٦٥) .

٤ - انظر: بلغة السالك (٢/٢٩٢) .

٥ - انظر: الشرح الكبير (٢١/٢٨٧)، والفروع (٨/٣٥٤-٣٥٨) .

القول الثالث :

أن الواجب مهر المثل .

وإليه ذهب الشافعية[١]، ورواية عند الحنابلة جزم بها في المغني[٢]، وتبعه في الشرح[٣]، والإقناع[٤].

الأدلة في المسألة :

دليل أصحاب القول الأول قالوا : لأنها إن رضيت بدون مهر المثل فليس لها أكثر منه، كالعقد الصحيح، وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائد، لأنه بعقد غير صحيح.

إيضاحه :

أن مهر المثل إذا كان أقل من المسمى فإنه يتقرر بدل الوطء هنا لأنها رضيت به كما لو كان العقد صحيحاً، وأما لو كان المسمى أكثر فإنه لا عبرة به لأن العقد فاسد فلا يعتبر رضاها في الزيادة عن مهر المثل .

نوقش :

بأن الموجب للمهر في هذا النكاح هو الإصابة لا العقد، فإذا كان كذلك فلا عبرة برضاها[٥]، ثم إنه إما أن يعتبر رضاها أو لا يعتبر أما أن يعتبر في حال دون حال فلا دليل عليه.

---

١ – انظر: روضة الطالبين (٢٦٥/٧) .

٢ – (٣٥٢/٩) .

٣ – انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف (٢٨٧/٢١-٢٨٨) .

٤ – انظر: الإقناع مع شرحه الكشاف (٣٧٩/١١) .

٥ – انظر : المغني (٣٥٣/٩) .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

قوله ﷺ : (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها) وفي رواية : (فلها الذي أعطاها بما أصاب منها)[1].

الشاهد : (فلها المهر)

وجه الدلالة :

حيث عرف بـــ(أل) العهدية، فدل على أن المهر معهود بين الزوجين وهو المسمى ويؤكد ذلك ما جاء في الرواية الأخرى حيث أوجب ما أعطاها وهو المسمى[2].

الدليل الثاني :

أن العاقدان قد اتفقا وتراضيا على المسمى واستقر بالدخول فيثبت لها كالنكاح الصحيح .

الدليل الثالث :

أن الضمان في النكاح الفاسد كالضمان في النكاح الصحيح، وجه ذلك أن النكاح الصحيح يثبت لها فيه بالدخول المهر المسمى فكذا إذا فسد العقد.

---

١ – الحديث أخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح باب في الولي برقم (٢٠٨٣) وصفحة (٣١٦) وصححه الألباني، كما أخرجه الترمذي في كتاب النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولي برقم (١١٠٢) وصفحة (٢٥٩) وأخرجه الشافعي في مسنده في كتاب النكاح باب بطلان النكاح بغير ولي ورده برقم (١١٤٠) في (٤٤/٣) بترتيب سنجر، وأخرجه البيهقي في النكاح باب النكاح لا يقف على الإجازة رقم (١٣٧١٢) في (٢٠٠/٧)، ط، الكتب العلمية قال في الإرواء (٣٦٢/٦) برقم (١٩٤٣) : "(وفي بعض ألفاظ حديث عائشة) : (ولها الذي اعطاها بما أصاب منها) (رواه البرقاني والخلال بإسنادهما) صحيح" .

٢ – انظر: الشرح الكبير (٢٨٧/٢١) وشرح البهوتي على المنتهى (٢٧٩/٥) .

ونوقش الدليلان :

بأن اتفاقهما في هذا العقد لا عبرة به لفساده وإذا فسد فسد ما في ضمنه .

أدلة القول الثالث :

الدليل الأول :

قوله ﷺ : (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها) [1].

وجه الدلالة :

أنه ﷺ جعل لها المهر بالإصابة، والإصابة إنما توجب مهر المثل، فالعقد لا عبرة به وإذا لم يعتد به فالمسمى من ضمنه، فثبت أن الواجب لها مهر المثل[2].

ونوقش :

بأن قوله ﷺ : (المهر) فيه إشارة إلى مهر معروف بين الزوجين وهو المسمى لذا عرفه بـــ(أل) العهدية.

الدليل الثاني :

أنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء، فدل على أن الموجب للمهر هنا الإصابة، والإصابة توجب مهر المثل كما في وطء الشبهة[3].

---

١ – سبق تخريجه في صفحة (١٣١) .

٢ – انظر: المغني (٣٥٢/٩) .

٣ – نفس المرجع السابق، ونفس الموضع .

نوقش :

بعدم التسليم بأن الإصابة توجب مهر المثل على إطلاقه، فإن وطء الشبهة وجب به مهر المثل لعدم وجود مسمى فيه[1]، فتعين مهر المثل، أما في هذا النكاح فإنه يوجد مسمى، فتعين الحكم به .

الدليل الثالث :

القياس على ما فسدت فيه التسمية، فإنه يحكم فيه بمهر المثل، فكذا إذا فسد العقد يحكم فيه بمهر المثل، لأن الحكم به في حال فساد العقد أولى من الحكم به في حال صحة العقد وفساد المسمى[2]، وما ضمن في صحيح العقد ضمن في فاسده .

نوقش :

بعدم صحة القياس من وجهين :

الوجه الأول :

أن الأصل المقيس عليه مختلف فيه بين العلماء –رحمهم الله– فمنهم من يوجب في فاسد التسمية مثل المسمى إن كان مثلياً أو قيمته، ومنهم من يوجب مهر المثل، فلا يصح إذاً القياس عليه .

الوجه الثاني :

لو كان الأصل المقيس عليه محل اتفاق بين العلماء ، فإنه لا يصح القياس من جهة أخرى وهي أن هذا القياس قياس مع الفارق فيبطل، والفارق هو أن العقد الفاسد فيه مسمى صحيح فيجب الحكم به ولا ناقل عن ذلك، بخلاف فاسد التسمية، فإنه حكم فيه بمهر المثل ضرورة فساد المسمى، لعدم تأتي الحكم به، وهذا غير موجود في مسألتنا فوجب الحكم بالمسمى .

---

١ – كأن يدخل بأجنبية يظنها امرأته .

٢ – انظر : المغني (٣٥٢/٩).

الترجيح :

من خلال عرض الأقوال والأدلة والمناقشة في المسألة يظهر قوة كلا القولين الثاني والثالث، بل ووجاهة القول الثالث لقوة مأخذه إلا أن القول الثاني أسعد بالدليل فقوله ﷺ : (ولها الذي أعطاها بما أصاب منها)[1]، نص في محل النزاع فيجب الأخذ به .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي وثمرته تظهر في الواجب للمرأة بالدخول في المتعة أهو المسمى أو مهر المثل أو الأقل منها، على الخلاف في المسألة .

١ – سبق تخريجه في صفحة (١٣١)، قال في معونة أولى النهي : "لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة –رضي الله عنها– : (ولها الذي أعطاها بما أصاب منها)، قال القاضي: حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسنادهما" ، (٣١٦/٧) وهذه الرواية كما مر صححها الألباني في الإرواء (٣٦٢/٦) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

(ماضمن) : الضمان : الغرامة والكفالة[1].

(الصحيح) : ضد الفاسد، وهو البراءة من كل عيب[2]، ويرادبه هنا الفعل الذي يقع موافقا للشرع لاستجماعه الشروط والأركان، وانتفاء الموانع عنه[3]، وهو صفة للعقد هنا .

المعنى الإجمالي للقاعدة :

أن ما غرمه العاقد والتزمه في العقد الصحيح، فإنه كذلك يلتزمه ويغرمه في العقد الفاسد .

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

أن المهر في النكاح الصحيح إذا كان فاسداً فإنه يسقط وللمرأة مهر المثل فكذا إذا فسد العقد لأن فساده فساد لما في ضمنه ومنه المهر المسمى فيجب لها مهر المثل لأن ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد .

---

١ – القاموس المحيط، باب (النون) فصل (الضاد) مادة (ضمن) .

٢ – القاموس المحيط، باب (الحاء) فصل (الصاد) مادة (صحح) .

٣ – انظر: المهذب للنملة (١/٤٠٤) .

المبحث الثالث عشر

نكاح المتعة لا تترتب عليه آثار. تخريجاً على قاعدة: العقد الفاسد وجوده كعدمه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

الآثار المترتبة على النكاح متعددة، والإشارة في هذا المبحث إلى قوله في الكشاف :"(ولا يثبت به) أي: بنكاح المتعة (إحصان، ولا إباحة للزوج الأول) يعني لمطلقها ثلاثاً، لأنه فاسد فلا يترتب عليه أثره (ولا يتوارثان ولا تسمى زوجة)"[1] فذكر هنا آثار للنكاح وأنها لا تترتب على نكاح المتعة لفساده، وهذا التعليل إشارة للقاعدة المخرج عليها: العقد الفاسد وجوده كعدمه .

الأثر الأول : هل يحكم بالإحصان على الزوجان بالدخول في نكاح المتعة ؟

لا يثبت بنكاح المتعة الإحصان للزوجين لأنه نكاح فاسد، ومن شروط الإحصان المتفق عليها بين أكثر أهل العلم أن يكون الوطء في نكاح صحيح[2].

الأثر الثاني : لا يحصل بالدخول في نكاح المتعة إباحة للزوج الأول، فلو طلق رجل امرأته ثلاثاً ثم نكحت نكاح متعة ودخل بها وفرق بينهما فإنها لا تحل لمطلقها الأول بهذا الدخول لأن النكاح فاسد، ومن شرط حلها لمطلقها الأول أن يدخل بها في نكاح صحيح لقوله ﷺ لامرأة رفاعة : (حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك) [3][4].

---

١ – (٣٧٩/١١) .

٢ – نقل الإجماع الوزير ابن هبيرة في الإفصاح فقال : (وأجمعوا على أن شرائط الإحصان: الحرية، والبلوغ، والعقل، وأن يكون تزوج امرأة على مثل حاله تزويجاً صحيحاً ودخل بها وهما على هذه الصفة، فهذه الصفات الخمس مجمع عليها) (٢٣٣/٢) وقال الموفق في معرض حديثه على شروط الإحصان : (أن يكون النكاح صحيحاً وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور يحصل الإحصان بالوطء في نكاح فاسد) (٣١٥/١٢) وذكر دليله العقلي ونقضه فراجعه إن شئت .

٣ – سبق تخريجه في صفحة (١٠٥) .

٤ – انظر: الإفصاح (١٥٩/٢) والمغني (٥٤/١٠) .

الأثر الثالث : ولا يتوارثان في عقد المتعة فلو عقد عليها ثم مات قبل أن يفرق بينهما فإنها لا ترثه وكـــذا لو ماتت هي لا يرثها، لأن النكاح غير صحيح[1].

الأثر الرابع : ولا تسمى زوجة بهذا العقد لأنه عقد فاسد مخالف للشرع فلا يثبت به مسمى الزوجية .

١ – انظر: الشرح الكبير (٢٩٤/١٨) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

تقدم شرح القاعدة قريباً في المبحث الحادي عشر من هذا الفصل[1].

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

أن نكاح المتعة نكاح فاسد لا تترتب عليه آثاره فإذا لم تترتب عليه آثاره كان وجوده كعدمه قال في الروض المربع : "(وإذا افترقا في) النكاح (الفاسد) المختلف فيه (قبل الدخول والخلوة فلا مهر) ولا متعة، سواء طلقها أو مات عنها، لأن العقد الفاسد وجوده كعدمه"[2].

---

١ – راجع صفحة (١٢٧) .

٢ – (٨/٥١٥) مع حاشية الطيار والمشيقح .

الفصل الثالث

أثر تخلف الشرط الصحيح في النكاح

واشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :

يثبت الخيار بتخلف الصفة في النكاح. تخريجاً على قاعدة: لا ضرر ولا ضرار .

المبحث الثاني :

إذا تخلفت الصفة المشروطة واستقر المهر رجع الزوج به على الغار له. تخريجاً على قاعدة : لا ضرر ولا ضرار .

المبحث الثالث :

رجوع المغرور على الغار له مقيد بذكر الشرط ولو تقدم الشرط العقد. تخريجاً على قاعدة: الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له .

المبحث الأول

يثبت الخيار بتخلف الصفة في النكاح. تخريجاً على قاعدة: لا ضرر ولا ضرار .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

لو تزوج امرأة على شرط أنها مسلمة فبانت كتابية، فهل يثبت له الخيار في فسخ النكاح بذلك؟

تحرير محل النزاع :

اتفق العلماء – رحمهم الله – على أنه لا يجوز للمسلم نكاح الكافرة، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ ﴾[1]، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ ﴾[2]، وعليه فإنه يفرق بينهما إذا بانت كافرة، واختلفوا فيما لو بانت كتابية فهل يثبت الخيار للزوج أم لا ؟

الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أن الزوج يملك بذلك خيار الفسخ .

وإليه ذهب المالكية[3]، ووجه عند الشافعية[4]، والمذهب عند الحنابلة[5].

---

١ – سورة البقرة، الآية (٢٢١) .

٢ – سورة الممتحنة، الآية (١٠) .

٣ – انظر: مواهب الجليل (١٥٢/٥) وحاشية الدسوقي (١١٠/٣) .

٤ – انظر: المهذب (٤٥٣/٢) والشرح الكبير للرافعي (١٤٤/٨) .

٥ – انظر: المغني (٤٥١/٩)، والشرح الكبير لابن قدامة (٤٢٧/٢٠)، والكشاف (٣٨٢/١١) .

القول الثاني :

لا يملك الزوج بتخلف الصفة الخيار في الفسخ .

وإليه ذهب الحنفية[١]، وهو الأصح عند الشافعية[٢].

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

أن في تخلف الإسلام نقص على الزوج وضرر يتعدى إلى الولد[٣].

الدليل الثاني :

القياس على ما لو شرطها حرة فبانت أمة، والجامع تعدي الضرر إلى الولد[٤].

الدليل الثالث :

أن الزوج شرط وصفاً مقصوداً فثبت له الفسخ بفواته كالمبيع[٥].

الدليل الرابع :

أن كونها كتابية وفي العقد يذكر أنها مسلمة هذا كذب وتدليس وغرور، فيثبت به الفسخ كما يثبت بـــه الرد في البيع[٦].

هذه أبرز أدلة من ذهب إلى ثبوت الخيار بتخلف صفة الإسلام في المرأة .

---

١ – انظر: المبسوط (٩٥/٥) وبدائع الصنائع (٥٩٢/٣) .

٢ – انظر: المهذب (٤٥٣/٢) والشرح الكبير (١٤١/٨) .

٣ – انظر: المغني (٤٥١/٩) .

٤ – انظر: الشرح الكبير (٤٢٧/٢٠) .

٥ – انظر: الفتاوى (١٦١/٣٢) والمغني (٤٥١/٩) .

٦ – انظر: مواهب الجليل (١٥٢/٥) وأسهل المدارك (١٠٠/٢) .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

أن الزوج بيده طلاقها فلا يحتاج إلى إثبات الفسخ بتخلف شرطه[1].

ونوقش :

بأن عدم حاجة الزوج إلى الفسخ غير مسلم لأنه إن طلق قبل الدخول غرم نصف المهر، وبإثبات الخيار لا يغرمه، فكان محتاجاً له إزالة للضرر عنه .

الدليل الثاني :

أن الكفاءة في جانب النساء غير معتبرة وعليه فلا وجه لاثبات الخيار[2].

نوقش :

أن الخيار هنا ليس لتخلف الكفاءة، بل لفوات شرطه فلم يرض بكونها غير مسلمة، وفي إلزامه بدون تلك الصفة إلزام بعقد لم يرض به وهذا مخالف للنصوص والأصول[3]، ولا سيما أنه يلحقه ضرر بذلك بل ويتعدى إلى ولده[4].

---

١ – انظر: المبسوط (٣٠/٥) بدائع الصنائع (٥٩٢/٣) .

٢ – نفس المرجع السابق .

٣ – انظر: الفتاوى (١٦١/٣٢) .

٤ – انظر: الشرح الكبير (٤٢٧/٢٠) .

الترجيح :

يظهر من خلال العرض للخلاف في المسألة رجحان القول الأول القائل بثبوت الفسخ للزوج بتخلف صفة الإسلام المشروطة في الزوجة وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، ولما ورد على استدلال المخالف من مناقشة، ولأن في إثبات الخيار له بتخلف الصفة المشروطة دفع للضرر عنه، فلو بانت على خلاف الصفة قبل الدخول فإنه يحق له فسخ النكاح ولا يلزمه شيء من المهر .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي، وثمرته تظهر فيما لو بانت كتابية قبل الدخول فله الفسخ على الراجح من القولين، وعلى المرجوح لا خيار له .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

المعنى الإفرادي للقاعدة :

(لا ضرر) : من الضر وهو ضد النفع، ويأتي في اللغة بمعنى النقص والضيق وسوء الحال[1]، ويقال : أضربه إذا لحق الشخص مكروه[2].

وفي الاصطلاح : إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً[3].

(ضرار) : هو في اللغة بمعنى الضر، وأما في الاصطلاح، فقد اختلفوا في حده على اتجاهين :

الاتجاه الاول : أنه بمعنى الضرر، والاتجاه الآخر: أن الضرار غير الضرر ثم اختلف أصحاب هذا الاتجاه في تفسيره على ثلاثة أقوال وهي :

- الأول : أنه إلحاق المفسدة بالغير على سبيل المجازاة .
- الثاني : أنه ما تضر به صاحبك من غير أن تنتفع به .
- الثالث : أن الضرر فعل والضرار إسم .

ولعل الأول أرجحها، وجه ذلك أن الضرار فيه معنى المشاركة وهي تفيد المقابلة .

---

١ – انظر : القاموس المحيط، باب (الراء) فصل (الضاد) مادة (ضر) .

٢ – انظر : لسان العرب مادة (ضر) .

٣ – انظر : الوجيز للبورنو (٧٨) .

المعنى الإجمالي للقاعدة :

لا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر مفسدة على وجه الابتداء ولا على سبيل المقابلة .

دليل القاعدة :

يدل للقاعدة أدلة كثير منها :

قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾[1].

فنهى سبحانه عن الاعتداء ومن الاعتداء إلحاق الضرر بالغير فيكون منهياً عنه .

وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ ﴾[2]، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُفْسِدُواْ فِي ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا وَٱدْعُوهُ ﴾[3]، وقوله تعالى : ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِ ﴾[4]، ومن السنة، قولهﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[5].

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

أن في ثبوت خيار الفسخ بتخلف الصفة دفع للضرر عن المشترط لأن تخلف الصفة المشروطة بغير المشترط يضر المشترط لها فهو لم يرضى بالعقد بدون تلك الصفة وفي الزامه بالعقد بدونها ضرر والقاعدة لا ضرر ولا ضرار .

---

١ – سورة البقرة ، الآية (١٩٠) .

٢ – سورة البقرة ، الآية (٢٣١) .

٣ – سورة الأعراف ، الآية (٥٦) .

٤ – سورة البقرة ، الآية (٢٣٣) .

٥ – رواه مالك في الموطأ، في كتاب القضاء باب القضاء في المرفق برقم (٣٢٠٠) وصفحة (٤٤٧)، وابن ماجة في سننه في كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجارة برقم (٢٣٤٠) وصفحة (٤٠٠) وصححه الألباني في الإرواء برقم (٨٩٦) في (٤٠٨/٣) .

المبحث الثاني

إذا تخلفت الصفة المشروطة، واستقر المهر، رجع الزوج به على الغار له. تخريجاً على قاعدة: لا ضرر ولا ضرار .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

أن يتزوج الرجل المرأة على أنها حرة مثلاً، ثم بعد الدخول، بان أنها بخلاف الصفة التي يريدها، بأن كانت أمة، فهل للزوج الرجوع بما غرمه من مهر، أو فداء على من غره أو لا ؟

اختلاف العلماء في ذلك على قولين[1] :

القول الأول :

أنه لا يرجع بشيء مما غرمه .

وإليه ذهب الحنفية[2]، والشافعية في الجديد[3]، وهو رواية عند الحنابلة[4].

القول الثاني :

أنه يرجع بما غرمه على الغار له .

وإليه ذهب المالكية[5]، وهو القديم لدى الشافعية[6]، والمذهب لدى الحنابلة[7].

---

١ – تقدم في المسألة السابقة الكلام على حق خيار الفسخ بتخلف الصفة، وأن العلماء –رحمهم الله– يختلفون في ذلك على قولين، المنع والإثبات، فمن منع منه منع من الرجوع على الغار، وهم الحنفية والشافعية في الصحيح من مذهبهم، وأما المالكية والحنابلة فهم يثبتون خيار الفسخ لخلف الصفة كما أنهم يثبتون الرجوع بما غرم الزوج على الغار له من مهر أو فداء، وللنظر في ذلك راجع المراجع المشار إليها في المسألتين .

٢ – انظر : المبسوط (٥/٩٥ وما بعدها ، ١١٦، ١١٨، ١٥٨) .

٣ – انظر: روضة الطالبين (٧/١٨٤) ونهاية المطلب (١٢/٤٣٦) وهو في المهر أما في الفداء فقولهم واحد في الرجوع على الغار .

٤ – انظر: المغني (٩/٤٤٤) والفروع (٨/٢٧٣) .

٥ – انظر : المدونة (٢/٢٠٧، ٢١٢) وأسهل المدارك (٢/١٠١) .

٦ – انظر: نهاية المطلب (١٢/٤٣٦) والشرح الكبير (٨/١٤٩) .

٧ – انظر: المغني (٩/٤٤٤) والفروع (٨/٢٧٣) والشرح مع الإنصاف (٢٠/٤٣٩) .

الأدلـــة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

أن المهر وجب عليه في مقابلة نفع وصل إليه، وهو الوطء، فلم يرجع به[1].

نوقش :

بأن الرجل إنما نكح وبذل المهر لأجل دوام النكاح، ومع تخلف الصفة فإن له الخيار فإن لم يعلم إلا بعـــد الدخول فلها المهر وله الرجوع إزالة للضرر عنه، وهو الموافق لما جاءت به الشريعة .

الدليل الثاني :

قوله ﷺ: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها)[2].

وجه الدلالة :

أنه جعل لها المهر بما استحل من فرجها، مع أن سبب التفريق من جهتها، ومع أن النكاح فاســـد، فلـــم يرجع عليها بشيء، فلأن لا يرجع في الصحيح بتخلف صفة أولى[3].

نوقش :

بأن الحديث لم يتعرض لذكر الرجوع بالمهر، وإنما أثبته لها بالدخول، ثم إنه لا يسلم بأن ســـبب الفســـخ كان من جهتها بل هو مشترك بينهما حيث أقدم على هذا النكاح .

---

١ – انظر: بدائع الصنائع (٥٩٨/٣) والشرح مع الإنصاف (٤٣٩/٢٠) .

٢ – سبق تخريجه في صفحة (١٣١) .

٣ – انظر: الأم (٩٣٩) .

أدلة القول الثاني

أن الزوج قد ضمن له سلامة المعقود عليه، فكان غرمه على الغار له، لأنه السبب في فواته عليه[1].

الدليل الثاني :

أن الرجل لزمه الغرم بناء على قول المخبر له والغار، فوجب إزالة الضرر عنه، بإثبات الرجوع على من غره وأضربه[2].

الترجيح :

بعد النظر والتأمل فيما استدل به الفريقان ومناقشة ما يحتمل المناقشة، ظهر رجحان القول الثاني وهو إثبات الرجوع على الغار، وهذا هو الموافق لمقتضى الشريعة فإن مبناها على العدل وإزالة الظلم ودفع الضرر، فإن الزوج شرط صفة ونكح بناءً على ثبوتها ثم بعد الدخول يتضح الأمر بخلاف ما شرط فإن المرأة يثبت لها المهر، والزوج يغرمه، وذلك ضرر عليه من جهتين الأولى : فوات شرطه ودخوله بهذه المرأة، الأخرى: غرمه لمهرها، فلا أقل من دفع وإزالة الضرر عنه بإثبات حقه في الرجوع بما غرم على الغار له[3]، وهو الموافق لإثبات الخيار له فيما يجوز فيه إبقاء النكاح كأن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء، فإنه والحال هذه إذا لم يثبت له الرجوع على الغار فما الفائدة من إثبات الفسخ إذا يطلق، لذلك يترجح القول بأن للزوج الرجوع على الغار له، والله أعلم .

نوع الخلاف وثمرته :

الخلاف معنوي وثمرته في رجوع الزوج على الغار من عدمه، فإن الراجح في المسألة كما تبين رجوعه على الغار، وأما على القول الآخر يغرم الزوج ولا يرجع بشيء على من غره .

---

١ – انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤٣٩/٢٠) .

٢ – انظر: المغني (٤٤٦/٩) .

٣ – انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف (٤٣٩/٢٠) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة .

وتقدم شرح القاعدة في المبحث السابق[1].

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

قال في المغني : (لأنه متى أخبره بحريتها، أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك، ورغب فيها بناء عليه، وأصدقها صداق الحرائر، ثم لزمه الغرم، فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار، فتجب إزالة الضرر عنه، بإثبات الرجوع على من غره وأضر به)[2]، والقاعدة : لا ضرر ولا ضرار .

---

١ - راجع صفحة (١٤٦) .

٢ - (٤٤٦/٩) .

المبحث الثالث

رجوع المغرور على الغار له مقيد بذكر الشرط ولو تقدم الشرط العقد. تخريجاً على قاعدة: الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين:

المسألة الأولى :

شرح القاعدة .

المسألة الثانية :

وجه تخريج الفرع على القاعدة .

المطلب الأول :

دراسة الفرع فقهياً .

صورة المسألة :

لو شرط للزوج حرية المرأة قبل العقد، ثم جرى العقد خالياً عن ذكر ذلك، وتبين أنها أمة بعد الدخول فما الحكم ؟

وقبل بيان حكم المسألة، يجدر القول بأن حكمها مبني على مسائل أخر تقدم ذكرها في البحث فهي فرع لتلك المسائل .

وبيان ذلك :

أن الشرط المتقدم على العقد كالشرط المقارن له على الصحيح من أقوال أهل العلم كما تقدم[1].

وأن تخلف الصفة في ا لنكاح موجب لخيار مشترطها على الصحيح أيضاً من أقوالهم – رحمهم الله[2].

وأن الزوج إذا تبين خلف الصفة المشروطة بعد البناء بالمرأة يثبت عليه المهر وله الرجوع به على الغار له وهو الراجح كما تقدم من أقوالهم – رحمهم الله–[3].

إذا تقرر هذا، فإن من لم يعتد بالشرط المتقدم لم يحكم في المسألة محل البحث بالرجوع على الغار لأنه شرط لاغ عنده، كما هو مذهب الشافعية ورواية عند الحنفية والحنابلة[4].

وأيضاً فإن من منع الخيار بتخلف الصفة فإنه يمنعه هنا[5].

---

١ – راجع صفحة (٣٢) .

٢ – راجع صفحة (١٤٢) .

٣ – راجع صفحة (١٤٩) وصرح الجويني في نهاية المطلب (٤٢٧/١٢) في ذكر الغرور في النكاح بذلك فقال : (وقد تمهد في أحكام العقود ومقتضى المعاملات أن الشرائط إنما تؤثر إذا ذكرت في صلبه العقد) وانظر العباب المحيط (١٣٤٨/٤) وروضة الطالبين (١٨٧/٧) حيث قال (التغرير المؤثر هو الذي يكون مقروناً بالعقد على سبيل الشرط فلو سبق العقد فالصحيح أنه لا يؤثر) .

٤ – انظر: بدائع الصنائع (٥٨٤/٣) .

٥ – راجع صفحة (١٤٣) .

وأيضاً من منع رجوع الزوج بمهر المدخول بها على الغار له فإنه يمنعه هنا كذلك[1].

فإذا تبين لك خلاف العلماء -رحمهم الله- في المسائل المشار إليها، ومعرفة الراجح منها تقرر لك الحكم في هذه المسألة التي هي فرع عن تلك المسائل وعليه فإن المذهب عند الحنابلة وهم يقولون برجوع المغرور على الغار له بما غرمه من المهر أو الفداء، وقيد ذلك بذكر شرط الصفة ولو تقدم العقد وهو المتفق مع قولهم في تلك المسائل، وهو الراجح، قال في الشرح الكبير : "وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناً للعقد، فيقول زوجتها على أنها حرة، وإن لم يكن كذلك لم يملك الفسخ. وهذا مذهب الشافعي، والصحيح خلاف هذا، فإن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجربه العادة في العقود، ولا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل، ولأن الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد، لأنه متى أخبر بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكاحها على ذلك ورغب فيها وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضربه"[2]، وقال في الإقناع :"وشرط رجوعه على الغار أن يكون قد شرط له أنها حرة ولو لم يقارن الشرط العقد"[3]، هكذا جزم به وهو المذهب كما تقدم، ولم أجد من بحث المسألة وذكر لها أدلة سوى ما ذكر في المغني والشرح الكبير وقد سقته بلفظه وتقدم ما ذكر في نهاية المطلب[4] من أن بناءها على المعتبر من الشروط لذا سلكت مسلك التخريج والله أعلم .

---

١ - راجع صفحة (١٤٩) .

٢ - (٤٤١/٢٠) .

٣ - مع الكشاف (٣٨٦/١١) .

٤ - (٤٢٧/١٢) .

المطلب الثاني :

تخريج هذا الفرع على القاعدة الفقهية .

ويتضمن ذلك مسألتين :

المسألة الأولى : شرح القاعدة

وتقدم شرح القاعدة في المبحث الأول من الفصل الأول[1].

المسألة الثانية : وجه تخريج الفرع على القاعدة .

ويتضح ذلك جلياً في قول صاحب الإقناع كما تقدم : "ولو لم يقارن الشرط العقد"[2]، فبناء المسألة كما سبق على محل الشروط المعتبر، وإذا قلنا بأن الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له فإن حكم المسألة إثبات الرجوع على الغار، لأنه شرط له قبل العقد صفحة لم تتحقق في المعقود عليها .

---

١ – راجع صفحة (٣٨) .

٢ – انظر : كشاف القناع (٣٨٦/١١) .

الخاتمـــة

الحمد لله الذي أنعم عليّ بإتمام هذا البحث، وقد بذلت فيه جهدي ووسعي، فما كان فيه من صواب فمن الله، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي واستغفر الله، ثم إني أشكر من أعانني بعد الله -عز وجل- على هذا البحث وفي مقدمهم المشرف الكريم فضيلة شيخنا الوالد د. يعقوب الباحسين لما قدمه لي من نصح وتوجيه من أول تسجيل البحث حتى إتمامه وتقديمه .

أبرز نتائج البحث :

١. الراجح في تعريف القاعدة الفقهية هو : القضايا الكلية الفقهية .
٢. أن الشرط المتقدم على العقد معتبر ومؤثر في العقد كالشرط المقارن له، وهو الراجح من أقوال أهل العلم.
٣. أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة .
٤. صحة شرط المرأة عدم الزواج عليها، وعليه فإنه يثبت لها الفسخ بمخالفة الزوج لشرطها.
٥. الراجح في شرط المرأة طلاق ضرتها أنه فاسد، فلا يثبت لها بمخالفته خيار الفسخ .
٦. أن الشروط في النكاح تنقسم عند الحنابلة إلى ثلاثة أقسام، القسم الأول: الشروط الصحيحة، القسم الثاني: الشروط الفاسدة غير المفسدة للعقد، كشرط طلاق الضرة، القسم الثالث: الشروط الفاسدة المفسدة للعقد، كشرط الشغار والتحليل والمتعة .
٧. بطلان نكاح الشغار .
٨. بطلان نكاح التحليل .
٩. أن المؤثر في نكاح التحليل هو نية الزوج المحلل .
١٠. أن شرط الطلاق في النكاح يفسده .
١١. أن الواجب للمرأة بالدخول في عقد المتعة هو المسمى على الراجح من أقوال أهل العلم -رحمهم الله- .
١٢. ثبوت الخيار بتخلف صفة الإسلام في المرأة .
١٣. الراجح يثبت للزوج حق الرجوع بما غرمه من مهر أو فداء على الغار له .

التوصيات :

١. الوصية لطلاب العلم خصوصاً بتقوى الله وإتباع العلم بالعمل .

٢. الاهتمام بالقواعد الفقهية لأهميتها في حفظ وضبط الفروع .

٣. تنظيم المشاريع البحثية، بحيث تخرج في النهاية ككتاب واحد متكامل، ولا أظن ذلك يتحقق إلا بوضع مخطط واحد كامل للمشروع .

والحمد لله أولاً وأخراً وظاهراً وباطناً، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

الفهـــــارس

فهرس الآيات القرآنية :

الآيـــــة القرآنية	الصفحة
١- سورة البقرة :	
﴿ وَلَا تَعْتَدُوٓاْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾ الآية(١٩٠)	١٤٧
﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ ﴾ الآية (٢٢١)	١٤٢
﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ الآية (٢٣٠)	٧٠
﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ ۚ ﴾ الآية (٢٣١)	١٤٧
﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ الآية (٢٣٣)	١٤٧
﴿ يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ ﴾ الآية (٢٧٦)	٩٢
٢- سورة النساء :	
﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ الآية (٥٨)	٦٦
٣- سورة المائدة :	
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ۚ ﴾ الآية (١)	٣٥
٤- سورة الأنعام :	
﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ الآية (١١٩)	٤٨
٥- سورة الأعراف :	
﴿ وَلَا تُفْسِدُواْ فِى ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا ﴾ الآية (٥٦)	١٤٧
٦- سورة التوبة :	
﴿ يُحِلُّونَهُۥ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُۥ عَامًا ﴾ الآية (٣٧)	٧٢
٧- سورة الإسراء :	
﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ الآية (٣٤)	٦٦

٨- سورة المؤمنون :

- ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ۝٧ ﴾ ١٢٥

٩- سورة الممتحنة :

- ﴿ وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ ﴾ الآية (١٠) ١٤٢

فهرس الأحاديث والآثار :

أولاً : فهرس الأحاديث **الصفحة**

- قوله ﷺ : (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج) ٣٥
- قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيات) ٨٧
- حديث أبي هريرة رضي الله عنه : (أن النبي ﷺ نهى عن الشغار ...) ٦٢
- حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : (إن النبي ﷺ نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر) ١٢٦
- حديث الربيع بن سبرة عن أبيه رضي الله عنه : (أن رسول الله ﷺ نهى يوم الفتح عن متعة النساء) ١٢٦
- قوله ﷺ : (أيما امرأة نكحت ...) ١٣١
- قوله ﷺ: (تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عسليته ويذوق عسيلتك) ١٠٥
- (ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل) ٤٢
- بقوله ﷺ : (لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ مافي صحفتها، ولتنكح، فإن لها ما قُدر لها) ٣٥
- قال رسول الله ﷺ : (لا شغار في الإسلام) ٩٢
- قوله ﷺ: (لعن الله المحلل والمحلل له) ٥٢
- قوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) ٦٣
- حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه قال : (نهى رسول الله ﷺ عن الشغار...) ٧١
- قولهﷺ : (المسلمون على شروطهم) ١٤٧
- قوله ﷺ : (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أد الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله) ٦١

ثانياً : فهرس الآثار **الصفحة**

- أثر ذي الرقعتين : (أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً ...) ٦٩
- أثر عمر ﷺ : (أن رجلاً قال له : امرأة تزوجتها أحلها ...) ٧٣
- أثر معاوية ﷺ : (أن العباس بن عبدالله أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته ...) ٦٤
- قضاء عمر ﷺ : (في رجل شرط لامرأته ألا يخرجها من بلدها، فوضع عمر هذا الشرط، وقال : المرأة مع زوجها) ٤٥
- عن عمر ﷺ قوله : (لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها) ٧٠
- قضاء عمر ﷺ : (لها شرطها، فقال الرجل : إذاً يطلقننا، فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط) ٤٣

فهرس الأعلام :

الصفحة

١- إبراهيم النخعي ت (٩٥هـ) ١٠٤
٢- أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية ت (٧٢٨هـ) ٣٦
٣- الحسن البصري ت (١١٠هـ) ١٠٤
٤- أبو الخطاب الحنبلي ت (٥١٠هـ) ٥١
٥- محمد بن الحسن الشيباني ت (١٨٩هـ) ٣٣
٦- أبو حنيفة ت (١٥٠هـ) ٣٢
٧- أبو يوسف ت (١٨٢هـ) ٣٣

فهرس المصادر :

١- **أخبار أبي حنيفة وأصحابه :**

أبو عبدالله حسين بن علي الصيمري، ط.دار الكتاب العربي، بيروت، الثانية (١٩٧٦م) .

٢- **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل :**

محمد ناصر الدين الألباني، ط.المكتب الإسلامي، دمشق، الثانية (١٤٠٥هـ) .

٣- **أسهل المدارك :**

أبو بكر بن حسين الكشناوي، ط.دار الفكر، بيروت .

٤- **الإفصاح عن معاني الصحاح :**

الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة، ط.المؤسسة السعيدية، الرياض .

٥- **الإقناع لطالب الإنتفاع :**

موسى بن أحمد الحجاوي، ط.دارة الملك عبدالعزيز، الرياض، الثانية (١٤٢٣هـ) .

٦- **إعلام الموقعين عن رب العالمين :**

محمد بن أبي بكر قيم الجوزية، ط.دار طيبة، الرياض، الأولى (١٤٢٧هـ)، وط.مكتبة ابن تيمية، القاهرة .

٧- **الأم :**

محمد بن إدريس الشافعي، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٣هـ) وط.بيت الأفكار الدولية، الأردن .

٨- **الإنصاف في الراجح من الخلاف :**

علي بن سليمان المرداوي، ط.عالم الكتب، الرياض (١٤٣٢هـ) .

٩- **أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء :**

قاسم القونوي، ط.دار ابن الجوزي، الدمام، الأولى (١٤٢٧هـ) .

١٠- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق :**

زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٨).

١١- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :**

علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٨هـ) .

١٢- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد :**

محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، ط.مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الأولى (١٤١٥هـ) .

١٣- **بلغة السالك لأقرب المسالك :**

أحمد الصاوي، ط.دار المدار الإسلامي، بيروت، الأولى (٢٠٠٢) .

١٤- **بيان الدليل على بطلان التحليل :**

أحمد بن عبدالسلام ابن تيمية، ط.دار ابن الجوزي، الدمام، الأولى (١٤٢٥هـ) .

١٥- **تاج التراجم :**

قاسم بن قطلوبغا، ط.دار المأمون للتراث، دمشق، الأولى (١٤١٢هـ) .

١٦- **التاريخ الكبير :**

محمد بن إسماعيل البخاري، ط.دار الباز، مكة المكرمة .

١٧- **التأهيل لأصول التخريج وقواعد الجرح والتعديل :**

بكر بن عبدالله أبو زيد، ط.دار العاصمة .

١٨- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق :**

عثمان الزيلعي، ط.مكتبة إمدادية ملتان، باكستان .

١٩- **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه :**

علي بن سليمان المرداوي، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الأولى (١٤٢١هـ) .

٢٠- **التحجيل في تخريج مالم يخرج من الأحاديث والآثار في منار السبيل :**

عبدالعزيز الطريفي، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الأولى (١٤٢٢هـ) .

٢١- **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي :**

محمد بن عبدالرحمن المباركفوري، ط.الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٠هـ) .

٢٢- **التخريج عند ا لفقهاء والأصوليين :**

يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، ط.مكتبة الرشد، الرياض .

٢٣- **التراضي في عقود المبادلات المالية :**

د. السيد نشأت الدريني، ط.دار الشروق، جدة، الأولى (١٤٠٢هـ) .

٢٤- **تسهيل السابلة لمريد معرفة الحنابلة :**

صالح العثيمين، ط.مؤسسة الرسالة، بيروت، الأولى (١٤٢١هـ) .

٢٥- **تصحيح الفروع :**

علي بن سليمان المرداوي، ط.دار عالم الكتب، الرياض (١٤٣٢هـ) .

٢٦- **التعريفات :**

علي بن محمد بن علي الجرجاني، ط.دار الكتاب العربي، بيروت، الثانية (١٤١٣هـ) .

٢٧- **التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع :**

علي بن سليمان المرداوي، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الأولى (١٤٢٥هـ) .

٢٨- **التوقيف على مهمات التعاريف :**

محمد بن عبدالرؤوف المناوي، ط.دار الفكر، دمشق، الأولى (١٤١٠هـ) .

٢٩- **الجامع لأحكام القرآن :**

محمد بن أحمد القرطبي، ط.دار عالم الكتب (١٤٢٣هـ) .

٣٠- **حاشية ابن عابدين :**

محمد أمين بن عمر ابن عابدين، ط.دار الثقافة والتراث، دمشق، الأولى (١٤٢١هـ) .

٣١- حاشية ابن قندس على الفروع :

أبو بكر بن إبراهيم البعلي، ط.دار عالم الكتب، الرياض (١٤٣٢هـ) .

٣٢- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي :

أحمد بن أحمد قليوبي وأحمد البرلسي عميرة، ط.دار الفكر، بيروت، الأولى (١٤١٩هـ) .

٣٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

محمد بن أحمد الدسوقي، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٧هـ) .

٣٤- حاشية الروض المربع :

عبدالله الطيار وجماعة، ط.دار الوطن، الرياض، الأولى (١٤١٧هـ) .

٣٥- حاشية العدوي :

علي العدوي، ط.دار الفكر، بيروت، (١٤١٢هـ) .

٣٦- الحاوي الكبير :

أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٤هـ) .

٣٧- الحكم الشرعي :

يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الأولى (١٤٣١هـ) .

٣٨- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة :

أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، ط.دائرة المعارف العثمانية، الهند، الثانية (١٣٩٢هـ) .

٣٩- الذخيرة :

أحمد بن إدريس القرافي، ط.دار الغرب الإسلامي، بيروت، الأولى (١٩٩٤م) .

٤٠- الذيل على طبقات الحنابلة :

أبو الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين البغدادي ابن رجب، ط.دار المعرفة، بيروت .

٤١- الرعاية الصغرى :

أحمد بن حران النمري الحراني، ط.دار إشبيليا، الرياض، الأولى (١٤٢٣هـ) .

٤٢- **الروض المربع شرح زاد المستقنع :**

منصور بن يونس البهوتي، ط.مكتبة دار البيان، دمشق، الثانية (١٤١٤هـ) .

٤٣- **روضة الطالبين وعمدة المفتين :**

محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط.المكتب الإسلامي، دمشق، الثالثة (١٤١٢هـ) .

٤٤- **روضة الناظر وجنة المناظر :**

عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الخامسة (١٤١٧هـ).

٤٥- **زاد المعاد في هدي خير العباد :**

محمد بن أبي بكر قيم الجوزية، ط.مؤسسة الرسالة، بيروت، الرابعة (١٤٢٤هـ) .

٤٦- **سنن ابن ماجه :**

محمد بن يزيد القزويني، ط.مكتبة المعارف، الرياض، الأولى .

٤٧- **سنن أبي داود :**

سليمان بن الأشعث السجستاني، ط.دار ابن حزم، بيروت، الأولى (١٤١٩هـ) وط.مكتبة المعارف، الرياض، الأولى .

٤٨- **سنن الترمذي :**

محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، ط.مكتبة المعارف، الرياض، الأولى .

٤٩- **سنن الدارقطني :**

علي بن عمر الدارقطني : ط.مؤسسة الرسالة، بيروت، الأولى (١٤٢٤هـ) .

٥٠- **السنن الكبرى :**

أحمد بن شعيب النسائي، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الأولى (١٤٢٧هـ) .

٥١- **السنن الكبرى** :

أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، ط.دار الكتب العلميـــة، بـــيروت، الأولى (١٤١٤هـــــ) وط.مكتبة دار المعرفة، بيروت .

٥٢- **سنن النسائي** :

أحمد بن شعيب النسائي، ط.مكتبة المعارف، الرياض، الأولى .

٥٣- **سنن سعيد بن منصور** :

سعيد بن منصور الخرساني، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي .

٥٤- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** :

عبدالحي ابن العماد الحنبلي، ط.دار الكتب العليمة، بيروت .

٥٥- **شرح منتهى الإرادات** :

منصور بن يونس البهوتي، ط.دار عالم الكتب، الرياض، (١٤٣٢هـــ) .

٥٦- **شرح التلويح على التوضيح** :

مسعود بن عمر التفتازاني، ط.المكتبة العصرية، بيروت، الأولى (١٤٢٦هـــ) .

٥٧- **شرح الخرشي على مختصر خليل** :

محمد بن عبدالله الخرشي، ط.دار صادر، بيروت .

٥٨- **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** :

محمد بن عبدالله الزركشي، ط.دار أولي النهى، بيروت، الثانية (١٤١٤هـــ) بتحقيق عبـــدالله ابن جبرين .

٥٩- **الشرح الصغير على أقرب المسالك** :

أبو البركات أحمد بن محمد الدردير. ط.دار المعارف، مصر .

٦٠- **شرح ألفية العراقي في علوم الحديث** :

عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، ط.دار ابن حزم، بيروت، الأولى (١٤٢٩هـــ) .

٦١- **شرح القواعد الفقهية :**

أحمد بن الشيخ أحمد الزرقا، ط.دار القلم، دمشق، الثامنة (١٤٣٠هـ) .

٦٢- **الشرح الكبير :**

عبدالكريم بن محمد الرافعي، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٧هـ) .

٦٣- **الشرح الكبير :**

أبو الفرج عبدالرحمن ابن قدامة المقدسي، ط.دار عالم الكتب، الرياض، (١٤٣٢هـ) .

٦٤- **الشرح الممتع على زاد المستقنع :**

محمد بن صالح العثيمين، ط.دار ابن الجوزي، الدمام، الأولى (١٤٢٧هـ) .

٦٥- **الشروط في النكاح :**

صالح بن غانم السدلان، ط.الأولى (١٤٠٤هـ) .

٦٦- **صحيح البخاري :**

محمد بن إسماعيل البخاري، ط.دار طوق النجاة، بيروت، الأولى (١٤٢٢هـ) .

٦٧- **صحيح مسلم :**

مسلم بن الحجاج القشيري، ط.بيت الأفكار، الرياض (١٤١٩هـ) .

٦٨- **طبقات الفقهاء :**

إبراهيم بن علي الشيرازي، ط.مكتبة الثقافة الدينية، مصر، الأولى (١٤١٨هـ) .

٦٩- **العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب :**

أحمد بن عمر المرادي، ط.دار الفكر، بيروت، الأولى (١٤٢١هـ) .

٧٠- **عصر التابعين :**

عبدالمنعم الهاشمي، ط.دار ابن كثير، بيروت، الرابعة (١٤٢٤هـ) .

٧١- **عون المعبود شرح سنن أبي داود :**

محمد العظيم آبادي، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٩هـ) .

٧٢- **غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى :**

مرعي بن يوسف الحنبلي، ط.المؤسسة السعيدية، الرياض .

٧٣- **غمز عيون البصائر :**

أحمد بن محمد الحموي، ط. دار القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي .

٧٤- **فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء :**

ط. رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الأولى (١٤٢٢هـ) .

٧٥- **الفتاوى الكبرى :**

أحمد بن عبدالسلام ابن تيمية، ط.المكتبة التوفيقية، القاهرة .

٧٦- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري :**

أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، ط.دار أبي حيان، القاهرة، الأولى (١٤١٦هـ) .

٧٧- **الفتح الرباني بترتيب مسند الإمام أحمد :**

أحمد البنا الساعاتي، ط.بيت الأفكار، الأردن .

٧٨- **فتح القدير :**

محمد بن عبدالواحد السيواسي ابن الهمام، ط.دار الفكر، بيروت .

٧٩- **الفروع :**

محمد بن مفلح المقدسي، ط.دار عالم ا لكتب، الرياض (١٤٣٢هـ) .

٨٠- **الفروق :**

أحمد بن إدريس القرافي، ط.المكتبة العصرية، بيروت، الأولى (١٤٢٣هـ)، وط. عالم الكتب، بيروت .

٨١- **الفهرست :**

محمد بن أبي يعقوب ابن النديم، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٦هـ) .

٨٢- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً :

سعدي أبو حبيب، ط.دار الفكر، دمشق، الثانية (١٤٠٨هـ) .

٨٣- القاموس المحيط :

مجد الدين الفيروزآبادي، ط.دار إحياء التراث العربي، بيروت، الأولى (١٤١٧هـ) .

٨٤- القواعد :

محمد بن محمد المقري، ط.مركز إحياء التراث بجامعة أم القرى، مكة المكرمة .

٨٥- القواعد الفقهية :

يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الأولى (١٤١٨هـ) .

٨٦- القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية :

محمد عثمان شبير، ط.دار الفرقان، الأردن، الأولى (١٤٢٠هـ) .

٨٧- القواعد النورانية :

أحمد بن عبدالسلام ابن تيمية، ط.دار الفتح، الشارقة، الأولى (١٤١٦هـ) .

٨٨- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم ا لبديعة النافعة :

عبدالرحمن بن ناصر السعدي، ط.دار رمادي، الدمام، الأولى (١٤٢٧هـ) .

٨٩- القوانين الفقهية :

محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، دار الكتب العلمية، بيروت، الثانية (١٤٢٧هـ) .

٩٠- الكافي في فقه أهل المدينة :

يوسف النمري القرطبي، ط.مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الأولى (١٣٩٨هـ) .

٩١- كشاف القناع عن الإقناع :

منصور بن يونس البهوتي، ط.وزارة العدل السعودية، الأولى (١٤٢١هـ) .

٩٢- لسان العرب :

محمد ابن منظور، ط.دار إحياء التراث العربي، بيروت، الثانية (١٤١٧هـ) .

٩٣- المبدع شرح المقنع :

إبراهيم بن محمد بن مفلح، ط.المكتب الإسلامي، دمشق (١٩٨٠م) .

٩٤- المبسوط :

شمس الدين السرخسي، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٢هـ) .

٩٥- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد :

علي بن أبي بكر الهيثمي، ط.دار المأمون للتراث، دمشق، الأولى (١٤٢١هـ) .

٩٦- المجموع شرح المهذب :

يحيى بن شرف النووي، ط.دار إحياء التراث العربي (١٤١٥هـ) .

٩٧- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية :

عبدالرحمن ابن قاسم، ط.مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، (١٤١٦هـ) .

٩٨- المدونة الكبرى للإمام مالك :

سحنون بن سعيد التنوخي، ط.دار صادر، بيروت .

٩٩- المستدرك على الصحيحين :

محمد بن عبدالله النيسابوري الحاكم، ط.دار ا لكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١١هـ) .

١٠٠- المستوعب :

محمد بن عبدالله السامري، ط.دار خضر، بيروت، الأولى (١٤٢٠هـ) .

١٠١- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير :

أحمد بن محمد الفيومي، ط.عادل مرشد .

١٠٢- المصنف :

عبدالرزاق بن همام الصنعاني، ط.المكتب الإسلامي، دمشق، الثانية (١٤٠٣هـ) .

١٠٣- المصنف :

عبدالله بن محمد بن أبي شيبة، ط.دار قرطبة، بيروت، الأولى (١٤٢٧هـ) .

١٠٤- معجم المصطلحات النحوية والصرفية :

محمد سمير اللبدي، ط.مؤسسة الرسالة، بيروت، ودار الفرقان، الأردن، الأولى (١٤٠٥هـ) .

١٠٥- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية :

محمود بن عبدالرحمن بن عبدالمنعم، ط.دار الفضيلة، القاهرة .

١٠٦- معجم مقاييس اللغة :

أحمد بن فارس بن زكريا، ط.دار الجيل، بيروت .

١٠٧- معونة أولي النهي شرح المنتهي :

محمد بن أحمد الفتوحي ابن النجار، ط.مكتبة دار البيان، دمشق، الرابعة (١٤٢٨هـ) .

١٠٨- المُـغني :

عبدالله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، ط.دار عالم الكتب، الرياض، الثالثة (١٤١٧هـ) .

١٠٩- مُـغّني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج :

محمد الشربيني، ط.دار إحياء التراث العربي، بيروت .

١١٠- المقنـع :

عبدالله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، ط.دار عالم الكتب، الرياض (١٤٣٢هـ) .

١١١- المكتبة الشاملة (الالكترونية) :

١١٢- منتهى الإرادات :

محمد بن أحمد الفتوحي ابن النجار، ط.دار عالم الكتب، الرياض (١٤٣٢هـ) .

١١٣- المنثور في القواعد :

محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، صادر عن وزارة الأوقاف بالكويت، ط.الأولى (١٤٠٢هـ).

١١٤- منح الجليل شرح مختصر خليل :

محمد عليش، ط.دار الفكر، بيروت (١٤٠٩هـ) .

١١٥- المهذب في أصول الفقه :

عبدالكريم النملة، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الثالثة (١٤٢٤هـ) .

١١٦- المهمات في شرح الروضة والرافعي :

عبدالرحيم الأسنوي، ط.دار ابن حزم، بيروت، الأولى (١٤٣٠هـ) .

١١٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل :

محمد بن محمد المغربي الحطاب، ط.دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى (١٤١٦هـ) .

١١٨- الموطـأ :

مالك بن أنس، ط.بيت الأفكار، الأردن (٢٠٠٤م) .

١١٩- النجم الوهاج في شرح المنهاج :

محمد بن موسى الدميري، ط.دار المنهاج، جدة، الأولى (١٤٢٥هـ) .

١٢٠- نهاية السول في شرح منهاج الوصول :

عبدالرحيم الأسنوي، ط.دار ابن حزم، بيروت، الأولى (١٤٢٠هـ) .

١٢١- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج :

محمد بن أحمد الرملي، ط.دار الكتب العلمية، بيروت (١٤١٤هـ) .

١٢٢- نهاية المطلب في دراية المذهب :

عبدالملك بن عبدالله الجويني إمام الحرمين، ط.وزارة الأوقاف بقطر، الأولى (١٤٢٨هـ) .

١٢٣- الهدايـة :

محفوظ الكلوذاني أبو الخطاب، ط.غراس، الكويت، الأولى (١٤٢٥هـ) .

١٢٤- الواضح في شرح مختصر الخرقي :

عبدالرحمن بن عمر البصري الضرير، ط.دار خضر، بيروت، الأولى (١٤٢١هـ) .

١٢٥- الوجيز في الفقه :

الحسين بن يوسف الدجيلي، ط.مكتبة الرشد، الرياض، الأولى (١٤٢٥هـ) .

١٢٦- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية :

محمد صدقي البورنو، ط.مؤسسة الرسالة، بيروت، الأولى (١٤٠٤هـ) .

١٢٧- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان :

أحمد بن محمد ابن خلكان، ط.دار صادر، بيروت .

فهرس الموضوعات :

الموضـــوع	رقم الصفحة
- **المقـــدمة**	٢
- **التمهيـــد** : في تعريف التخريج والقواعد الفقهية والنكاح وشروطه.	١٨-٢٩
- **المبحث الأول** : في تعريف التخريج والقواعد الفقهية.	١٩
- **المبحث الثاني** : تعريف النكاح وشروطه في اللغة وفي الاصطلاح.	٢٥
- **الفصل الأول** : الشروط الصحيحة في النكاح.	٣٠-٥٥
- **المبحث الأول** : اعتبار الشرط المتقدم على العقد تخريجاً على قاعـــدة : الشـــرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له.	٣١
- **المبحث الثاني** : صحة شرط المرأة عدم الزواج عليها. تخريجاً على قاعدة : الأصل في العقود والشروط، الجواز والصحة.	٤٠
- **المبحث الثالث** : صحة شرط المرأة طلاق ضرتها . تخريجاً على قاعدة : ما كـــان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده.	٥٠
- **الفصل الثاني** : الشروط الفاسدة.	٥٦-١٢٩
- **المبحث الأول** : نكاح الشغار باطل تخريجاً على قاعدة : الولي عليه أن يتصرف لمصلحة المولى عليه.	٥٩
- **المبحث الثاني** : نكاح المحلل باطل تخريجاً على قاعدة: كل شرط خالف حكم الله فهـــو باطل.	٦٧
- **المبحث الثالث** : أثر اشتراط التحليل قبل العقد. تخريجاً على قاعـــدة : الشـــرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له.	٧٦
- **المبحث الرابع** : نية الزوج التحليل تفسد العقد مالم يرجع عنها عنـــد العقـــد. تخريجاً على قاعدة: القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ.	٨٢
- **المبحث الخامس** : النكاح المحلل لا تترتب عليه أثاره . تخريجاً علـــى قاعـــدة : المقابلة بنقيض القصد.	٨٩

- **المبحث السادس** : لو نوى الزوج عند العقد أنه نكاح رغبة صح. تخريجاً على قاعدة: القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ. ٩٣
- **المبحث السابع** : لو زوج عبده بمطلقته ثلاثاً ليحلها له لم يصح. تخريجاً على قاعدة : المقابلة بنقيض القصد. ٩٧
- **المبحث الثامن** : عدم أثر نية الزوجة في التحليل. تخريجاً على قاعدة : من لا فرقة بيده لا أثر لنيته. ١٠٢
- **المبحث التاسع** : نية المتعة تفسد العقد ولو لم يتلفظ بها . تخريجاً على قاعدة: القصود في العقود معتبرة دون الألفاظ. ١١١
- **المبحث العاشر** : شرط الطلاق في النكاح يفسده . تخريجاً على قاعدة : كل شرط خالف حكم الله فهو باطل. ١١٩
- **المبحث الحادي عشر** : لا يثبت بعقد المتعة شيء قبل الدخول. تخريجاً على قاعدة: العقد الفاسد وجوده كعدمه. ١٢٤
- **المبحث الثاني عشر** : يثبت مهر المثل في عقد المتعة بالدخول. تخريجاً على قاعدة: ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد. ١٢٨
- **المبحث الثالث عشر** : نكاح المتعة لا تترتب عليه آثار. تخريجاً على قاعدة: العقد الفاسد وجوده كعدمه. ١٣٦
- **الفصل الثالث** : أثر تخلف الشرط الصحيح في النكاح ١٤٠-١٥٦
- **المبحث الأول** : يثبت الخيار بتخلف الصفة في النكاح. تخريجاً على قاعدة: لا ضرر ولا ضرار ١٤١
- **المبحث الثاني** : إذا تخلفت الصفة المشروطة، واستقر المهر، رجع الزوج به على الغار له. تخريجاً على قاعدة: لا ضرر ولا ضرار ١٤٨
- **المبحث الثالث** : رجوع المغرور على الغار له مقيد بذكر الشرط ولو تقدم الشرط العقد. تخريجاً على قاعدة: الشرط المتقدم على العقد بمنزلة الشرط المقارن له ١٥٣
- **الخاتمة** ١٥٧

- **الفهارس** ١٦٠-١٨٠
- **فهرس الآيات القرآنية** ١٦١
- **فهرس الأحاديث والآثار** ١٦٣
- **فهرس الأعلام** ١٦٥
- **فهرس المصادر** ١٦٦
- **فهرس الموضوعات** ١٧٩