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

**· دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الاحوال الشخصية ·**


دكتور

**جمال عبد الستار عبد الله حسن**

مدرس الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق جامعة بنها

قال تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾

سورة المائدة (١)

قال تعالى : ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾

سورة الإسراء (٣٤)

وقال (ﷺ) **( أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج )**

رواه البخاري في كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح .

# مقـــدمة

**" أسأل الله تعالى التوفيق "**

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

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

فظهرت الحاجة إلى تقييد عقد الزواج ببعض الشروط التي تضمن لمشترطها تحقيق رغبته في أن يحيا مع شريكه وفق تلك الرغبات المستجدة .

بل أصبحت تلك القضية مثار جدل مجتمعي كبير على الساحة المصرية بالخصوص من الناحيتين الشرعية والقانونية .

ولما كان الفقه الإسلامي غير متقاعس قط عن مسايرة الزمن ومواكبة تطور المجتمع ، بل يسعى دائماً إلى تلبية حاجات المجتمع في ظل أصول الشريعة ومقاصدها ، فقد أدلى فقهاء الشريعة الإسلامية بدلوهم في هذه القضية ، فكانت محل خلاف كبير في القول بمشروعية شروط العاقدين ولزومها بحيث يترتب على عدم الوفاء بها جواز فسخ العقد لصاحب الشرط .

حيث يظهر في تلك الشروط جهتان متعارضتان :

**الجهة الأولى :** كون تلك الشروط من الأمور المستجدة التي لا يتناولها نص شرعي أو إجماع يفيد إقرارها ، ومن ثم لا تصلح سبباً لتقييد أحكام الزواج وأثاره التي استقل الشارع الحكيم بإثباتها .

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

**والجهة الثانية :** كون تلك الشروط محققة للرضا التام الذي هو أصل العقود جميعها ، محصلة لنفع خاص لصاحبها فلا مانع من القول بمشروعيتها ولزومها طالما لم تخالف الشرع .

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

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

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

# خطة البحث

لقد رتبت هذا البحث في :

مقدمة ، تمهيد ، ثلاثة مباحث ، وخاتمة .

أما المقدمة ففي أهمية الموضوع وخطة البحث ومنهجه .

التمهيد: بيان حقيقة الشرط ومعنى اقترانة بالعقد .

المبحث الأول : مدى مشروعية الاشتراط في عقد الزواج

وفيه أربعة مطالب

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

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

المطلب الثالث : اتجاه القائلين بأن الأصل في الاشتراط المشروعية وأدلته .

المطلب الرابع : الترجيح وأسانيده .

المبحث الثاني : أثر الشرط المقترن بالزواج في صحة العقد .

وفيه ثلاثة مطالب

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

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

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

المبحث الثالث : مدى لزوم الشرط المقترن بعقد الزواج وأثره في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون .

وفيه ثلاثة مطالب

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

المطلب الثاني : أحكام التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط

وفيه ثلاثة فروع

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

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

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

المطلب الثالث : موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق لعدم الوفاء بالشرط .

**الخاتمة في أهم نتائج البحث .**

# منهج البحث

اتبعت في تناول جزئيات البحث المنهج التالي :

١- تحرير محل النزاع في المسائل الخلافية في البحث ببيان محل الاتفاق ومحل الخلاف وبيان سببه متى أمكن .

٢- عرض أقوال الفقهاء في المسائل الخلافية متبعاً كل قول بأدلته أو أسانيده مناقشاً إياها إن كان للمناقشة محل .

٣- الترجيح بين أقوال الفقهاء مدعماً ذلك بالأسانيد العلمية .

٤- الرجوع إلى أمهات كتب الفقه الإسلامي لتوثيق كل قول فقهي من كتب مذهبه خاصة مع الاستئناس بأقوال بعض العلماء المعاصرين .

٥- الاستشهاد على الأقوال الفقهية ببعض نصوص أئمة كل مذهب زيادة في إيضاح المعنى وتأكيداً للتوثيق وتيسيراً على القارئ في الرجوع إلى محل المسألة في كتب الفقه .

٦- الرجوع في بيان وجه الدلالة من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة إلى كتب تفسير آيات الأحكام وكتب شروح الحديث الشريف مستشهداً منها ببعض النصوص .

٧- الحرص على مناقشة الأقوال الفقهية وأدلتها مناقشة علمية متجردة بغية ترجيح ما قوي دليله منها .

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

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

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

هذا والله العلي العظيم أسأل أن يمدني بعونه وتوفيقه إنه تعالى ولي ذلك والقادر عليه .

﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾

سورة هود (٨٨)

**الباحث**

# تمهيد

## بيان حقيقة الشرط ومعنى اقترانه بالعقد

**أولاً** : **حقيقة الشرط** :

**أما في اللغة :**

فيطلق الشرط – بفتح الراء – على العلامة ، وجمعه : أشراط ، ومنه قوله تعالى ﴿فَهَلۡ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ...﴾[1] ، أي علاماتها .

ويطلق – بسكون الراء – على المصدر ، وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه . ويطلق على اسم المفعول ، وهو الأمر المشروط الذي يتقرر في العقد لِيُلْتَزَم [2] . وهو الأقرب للمعنى المقصود بالبحث ، فإذا اشترط أحد الزوجين على الآخر شرطاً فقد ألزمه إياه .

**وأما في الاصطلاح :**

فهو ما يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه[3] .

---

(١) سورة محمد ، الآية رقم (١٨) .

(٢) ينظر : مادة (شرط) في : مختار الصحاح للرازي ١٤١/١ ، / محمود خاطر ط / مكتبة لبنان ناشرون بيروت ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م ، القاموس المحيط للفيروز أبادي ص ٨٦٩ ط / مؤسسة الرسالة بيروت د ت ، لسان العرب لابن منظور ٧ / ٣٢٩ ط / صادر بيروت د ت ، تاج العروس للزبيدي ١٩ / ٤٠٤ ، ٤٠٥ ط / دار الهداية ، المعجم الوجيز ص ٣٤٠ ط / وزارة التربية والتعليم المصرية ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م

(٣) شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي ٢٥٢/١ تح / محمد الزحيلي ، د/نزيه حماد ط/مكتبة العبيكان الرياض ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م .

**مثل :** الإشهاد في عقد الزواج ، حيث يلزم من انعدامه عدم صحة الزواج ، ولا يلزم من وجوده صحة الزواج ، إذ قد يتحقق الإشهاد ولا يصح العقد لخلل في الصيغة أو لقيام المحرمية بين الرجل والمرأة .

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

هذا ويتفق مع الشرط في ذلك : الركن ، لكنهما يختلفان في كون الركن جزءاً من حقيقة الشيء داخلاً في تكوينها . أما الشرط فهو خارج عن حقيقة الشيء فليس جزءاً منها [١].

## ثانياً : أقسام الشرط :

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

وهو ينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين [٢] :

---

(١) ينظر : أصول الفقه د/ زكي الدين شعبان ص ٢٤٣ ط / مطبعة دار التأليف القاهرة ١٩٦٥م ، أصول الفقه للشيخ البرديسي ص ١٠٣ ط / دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧١م .

(٢) ينظر في هذا التقسيم : أصول الفقه لفضيلة الإمام محمد أبى زهرة ص ٥٩ ط / دار الفكر العربي القاهرة ١٤٢٧ – ٢٠٠٦م ، الشيخ البرديسي ص ١٠٥ ، د/زكي الدين شعبان ص ٢٤٤ مرجعان سابقان .

**الأول : الشرط الشرعي :** وهو ما كان مصدره الشرع ، أي اشترطه الشرع في وجود الحكم سواء كان تكليفياً كاشتراط حولان الحول على ملكية النصاب لوجوب الزكاة ، أو وضعياً كاشتراط الشهود في صحة عقد الزواج .

**الثاني : الشرط الجعلي :** وهو ما كان مصدره المكلف ، أي يشترطه بإرادته ليعلق عليه تصرفه ، كقول الرجل لامرأته : إن دخلتِ الدار فأنت طالق . أو يشترطه في التصرف ليقيد به التزاماته كاشتراط تعجيل بعض المهر وتأجيل الباقي ؛ لذا يسمى بالشرط المقيد .

## ثالثاً : معنى اقتران الشرط بعقد الزواج :

يعد الشرط المقترن بعقد الزواج شرطاً جعلياً ؛ وذلك لأنه ينشأ بإرادة أحد المتعاقدين بقصد تقييد التزاماته في العقد .

**ويقصد بالشرط المقترن بعقد الزواج :** التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة [١] .

وذلك كقول الولي زوجتك ابنتي على أن لا تتزوج عليها أو أن لا تخرجها من بلدها . فيقول الزوج : قبلت .

فالعقد بهذه الصيغة الصحيحة قد انعقد مقارناً للشرط غير موقوف عليه ، فينتج العقد حكمه وينتج الشرط أثره – عند من قال بصحته – في تقييد أحكام العقد [٢] .

---

(١) ينظر : غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لشهاب الدين الحموي ٤١/٤ ط / دار الكتب العلمية بيروت ص/ أولى ١٩٨٥م .

(٢) ينظر نظرية الشروط المقترنة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص ٣٣ ط / دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٨م .

وبهذا يتميز اقتران العقد عن تعليقه بشرط ؛ إذ التعليق داخل على أصل العقد بإحدى أدوات الشرط ، فيقتضي توقف وجود العقد على وجود الشرط المعلق عليه[١] . وذلك كقول الولي : زوجتك ابنتي إن رجع ولدي من سفره ، فلو صدر القبول من الآخر لم ينعقد العقد ؛ إذ لم يصادف القبول إيجاباً يرتبط به.

أما اقتران العقد بشرط فيعني وجود العقد مع التزام أمر لم يوجد فيه بواسطة الشرط المقترن بالصيغة [٢] .

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

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

هذا ما يجيب البحث عنه ويوضحه تفصيلاً في المباحث الآتية .

---

(١) ومن المعلوم أن عقد الزواج لا يقبل التعليق على شرط . قال ابن نجيم : "ومن أحكامه – أي الزواج– أن لا يصح تعليقه بالشرط " . البحر الرائق ٣ / ٨٤ ط / دار المعرفة بيروت د ت وينظر معه : حاشية ابن عابدين ٣ / ٥٣ ط / دار الفكر بيروت ١٤٢١هـ –٢٠٠٠ ، الفتاوى الهندية لنظام الدين وجماعة من علماء الهند ٤ / ٣٩٦ ط / دار الفكر بيروت ١٤١١هـ – ١٩٩١م ، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤ / ٢٤٤ ط / المكتبة التوفيقية القاهرة د ت ، كشاف القناع للبهوتي ٧ / ٢٣٩٤ / إبراهيم أحمد عبد الحميد ط / مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة والرياض ط / ثانية ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م .

(٢) ينظر : غمز عيون البصائر ٤ / ٤١ ، المدخل للفقه الإسلامي د/ محمد سلام مدكور ص ٦٥٠ ط / دار الكتاب الحديث القاهرة ط / ثانية ١٩٩٦ ، أحكام الأسرة في الإسلام د/ محمد مصطفى شلبي ص ١٧٢ ط/ الدار الجامعية بيروت ط/ رابعة ١٩٨٣م .

# المبحث الأول

## مدى مشروعية الاشتراط في عقد الزواج

**تمهيد وتقسيم** :

من المعلوم أن عقد الزواج – كغيره من العقود – إنما هو سبب شرعي للتوصل إلى آثاره ونتائجه المرتبة عليه شرعاً ، من حل العشرة بين الرجل والمرأة ووجوب النفقة على الرجل والطاعة على المرأة ، وثبوت التوارث بينهما ونحو ذلك من أحكام الزواج .

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

**وبعبارة أخرى :** ما مدى سلطان إرادة المتعاقدين في تحديد آثار عقد الزواج المرتبة عليه شرعاً بواسطة الشرط ؟ فهل لإرادة المكلف دور في ذلك أم أن آثار العقد تتحدد من الشارع استقلالاً فلا يملك المكلف أن يقيدها وإلا كان افتئاتاً منه على سلطة الشرع ؟

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

**المطلب الأول** : **تحرير محل النزاع في مشروعية الاشتراط في عقد الزواج** .

**المطلب الثاني** : **اتجاه القائلين بأن الأصل في الاشتراط الحظر وأدلته** .

**المطلب الثالث** : **اتجاه القائلين بأن الأصل في الاشتراط الإباحة وأدلته** .

**المطلب الرابع** : **الترجيح وأسانيده** .

## المطلب الأول

### تحرير محل النزاع في مشروعية الاشتراط في عقد الزواج

لا خلاف بين أهل العلم في أن للمكلف سلطة إرادية في إنشاء العقد ، زواجاً كان أو غيره ، بمعنى أنه يملك الإقدام على مباشرته أو الامتناع عنه ، فالعقد إذن ينشأ بإرادة المكلف متى باشر صيغته على الوجه المطلوب شرعاً .

أما أحكام العقد ، أي آثاره ونتائجه المرتبة عليه فهي من وضع الشارع الحكيم [١] .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا " [٢] .

**وبناءً على ذلك** : يكون العقد سبباً شرعياً لترتب أحكامه وآثاره عليه ، يظهر سلطان إرادة المكلف في إنشائه وتتجلى إرادة الشارع في ترتيب آثاره عليه .

---

(١) قال حجة الإسلام الغزالي : " وأما قسم المعاملات فلحل الأموال والأبضاع وحرمتها أيضاً أسباب ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره ، وهذا ظاهر . وإنما المقصود أن نصيب الأسباب أسباباً للأحكام أيضاً حكم من الشرع " . المستصفى ١ / ٩٣ ط / دار إحياء التراث العربي بيروت ط / ثالثة ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م .

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٥٣ ط / الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين بالسعودية . وينظر في معناه : الموافقات للإمام الشاطبي ١ / ١٧٨ نح / الشيخ عبد الله دراز ط / دار الحديث القاهرة ٢٠٠٦م .

لكن لما كانت حاجات الناس وأغراضهم من العقد متباينة متجددة بتجدد الأزمنة ، بل تتشكل بتطور الحياة ومقتضياتها ظهرت الحاجة إلى تحقيق تلك الأغراض بواسطة إضافة شرط لصيغة العقد لتتقيد به آثار الصيغة المطلقة لحساب المشترط في مواجهة الطرف الآخر [١] .

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

**أولاً :** لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج ، أو الذي قام دليل شرعي من نص أو إجماع على اعتباره شرعاً ، وذلك كشرط الإمساك بمعروف والتسريح بإحسان ، أو شرط أن ينفق الرجل على المرأة ، أو يعدل في القسم بينها وبين زوجاته [٢] .

---

(١) ينظر في هذا المعنى : د/ محمد سلام مدكور ص ٦٥١ مرجع سابق ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي د/ محمد مصطفى شلبي ص ٤٢٦ ط / مطبعة دار التأليف القاهرة ١٣٨٢هـ – ١٩٦٢م .

(٢) قال الشيخ الدردير : " وجاز في النكاح شرط أن لا يضر الزوج بها في عشرة ، أي في معاشرة أو كسوة أو نحوهما من كل شرط يقتضيه العقد ولا ينافيه " . الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣١٧/٢ ط / دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي=

وإنما كانت مشروعية هذا الشرط محل اتفاق ؛ لكونه من مقتضيات العقد ، فكان ثابتاً بحكم الشرع لا بالشرط ، مؤكداً لحكمة العقد معضداً لها [١] .

ولا خلاف أيضاً بين الفقهاء في عدم مشروعية الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج ، أو الذي قام دليل شرعي من نص أو إجماع على حرمته وعدم اعتباره شرعاً ، كشرط الولي أن لا يجامع الرجل المرأة ، أو شرط الرجل أن لا ينفق عليها ، أو لا يتوارثان مع كونها مسلمة [٢] .

---

= القاهرة . د ت . وينظر : معه المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٨٠/٧٠ ط / المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٠هـ ، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٥١٦/٩ ط / دار الآفاق الجديدة بيروت د ت ، نيل الأوطار للإمام الشوكاني ٦ / ٢٨٠ ، ٢٨١ ط / إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالسعودية د ت .

(١) ينظر : الموافقات للإمام الشاطبي ١ / ١٩٦ .

(٢) قال الإمام الشافعي : " ولو أصدقها ألفاً على أن لا ينفق عليها أو على أن لا يقسم لها أو على أنه في حل مما صنع بها كان الشرط باطلاً .... فإن قال قائل : فلم لا تجيز عليه ما شرط لها وعليها ما شرطت له ؟ قيل : رددت شرطهما ؛ إذ أبطلا به ما جعل الله لكل واحد ثم ما جعل النبي (ﷺ) ، وبأن رسول الله (ﷺ) قال ( ما بال الرجال يشترطون شروطاً ليست من كتاب الله تعالى ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق فإنما الولاء لمن أعتق ) فأبطل رسول الله (ﷺ) كل شرط ليس في كتاب الله جل ثناؤه إذا كان في كتاب الله أو سنة رسول الله (ﷺ) خلافه . الأم تح / أستاذي الدكتور/ محمد الحفناوي – حفظه الله – ٦ / ١٧٦ ، ١٦٨ ، ط/دار الحديث القاهرة ١٤٢٩هـ – ٢٠٠٨م ، وينظر معه الموافقات للإمام الشاطبي ١ / ١٩٧ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢ / ٣١٧ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٧٨ تح /عبد الله المنشاوي ط/دار الحديث القاهرة ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م ، فتح العلى=

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه أو النهي عما أمر به أو تحليل ما حرمه أو تحريم ما حلله ، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود " (١) .

وإنما كان هذا الشرط محل اتفاق على عدم مشروعيته لمناقضته حكم الشارع المقرر للعقد ، ومعلوم أنه لا يملك أحد مناقضة مقصود الشارع ومخالفة نظامه (٢) .

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

---

=لمالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ محمد عليش ١ / ٣٣٣ ط / دار المعرفة بيروت د ت ، روضة الطالبين للإمام النووي ٥ / ٥٤٩ ط / المكتبة التوفيقية القاهرة د ت ، مغني المحتاج ٤ / ٣٩٤ ، تكملة المجموع للشيخ المطيعي ١٦ / ٣٣٧ ط / دار الفكر بيروت د ت ، الشرح الكبير للمقدسي ٤٠٠/٩ مطبوع مع المغني لابن قدامة ، نيل الأوطار للشوكاني ٦ / ٢٨٠ ، ٢٨١ .

(١) مجموع الفتاوى ٣١ / ٢٨ .

(٢) ينظر الموافقات للإمام الشاطبي ١ / ١٩٧ .

وإنما كان هذا النوع من الشروط محل خلاف بين الفقهاء في مشروعيته لعدم ظهور ملائمة ولا منافاة بينه وبين العقد ، لذا كان محل اجتهاد ونظر هل يلحق بالشرط الموافق لمقتضى العقد من جهة عدم المنافاة ، أو يلحق بالشرط المنافي من جهة عدم ظهور الموافقة ؟ (١)

هذا ويمكن حصر خلاف الفقهاء في مشروعية هذا الشرط في الاتجاهين التاليين (٢) :

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

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

---

(١) ينظر المرجع السابق بذات الموضع .

(٢) ينظر الأم للإمام الشافعي ٦ / ١٦٨ ، مجموع الفتاوى ٢٩ / ٢٦ – ١٣٢ ، ٣٤٦ ، القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص ١٢٨ تح / عبد السلام محمد على ط / دار الكتب العلمية بيروت د ت ، إعلام الموقعين لابن القيم ١ / ٢٦٣ ، ٢٦٤ تح / عصام الدين الصبابطي ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م ، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٥ / ٥ ط / دار الحديث القاهرة ط / أولى ١٤٠٤هـ ، المحلى لابن حزم ٥١٦/٩ .

**سبب الخلاف في المسألة :**

تقدم القول أن هذا النوع من الشروط – محل الخلاف – لا تظهر فيه ملائمة ولا منافاة لمقتضى العقد ، فإذا أضيف إلى ذلك إطلاقه عن دليل شرعي يشهد له بالاعتبار أو الإبطال ، وعدم ورود ضابط شرعي محدد أو معيار قاطع لمشروعية الشرط كان متردداً بين الشرط المتفق على اعتباره والشرط المتفق على إبطاله ؛ لذا كان شأنه ميداناً فسيحاً لاجتهاد الفقهاء ، فذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى أن الأصل فيها الحظر وعدم المشروعية إلا ما ظهر دليل شرعي على اعتباره ، وذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى أن الأصل فيه الجواز والمشروعية إلا ما ظهر دليل شرعي على إبطاله [١] .

**وبناءً على ذلك :** يمكن تحرير الخلاف بين الاتجاهين في الشروط التي لا يشهد دليل خاص باعتبارها أو إبطالها ، فهي محظورة في نظر الاتجاه الأول ، وجائزة في نظر الاتجاه الآخر [٢] .

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

---

(١) ينظر في هذا المعنى : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي د/ محمد مصطفى شلبي ص ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، المدخل للفقه الإسلامي د/ محمد سلام مدكور ص ٦٥٢ ، ٦٥٣ مرجعان سابقان ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (الشروط المقترنة بالعقد تقييداً في الفقه الإسلامي المقارن) د/ فتحي الدريني جـ٢ / ٣٧٥ ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / ثانية ١٤٢٩هـ – ٢٠٠٨م .

(٢) ينظر : الأحوال الشخصية للإمام محمد أبى زهرة ص ١٥٩ ط / دار الفكر العربي القاهرة د ت .

## المطلب الثاني

## اتجاه القائلين بكون الأصل في شروط الزواج الحظر وأدلته

### أولاً : بيان مضمونه :

تقدم القول أن مؤدى هذا الاتجاه كون الأصل في شروط العاقدين الحظر وعدم المشروعية إلا ما قام دليل شرعي على جوازه .

ولقد عمد الظاهرية إلى هذا الاتجاه ، وجنح نحوهم الحنفية والشافعية والمالكية وبعض الحنابلة بهذا الترتيب في التضييق من دائرة الشروط المشروعة بجعل الأصل في الشروط الحظر إلا ما ورد دليل باعتباره شرعاً [١] .

فالأصل عندهم استقلال الشارع بتقرير مقتضيات عقد الزواج وآثاره ، فإذا اشترط أحد العاقدين شرطاً زائداً على مقتضى العقد كان ذلك تغييراً لما قرره الشارع للعقد من أحكام ، فيقع باطلاً وهدراً إلا إذا قام دليل شرعي على صحته [٢] .

---

(١) ينظر : الأم للإمام الشافعي ٦ / ١٦٨ ، مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٢٦ ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٨ ، المحلى لابن حزم ٩ / ٥١٦ ، المدخل للفقه الإسلامي د/ محمد سلام مدكور ص ٦٥٢ .

(٢) ينظر مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٣١ .

لكنهم يتفاوتون في مقدار الحظر والمنع تبعاً لاختلافهم في الدليل الشرعي المعتبر في تقرير مشروعية الشرط على التفصيل التالي :

فيرى الظاهرية حظر الشروط على العاقدين إلا ما ورد فيه بخصوصه نص من القرآن أو السنة أو كان محلاً للإجماع .

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

ولم يكتف الظاهرية بحظر الشروط على هذا النحو ، بل قرروا بناءً على ذلك الحظر بطلان كل عقد اشتمل على شرط لم يرد به نص أو إجماع [2] .

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام ٥/٣٠ . وينظر معه : المحلى ٨/٣٥٨ ، ٩/٥١٦ ، ٥١٧ .

(٢) وقد عنون الإمام ابن حزم لذلك قائلاً : " الباب الثالث والعشرون في استصحاب الحال وبطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله (ﷺ) ثابتة " . الإحكام في أصول الأحكام ٥/٥ .
وقال في خصوص الزواج : " وأما شرط هبة أو بيع أو أن لا يتسرى عليها أو أن لا يرحلها أو غير ذلك كله ، فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو مفسوخ " . المحلى ٩/٥١٧ .

ولا يجد البحث غرابة أو عجباً في مسلك الظاهرية ، بل على العكس من ذلك يظهر منسجماً مع مناهجهم الاجتهادية في الوقوف عند ظواهر النصوص الشرعية ، وإنكار القياس بل إنكار تعليل الأحكام جملة .

لكن لما كانت مناهج باقي جمهور الفقهاء الاجتهادية فسيحة الأفق ، متعدية ظواهر النصوص ومواطن الإجماع إلى المصادر الاجتهادية من القياس والاستحسان والمصلحة والعرف كان مسلكهم في حظر الشروط أقل حدة من الظاهرية ، وأكثر سعة منهم ؛ ذلك أنهم وإن جعلوا الأصل العام في الشروط الحظر ، إلا أنهم استثنوا من ذلك الأصل ما قام دليل شرعي على اعتباره من تلك المصادر الاجتهادية فضلاً عن النص والإجماع ، لكن على تفاوت بينهم في تلك الاستثناءات تبعاً لاختلافهم توسعة وتضييقاً في الاحتجاج بتلك المصادر [١] .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " وهؤلاء الفرق الثلاث – يقصد الحنفية والمالكية والشافعية – يخالفون أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم لقولهم بالقياس والمعاني وأقوال الصحابة ولما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر [٢] .

---

(١) ينظر : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي د/ مصطفى شلبي ص ٤٢٨ نظرية الشروط المقترنة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص ٩١ ، ٩٢ ، المدخل للفقه الإسلامي د/ محمد سلام مدكور ص ٦٥٢ ، ٦٥٣ مراجع سابقة .

(٢) مجموع الفتاوى ١٢٩/٢٩ . وينظر في معناه : القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٩ .

وعلى أية حال : يبقى الأصل العام عند جميع أصحاب هذا الاتجاه تقيد إرادة العاقدين في الزواج كغيره من العقود بما يقتضيه العقد من أحكام وآثار فيحجر عليهم التدخل في اختيار شيء منها بالشرط إلا بدليل شرعي يرفع هذا الحظر وإن تفاوتوا في الاستثناءات بتفاوتهم في الدليل المعتبر في إباحة الشرط .

## ثانيا : أدلته :

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

### أولاً : الكتاب :

واستدلوا منه بقوله تعالى : ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ (١) .

وقوله تعالى : ﴿ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴾ (٢) .

---

(١) سورة البقرة (٢٢٩) .

(٢) سورة النساء (١٤) .

**وجه الدلالة :**

إن في الآيتين الكريمتين حجة قاطعة على حظر كل شرط لم يرد في كتاب الله دليل على جوازه ، وذلك لكون اشتراطه في العقد دون دليل يبيحه تعدياً لحدود الله ومجاوزة لأحكامه ، وهو محرم بمقتضى الآيتين فيكون الأصل في الشروط الحظر والمنع [١] .

**وأجيب عن ذلك :**

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

ولا يوجد في نصوص الشرع ولا قواعده ما يفيد تحريم جنس الشروط إلا ما ثبت حله بعينه ؛ إذ إن انتفاء الدليل المحرم كافٍ في عدم ثبوت التحريم وبقاء الاشتراط على الإباحة الأصلية حتى يقوم دليل شرعي على حظر الشرط . وحينئذ : يكون القول بتحريم الشرط ومنعه لعدم وجود دليل مبيح خاص به تعدياً على الشرع بتحريم ما ليس محرماً فيه [٢] .

---

(١) ينظر : الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ١٥/٥ ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص ٦٩ .

(٢) ينظر مجموع الفتاوى ١٥١/٢٩ ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٧ ، ١٣٩ ، إعلام الموقعين ٢٦٤/١ .

## ثانيا : السنة النبوية المطهرة :

واستدلوا منها بالأحاديث الشريفة الآتية :

١- ما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن النبي (ﷺ) أنه قال : ( من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد ) [١] .

**وجه الدلالة :**

أن الشروط التي لم يقم دليل شرعي على جوازها محدثة في الشرع فلا تكون منه ، بل تكون مردودة ومحظورة لمخالفتها الشرع [٢] .

**وأجيب عن ذلك :**

بأنه لا نسلم أن الشروط المطلقة عن دليل شرعي يفيد إباحتها بعينها ليست من الشرع أو مخالفة له ، بل هي منه وموافقة له طالما لم يتناولها دليل محرم قياساً على عقود الجاهلية وعهودها غير المخالفة للشرع [٣] .

---

(١) رواه البخاري في ك الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ٩٥٩/٢ تح د/ مصطفى ديب البغا ط / دار ابن كثير ودار اليمامة بيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، ومسلم في ك الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ١٣٤٣/٣ تح /محمد فؤاد عبد الباقي ط / دار إحياء التراث العربي بيروت د ت .

(٢) قال الإمام ابن حزم : " فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه " . الإحكام في أصول الأحكام ٣١/٥ .

(٣) ينظر مجموع الفتاوى ١٥١/٢٩ ، ١٥٢ ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٩ .

٢- ما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت بريرة فقالت : إني كاتبتُ أهلي على تسع أواقٍ في كل عام أوقية فأعينيني . فقالت عائشة : إن أحب اهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك فعلت ويكون ولاؤك لي . فذهبت إلى أهلها فأبوا ذلك عليها ، فقالت : إني قد عرضتُ ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم . فسمع بذلك رسول الله (ﷺ) فسألني فأخبرته . فقال (ﷺ) : ( خذيها فأعتقيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق ) . قالت عائشة : فقام رسول الله (ﷺ) فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ( أما بعد فما بال رجال منكم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فأيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط فقضاء الله أحق وشرط الله أوثق ) [١] . وفي لفظ مسلم (كتاب الله أحق وشرط الله اوثق) [٢] .

**وجه الدلالة :**

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

---

(١) رواه البخاري في ك المكاتب ، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله ٩٠٣/٢ .

(٢) رواه مسلم في ك العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢٠ .

**الوجه الأول :**

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

**الوجه الثاني :**

أن النبي (ﷺ) قد أبطل شرط البائع ولاء العبد إذا أعتقه المشتري ؛ لأنه منافٍ لمقتضى البيع ، وهو ثبوت الملك للمشتري في الرقبة بأحكامه وآثاره ، ومنها : ثبوت الولاء له عند العتق . ويقاس عليه جميع الشروط المنافية لموجبات الزواج ؛ وذلك لأن الشرع هو المستقل بتقرير موجبات العقود ، فيكون تغييرها بشرط أحد العاقدين تغييراً لحكم الشرع فيتعين القول بامتناعه [1] .

**وأجيب عن ذلك بوجهين :**

**الوجه الأول :**

لا نسلم أن المقصود بالشرط الباطل في الحديث ما لم يرد في كتاب الله تعالى مباشرة أو بواسطة السنة والإجماع ، لأن المقصود بـــ (كتاب الله) حكم الله تعالى ، فلا يبطل الشرط إلا إذا كان مخالفاً لحكمه تعالى ، بدليل قوله (ﷺ)

---

(١) ينظر : مجموع الفتاوى ١٣٠/٢٩ ، ١٣١ ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٠ ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص ٧٠ ، ٧١ .

( قضاء الله أحق وشرط الله أوثق ) ؛ إذ يقتضي وجود شرط مخالف للشرع – وهو هنا شرط الولاء للبائع – حتى يقال فيه : إن قضاء الله أحق بالاتباع من الشرط المخالف للشرع .

وعليه : يكون المقصود بالشرط الباطل : ما كان مخالفاً للشرع ، لا ما خلا عن دليل شرعي يبيحه . وبهذا يكون الحديث حجة عليكم لا لكم [1] .

**الوجه الثاني :**

لا نسلم أن بطلان شرط الولاء للبائع معلل بمنافاة مقتضى البيع ، بل هو معلل بمخالفة حكم الشرع الثابت بقوله (ﷺ) (إنما الولاء لمن أعتق) .

وعلى أية حال فهذا الشرط خارج عن محل النزاع ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، فيجعله لغواً وعبثاً ، لذا كان محل اتفاق على عدم مشروعيته [2] .

---

(١) ينظر : مجموع الفتاوى ١٦٠/٢٩ ، القواعد النوارنية الفقهية ص ١٤٣ ، إعلام الموقعين ٢٦٧/١ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ص ٥٣٨ تح/ الشيخ أحمد محمد شاكر ط / مكتبة السنة القاهرة ط / أولى ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م .

(٢) ينظر : مجموع الفتاوى ٢٩ /١٥٦ ، القواعد النوارنية الفقهية ص ١٤١ .

**ثالثا : المعقـول :**

واستدلوا منه بالوجهين التاليين :

**الوجه الأول :**

أنه يلزم من اعتبار شرط العاقدين المطلق عن دليل يفيد مشروعيته أحد أمور أربعة ، وهي : إباحة ما حرم الشرع ، أو تحريم ما أباحه ، أو إيجاب ما لم يوجبه ، أو إسقاط ما أوجبه . وجميعها باطل ، لأنها تعدٍ على الشرع وانتهاك لحدوده ، فيكون الأصل في هذا الشرط عدم المشروعية حتى يرد الإذن فيه بدليل شرعي [١] .

**وأجيب عنه :**

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

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

---

(١) ينظر : الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥ / ١٥ ، مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٤٨ ، إعلام الموقعين ١ / ٢٦٦ .

بما لم يلتزماه في العقد أو بما لم يلزمهما به الشرع لكونه تحريماً للحلال وتعدياً على حكم الشرع [١] .

**الوجه الثاني :**

إنه لا خلاف بين العلماء في أن أحكام عقد الزواج وآثاره إنما تثبت بوضع الشارع ، فيلزم من شرط أحد المتعاقدين تغيير أحكام العقد وآثاره المقررة شرعاً ، فيكون ممنوعاً إلا بإذن شرعي ودليل يفيده [٢] .

**وأجيب عنه :**

بأننا نسلم لكم أن أحكام العقد وآثاره ثابتة بحكم الشرع ، لكن لا نسلم لكم امتناع تعديل تلك الآثار بإرادة العاقدين إلا بدليل شرعي ، وذلك لأن الشارع الحكيم لم يثبت تلك الأحكام أو يقررها ابتداءً كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات ابتداءً ، بل أثبتها كأثر لمباشرة العاقدين لسببها وهو العقد مراعاة منه عز وجل لمصالح العباد المبتغاة بالعقود والشروط ، فيكون شرط العاقدين مشروعاً بحكم الأصل ما لم يخالف حكم الشرع [٣] .

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ١ / ٢٦٧ .

(٢) ينظر : نظرية الشروط المقترنة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص ٧٢ .

(٣) ينظر : مجموع الفتاوى ٢٩ /١٥٣ ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٧٨

## المطلب الثالث

## اتجاه القائلين بكون الأصل في شروط الزواج المشروعية وأدلته

### أولاً : بيان مضمونه :

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

ومعنى هذا : أن لإرادة العاقدين سلطاناً كبيراً في التراضي على اشتراط كل ما يحقق أغراضهما الصحيحة ومصالحهما المعتبرة ولو لم يوجد دليل شرعي يفيد اعتبار ما اشترطوه بعينه ، بل يكفي للقول بمشروعيته عدم وجود دليل بحظره وبطلانه شرعاً .

وإلى ذلك ذهب المتأخرون من الحنابلة [1] ، وعلى رأسهم شيخ الإسلام

---

(١) قال البهوتي : " الشروط في النكاح قسمان : أحدهما صحيح ، وهو نوعان : أحدهما : ما يقتضيه العقد بأن يكون هو مقتضى العقد كتسليم الزوجة إليه ، أي إلى الزوج وتمكينه من الاستمتاع بها وتسليمها المهر وتمكينها من الانتفاع به ، ووجوده كعدمه لأن العقد يقتضي ذلك .

والثاني : شرط ما تنتفع به المرأة مما لا ينافي العقد كزيادة معلومة بمهرها أو نفقتها الواجبة ، أشار إليه في الاختيارات ، أو اشتراط كون مهرها من نقد معين أو تشترط عليه أن لا ينقلها من دارها أو بلدها أو أن لا يسافر بها . . . . فهذا النوع صحيح لازم " . كشاف القناع ٧ / ٢٤٤٦ . وينظر في معناه شرح منهى الإرادات للبهوتي ص ٣٢٧ . تح / عماد عامر=

ابن تيمية وتلميذه ابن القيم – رحمهما الله تعالى – [١] ، ووافقهم الإمام الشاطبي من المالكية [٢] .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به . وأصول أحمد المنصوصه عنه أكثرها يجري على هذا القول ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط ، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه " [٣] .

وقال العلامة ابن القيم : " الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشرع أو نهى عنه " [٤] .

ولعل سبب خصوبة هذا الاتجاه في إباحة شروط العاقدين وتصحيحها ما لم تخالف الشرع إنما هو سعة اطلاع الاجتهاد الحنبلي على السنة والآثار ما

---

= ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م ، المبدع ٧ / ٨٠ ، منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ٢ / ١٢٢ ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م .

(١) ينظر : مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٣٢ ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٣١ ، إعلام الموقعين ١ / ٢٦٤ ، ٣ / ٢٨١ .

(٢) قال الإمام الشاطبي في مشروعية هذا النوع من الشروط : " وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة ، لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد ، والأصل فيها الإذن حتى يقوم الدليل على خلافه " . الموافقات ١ / ١٩٧ .

(٣) القواعد النوراينة الفقهية ص ١٣١ .

(٤) إعلام الموقعين ١ / ٢٦٤ .

جعله يقر أن منطق الأثر يقتضي إطلاق مشروعية الشروط وإباحتها حتى يقوم الدليل المحرم [١] .

ويؤكد شيخ الإسلام ابن تيمية على هذا المعنى قائلاً : " ليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد ، وعامة ما يصححه من العقود والشروط فيها يثبته بدليل خاص من أثر أو قياس ، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة ، ولا يعارض ذلك بكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد أو لم يرد به نص ، وكان قد بلغه في العقود والشروط والآثار عن النبي (ﷺ) والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة فقال بذلك وبما في معناه قياساً عليه " [٢] .

## ثانيا : أدلته :

استدل أصحاب هذا الاتجاه عليه بالأدلة الآتية :

**أولاً : الكتاب :**

واستدلوا منه بعموم الآيات القرآنية الكريمة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود ، ومنها قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[٣] .

---

(١) ابن حنبل للإمام محمد أبى زهرة ص ٣٩١ ط / دار الفكر العربي القاهرة د ت .
(٢) مجموع الفتاوى ٢٦ / ١٣٣ .
(٣) المائدة (١) .

وقوله تعالى ﴿ وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴾[1]

**وجه الدلالة :**

أن الله تعالى قد أوجب الوفاء بالعقود التي يتعاقدها الناس بينهم والعهود التي يعقدها المرء على نفسه ، ويدخل في ذلك بقول أهل التفسير الشروط المقترنة بالعقود ومنها الزواج ، فيجب الوفاء بها إلا إذا خالفت حكم الله تعالى فتسقط . ولا ريب أن وجوب الوفاء بها يستلزم كون الأصل فيها المشروعية والإباحة [2] .

قال شيح الإسلام ابن تيمية : " فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق وبأداء الأمانة ورعاية ذلك ، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك . ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً ، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس ويحمل على القدر المباح . . . . . وإذا

---

(١) الإسراء (٣٤) .

(٢) ينظر : أحكام القرآن للجصاص ٣ / ٢٨٥ تح / محمد الصادق قمحاوي ط / دار إحياء التراث العربي بيروت ١٤٠٥هـ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦ / ٣٣ ط / دار الشعب القاهرة د ت ، أحكام القرآن لابن العربي ٣ / ٩ تح / محمد عبد القادر عطا ط / دار الفكر بيروت د ت ، تفسير الطبري المسمى جامع البيان من تأويل القرآن ٦ / ٤٨ ط/ دار الفكر بيروت ١٤٠٥هـ .

كان جنس الوفاء ورعاية العهد مؤموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط ؛ إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده ، ومقصود العقد هو الوفاء به . فإذا كان الشارع قدأمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة " [١] .

**ونوقش ذلك بما يأتي :**

عدم تسليم عموم تلك الآيات الكريمة في وجوب الوفاء بكل عقد وشرط ؛ لأنها مخصوصة بالعقود والشروط التي وردت الأدلة الشرعية بإباحتها . ودليل ذلك : قوله (ﷺ) ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ) [٢] .

ومن ثم يكون الأصل في الشروط الحظر لعدم المشروعية إلا ما ورد دليل شرعي بإباحته [٣] .

**وأجيب عنه :**

بأن القول بتخصيص عموم الآيات الكريمة بالشروط التي وردت الأدلة الشرعية بإباحتها إنما هو مبنيٍ على تأويلكم قوه (ﷺ) ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ) ببطلان كل شرط لم يرد القرآن أو السنة أو الإجماع بإباحة

---

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٧ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) قال ابن حزم : " أن تلك الآيات والخبرين إنما هي فيماً شرط أو نذر أو عقد أو عاهد على من جاء القرآن أو السنة بإلزامه فقط . " الإحكام في أصول الأحكام ١٧/٥ . وينظر معه : إعلام الموقعين ٢٦٦/١ .

اشتراطه . وقد تقدم الرد على ذلك – عند مناقشة أدلة الاتجاه الأول – بأنه تأويل غير صحيح ؛ لأن الحديث إنما يقتضي بطلان الشرط المخالف لحكم الله المنافي لما ثبت في شرعه [١] .

وبناءً على ذلك تكون الآيات الكريمة عامة في وجوب الوفاء بكل شرط وإن كان مطلقاً عن دليل يفيد اعتباره بخصوصه ما لم يظهر دليل شرعي يفيد حظره [٢] .

## ثانيا : السنة :

واستدلوا منها بالأحاديث النبوية الآتية :

١- قوله (ﷺ) ( المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ) [٣] .

---

(١) قال الإمام القرطبي : " فبين – أي الحديث الشريف – أن الشرط أو العقد الذي يجب الوفاء به ما وافق كتاب الله أي دين الله ، فإن ظهر فيها ما يخالفه رد " . الجامع لأحكام القرآن ٣٣/٦ .

(٢) ينظر : نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٨٢ ، ٨٣ .

(٣) رواه الترمذي في ك الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله (ﷺ) في الصلح بين الناس ، وقال : " هذا حديث حسن صحيح " . ٣ / ٦٣٤ تح/ أحمد محمد شاكر وآخرون ط / دار إحياء التراث العربي بيروت د ت ، والدارقطني في ك البيوع ٣ / ٢٧ تح/ السيد عبد الله هاشم يماني ط / دار المعرفة بيروت ١٣٨٦هـ – ١٩٦٦م ، والحاكم في المستدرك في ك الأحكام ٤ / ١١٣ تح/ مصطفى عبد القادر عطا ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١١هـ – ١٩٩٠م .

**وجه الدلالة :**

أن المعصوم عليه الصلاة والسلام قد استعمل لفظ الخبر وقصد به الأمر ، فأخبر أن المسلمين ثابتون على شروطهم واقفون عندها ، أي أنهم مأمورون بالتزام شروطهم مقيدون بآثارها ، والأمر بالتزام الشرط أدل دليل على كون الأصل فيها المشروعية والجواز إلا ما قام دليل على حظره وإبطاله شرعاً .

ويضاف إلى ذلك : أن لفظ (شروطهم) الوارد في الحديث عام ؛ لأنه جمع أضيف إلى الضمير فيفيد عموم التزام الشروط ومشروعيتها إلا ما قام دليل شرعي على إخراجه من هذا العموم [١] .

**ونوقش ذلك بما يأتي :**

**أولاً :** أن جميع طرق هذا الحديث لا تخلو من المقال والضعف ، وما كان كذلك لا يصلح للاحتجاج به [٢] .

---

(١) قال الإمام الصنعاني : " ما أفاده قوله (ﷺ) (والمسلمون على شروطهم) أي ثابتون عليها واقفوون عندها ، وفي تعديته بعلى ووصفهم بالإسلام أو الإيمان دلالة على علو مرتبتهم وأنهم لا يخلون بشروطهم ، وفيه دلالة على لزوم الشرط إذا شرطه المسلم إلا ما استثناه الحديث " .سبل السلام ٣ / ٦٥ ط / جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ط / ثانية ١٤٠٠هـ . وينظر معه : نيل الأوطار للإمام الشوكاني ٥ / ٣٨٠ .

(٢) قال الإمام ابن حزم : " أما الطريق الأول ففيها كثير بن زيد وهو هالك تركة أحمد ويحي ، والثاني عن الوليد بن رباح وهو مجهول . . . والثالث من طرق محمد بن عبد الرحمن البيلماني وهو ضعيف " . الإحكام في أصول الأحكام ٥ / ٢٤ . =

**وأجيب عنه :**

بأنه لا نسلم أن جميع طرق هذا الحديث ضعيفة ، بل إن منها ما صححه بعض أئمة الحدست كالترمذي وابن حبان [١] .

وإن سلمنا ضعف جميع طرقه فهي وإن كان الطريق الواحد منها ضعيفاً إلا أنها متعددة كثيرة ، فيشهد بعضها لبعض ويقوي بعضها بعضاً حتى تنهض للاحتجاج بها [٢] .

---

= وقال الإمام الشوكاني : " وفي إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً قال فيه الشافعي وأبو داود : " ركن من أركان الكذب . وقال النسائي : ليس بثقة . وقال ابن حبان له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة وتركه أحمد . وقد نوقش الترمذي في تصحيح حديثه ، قال الذهبي : أما الترمذي فروى من حديثه (الصلح جائز بين المسلمين) وصححه فلهذا لا يعتمد على تصحيحه . وقال ابن كثير في إرشاده : قد نوقش أبو عيسى يعني الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله " . نيل الأوطار ٥ / ٣٧٨ .

(١) ينظر : بلوغ المرام من ادلة الأحكام لابن حجر العسقلاني مع شرحه سبل السلام ٦٣/٣ .

(٢) قال الحافظ ابن حجر العسقلاني : " وكأنه – أي الترمذي – اعتبره بكثرة طرقه " . وعلق عليه الإمام الصنعاني قائلاً : " واعتذر المصنف عن الترمذي بقوله وكأنه اعتبره بكثرة طرقه وقد صححه ابن حبان من حديث أبى هريرة " . بلوغ المرام وسبل السلام ٦٣/٣ .

وقال الإمام الشوكاني : " ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن حسناً " . نيل الأوطار ٥ / ١٧٩ . وينظر معه مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٤٧ ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٧ .

**ثانياً :** إن سلمنا صحة سند هذا الحديث وصلاحيته للاحتجاج فهو حجة عليكم لا لكم ؛ وذلك لأن إضافة النبي (ﷺ) الشروط للمسلمين في قوله (المسلمون على شروطهم) تستلزم ثبوت مشروعية تلك الشروط وجوازها بدليل شرعي من القرآن أو السنة أو الإجماع .

وعليه : لا يكون المقصود بشروط المسلمين العموم ، بل خصوص الشروط المشروعة بأسمائها بدليل ويكون ما عداها على حكم الأصل وهو عدم المشروعية لقوله (ﷺ) (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) [1] .

**ويمكن الجواب عنه :**

بأن إضافة الشروط للمسلمين لا تستلزم أبداً حصر الشروط المشروعة فيما ورد بالقرآن أو السنة أو كان محلاً للإجماع ، وإلا لم يكن لقوله (ﷺ) ( إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ) فائدة ، فيلزم أن يكون المقصود بشروط المسلمين كل شرط غير مخالف للشرع .

أما قولكم : أن كل شرط لم يرد في القرآن أو السنة يكون محظوراً بحكم الأصل حتى يرد فيه دليل مبيح لحديث ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو

---

(١) قال الإمام ابن حزم : " ثم لو صح وهو لا يصح لكان حجة لنا عليهم ، لأن فيه إضافة النبي (ﷺ) الشروط إلى المسلمين ولا شروط للمسلمين غيرها ؛ لأن المسلمين لا يستجيزون استحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها ، هذه شروط الشيطان وأتباعه لا المسلمين " . الإحكام في أصول الأحكام ٢٤/٥ .

باطل ) ، فيجاب عنه بما سبق الجواب به على استدلالكم بهذا الحديث ، وهو أن المقصود بكتاب الله هنا شرع الله وليس خصوص القرآن أو السنة ، فالشرط إنما يكون محظوراً إذا قام دليل على مخالفته للشرع . ومن ثم يكون الأصل في الشروط المطلقة عن دليل بالاعتبار أو الإبطال المشروعية ما لم يثبت مخالفتها للشرع بأحد أدلته .

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

---

(١) رواه الدار قطني في ك البيوع ٣ / ٢٧ .

(٢) قال الإمام ابن حزم : " وأيضاً ففي الخبر المذكور (الناس على شروطهم ما وافقوا الحق) ، ولعمري لو صح هذا لكان من عظيم حجتنا عليهم ؛ لأنه أبطل كل شرط لم يوافق الحق ، ولا يوافق الحق شيئاً إلا أن يكون في القرآن أو في حكم النبي (ﷺ) " . الإحكام في أصول الأحكام ٥ / ٢٤ ، ٢٥ .

**ويمكن الجواب عنه :**

بأن حصركم للشروط المشروعة فيما وافق الحق لورود نصوص القرآن أو السنة به إنما هو مبنٍ على وقوفكم عند ظواهر النصوص فما وردت بإباحتها كان مشروعاً ، وما لم يرد ذكره فيها فهو محظور ؛ وهذا أمر ظاهر الفساد ، لكونه تحريماً لأفعال المكلفين لمجرد افتقاد النص المبيح .

أما قولكم بأن شروط العاقدين في الزواج تحرم الحلال .

**فيجاب عنه :**

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

---

(١) إعلام الموقعين ٣ / ٢٨٢ .

وإذا ثبت أن شروط العاقدين لا تحرم الحلال كانت مشروعة بحكم الأصل ، حيث لم يقم دليل على مخالفتها للشرع [١] .

ويضاف إلى ذلك : أنه لو كان قوله (ﷺ) (إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) دالاً على عدم مشروعية كل شرط يوجب فعل مباح أو تركه لبطلت جميع شروط العاقدين من جهة أن الشرط إنما يرد على المباح ، فيكون آخر الحديث بذلك مناقضاً لأوله – وهو قوله (ﷺ) (المسلمون على شروطهم) – لأنه يفيد مشروعية جميع الشروط ما لم تخالف الشرع [٢] .

٢- كما استدلو بما روي عن عقبة بن ﷺ عامر عن النبي (ﷺ)

---

(١) قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أبطله الله فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله ، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله ، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه ، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً . وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى لا يكون المشترط مناقضاً للشرع ، وكل شرط صحيح فلابد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً . . . . ، بل كل ما كان حراماً بدون الشرط لا يبيحه . . . وأما ما كان مباحاً بدون الشرط فالشرط يوجبه " . القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٧ ، ١٣٨ . وينظر معه مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٤٨ ، إعلام الموقعين ٢٨١/٣ .

(٢) قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط فقال إنها إما أن تبيح حراماً أو تحرم حلالاً أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً وذلك لا يجوز إلا بإذن الشرع وأورث شبهة عند بعض الناس حتى توهم أن هذا الحديث متناقض وليس كذلك " . القواعد النورانية الفقهية . وينظر معه : د/ فتحي الدريني ٢ / ٤٠٦ مرجع سابق .

أنه قال : (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج) [1] .

**وجه الدلالة :**

أن هذا الحديث الشريف يفيد أولوية شروط النكاح على شروط سائر العقود في الوفاء بها ؛ وذلك لعناية الشارع الحكيم بشأنه واحتياطه لعظيم خطره لتعلقه بالأبضاع حتى اشترط في صحته ما لم يشترطه في سائر عقود المعاوضات [2] .

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

**ونوقش ذلك :**

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

---

(١) رواه البخاري في ك الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح . واللفظ له ٢/ ٩٧٠ ، ومسلم في ك النكاح ، باب الوفاء بالشروط في النكاح ٢ / ١٠٣٥ .

(٢) ينظر : مجموع الفتاوى ١٤٥/٢٩ ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٩٥ ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ٩ / ٢١٧ تح/ محب الدين الخطيب ط / دار المعرفة بيروت د ت ، سبل السلام للصنعاني ٢٠٨/٣ ، نيل الأوطار للشوكاني ٢٨٠/٦ .

الفروج ، أما ما عداها فالأصل فيه الحظر حتى يقوم دليل شرعي على اعتباره [1] .

**وأجيب عنه :**

بأن حمل شروط الزواج في الحديث على الشروط التي يقتضيها العقد يستلزم خلو كلام المعصوم (ﷺ) عن الفائدة ؛ وذلك لأن تلك الشروط مشروعة ولازمة بالعقد فلا يحتاج العاقدان إلى اشتراطها .

قال ابن دقيق العيد : " وفي هذا الحمل ضعف ؛ لأن هذه الأمور لا تؤثر الشروط في إيجابها ، فلا تشتد الحاجة إلى تعليق الحكم بالاشتراط فيها .

---

(١) قال ابن بطال : " فيحتمل أن تكون المهور التي أجمع أهل العلم أن على الزوج الوفاء بها ، ويحتمل أن تكون ما شرط على الناكح في عقد النكاح مما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . وإذا احتمل الحديث معان كان ما وافق ظاهر كتاب الله وسنة رسول الله (ﷺ) أولى ، وقد أبطل رسول الله (ﷺ) كل شرط ليس في كتاب الله وهذا أولى بعينه " . شرح صحيح البخاري ٧ / ٢٧١ تح/ أبو تميم ياسر إبراهيم ط / مكتبة الرشد الرياض ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م .

وقال ابن حزم : " فإنما هذا – أي الوفاء بشروط النكاح – في الشروط التي أمر الله تعالى أن تستحل بها الفروج من الصداق المباح الواجب إعطاؤه والنفقة والكسوة والإسكان والمعاشرة بالمعروف أو التسريح بإحسان ، لا بما نهى الله تعالى عن أن يستحل بها الفروج من الشروط المفسدة من تحليل حرام أو تحرم حلال أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط " . الإحكام في أصول الأحكام ٥ / ٢٣ . وينظر أيضاً : شرح النووي على صحيح مسلم ٣٠٢/٩ ط / دار إحياء التراث العربي بيروت ط / ثانية ١٣٩٢هـ ، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ص ٥٧٥ ، سبل السلام للصنعاني ٢٠٩/٣ .

ومقتضى الحديث : أن لفظة (أحق الشروط) تقتضي أن يكون بعض الشروط يقتضي الوفاء وبعضها أشد اقتضاءً له ، والشروط التي هي مقتضى العقود ومستوية في وجوب الوفاء " [١] .

**ثالثا : الأثر :**

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

١- ما روي عن عبد الرحمن بن غنم قال : شهدت عمر بن الخطاب ﷺ واختصم إليه في امرأة اشترط لها زوجها أن لا يخرجها من دارها ، فقال عمر ﷺ (لها شرطها) ، قال زوجها : لئن كان هكذا لا تشاء امرأة تفارق زوجها إلا فعلت . فقال عمر ﷺ(المسلمون عند مشارطهم عند مقاطع حقوقهم) [٢] .

وفي رواية أخرى : (مقاطع الحقوق عند الشروط) [٣] .

---

(١) إحكام الأحكام ص ٥٧٥ . وينظر في معناه : سبل السلام للصنعاني ٣ / ٢٠٩ .

(٢) رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه باب الشرط في النكاح ٢٢٧/٦ تح/ حبيب الرحمن الأعظمي ط/ المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٣هـ وابن حزم في المحلى ٥١٧/٩ .

(٣) رواه ابن أبى شيبة في مصنفه : ك النكاح ، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها . ٤٩٩/٦ تح/ كمال يوسف الحوت ط مكتبة الرشد بالرياض ط/أولى ١٠٤٩هـ .

**وجه الدلالة :**

أن في قضاء سيدنا عمر ﷺ بلزوم شرط المرأة على زوجها ألا تنقل من دارها دليلاً على مشروعية الشروط في الزواج ما لم تخالف الشرع . وقد أكد سيدنا عمر رضي الله عنه على هذا المعنى بقوله (مقاطع الحقوق عند الشروط) ، أي أن الشروط المقترنة بالعقد إنما هي الحد الفاصل فيما ينشأ عن العقد من أحكام وما يترتب من آثار بخصوص حقوق الزوجين [١] .

**ونوقش ذلك :**

بأن هذا الأثر معارض بما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه بعدم لزوم شروط العاقدين في الزواج [٢] .

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

---

(١) ينظر في هذا المعنى : نظرية الشروط المقترنة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص ٦٦ ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله د/ فتحي الدريني ٢ / ٤٠٨ مرجعان سابقان .
(٢) رواه ابن حزم في المحلى ٩ / ٥١٨ .

**ويمكن الجواب عنه :**

بأن الإمام البخاري قد أخرج الرواية الأولى المقتضية مشروعية شروط العاقدين ولزومها ، بل اقتصر عليها فلم يرو غيرها [١] ، ولا شك أن ذلك يعد مرجحاً لها على الأخرى ، ومن ثم يصح الاحتجاج بها على المطلوب .

٢- ما روي عن أبي حيان أن أمرأة خاصمت زوجها إلى عمر بن عبد العزيز ﷺ قد شرط لها دارها حين تزوجها فأراد أن يخرجها منها ، فقضى عمر رضي الله عنه أن لها دارها لا يخرجها منها ، وقال : (والذي نفس عمر بيده لو استحللت فرجها بزنة أحد ذهباً لأخذت ما به لها) [٢] .

**وجه الدلالة :**

أن في قضاء سيدنا عمر بن عبد العزيز ﷺبلزوم شرط المرأة ، بل وتأكيده ذلك الحكم بالقسم دليلاً على مشروعية شروط العاقدين في الزواج .

**ويمكن مناقشته :**

بأنه معارض لآثار أخرى وردت عن بعض الصحابة والتابعين تفيد عدم لزوم الشروط ومن ثم عدم مشروعيتها [٣] .

---

(١) رواه البخاري في ك الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ٢ / ٩٧٠ .

(٢) رواه ابن أبى شيبة في مصنفه ٣ / ٤٩٩ .

(٣) روى عبد الرزاق الصنعاني ذلك في مصنفه عن علي ابن أبى طالب رضي الله عنه ٦/٢٣٠ ، ورواه ابن أبى شيبة في مصنفه عن سعيد ابن المسيب وشريح ٣ / ٥٠٠ .

هذا وعلى أية حال فجميع الآثار إنما هي أقوال للصحابة والتابعين ، ومعلوم أنه لا يحتج بقول بشر باتفاق إلا قوله المعصوم عليه الصلاة والسلام .

## رابعا : المعقول :

واستدلوا منه بخمسة أوجه :

**الوجه الأول :**

أن الشروط في العقود عامة – ومنها الزواج – من باب العادات لا العبادات ، والأصل في العادات عدم التحريم ؛ إذ يكتفى فيها بالإذن العام استصحاباً لعدم التحريم حتى يقوم دليل شرعي على خلافه [١] .

**الوجه الثاني :**

أنه قد ثبت باستقراء الأدلة الشرعية عدم وجود دليل شرعي يفيد تحريم جنس الشروط في العقود إلا ما ثبت حله بعينه ، فيتعين كون الأصل في الشروط المشروعية ؛ وذلك لأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فيكون اشتراطها إما حلالاً أو عفواً كالأعيان المسكوت عنها [٢] .

---

(١) ينظر : مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٥٠ ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٩ ، الموافقات للإمام الشاطبي ١ / ١٩٧ .

(٢) ينظر : مجموع الفتاوى ١٥٠/٢٩ ، القواعد النوارنية الفقهية ص ١٣٩ ، إعلام الموقعين ٢٦٤/١ .

**الوجه الثالث :**

قياس مشروعية شروط العاقدين في حقوق الزواج على مشروعية النذر في حقوق الله تعالى ، فكما أن كل طاعة يباح فعلها قبل النذر يشرع نذرها فكذلك يشرع شرط كل ما يباح فعله بدون الشرط ، ولا يبطل فيهما إلا ما خالف حكم الشرع [١] .

**الوجه الرابع :**

إن القول بتحريم شروط العاقدين فيما اعتاده الناس من عقود الزواج وغيره لعدم ورود دليل شرعي يفيد حل ما شرطوه بعينه يعد افتئاتاً على الشرع بتحريم ما لم يأذن به الله تعالى ؛ وذلك لأن تشريع العبادات فقط إنما هو المفتقر إلى ذلك الدليل لابتنائها على التعبد والطاعة ، أما تشريع العقود فيكتفى فيه بعدم وجود الدليل المحرم ، حيث لا يقصد بها التعبد وإنما قصد بها تحقيق مصالح العباد [٢] .

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين لابن القيم ٣ / ٢٨١ .

(٢) ينظر : مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٥١ ، ١٥٢ ، إعلام الموقعين ١ / ٢٦٤ .

**الوجه الخامس :**

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

ومن ثم يكون الأصل في شروط العاقدين في الزواج المشروعية ضرورة كونها وسيلة لتحقيق تلك المقاصد الشرعية [1] .

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٥٦ ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٤١ .

## المطلب الرابع

## الترجيح وأسانيده

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

**ويضاف إلى ذلك الأسانيد التفصيلية الآتية :**

١- موافقة الاتجاه الراجح للأصل العام في العادات ، وهو كونها على الإباحة حتى يرد دليل شرعي بالحظر ، حيث اعتنت الشريعة بتفصيل أحكام المحرمات وتركت المباحات على أصل الإذن العام حتى يتناولها دليل محرم .

ومن ثم يكون قول أصحاب الاتجاه الآخر بأن الأصل في شروط العاقدين التحريم مناقضاً لهذا الأصل العام ، بل يستلزم تحريم ما لم يأذن به الشرع .

٢- موافقة الاتجاه الراجح لقواعد الشريعة ومقاصدها المقتضية التيسير على العباد ورفع الضيق والحرج عنهم في معاوضاتهم – وبخاصة الزواج – ،

وجلب مصالحهم المعتبرة شرعاً المنوطة بما يشترطونه في العقد لتحقيق نفع أو دفع ضرر .

٣- أن في الوقوف عند حود الشروط التي يقتضيها العقد أو قام دليل شرعي على إباحتها بعينها جموداً على النصوص وتضييقاً على الناس وإهداراً لمصالحهم وحجراً على إرادتهم التعاقدية دون مسوغ شرعي ، لا سيما أن رغبات الشباب المقبل على الزواج وشروطهم متعددة متجددة متباينة بتباين البيئات والثقافات ، فإتاحة الفرصة أمامهم لاشتراط ما يحقق مصالحهم المقصودة لهم إنما يصب في مصلحة الأسرة المسلمة ، حيث يبث الطمأنينة في نفوس الأزواج وأسرهم ويبعث على استقرار الحياة الزوجية ودوامها . بما ينعكس خيره وصلاحة على المجتمع بأسره .

٤- أنه لا يترتب على توسيع سلطان إرادة العاقدين في الزواج مفسدة استباحة الفروج والعقود بشروط ليست من الشرع ؛ وذلك لأن أصحاب الاتجاه الراجح قد ألزموا أنفسهم للحكم بمشروعية الشرط أن يستوعبوا الأدلة الشرعية المقتضية حظر الشروط في العقد ، فإن وجد بينها ما يقتضي حظر الشرط عمل بمقتضاه ، وإلا كان الأصل مشروعية الشرط [١] .

---

(١) ينظر في هذا المعنى : نظرية الشروط المقترنة بالعقد د/ زكي الدين شعبان ص ٩١ .

وقد أكد شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله تعالى – على هذا المعنى بقوله : " فإذا ظهر أن لعدم تحريم الشروط وصحتها أصلين : الأدلة الشرعية العامة ، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم .

فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو المسألة . هلى ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحرم أم لا ؟ . . . . . فالأدلة النافية لتحريم العقود والشروط والمثبتة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط ، فلا ينتفع بهذه القاعدة في أنواع المسائل إلا مع العلم بالحجج الخاصة في ذلك النوع " [1] .

**والخلاصة :**

أن في القول بأن الأصل في الشروط المشروعية والإباحة فقهاً عميقاً دقيقاً جمع بين النقل متمثلاً في نصوص الشريعة ومواطن الإجماع التي تتناول الشروط المحظور اشتراطها في الزواج . والعقل متمثلاً في استصحاب الإباحة الأصلية الثابتة للعقود والشروط ، فضلاً عن رعاية مصالح العباد ورفع الضيق والحرج عنهم .

هذا وينتقل البحث الآن إلى معرفة أثر تلك الشروط المقترنة بالزواج على صحة العقد .

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٩ / ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٦٧ .

# المبحث الثاني

## أثر الشرط المقترن بالزواج في صحة العقد

**تمهيد وتقسيم:**

قد خلص البحث من دراسة مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى مشروعية الشرط الموافق لمقتضى العقد ، وبطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد .

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

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

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

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

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

## المطلب الأول

## أثر الشرط الموافق لمقتضى الزواج في صحة العقد

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

لا خلاف بين الفقهاء أن الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج – كأن ينفق الرجل على المرأة أو يقسم لها بين زوجاته أو يعاشرها بالمعروف ، ونحو ذلك مما يلائم مقصود العقد – لا يؤثر في صحة عقد الزواج ، ولا يوقع فيه أي خلل من أي جهة ، بل يكون العقد صحيحاً مع هذا الشرط إذا تم على الوجه المطلوب شرعاً باجتماع أركانه وشروطه [1] .

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع للكاساني ٢ / ٣٧٩ ط / مؤسسة التاريخ العربي بيروت ط / ثالثة ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢ / ٣١٧ ، الفواكه الدواني للنفراوي ٢ /١٤ ط / دار الفكر بيروت ١٤١٥هـ فتح العلي المالك ١ / ٣٢٢ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٧٨ تح/ عبد الله المنشاوي ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م ، روضة الطالبين ٥ / ٥٤٩ ، مغني المحتاج ٤ / ٣٩٣ ، نهاية المحتاج للرملي ٦ / ٣٤٣ ط / دار الفكر بيروت ١٤٠٤هـ ، الشرح الكبير للمقدسي ٩ /٤٠٠ ، كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٧ / ٢٤٤٦ ، المحلى لابن حزم ٩ / ٥١٦ .

قال حجة الإسلام الغزالي : " والأصل أن النكاح لا يفسد بكل شرط يوافق مقصوده " [1] .

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

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

قال النفراوي : " ما يقتضيه العقد ولو لم يذكر كشرط الإنفاق أو المبيت ، فهذا اشتراطه وعدمه سيان ، أي لا يوقع في العقد خللاً ولا يكره اشتراطه ويحكم به ذكر أو ترك " [2] .

---

(١) الوسيط ٥ / ٢٢٩ تح/ أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر ط / دار السلام القاهرة ١٤١٧هـ .

(٢) الفواكه الدواني ٢ / ١٤ . وينظر في معناه : فتح العلي المالك ١ / ٣٣٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢ / ٢٣٨ .

وقال الخطيب الشربيني : " الشروط الواقعة في النكاح إن وافق الشرط فيها مقتضى عقد النكاح كشرط النفقة والقسم أو لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه لم يتعلق به غرض كشرط ألا تأكل إلا كذا لغا هذا الشرط ، أي لا تأثير له في الصورتين لانتفاء فائدته وصح النكاح والمهر كما في نظيره من البيع " . مغني المحتاج ٤ / ٢٩٣ . وينظر في معناه : روضة الطالبين ٥/٥٩٤ . =

## المطلب الثاني

## أثر الشرط المناقض لمقتضى الزواج في صحة العقد

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

فإذا اشترط الرجل ألا يعطي للمرأة مهراً أو لا ينفق عليها ، أو اشترطت المرأة على الرجل ألا يجامعها ونحو ذلك من الشروط المنافية لأحكام العقد وآثاره المقررة شرعاً ، كان الشرط غير مشروع وغير صحيح .

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

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

---

= وقال المقدسي : " الشروط في النكاح : وهي قسمان : صحيح وفاسد . فالصحيح نوعان : أحدهما : يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه وتمكينه من الاستمتاع بها ، فهذا لا يؤثر في العقد ووجوده كعدمه " . الشرح الكبير ٩ / ٤٠٠ . وينظر في معناه : كشاف القناع ٧ / ٢٤٤٦ ، المبدع ٧ / ٨٠ .

## أولاً : الحنفية :

إذا اقترن بعقد الزواج شرط مناقض لمقتضاه كان الشرط باطلاً وينحصر بطلانه في نطاق إهدار العمل بالشرط . فلا يتعدى أثره إلى العقد ، بل يكون العقد صحيحاً مع بطلان الشرط . ويصرح فقهاء الحنفية في أكثر من موضع بأن الأصل في عقد الزواج أنه لا يبطل بالشروط الفاسدة [١] .

ويكمن السر في امتناع تأثير فساد الشرط في صحة عقد الزواج – على خلاف قواعد الحنفية في فساد وعقود المعاوضات بالشرط الفاسد – [٢] في كون فساد عقود المعاوضات بالشرط الفاسد معللاً بوجود زيادة ربوية خالية من العوض حصلت باشتراط أمر زائد لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وهذه العلة منتفية في الزواج لكونه معاوضة غير مالية [٣] .

---

(١) ينظر : المبسوط للإمام السرخسي ٥ / ٩٥ ط / دار المعرفة بيروت ١٤١٤هـ ١٩٩٣م ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٦ / ١٩٤ ط / دار المعرفة بيروت ط / ثانية د ت ، بدائع الصنائع ٢ / ٥٦٥ ، ٥٧٦ ، شرح فتح القدير للكمال بين الهمام ١٩٨/٣ ، مطبوع مع الهداية والعناية ط/ دار الفكر بيروت د ت ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٣١/٤ ط / دار الكتاب الإسلامي ١٣١٣هـ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٤ / ٣٧٥ ، ٣٧٧ ، ٣٨٨ .

(٣) قال الزيلعي : " وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة ، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا ، وهو يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات ، لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض ، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خالٍ عن=

لكن يجدر التنبيه إلى : أن الشرط الباطل إذا تعلق بالمهر كاشتراط الشغار [١] ، أثر فساده في فساد المهر المسمى ووجب حينئذ مهر المثل .

قال الكاساني : " النكاح المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة ، لما قلنا : أن الشروط لو أثرت لأثرت في المهر بفساد التسمية ، وفساد التسمية لا يكون فوق العدم ، ثم عدم التسمية رأساً لا يوجب فساد النكاح ففسادها أولى " [٢] .

## ثانيا : المالكية :

لقد قرر السادة المالكية حرمة اشتراط هذا النوع من الشروط لمخالفتها حكم الشرع ، فإن اقترنت بالعقد أثرت عليه بالفساد .

قال الشيخ الدردير : " فإن كان لا يقتضيه العقد حرم وفسد النكاح إن ناقضه كشرط أن لا نفقة عليه " [٣] .

---

=العوض وهو الربا بعينه . ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح " . تبيين الحقائق ٤ / ١٣١ .

(١) صورة نكاح الشغار : أن يقول الولي للخاطب : زوجتك ابنتي مثلاً على أن تزوجني ابنتك وبضع كل واحدة منهما صداق الأخرى . ينظر : مغني المحتاج ٤ / ٢٤٦ .

(٢) بدائع الصنائع ٢ / ٥٧٦ .

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢ / ٢٣٨ . وينظر في معناه : الشرح الصغير الصاوي عليه ٢ / ٦٩٥ تح/ الأستاذ أحمد محمد عثمان صبار ، د/ حسن بشير صديق ط/ الدار السودانية للكتب الخرطوم ط / أولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م ، فتح العلي المالك ٣٣٣/١ .

وإذا فسد العقد وجب فسخه قبل الدخول باتفاق المذهب ، وفي فسخه بعد الدخول خلاف : والمشهور : عدم فسخه ، بل يثبت بعد الدخول ، ويبطل الشرط فلا يعمل بمقتضاه ، ويجب العمل بمقتضى العقد [١] .

قال النفراوي : " والحكم في الشرط المناقض الفسخ قبل الدخول والثبوت بعده بمهر المثل ، ويسقط العمل بالشرط ويجب العمل بمقتضى العقد من وجوب الإنفاق على الزوج البالغ ووجوب القسم . . . . . " [٢] .

---

(١) وقيل يفسخ بعد الدخول أيضاً . قال الشيخ عليش : " القسم الثاني : ما يكون مناقضاً لمقتضى العقد كشرطه على المرأة أن لا يقسم لها أو أن يؤثر عليها أو أن لا ينفق عليها أو لا يكسوها . . . . فهذا القسم لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح ويفسد به النكاح إن شرط فيه .

ثم اختلف في ذلك : فقيل : يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده . وقيل يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويسقط الشرط فهذا هو المشهور . وقيل : إن أسقط مشترط الشرط شرطه صح النكاح وإن تمسك به فسخ " . فتح العلي المالك ١ / ٣٣٣ .

وينظر معه أيضاً : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٣٨/٢ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٦٩٥/٢ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٧٨ ، شرح الخرشي ١٩٥/٣ ط / دار الفكر بيروت د ت ، الفواكه الدواني ٢ / ١٣ .

(٢) الفواكه الدواني ٢ / ١٣ .

لكن يفسد المهر المسمى في هذا العقد ؛ لأن الشرط المناقض لمقتضى العقد يوجب خللاً في الصداق المسمى على كل حال ؛ إذ يزيد وينقص باعتبار الشرط ، ومعلوم أنه إذا فسد المسمى وجب مهر المثل [١] .

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

## ثالثا : الشافعية :

لا يؤثر بطلان الشرط المناقض لمقتضى الزواج في فساد العقد إلا إذا أخل بمقصود الزواج الأصلي ؛ وهو – في نظرهم – الاستمتاع ، ودوام العقد واستمراره على التأبيد [٢] ، وذلك كشرط المرأة على الرجل ألا يجامعها أو أن

---

(١) قال الشيخ الصاوي : " إنما كان المناقض للمقصود فيه صداق المثل بعد الدخول ؛ لأنه تارة يقتضي الزيادة في المهر ، وتارة يقتضي النقص ، ففيه خلل في المهر على كل حال " . حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٦٩٥/٢ وينظر في معناه : الشرح الصغير بذات الموضع .

(٢) ينظر : الوسيط ٥ / ٢٢٩ ، روضة الطالبين ٥ / ٥٥٠ ، مغني المحتاج ٤ / ٣٩٤ ، نهاية المحتاج ٦ / ٣٤٤ .

يطلقها بعد زمن معين . فيبطل الشرط والعقد معاً ؛ لأن الشرط ينافي المقصود الأصلي للعقد [١] .

فإذا لم يخل الشرط بالمقصود الأصلي للزواج ، كشرط ألا ينفق عليها أو ألا يقسم لها بين زوجاته ، فيبطل الشرط وحده لمخالفته الشرع ، ولا يتعدى أثربطلانه إلى العقد ، بل يصح العقد معه ، لعدم إخلال الشرط بمقصود الزواج الأصلي [٢] . ولأنه إذا لم يفسد النكاح بفساد العوض فلأن لا يفسد بفساد الشرط الذي لا يناقض المقصود الأصلي للعقد [٣] .

---

(١) قال الخطيب الشربيني : " وإن أخل الشرط بمقصود النكاح الأصلي كأن شرط أن لا يطأها الزوج أصلاً ، أو ألا يطأها إلا مرة واحدة مثلاً في السنة ، أو ألا يطأها إلا ليلاً فقط أو إلا نهاراً فقط ، أو أن يطلقها ولو بعد الوطء بطل النكاح ؛ لأنه ينافي مقصود العقد فأبطله " . مغني المحتاج ٤ / ٣٩٤ .

وقال الماوردي : " ما يبطل النكاح فهو كل شرط يرفع مقصود العقد ، مثل أن يتزوجها على أنها طالق رأس السنة أو إذا قدم زيد أو علي أن الطلاق بيدها تطلق نفسها متى تشاء ، فالنكاح بهذه الشروط باطل ، سواء كانت هذه الشروط من جهته أو من جهتها ؛ لأنها رافعة لمقصود العقد من البقاء والاستدامة فصار النكاح بها مقدر المدة فجرى مجرى نكاح المتعة فكان باطلاً " . الحاوي الكبير ٩ / ٥٠٦ تح/ على محمد محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ط / دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م .

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

(٣) ينظر : نهاية المحتاج ٦ / ٣٤٤ .

لكن يفسد المهر المسمى بالشرط المقترن بالعقد ؛ وذلك لأن الغرض المقصود بالشرط إنما هو عوض إما مضاف إلى الصداق أو مقابل له ، فإذا أبطل الشرط بطل جميع المسمى لعدم حصول الرضا يبذل المسمى من الزوج ، وعدم حصول الرضا بقبوله عوضاً عن البضع من المرأة ، فيلزم حينئذ مهر المثل [1] .

---

(١) قال الماوردي : " . . أن يتزوجها على أن لا يقسم لها مع نسائه أو على أن يخفف عنه نفقتها أو كسوتها أو تنظره بهما ، وفي حكم ذلك أن يشترط عليها ألا تكلم أباها ولا أخاها ، فهذه كلها شروط باطلة ؛ لأنها من الشروط التي تحلل حراماً أو تحرم حلالاً ، واختصت بالصداق دون النكاح ؛ لأن مقصود النكاح موجود معها ، فوجب أن يبطل الصداق بها ، لأنها قابلت جزءاً منه أو كأنه زاد فيه لأجلها ، وإذا وجب بطلانها بطل ما قابه منها ، وهوم مجهول فصار الباقي مجهولاً فبطل وكان لها مهر المثل " . الحاوي ٩ / ٥٠٦ .

وقال الرملي : " وفسد الشرط لمخالفته للشرع فقد صح (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) ، والمهر ؛ لأن شارطه لم يرضى بالمسمى إلا مع سلامة شرطه ولم يسلم فوجب مهر المثل " . نهاية المحتاج ٦ / ٣٤٤ . وينظر في معناه : مغني المحتاج ٤ / ٣٩٤ .

## رابعا : الحنابلة :

الأصل العام عندهم : يطلان الشرط وصحة العقد [١].

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

وأما صحة العقد مع بطلان الشرط : فلأن النكاح يصح انعقاده مع الجهل بالعوض فيصح انعقاده مع الشرط الفاسد قياساً على العتق .

كما أن الشرط المناقض لمقتضى الزواج يعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلا يبطل العقد به ، قياساً على ما لو شرط صداقاً محرماً [٢] .

---

(١) ينظر : المغني لابن قدامه ٩/ ٢٩٦ ، الشرح الكبير ٩ / ٤١٩ ، الروض المربع للبهوتي ص ٣٢٨ تح/ عماد عامر ط/دارالحديث القاهرة ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م ، كشاف القناع ٧ / ٢٤٥٤ ، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٣٣، المبدع ٧/ ٨٩ ، منار السبيل ٢/ ١٢٦ .

(٢) قال ابن قدامه : " ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها . . فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها ؛ لأنها تنافي مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم تصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع .

فأما العقد نفسه فيصح ؛ لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً ؛ ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق " . المغني لابن قدامة ٢٩٦/٩ .

لكن يستثنى من هذا الأصل العام ثلاثة شروط يبطل العقد بها ؛ وذلك لمنافاتها المقصود الأصلي للنكاح من الدوام على التأبيد ، ولقيام أدلة شرعية تستلزم – في اجتهادهم – بطلان العقد المشتمل عليها ، وهي : اشتراط الشغار ، والتحليل ، وتأقيت العقد بمدة [1] .

## خامسا : الظاهرية :

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

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

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

---

(١) ينظر : الروض المربع ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، كشاف القناع ٧ / ٢٤٤٨ – ٢٤٥٣ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٤٣٠ – ٤٣٢ ، منار السبيل ٢ / ١٢٣ – ١٢٦ .

سواء عقدها بعتق أو بطلاق أو بأن أمرها بيدها أو أنها بالخيار كل ذلك باطل " [1] .

## وصفوة القول في أثر الشرط المناقض لمقتضى العقد في صحته :

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

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

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

---

(١) المحلى ٩ / ٥١٧ .

هذا في حين أبطل الظاهرية العقد جرياً على أصلهم العام في بطلان كل عقد وشرط لم يرد دليل شرعي على اعتباره .

ويرى البحث – مع وجاهة قول الحنفية والحنابلة بعدم امتداد أثر بطلان الشرط إلى العقد – ترجيح قول السادة المالكية ، حيث قضوا بفساد العقد ووجوب فسخه قبل الدخول ؛ إذ لا مبرر للقول بصحة العقد مع اقترانه بشرط غير مشروع باتفاق الفقهاء . وعلى العاقدين إن أرادا إتمام الزواج أن يعقداه بصيغته خالية من تلك الشروط غير المشروعة خروجاً من خلاف من أبطله .

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

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

## المطلب الثالث

## أثر الشرط غير الموافق ولا المناقض لمقتضى الزواج في صحة العقد

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

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

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

فذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى صحة العقد المقترن بهذا الشرط ؛ لكن على تفصيل خاص بكل مذهب في توجيه ذلك الحكم على النحو التالي :

### أما الحنفية :

فذهبوا إلى بطلان هذا الشرط بناءً على قولهم بعدم مشروعيته ؛ لأنه ليس من مقتضى العقد .

لكن يصح العقد مع بطلان الشرط بناءً على أصلهم العام في عدم فساد النكاح بفساد الشرط [١] .

وفي هذا يقول الكمال بن الهمام : " الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس من مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل يبطل هو " [٢] .

## وأما المالكية :

فلا يروا بطلان الشرط ، بل يروا كراهته فقط لما فيه من التحجير على الزوج وعدم لزومه [٣] .

وبناءً على عدم بطلان الشرط يكون العقد صحيحاً معه ، ويمتنع فسخه بالشرط مطلقاً ، أي قبل الدخول وبعده [٤] .

---

(١) قال البابرتي : " إن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فإذا تزوج امرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلد أو على أن لا يتزوج عليها أو على أن يطلق فلانة فالنكاح صحيح ، وإن كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسد ، لأن فيه المنع من الأمر المشروع " . العناية على الهداية ٣٥٠/٣ مطبوع بهامش شرح فتح القدير ط/دار الفكر بيروت .

(٢) شرح فتح القدير ٢٥٠/٣ . وينظر معه : تبيين الحقائق ١٤٨/٢ ، ١٣١/٤ ، ١٣٣ ، بدائع الصنائع ٥٦٥/٢ ، ٥٧٦ .

(٣) ينظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٣٨/٢ ، الفواكه الدواني ١٤/٢ ، فتح العلي المالك ٣٣٤/١ ، ٣٣٤ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٦٩٥/٢ ، شرح الخرشي ١٩٦/٣ .

(٤) ينظر : المراجع السابقة بذات الموضع .

قال الخرشي : " الشرط المكروه وهو ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كشرط أن لا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من مكان كذا فالنكاح معه صحيح ، ولا يلزم الشرط وكره " [١] .

**وأما الشافعية :**

فيبطل عندهم هذا الشرط لمخالفته – في اجتهادهم – مقتضى العقد [٢] ، ولا يبطل به العقد ؛ لأنه لا يخل بمقصود النكاح الأصلي [٣] .

---

(١) شرح الخرشي ٣ / ١٩٦ .

(٢) حيث يحكم الشافعية ببطلان كل شرط ليس من مقتضى العقد . ينظر : روضة الطالبين ٥٤٩/٥ ، الحاوي ٥٠٧/٩ ، مغني المحتاج ٣٩٣/٤ ، ٣٩٤ ، نهاية المحتاج ٦ / ٣٤٤ .

(٣) قال حجة الإسلام الغزالي : " وأما الذي لا يخل بالمقصود ولكن يتعلق به غرض مقصود ويؤثر فيه كشرط أن لا يتسرى عليها أو أن يمكنها من الخروج متى شاءت ــ أو ألا يجمع بينها وبين ضرتها في مسكن أو لا يقسم لها فهذه أغراض مقصودة فهو عوض مضاف إلى الصداق أو مقابل له فيؤثر في إفساد الصداق لا في إفساد النكاح " . الوسيط ٥ / ٢٢٩ .

قال الخطيب الشربيني : " وإن خالف الشرط مقتضى عقد النكاح ولم يخل بمقصوده الأصلي وهو الوطء كشرط ألا يتزوج عليها أو أن لا نفقة لها صح النكاح ، لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء وفسد الشرط سواء أكان لها كالمثال الأول أو عليها كالمثال الثاني لقوله (ﷺ) (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ) " . مغني المحتاج ٤ / ٣٩٣ ، ٣٩٤ .

قال الإمام الشيرازي : " وإن شرط أن لا يتسرى عليها أو ألا ينقلها من بلدها بطل الشرط ، لأنه يخالف مقتضى العقد ، ولا يبطل العقد ، لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع " [١] .

لكن بطلان الشرط يستلزم فساد المهر المسمى في العقد ؛ لأن صاحب الشرط لم يرض بالمسمى إلا مع سلامة شرطه ، ولم يسلم له مع بطلانه فيجب مهر المثل [٢] .

**وخلاصة ما تقدم :**

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

---

(١) لمهذب مع تكملة المجموع ٢٥٠/١٦ . وينظر معه في معناه : روضة الطالبين ٥٤٩/٥ ، ٥٥٠ ، نهاية المحتاج ٦ / ٣٤٤ .

(٢) ينظر : نهاية المحتاج ٦ /٣٤٤ ، مغني المحتاج ٣٩٤/٤ ، مكملة المجموع ٣٣٧/١٦ .

هذا بينما ذهب الظاهرية إلى بطلان العقد باقترانه بهذا الشرط بناءً على أصلهم في إبطال الشروط التي ليست من مقتضى العقد وإبطال العقد المشتمل على شيء منها [١] .

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

---

(١) ينظر : المحلى لابن حزم ٩ / ٥١٧ .

(٢) ينظر : المغني لابن قدامه ٩ /٢٩٣ ، الشرح الكبير ٩/٤٠٠ ، الروض المربع ص ٣٢٧ ، كشاف القناع ٧ / ٢٤٤ ، شرح منتهى الإرادات ٣ /٤٢٨ ، منار السبيل ٢ / ١٢٥ .

# المبحث الثالث

## مدى لزوم الشرط المقترن بعقد الزواج وأثره في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون

**تمهيد وتقسيم :**

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

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

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

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

المطلب الثاني : أحكام التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط .

المطلب الثالث : موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق لعدم الوفاء بالشرط .

## المطلب الأول

## موقف الفقهاء من لزوم الشرط المقترن بالزواج وأثره في التفريق لعدم الوفاء به

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

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

**القـول الأول** :

عدم لزوم الشرط المقترن بعقد الزواج . فلا يلزم الوفاء به أصلاً ولا يترتب على عدم الوفاء به الحق في فسخ العقد بسببه .

وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [١] ، والمالكية [٢] ، والشافعية [٣]

،

---

(١) وذلك بناءً على إبطالهم الشرط لمخالفته للشرع . قال البابرتي : " فإذا تزوج إمرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أو على أن يطلق فلانة فالنكاح صحيح وإن كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسد ؛ لأنه فيه المنع عن الأمر المشورع " . العناية على الهداية مع شرح فتح القدير ٣٥٠/٣.

(٢) واستحب المالكية الوفاء بالشرط حيث حملوا قوله (ﷺ) ( أحق الشروط أن توفو به ما استحللتم به الفروج ) على الندب جمعاً بين الدلة في المسألة . لكنهم حكموا بكراهة اشتراطه ابتداءً لما فيه من التحجير على الزوج ، ولا يلزمه الوفاء به إلا إذا علقه بطلاق أو عتق ، فيلزمه الوفاء إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه .

جاء في الشرح الكبير للدردير : " ولا يلزم الزوج الشرط ، أي المشروط وهو : عدم التزوج والإخراج وإنما يستحب الوفاء به إن وقع ، وكره هذا الشرط لما فيه من التحجير عليه ، كما يكره عدم الوفاء به . فالشرط يكره ابتداءً فإن وقع استحب الوفاء به وكره عدمه " . ٣٠٦/٢ وينظر معه : بداية المجتهد لابن رشد ٣٣٩/٤ تح/ علي محمد محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م ، فتح العلي المالك ٣٣٣/١ ، ٣٣٤ ، شرح الخرشي ١٩٦/٣ ، شرح الزرقاني على الموطأ ١٧٨/٣ ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٤١١هـ المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٩٦/٣ ط/ مطبعة السعادة القاهرة ط/ أولى ١٣٣٢هـ ، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار لابن عبد البر ٤٤١/٥ تح/ سالم محمد عطا ، محمد علي معوض ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ٢٠٠٠م ، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٢٧٠/٧ .

(٣) وذلك بناءً على إبطالهم هذا الشرط لمخالفته الشرع . قال الخطيب الشربيني : " وإن خالف الشرط مقتضى عقد النكاح ولم يخل بمقصوده الأصلي وهو الوطء كشرط أن لا يتزوج عليها أو أن لا نفقة لها صح النكاح لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء وفسد الشرط سواء كان لها كالمثال الأول أو عليها كالمثال الثاني لقوله (ﷺ) ( كل شرط ليس ف ي كتاب الله فهو باطل ) . مغني المحتاج ٣٩٣/٤ ، ٤٩٤ . وينظرفي معناه : روضة الطالبين ٥٤٩/٥ ، الحاوي الكبير ٥٠٦/٩ ، ٥٠٧ .

والظاهرية سواء كان الشرط في العقد أو بعده [١] ، وروي عن علي بن أبى طالب ، والزهري ، وقتادة ، وهشام بن عروة ، والليث ، والثوري ، وابن المنذر [٢] .

**أدلة القول الأول :**

استدل أصحاب هذا القول عليه بالأدلة الآتية :

**أولاً : السنة النبوية المطهرة :**

واستدلوا منها بالأحاديث الشريفة الآتية :

١- قوله (ﷺ) : ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ) [٣] .

---

(١) حيث أبطل الظاهرية الشرط والعقد معاً إذا كان الشرط في العقد ، وأبطلوا الشرط وحده إذا كان بعد تمام العقد . قال ابن حزم : " فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ ، وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشروط باطلة كلها سواء عقدها بعتق أو بطلاق أو بأن أمرها بيدها أو أنها بالخيار كل ذلك باطل " . المحلى ٥١٧/٩ .

(٢) ينظر العناية على الهداية مع شرح فتح القدير ٣٥٠/٣ ، تبيين الحقائق ١٤٨/٢ ، بداية المجتهد ٣٣٩/٤ ، الفواكه الدواني ١٤/٢ ، القوانين الفقهية ص ١٧٨ ، شرح الخرشي ١٩٦/٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٠٦/٢ ، روضة الطالبين ٥٤٩/٥ ، الحاوي الكبير ٥٠٦/٩ ، ٥٠٧ ، مغني المحتاج ٣٩٤/٤ ، نهاية المحتاج ٣٤٤/٦ ، المغني لابن قدامة ٢٩٣/٩ ، المحلى لابن حزم ٥١٧/٩ .

(٣) سبق تخريجه .

**وجه الدلالة :**

أن ذلك الشرط ليس في كتاب الله ؛ إذ ليس من مقتضى العقد ، فيكون باطلاً ومردوداً ، فلا يجب الوفاء به ، ولا يبنى على عدمه فسخ العقد ، لأنه لا يبنى على باطل حكم [١] .

**وأجيب عن ذلك :**

بأن المقصود بنفي وجود الشرط في كتاب الله تعالى نفي وجوده في حكمه عز وجل وشرعه الذي شرعه لعباده ، لا نفي وجوده في خصوص القرآن الكريم ، وهذا النوع من الشروط مشروع بأدلة من قال بصحتها ، فيكون لازماً في العقد بحيث يترتب على عدم الوفاء به ثبوت الحق في التفريق ، وعلى من يدعي نفي مشروعيته إقامة الدليل على ذلك [٢] .

٢- قوله (ﷺ) ( المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ) [٣].

---

(١) ينظر في هذا المعنى : تبيين الحقائق ١٤٩/٢ ، الأم ١٦٨/٦ ، مغني المحتاج ٣٩٤/٤ ، المغني لابن قدامة ٢٩٣/٩ .

(٢) ينظر المغني لابن قدامه ٢٩٤/٩ ، كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٥/٢ تح/ عبد المنعم خليل إبراهيم ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م ، المبدع ٨٠/٧ ، سبل السلام للصنعاني ٤٦٦/٢ .

(٣) سبق تخريجه .

**وجه الدلالة :**

أن الحديث الشريف يفيد لزوم شروط المسلمين إلا إذا كانت باطلة بإفضائها إلى تحريم حلال أو تحليل حرام ، والشرط الذي ليس من مقتضى الزواج كعدم الزواج على الزوجة أو عدم إخراجها من بلدها ، ونحوهما فيه تحريم للحلال فيكون باطلاً ، فلا يجوز الوفاء به ، ولا يؤثر عدمه في فسخ الزواج [1] .

**وأجيب عن ذلك :**

بأن التزام الزوج بهذا النوع من الشروط لا يستلزم تحريم الحلال حتى يكون باطلاً ؛ لأنه إنما يترك الحلال بفصده واختياره لأحب الأمرين إليه وهو

---

(١) قال الإمام الشافعي : " أحل الله عز وجل للرجل أن ينكح أربعاً وما ملكت يمينه ، فإذا اشترطت عليه أن لا ينحك ولا يتسرى حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه . . . ولم يختلف أحد علمته في أن له أن يخرجها من بلد إلى بلد ويمنعها من الخروج ، فإذا اشترطت عليه أن لا يمنعها من الخروج ولا يخرجها شرطت عليه إبطال ما له عليها " . الأم ١٨٦/٦ .

بل قال الإمام ابن حزم : " وفي اشتراط المرأة ألا يتزوج أو أن لا يتسرى أو لا يغيب عنها أو أن لا يرحلها عن دارها كل ذلك تحريم حلال ، وهو وتحليل الخنزير والميتة سواء في أن ذلك خلاف لحكم الله عز وجل " . المحلى ٥١٨/٩ .

وينظر أيضاً : شرح فتح القدير ٣٥٠/٣ ، العناية على الهداية ٣٥٠/٣ ، تبيين الحقائق ١٤٩/٢ ، المغني لابن قدامة ٢٩٣/٩ ، نيل الأوطار للشوكاني ٣٨٠/٥ ، سبل السلام للصنعاني ٦٥/٣ .

بقاء الزوجية ، فكان التزامه ترك المباح كامتناعه عن بعض المباحات باليمين ، ولم يقل أحد بأن في ذلك تحريماً للحلال .

ويضاف إليه أن الزوج ليس ممنوعاً من مخالفة الشرط ، بل له أن يخالف الشرط ، فيتزوج عليها أو يسافر بها أو يخرجها من بلدها ونحو ذلك . لأننا نقول أن الشرط لا يقتضي منعه من فعل تلك المباحات ، وإنما يقتضي تخويل الزوجة الحق في فسخ الزواج لعدم الوفاء لها بالشرط [1] .

**ثانياً : الأثـــر :**

قد وردت عدة أثار عن بعض الصحابة والتابعين – رضوان الله عليهم – تفيد إبطال ذلك الشرط الذي لا يوافق مقتضى الزواج ولا ينافيه ، لمخالفته للشرع وإذا ثبت بطلانه لم يترتب عيه حكم ، من وجوب الوفاء بمقتضى الشرط ولا ثبوت الحق في الفسخ بعدمه .

**ومن تلك الآثار ما يأتي :**

١- ما روي عن علي بن أبى طالب –رضي الله عنه– أنه قال في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها : ( شرط الله قبل شرطها ) [2] .

---

(١) ينظر : شرح فتح القدير ٣٥١/٣ ، المغني لابن قدامة ٢٩٤/٩ ، كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٥/٢ ، المبدع ٨٠/٧ ، ٨١ .

(٢) رواه عبد الرازق الصنعاني في مصنفه باب الشرط في النكاح ٢٣٠/٦ .

ويقصد الإمام علي رضي الله عنه بقوله (شرط الله) قوله تعالى ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ (١) ، فذلك شرط الله الذي شرعه في كتابه ، وهو وجوب السكنى للزوجة على قدر استطاعة الزوج وإمكانه ؛ فإذا اشترطت الزوجة خلافه كان شرطها باطلاً لمخالفته الشرع (٢) .

٢- ما روي أن رجلاً تزوج على عهد عمر بن الخطاب ﷺ، فشرط للمرأة ألا يخرجها من بيتها أو بلدها ، فوضع عمر رضي الله عنه الشرط عنه وقال : ( المرأة مع زوجها ) (٣) .

٣- ما روي عن محمد بن سيرين عن شريح أن امرأة جاءت فقالت : شرط لها دارها ، فقال شريح : ( شرط الله قبل شرطها ) (٤) .

٤- ما روي عن سعيد ابن المسيب ﷺ أنه قال في الرجل يتزوج المرأة فيشترط لها مهرها (يخرجها إن شاء) (٥) .

---

(١) سورة الطلاق (٦) .
(٢) ينظر : الاستذكار لابن عبد البر ٤٤١/٥ .
(٣) رواه ابن حزم في المحلى ٥١٨/٩ .
(٤) رواه ابن أبى شيبة في مصنفه في ك النكاح ، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ٥٠٠/٣ .
(٥) رواه ابن أبى شيبة في مصنفه في ك النكاح ، باب في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ٥٠٠/٣

**ويمكن أن يجاب عن ذلك :**

بأن هذه الآثار معارضة بمثلها عن جمع من الصحابة ، ومنهم عمر بن الخطاب [١] ، وعمرو بن العاص [٢] ، وجمع من التابعين ، ومنهم عمر بن عبد العزيز [٣] رضي الله عنهم جميعاً ، وهي تفيد لزوم الشرط وثبوت حق التفريق للمشترط بعدم الوفاء به .

بل قال ابن قدامة : " ولا نعلم لهم خلافاً في عصرهم فكان إجماعاً " [٤]

**ثالثاً : المعقول :**

واستدلوا منه بوجهين :

**الوجه الأول :**

أن الشرط الذي لا يوافق العقد ولا ينافيه ليس من مصلحة عقد الزواج ؛ لأنه خارج عن مقتضاه وليس مبنياً على التغليب والسراية فكان

---

(١) ينظر : مصنف عبد الرازق ٢٢٧/٦ ، ومصنف ابن أبى شيبة ٤٩٩/٦ .

(٢) ينظر : مصنف عبد الرازق ٢٢٨/٦ ، والمحلى لابن حزم ٥١٨/٩ .

(٣) ينظر : مصنف ابن أبى شيبة ٤٩٩/٦ .

(٤) المغني لابن قدامة ٢٩٤/٩ . وينظر في معناه : شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، المبدع ٨١/٧ .

ممنوعاً وباطلاً شرعاً قياساً على شرط المرأة عدم تمكين الزوج من الاستمتاع بها [١] .

**وأجيب عنه :**

بأنه لا نسلم لكم انتفاء مصلحة الزواج من ذللك الشرط ؛ لأن فيه نفعاً وفائدة لمشترطه من الزوجين ، وما كان من مصلحتهما كان من مصلحة عقد الزواج ، قياساً على شرط البائع كفيلاً بالثمن ، فإن فيه نفعاً ومصلحة للبائع ؛ لذا كان من مصلحة البيع .

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

ثم إن ما ذكرتموه من بطلان ذلك النوع من الشروط منقوض بصحة شرط المرأة زيادة صداقها عن مهر المثل ، أو كونه من نقد معين [٢] .

---

(١) ينظر : المغني لابن قدامة ٢٩٣/٩ ، كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ .

(٢) ينظر : المغني لابن قدامة ٢٩٤/٩ ، ٢٩٥ ، كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ .

**الوجه الثاني :**

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

والشروط التي يشترطها أحد العاقدين تقتضي تعديل تلك الآثار التي هي من جعل الشارع ، فتكون باطلة لكونها تغييراً لما أوجبه الشرع وافتئاتاً على حكمه ، ومن ثم لا يبنى عليها أي أثر من وجوب الوفاء بها ولا جواز فسخ العقد للمشترط إذا لم يوف بها [1] .

**ويمكن أن يجاب عنه :**

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

**ويضاف إلى ذلك :** أن اشتراطها ليس افتئاتاً على سلطة الشرع ولا تغييراً لحكمه ؛ لأنها لا تخالف حكم الشرع ؛ إذ الشارع قد استقل بوضع آثار

---

(١) ينظر في هذا المعنى : القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٠ ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبى زهرة ص ١٥٩ ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية د/ عبد الكريم زيدان ١٣٩/٦ ط/ مؤسسة الرسالة بيروت ط/ أولى ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م .

العقد حال انعقاد صيغته مطلقة عن الشروط . وإضافة شيء من الآثار للعقد بواسطة الشرط إنما هو عمل مقصود لأحد الزوجين لجلب نفع له أو دفع ضرر عنه فيكون في دائرة الإذن الشرعي وعلى الإباحة الأصلية ما لم يقم دليل على حظر شرطه أو مناقضته لمقصود الشارع من العقد [١] .

وعليه : تكون تلك الشروط مشروعة وصحيحة ، فتلزم في العقد ، ويثبت لمن اشترطها حق الفسخ عند عدم الوفاء بها .

**القول الثاني :**

لزوم الشرط المقترن بعقد الزواج [٢] ، فيترتب على عدم الوفاء به ثبوت الحق للمشترط في فسخ العقد . وإليه ذهب الحنابلة ، ونقل عن جمع من

---

(١) ينظر في هذا المعنى : مجموع الفتاوى ١٥٦/٢٩ ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ١٣٩/٦ ، ١٤٠ مرجع سابق .

(٢) أي ما كان محل ذكره صلب العقد ، وكذا ما اتفقا عليه قبل العقد في ظاهر المذهب . أما ما يشترط بعد تمام العقد فهو غير لازم لفوات محله .

قال البهوتي : " ومحل المعتبر منها أي الشروط في النكاح صلب العقد ، أي عقد النكاح وكذا لو اتفقا عليه قبله ؛ أي قبل العقد في ظاهر المذهب . قاله الشيخ تقي الدين وقال على هذا جواب أحمد في مسائل الحيل ؛ لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولاً واحداً . وقال في الإنصاف : وهو الصواب الذي لا شك فيه . فإن لم يقع الشرط إلا بعد لزوم العقد لم يلزم أيضاً " . شرح منتهى الإرادات ٤٢٧،٤٢٨/٣ ، وينظر في معناه : كشاف القناع ٢٤٤٦/٧ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٦/٢ ، مجموع الفتاوى ١٦٦/٣٢ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ١٥٤/٨ تح/ محمد حامد الفقي ط/ دار إحياء دار التراث العربي بيروت .

الصحابة كعمر بن الخطاب ، وعمرو بن العاص ، وسعد بن أبى وقاص . وبعض التابعين كعمر بن عبد العزيز – رضي الله عنهم جميعاً – ، وهو قول إسحاق والأوزاعي واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم [١] .

قال البهوتي : وهي أي الشروط في النكاح قسمان : أحدهما صحيح لازم للزوج ، فليس له فكه ، وهو: ما لا ينافي مقتضى العقد بدون إبانتها أي الزوجة [٢] .

لكنهم اختلفوا – فيما بينهم – في وجوب الوفاء بالشرط :

فيرى أكثر الحنابلة استحباب الوفاء به . وهو ظاهر كلام أحمد في رواية عبد الله [٣] .

---

(١) ينظر : المغني لابن قدامه ٢٩٣/٩ ، العدة شرح العمدة للمقدسي ص ٣٨٦ ط/ دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى الحلبي القاهرة د ت ، كشاف القناع ٢٤٤٦/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، الإنصاف ١٥٤/٨ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٤/٢ ، المبدع ٨٠/٧ ، مجموع الفتاوى ١٦٤/٣٢ ، ٣٥٠/٢٩ ، إعلام الموقعين ٢٨٢/٣ ، زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم ١٧/٥ ، ١١٧ تح/ شعيب الأرنؤوط ، عبد القادر الأرنؤوط ط/ مؤسسة الرسالة بيروت مع مكتبة المنار الإسلامية الكويت ١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م .

(٢) شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ . وينظر في معناه : العدة ص ٣٨٦ ، الإنصاف ١٥٤/٨ ، الروض المربع ص ٣٢٧ ، منار السبيل ١٢٢/٢ .

(٣) قال المرداوي : " الثانية : حيث قلنا بصحة شرط سكنى الدار أو البلد ونحو ذلك لم يجب الوفاء به على الزوج . صرح به الأصحاب ، لكن يستحب الوفاء به . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية عبد الله " . الإنصاف ١٥٧،١٥٨/٨ .

قال البهوتي : " ولا يجب الوفاء به ، أي بالشرط الصحيح ، بل يسن الوفاء به ؛ لأنه لو وجب لأجبر الزوج عليه ولم يجبره عمر –رضي الله عنه– بل قال لها شرطها " [١] .

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وجوب الوفاء بالشرط ، بل يجبره الحاكم عليه . وهو ظاهر عبارة الخرقي وابن قدامة [٢] ، ورواية حرب عن الإمام أحمد [٣] .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " والصواب أن كل شرط فإما أن يكون مباحاً فيكون لازماً يجب الوفاء به ؛ وإذا لم يوف به ثبت الفسخ ، كاشتراط نوع أو نقد في المهر " [٤] .

---

(١) كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ . وينظر في معناه : شرح منتهى الإرادات ٨،٤/٣ ، ١٥٨/٨ .

(٢) قال ابن قدامة : " الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة : أحدها : ما يلزم الوفاء به . وهو : ما يعود إليها نفعه وفائدته مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها به فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح " . المغني ٢٩٢،٢٩٣/٩ .

(٣) قال الزركشي : " ومقتضى كلام الأصحاب أن الزوج لا يجبر على الوفاء بهذا الشرط ، وكلام الخرقي ظاهر في إجباره ، وكذلك كلام أحمد في رواية حرب قال : إذا شرط أن لا يخرجها من قريتها ليس له أن يخرجها " . شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٥/٢ .وينظر معه: الإنصاف ١٥٨/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، المبدع ٨٠،٨١/٧ ، مجموع الفتاوى ٣٥٠/٢٩ ، إعلام الموقعين ٢٥٠/٣ ،زاد المعاد ١٠٧/٥ .

(٤) مجموع الفتاوى ٣٥٠/٢٩ .

ولعل الراجح في ذلك : كون الوفاء بالشرط مستحباً لا واجباً ، حيث لم يجبر سيدنا عمر بن الخطاب الزوج على الوفاء بشرط المرأة ، ولو كان واجباً لأجبره .

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

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

**أدلة القول الثاني :**

استدل أصحاب هذا القول عليه بالأدلة الآتية :

**أولاً : القرآن الكريم :**

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

قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ (١) .

وقوله تعالى ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾ (٢) .

---

(١) سورة المائدة (١) .

(٢) سورة الإسراء (٣٤) .

وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَكُونُوا۟ كَٱلَّتِى نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنۢ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنكَٰثًا تَتَّخِذُونَ أَيْمَٰنَكُمْ دَخَلًۢا بَيْنَكُمْ . . .﴾ (١) .

والشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه شرط مشروع ، فهو عبارة عن عقد وعهد فيكون لازماً لمشترطه ، بمعنى ثبوت الخيار له في فسخ العقد عند عدم الوفاء به (٢) .

**ثانياً : السنة :**

واستدلوا منها بالأحاديث الشريفة الآتية :

١- قوله (ﷺ) ( إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ) (٣) .

---

(١) سورة النحل (٩٢) .

(٢) ينظر : إعلام الموقعين ٢٨٢/٣ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٤/٢ ، المبدع ٨٠/٧ .

(٣) سبق تخريجه ، وينظر في إيراده دليلاً لهذا القول : المغني لابن قدامة ٢٩٤/٩ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٤/٢ ، المبدع ٨٠/٧ .

**وجه الدلالة :**

أن دلالة الحديث قاطعة في كون شروط العاقدين في النكاح أحق الشروط بالوفاء ما دامت غير مخالفة للشرع ؛ لأن أمر النكاح أحوط وبابه أضيق [١] .

فإذا لم يوف بالشرط ثبت للمشترط فسخ العقد قياساً على شروط البيع من باب أولى [٢] .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " ولا يجوز أن يجعل النكاح لازماً مع عدم الوفاء ، بل يخير المشترط بين إمضائه وبين الفسخ كالشروط في البيع " [٣] .

**ونوقش استدلالهم بهذا الحديث من وجهين :**

**الوجه الأول :**

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

---

(١) ينظر : فتح الباري لابن حجر ٢١٧/٩ ، مجموع الفتاوى ١٤٥/٢٩، سبل السلام ٢٠٨/٣ .

(٢) ينظر : نظرية العقد لابن تيمية ص١٥٥ تح/ محمد حامد الفقي ط/ مكتبة السنة المحمدية القاهرة دت ، الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ٥٥/٣ ط/ المكتب الإسلامي بيروت د ت .

(٣) مجموع الفتاوى ٣٥٠/٢٩ .

لا يقتضيها العقد ولا ينافيها عارية عن ذلك الدليل ، فتكون غير صحيحة وغير لازمة [١] .

**ويمكن الجواب عنه :**

بأن المعتبر في صحة تلك الشروط انتفاء الدليل الشرعي المقتضي حظرها ، وقد ثبت ذلك باستقراء الأدلة الشرعية ، فتكون صحيحة لازمة ، وعلى من يدعي فسادها إقامة الدليل على ذلك .

**الوجه الثاني :**

لا نسلم لكم أن في الحديث ما يفيد ثبوت حق فسخ العقد للمشترط عند فوات شرطه ، فهو لا يفيد سوى كون الشروط في النكاح أحق بالوفاء من سائر الشروط في غيره من العقود [٢] .

---

(١) قال الإمام الشافعي – رحمه الله – : " فإن قال قائل : فقد يروى عن النبي(ﷺ) أنه قال ( أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج ) .
فهكذا نقول في سنة رسول الله (ﷺ) إنه إنما يوفى من الشروط ما يبين أنه جائز ، ولم تدل سنة رسول الله (ﷺ) على أنه جائز " . الأم ١٦٨/٦ .

(٢) قال الزيلعي : " ولا دليل في الحديث على مدعاهم ؛ لأنه (ﷺ) جعله أحق أي بالإيفاء ، فمن أين لهم الفسخ عند فواته " . تبيين الحقائق ١٤٩/٢ .

**وأجيب عنه :**

بأنه لا معنى لصحة الشرط ولزومه سوى عدم لزوم العقد بدون الشرط ، أي ثبوت حق الفسخ للمشترط عند عدم الوفاء به قياساً على شرط الرهن والكفيل بالثمن في البيع [١] .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " وجعل النبي (ﷺ) الشروط فيه – أي النكاح – أحق بالوفاء ، فدل على أن شروطه ألزم ، وإذا كان من اشترط شرطاً في البيع لم يحصل له لم يلزمه البيع ، بل له فسخه فالنكاح أولى بذلك " [٢] .

٢- قوله (ﷺ) : ( المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ) [٣] .

**وجه الدلالة :**

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

---

(١) ينظر : كشاف القناع ٢٤٤٦/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، مجموع الفتاوى ٣٥٠،٣٥١/٢٩ .

(٢) نظرية العقد ص ١٥٥ .

(٣) سبق تخريجه . وينظر في إيراده دليلاً لهذا القول : الغني لابن قدامة ٢٩٤/٩ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، منار السبيل ١٢٣/٢ .

حلالاً ولا يحل حراماً ، فيكون لازماً ويثبت بعدم الوفاء به حق فسخ العقد لمن اشترطه [1] .

٣- ما روي عن المسور بن مخزمة – رضي الله عنه- أن علي بن أبى طالب ﷺخطب بنت أبى جهل على فاطمة – رضي الله عنها – ، قال فسمعت رسول الله (ﷺ) وهو يخطب الناس في ذلك على منبره هذا وأنا يومئذ محتلم ، فقال (ﷺ) : ( إن فاطمة مني وإني أتخوف أن تفتن في دينها ) ثم ذكر صهراً له من بني عبد شمس [2] ، فأثنى عليه مصاهرته إياه فقال : ( حدثني فصدقني ووعدني فوفى لي ، وإني لست أحرم حلالاً ولا أحل حراماً ، ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله أبداً ) [3] .

**وجه الدلالة :**

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

---

(١) ينظر : المغني لابن قدامة ٢٩٤/٩ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٥/٢ ، سبل السلام للصنعاني ٦٥/٣ .

(٢) يقصد العاص بن الربيع زوج السيدة زينب رضي الله عنها . ينظر : عمدة القاري شرح صحيح البخاري للإمام العيني ١٤١/٢ ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت د ت .

(٣) رواه البخاري في ك الجهاد والسير ، أبواب الخمس : باب ما ذكر من درع النبي (ﷺ) وعصاه وسيفه وقدحه . واللفظ له ١١٣٢/٣ ، ومسلم في ك فضائل الصحابة ، باب فضائل فاطمة بنت النبي (ﷺ) ١٩٠٣/٤ .

العقد عند عدم الوفاء به ، إذ أقسم النبي (ﷺ) ألا تجتمع بنته (ﷺ) مع بنت عدو الله أبى جهل أبداً [١] .

قال العلامة ابن القيم – رحمه الله – : " ووجه تضمن الحديث لذلك – أي الحكم بلزوم الشرط – أنه (ﷺ) أخبر أن ذلك يؤذي فاطمة ويريبها وأنه (ﷺ) يؤذيه ويريبه ، ومعلوم قطعاً أنه (ﷺ) إنما زوجه فاطمة رضي الله عنها على أن لا يؤذيها ولا يريبها ولا يؤذي أباها (ﷺ) ولا يريبه ، وإن لم يكن هذا مشترطاً في صلب العقد فإنه من المعلوم بالضرورة أنه إنما دخل عليه .

وفي ذكره (ﷺ) صهره الآخر وثنائه عليه بأنه حدثه وصدقه ووعده فوفى له تعريض بعلي رضي الله عنه وتهييج له على الاقتداء به ، وهذا يشعر بأنه جرى منه وعد له (ﷺ) بأنه لا يريبها ولا يؤذيها فهيجه على الوفاء له كما وفى له صهره الآخر " [٢] .

بل استند الإمام ابن القيم إلى هذا الحديث الشريف في الذهاب إلى ما هو أبعد من ذلك ، وهو اعتبار المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً في الزواج في لزومه وثبوت الفسخ عند عدم الوفاء به [٣] .

---

(١) ينظر زاد المعاد ١١٧/٥ .

(٢) زاد المعاد ١١٧،١١٨/٥ .

(٣) ينظر : المرجع لاسابق بذات الموضع .

فلو كان العرف جارياً بين أهل البلد بشرط معين كعدم إخراج نسائهم من البلد أو عدم الزواج عليهن وجب اعتباره للعرف ولو لم ينص عليه في العقد [١] .

## ثالثاً : الإجماع :

قالوا : إنه قد نقل القول بلزوم شرط عدم إخراج المرأة من بيتها ونحوه من الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولا تنافيه عن جمع من الصحابة ، منهم عمر بن الخطاب وسعد بن أبى وقاص وعمرو بن العاص رضي الله عنهم ، واشتهر ذلك عنهم دون أن يعلم لهم مخالفاً في عصرهم فكان بمثابة إجماع على صحة تلك الشروط ولزومها [٢] .

---

(١) يقول ابن القيم – رحمه الله – في ذلك : " فيؤخذ من هذا أن المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً ، وأن عدمه يملك الفسخ لمشترطه ، فلو فرض أن من عادة قوم أنهم لا يخرجون نسائهم من ديارهم ولا يمكنون أزواجهم من ذلك البتة واستمرت عادتهم بذلك كان كالمشروط لفظاً . وهو مطرد على قواعد أهل المدينة وقواعد أحمد – رحمه الله – أن الشرط العرفي كاللفظي سواء . . . وعلى هذا فسيدة نساء العالمين وابنة سيد ولد آدم أجمعين أحق النساء بهذا ، فلو شرطه علي – رضي الله عنه – في صلب العقد كان تأكيداً لا تأسيساً " . زاد المعاد ١٨/٥ .

(٢) ينظر : المغني لابن قدامة ٢٩٣،٢٩٤/٩ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣، المبدع ٨١/٧ ، منار السبيل ١٢٣/٢.

**رابعاً : قضاء سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ :**

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

فقد قضى سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ- وهو من أعلم الصحابة بأحكام الشرع وأكثرهم إدراكاً لمقاصده وأفهمهم لأسراره – بلزوم شرط المرأة ، ولم يلتفت إلى قول زوجها : إذن يطلقننا ، بل أكد على لزوم شرطها بقوله ﷺ : ( مقاطع الحقوق عند الشروط ) ، فدل ذلك على ثبوت حق الفسخ للمشترط عند عدم الوفاء بشرطه [٢] .

---

(١) سبق تخريجه . وينظر في إيراده دليلاً لهذا القول : المغني لابن قدامة ١٩٥/٩ ، كشاف القناع ١٢٢٦/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ ، المبدع ٨٠/٧ ، مجموع الفتاوى ١٦٤/٣٢ .

(٢) ينظر في هذا المعنى : المغني لابن قدامة ٢٩٥/٩ ، الروض المربع ص ٣٢٧ .

**خامساً : المعقول :**

واستدلوا منه بالوجهين التاليين :

**الوجه الأول :**

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

ومعلوم أن المرأة إذا اشترطت شرطاً في الزواج أنها لم ترضا ببذل بضعها إلا بذلك الشرط ، فإذا كان اشتراط شرط في البيع يقتضي لزومه وثبوت الفسخ لمشترطه إذا لم يوف له به فالنكاح أولى بذلك الحكم ، لأن اعتبار الرضا فيه أولى وآكد من البيع [1] .

**الوجه الثاني :**

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

---

(١) ينظر : نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٥ ، إعلام الموقعين ٢٥٠/٣ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٦٤/٢ ، المبدع ٨٠/٧ .

من نقد معين ، ويثبت حق الفسخ لمشترطها بعدم الوفاء بها قياساً على اشتراط المشتري صفة في المبيع واشتراط البائع رهناً أو كفيلاً بالثمن [١] .

## سبب الخلاف في المسألة :

يجدر بالبحث – قبل بيان القول الراجح – إيضاح سبب خلاف الفقهاء في لزوم شروط العاقدين في الزواج التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها ، وهو : معارضة عموم قوله (ﷺ) : ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ) [٢] ، بما يقتضيه من بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله وحكمه تعالى – على الخلاف في ذلك – لخصوص قوله (ﷺ) : ( أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ) [٣] ، بما يقتضيه من صحة شروط النكاح وكونها أحق بالوفاء من سائر الشروط . فجمهور الفقهاء اختاروا العمل بالعموم ، بينما رجح الحنابلة القضاء بالخصوص على العموم ، وإن كان المشهور في ذلك عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم .

---

(١) ينظر : المغني ٢٩٤،٢٩٥/٩ ، الكافي لابن قدامة ٥٥/٣ ، الشرح الكبير للمقدسي ٤٠٢،٤٠٣/٩ ، كشاف القناع ٢٤٤٦،٢٤٤٧/٧ ، المبدع ٨١/٧ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

وهذا ما صرح به الإمام ابن رشد القرطبي – رحمه الله تعالى – بعد ذكر أقوال الفقهاء في المسألة [1] .

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

**القول الراجح :**

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

---

(١) قال الإمام ابن رشد – رحمه الله – : " وسبب اختلافهم : معارضة العموم للخصوص : فأما العموم: فحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي (ﷺ) خطب الناس فقال في خطبته ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط ) ، وأما الخصوص : فحديث عقبة بن عامر عن النبي (ﷺ) أنه قال : ( أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج ) .
والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم إلا أن المشهور عن الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم ، وهو لزوم الشرط ، وهو ظاهر ما وقع في العتيبة ، وإن كان المشهور خلاف ذلك " . بداية المجتهد ٢/٣٣٩، ٣٤٠ .

**ويضاف إلى ذلك الأسانيد الآتية :**

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

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

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

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

قال العلامة ابن القيم – رحمه الله – : " إن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ، وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط ولا مغبوناً بما غر به ، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله

وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة " [1] .

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

وإنما كان مناط اعتبار الشروط – على التحقيق – عدم مخالفتها للشرع باستيعاب النظر في الأدلة الشرعية التي يظن إفادتها حظر تلك الشروط .

فما سلم منها كان لزومه معتبراً وما صادفه دليل منها كان باطلاً فيهدر حتى ولو كان فيه مصلحة للمشترط ؛ إذ تصير مصلحة موهومة ملغاة بهذا الدليل .

---

(١) زاد المعاد ٥/١٨٠ .

ولعل خلاف السادة الحنابلة في مشروعية ولزوم شرط طلاق الضرة خير شاهد ، بل أدل دليل على ذلك [1] ، لا سيما أن قواعد الحنابلة الأصولية

---

(١) ذهب أكثر الحنابلة إلى بطلان شرط المرأة طلاق ضرتها .
واستدلوا على ذلك بقوله (ﷺ) ( لا تسأل المرأة طلاق اختها لتستفرغ صفحتها ، فإنما لها ما قدر لها ) . رواه البخاري في ك الشروط ، باب الشروط التي لا تحل في النكاح ١٩٧٨/٥ ، ومسلم في ك النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها ١٠٢٩/٢ .
فنهيه (ﷺ) عن هذا الشرط يستلزم تحريمه وبطلانه ؛ لأن النهي يقتضي بطلان المنهي عنه مطلقاً .
بينما ذهب أبو الخطاب الحنبلي إلى صحة هذا الشرط ولزومه . وهو رواية عن الإمام أحمد .
قال المرداوي : " قال في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير إذا شرط لها طلاق ضرتها وقلنا يصح في رواية ، ويحتمل أنه باطل لما ذكر المصنف من الحديث . قال المصنف : وهو الصحيح . وقال : لم أر ما قاله أبو الخطاب لغيره " . الإنصاف ١٥٨/١٥٧/٨ .
واستدل عليه : بأنه شرط لا ينافي العقد وفيه منفعة للزوجة ، فيصح ويلزم قياساً على شرطها عدم الزواج بأخرى .
وأجيب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن في اشتراطها طلاق ضرتها إضراراً بالضرة ، وإبطالاً لحق الزوج ، فلا يصح كما لو اشترطت عليه فسخ بيعه بخلاف اشتراطها عدم الزواج بأخرى .
قال ابن القيم – رحمه الله – : " فإن قيل : فما الفرق بين هذا – أي شرط طلاق الضرة – وبين اشتراطها أن لا يتزوج عليها حتى صححتم هذا وأبطلتم شرط طلاق الضرة ؟
قيل : الفرق بينهما : أن في اشتراط طلاق الزوجة من الإضرار بها وكسر قلبها وخراب بيتها وشماتة أعدائها ما ليس في اشتراط عدم نكاحها ونكاح غيرها . وقد فرق النص بينهما فقياس أحدهما على الآخر فاسد " . زاد المعاد ١٠٧/٥ .
فإذا أضيف إلى ما تقدم دلالة النهي الشرعي الوارد في الحديث الصحيح عن شرط طلاق الضرة ترجح في نظر البحث قول أكثر الحنابلة ببطلان هذا الشرط .
ينظر في هذا الخلاف : المغني لابن قدامه ٢٩٥،٢٩٦/٩ ، الشرح الكبير مع المغني ٤٠٤/٩ ، ٤٠٥، الإنصاف ١٥٧/٨ ، ١٥٨ ، المبدع ٨١/٧ .

صريحة قاطعة في اقتضاء النهي المطلق عن الشيء بطلانه وفساده بلا فرق ، في جميع الأحوال [1] ، أي سواء كان النهي راجعاً إلى ذات الشيء أو وصف لازم أو وصف خارج مقارن .

ولا شك أن ذلك سيؤدي بهم إلى الحكم ببطلان أي شرط لورود النهي المطلق عنه شرعاً .

---

(١) جاء في القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي : " إنه – أي النهي المطلق – يدل على الفساد مطلقاً " . ص ١٦٠ ط/ دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م . وينظر معه : المسودة لآل تيمية ص ٦٥ ط/ المكتبة العصرية لبنان ط/ أولى ١٤٢٨هـ – ٢٠٠٠م ، شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي ٣/٨٤ ، ٩١-٩٣ .

## المطلب الثاني

### أحكام التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط

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

وقد وضع الفقه الحنبلي الأحكام المنظمة لهذا الحق فيما يتعلق بثبوته وكيفية استعماله وآثاره المرتبة عليه وسقوطه . لذا سيحل البحث – في هذا المطلب – ضيفاً على المذهب الحنبلي لاستلهام تلك الأحكام من بطون كنبه وعرضها في الفروع الآتية :

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

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

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

## الفرع الأول

## نوع الفرقة الحاصلة بعدم الوفاء بالشرط ومدى افتقارها إلى حكم القاضي

**أولاً : نوع الفرقة الحاصلة بعدم الوفاء بالشرط :**

لا خلاف بين فقهاء المذهب في أن الفرقة التي يثبت الحق فيها للزوج المشترط لعدم الوفاء بشرطه إنما تقع فسخاً [١] .

والحق في الفسخ إنما هو خيار لصاحب الشرط ، إن شاء باشر استعماله وإن شاء أسقطه [٢] .

ويثبت للمشترط على التراخي ؛ لأنه خيار شرع لدفع الضرر عنه فكان على التراخي قياساً على خيار العيب والقصاص .

---

(١) الفسخ هو : حل ارتباط العقد ، أي نقض له من أصله . ينظر الأشباه والظائر للإمام السيوطي ص ٢٨٧ ط/ مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٩٥٩م . وينظر معه : المغني لابن قدامة ٢٩٣،٢٩٥/٩ ، الروض المربع ص ٣٢٧ ، العدة ص ٣٨٧ ، كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ ، المبدع ٨٠/٧ .
ويبنى على كون الفرقة فسخاً : عدم انتقاص عدد الطلقات التي يملكها الرجل على المرأة ، فيجوز لهما العودة إلى رابطة الزوجية لكن بعقد ومهر جديدين ، ويملك الرجل على المرأة ثلاث طلقات ، حيث لم يسبق له طلاق ؛ لأن هذا شأن سائر الفسوخ . ينظر : المغني لابن قدامة ٤٨٨/٩ ، كشاف القناع ٢٤٦٧/٧ .

(٢) ينظر كشاف القناع ٢٤٤٦/٧ .

**وبناءً على ذلك :** لا تجب عليه المبادرة إلى استعماله وفسخ العقد ، بل له الانتظار للتروي والتدبر في هذا الأمر الجلل ، ولا يسقط حقه بطول المدة ما لم يصدر منه ما يدل على الرضا بفوات شرطه صراحة أو ضمناً [١] .

ولا يثبت الحق في الفسخ إلا بوقوع الإخلال بالشرط فعلاً في قول أكثر الحنابلة ، فلا يثبت بالعزم على الإخلال به ، لانعدام الضرر وعدم حصول مخالفة الشرط .

وقال القاضي أبو يعلى يثبت الفسخ بالعزم على الإخلال بالشرط .

والراجح : عدم ثبوته بالعزم ، لانعدام الضرر إذ العزم على الشيء ليس كفعله ، فإذا اشترطت المرأة على الرجل أن لا يخرجها من بدلها لم يثبت لها الحق في الفسخ بعزمه على إخراجها ما لم يقترن بطلب نقلة [٢] .

---

(١) قال البهوتي : " وهو أي الفسخ إذن على التراخي ، لأنه خيار يثبت لدفع الضرر فكان على التراخي تحقيقاً لمقصوده كخيار العيب والقصاص ، فلا يسقط الخيار إلا بما يدل على الرضا " . كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ . وينظر معه : شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ ، الروض المربع ص ٣٢٧ ، الإنصاف ١٥٩/٨ ، منار السبيل ١٢٣/٢ .

(٢) قال المرداوي : " فأما إن أراد نقلها وطلب منها ذلك فقل القاضي في الجامع : لها الفسخ بالعزم على الإخراج . وضعفه الشيخ تقي الدين ، وقال : العزم المجرد لا يوجب الفسخ ؛ إذ لا ضرر فيه . وهو صحيح ما لم يقترن بالهم طلب نقلة " . الإنصاف ١٥٨/٨ . وينظر معه : كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ ، المبدع ٨٠/٧ .

**ثانياً** : **مدى افتقار التفريق بالفسخ إلى حكم القاضي** :

إذا لم يوف أحد الزوجي بشرط الآخر عليه في عقد الزواج فهل يفتقر إيقاع الفرقة إلى حكم القاضي ؟ أم يملك المشترط الاستقلال بفسخ الهقد دون اللجوء للقاضي ؟

## اختلف فقهاء المذهب في ذلك :

فيرى أكثرهم افتقار التفريق أو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط إلى حكم القاضي ، فإما أن يقضي بفسخ النكاح لصاحب الشرط أو يأذن له في الفسخ [١] .

**واستندوا في ذلك إلى ما يأتي :**

١- أن أصل الفسخ لعدم الوفاء بالشرط محل خلاف كبير في الفقه الإسلامي ، فهو من الأحكام التي تفتقر إلى اجتهاد ونظر في ثبوته أصلاً ، وفي صحة الشرط ، فكان مفتقراً إلى حكم القاضي لرفع الخلاف [٢] .

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

---

(١) ينظر : كشاف القناع ٢٤٦٧/٧ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤٠٦/٢ .

(٢) قال البهوتي : " ولا يصح فسخ في خيار العيب وخيار الشرط إلا بحكم حاكم ؛ لأنه فسخ يجتهد فيه فافتقر إليه كالفسخ للعنة والإعسار بالنفقة " . كشاف القناع ٢٤٦٧/٧ . وينظر معه : المغني ٤٧٩/٩ .

المسألة خلافية والحكم اجتهادي يجوز إنكاره ؛ لذا كان في حكم القاضي بالفسخ أو إبطاله سد لذريعة اقتتال رجلين على امرأة واحدة [١] .

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

ولهذا كان في إيقاع الفرقة بحكم القاضي احتياط للزوجية وصيانة للحقوق بإعمال قواعد الشريعة في البينات [٢] .

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية : عدم افتقار التفريق أو الفسخ إلى حكم القاضي . فيقول – رحمه الله – : " والأقوى أن الفسخ المختلف فيه كالعنة لا يفتقر إلى حكم حاكم ، لكن إذا رفع إلى حاكم يرى فيه إمضاءه أمضاه وإن رأى إبطاله أبطله [٣] .

**واستند في ذلك إلى :** القياس على خيار المعتقة تحت عبد ، فهو غير مفتقر إلى حكم القاضي ؛ فكذا خيار الفسخ لعدم الوفاء بالشرط [٤] .

---

(١) ينظر في هذا المعنى : المبدع ١٧٧/٧ .

(٢) ينظر في هذا المعنى : المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم د/ عبد الكريم زيدان ١١٧/٩ .

(٣) مجموع الفتاوى ١٦٥/٣٢ .

(٤) ينظر : المرجع السابق بذات الموضع .

**وأجيب عن ذلك :**

بأنه قياس مع الفارق ؛ إذ خيار المعتقة محل اتفاق بين الفقهاء [1] ، بخلاف خيار الفسخ فهو محل خلاف .

ويترجح – في نظر البحث – قول أكثر الحنابلة بافتقار إيقاع الفرقة أو الفسخ لحكم القاضي رفعاً للخلاف ؛ ولأن الفرقة من الأحكام التي يحتاط لها شرعاً .

---

(١) ينظر : كشاف القناع ٢٤٥٨/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٣٨/٣ ، المبدع ١٧٧/٧ .

## الفرع الثاني

## أثر الفرقة لعدم الوفاء بالشرط في المهر والمتعة [1] والعدة والنفقة

من المعلوم ان من آثار إيقاع الفرقة بالفسخ عدم انتقاص عدد الطلقات التي يملكها الرجل على المرأة ، فيمكن أن يستأنفا الزوجية بعقد ومهر جديدين .

ويضاف إلى ذلك آثار فقهية تبنى على وقوع الفرقة أو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط تتعلق بمدى استحقاق المرأة للمهر والمتعة ، ومدى لزوم العدة عليها ، ومدى استحقاقها للنفقة والكسوة فيها . يوضحها البحث فيما يأتي :

**أولاً : مدى استحقاق المرأة المفسوخ نكاحها للمهر والمتعة :**

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

---

(١) المتعة : مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه . مغني المحتاج ٤/٤١٦ .

وتجب للمطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لها مهراً عند الحنفية والشافعية – حيث أوجبوها لكل مدخول بها لم تحصل الفرقة بسببها – والحنابلة ، وذلك لقوله تعالى ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ....** ﴾ – الأحزاب (٤٩) – حيث أمر الله تعالى بها والأمر يقتضي الوجوب .

وتستحب عند المالكية لقوله تعالى فيها ﴿... **حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ**. . . ﴾ – البقرة (٢٣٦) – فوصفها الله تعالي بأنها حق يختص بالمحسنين ، ومعلوم أن الإحسان ليس بواجب .

ينظر : بدائع الصنائع ٢/٦٠١ بداية المجتهد ٤/٤١٥ ، مغني المحتاج ٤/٤١٦ ، المغني لابن قدامة ٩/٥٨٥ .

١- وقوع الفرقة أو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط قبل الدخول :

إذا وقعت الفرقة قبل الدخول سقط جميع المهر والمتعة على الصحيح من المذهب [١] .

**وسندهم في ذلك :**

حصول الفرقة من المرأة إن كان الشرط لها ولم يف لها به فطلبت الفسخ ، أو حصولها بسبب من جهتها إن كان الشرط عليها ولم تف به فطلب الزوج الفسخ ، فكأن المرأة أتلفت بالفرقة العوض قبل تسليمه ، فيسقط المهر كله إلى غير متعة [٢] .

---

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

وقال البهوتي : " . . . وكذا فسخها بشرط صحيح شرط عليه حال العقد كأن تزوجها بشرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من دارها فلم يف به فلا مهر لها ولا متعة " . كشاف القناع ٢٥٠٦/٧ .

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

وقال ابن مفلح : " وكل فرقة جاءت من قبلها كإسلامها وردتها ورضائها من ينفسخ به نكاحها وفسخها لعيبه أو إعساره وفسخه لعيبها يسقط به مهرها ومتعتها ، لأنها أتلفت العوض قبل تسليمه فيسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه ؛ وكذا إن فسخت لعتقها تحت عبد أو لفوات شرط " . المبدع ١٦١/٧ . وينظر في معناه : شرح منتهى الإرادات ٤٧٦/٣ .

ونقل ابن مفلح رواية عن الإمام أحمد : أنه يثبت للمرأة نصف المهر إن كان مسمى ، فإن لم يكن مسمى فلها المتعة ، وذلك قياساً على الفرقة بالطلاق قبل الدخول [١] .

٢- وقوع الفرقة أو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط بعد الدخول :

إذا وقعت الفرقة بعد الدخول أو الخلوة وجب لها المهر المسمى كاملاً بغير خلاف في المذهب .

وذلك لأن المهر قد تأكد واستقر بالدخول في نكاح صحيح فلا يسقط منه شيء بانفساخ النكاح ولا غيره ، ولحصول التسليم المستحق من جهتها فيستقر به البدل وهو المهر المسمى كاملاً قياساً على تسليم العين في عقد الإجارة [٢] .

قال البهوتي : وإن فسخ بعده ، أي بعد الدخول والخلوة ونحوهما مما يقرره يجب المسمى في العقد لتقرره ، ولأنه فسخ طرأ على نكاح صحيح فأشبه الطلاق " [٣] .

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

---

(١) قال ابن مفلح : " وعنه – يقصد الإمام أحمد – يتنصف بفسخها لشرط ، ويتوجه في فسخها لعيبه الخلاف . وفي الرعاية : إن فسخت قبل الدخول روايتان ، وإن كان لها مهر مسمى فهل يتنصف أو يسقط على روايتين .
وذكر أبو بكر أنه إذا تزوجها بشرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من دارها فلم يف لها ففسخت ولم يكن سمى لها مهراً فلها المتعة " . المبدع ١٦١/٧ .

(٢) ينظر : كشاف القناع ٢٥٠٧/٧ .

(٣) المرجع السابق ٢٤٥٨/٧ .

**ثانياً : مدى لزوم العدة على المفسوخ نكاحها واستحقاقها للنفقة والكسوة :**

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

ويقصد بها : مدة معلومة تتربص فيها المرأة للتعرف على براءة رحمها ، وذلك يحصل بوضع حمل أو مضي أقراء أو أشهر [١] .

ولا خلاف بين أهل العلم في عدم وجوب العدة على المرأة بالطلاق قبل الدخول والخلوة [٢] .

ولا خلاف بين أهل العلم أيضاً في وجوبها على المطلقة بعد الدخول الحقيقي [٣] .

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

---

(١) ينظر : كشاف القناع ٢٧٦٥/٨ .

(٢) قال ابن قدامة : " وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها ، لقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا . . . ﴾ – الأحزاب (٤٩) ، ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقنها ههنا وهكذا كل فرقة في الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو عتق أو لعان أو اختلاف دين " . المغني ٦/١١ .

(٣) ينظر : المغني لابن قدامه ١١/١١ ، كشاف القناع ٢٧٦٥/٨ .

وقبل الدخول ، موافقين بذلك كلاً من الحنفية والمالكية في وجوب العدة بالخلوة [1] .

**واستندوا في ذلك إلى :**

قضاء الخلفاء الراشدين – رضي الله عنهم – بأن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة ، واشتهر ذلك دون إنكار فكان إجماعاً .

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

---

(١) وذهب الشافعية إلى عدم وجوب العدة بالخلوة .

واستدلوا على ذلك : بقوله تعالى ﴿ . . . **ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا** . . . ﴾ – الأحزاب (٤٩) – ، ولأنها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها .

قال الخطيب الشربيني : " وإنما تجب العدة إذا حصلت الفرقة المذكورة بعد وطء في نكاح صحيح أو فاسد أو شبهة سواء أكان الوطء حلالاً أم حراماً كوطء حائض ومحرمة ، وسواء أكان في قبل جزماً أو دبر على الأصح ، وسواء أكان عاقلاً أم لا ، مختاراً أم لا ، لف على ذكره حزمة أم لا ، بالغاً أم لا ، بخلاف فرقة ما قبل ذلك لقوله تعالى ﴿ **ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ** . . . ﴾ مغني المحتاج ٨٢/٥ .

وينظر أيضاً : بدائع الصنائع ٣٠٢/٣ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٦٨/٢ ، روضة الطالبين ٣٣٠/٦ ، المغني لابن قدامة ١١/١١ ، كشاف القناع ٢٧٦٥/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٤١/٤ .

أما قوله تعالى : ﴿ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا . . . ﴾ [1] فمخصوصة بما تقدم [2] .

**أما بخصوص وجوب النفقة والسكنى للمرأة المعتدة :**

فقد فرق الفقه الحنبلي بين أن تكون حاملاً أو غير حامل : فإن كانت حاملاً وجب لها النفقة والسكنى بغير خلاف بين اهل العلم [3] .

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

الأولى : وجوبها .

---

(١) سورة الأحزاب (٤٩) .

(٢) ينظر : المغني لابن قدامة ١١/١١ ؟ كشاف القناع ٢٧٦٥/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٤١/٤ .

(٣) قال ابن قدامة : " إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً فإما أن يكون ثلاثاً أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم ، لقوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ... ﴾ " – سورة الطلاق (٦) – . المغني ٢٧٢/١١ .

والثانية : عدم وجوبها وهي المشهورة [1] ، وذلك لقوله (ﷺ) لفاطمة بنت قيس وقد بتَّ زوجها طلاقها : ( انظري يا ابنة قيس إنما النفقه للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى [2] .

---

(١) قال ابن قدامة : " وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها . وفي السكنى روايتان : أحدهما : لها ذلك . وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعي للآية .

والرواية الثانية : لا سكنى لها ولا نفقة . وهي ظاهر المذهب " . المغني ٢٧٢/١١ .

وقال الزركشي : " لا نفقة للمفسوخ نكاحها ؛ لأنها بائن أشبهت البائن بطلاق ثلاث وهو قسم من أقسام البائن ، فلا نفقة لها ولا سكنى على المشهور " . شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤٠٩/٢ .

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده من حديث فاطمة بنت قيس – رضي الله عنها – ٣٧٣/٦. ط/ مؤسسة قرطبة مصر .

وينظر فيما ذكر : المغني ٢٧٣/١١ ، كشاف القناع ٢٨١٨/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٨٤/٤ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤٠٩/٢ .

## الفرع الثالث
## أسباب سقوط الحق في التفريق لعدم الوفاء بالشرط

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

**١- الرضا بعدم الوفاء بالشرط صراحة أو ضمناً .**

إذا علم المشترط بحصول الإخلال بشرطه وعدم الوفاء به ، وصدر منه ما يعبر عن رضاه بذلك صراحة ، كقوله أسقطت الشرط أو رضيت بإسقاطه ، أو يعبر عن رضاه دلالة أو ضمناً ، كأن تخرج الزوجة من بيتها إلى بيت آخر – مع شرطها على زوجها ألا تنقل من بيتها – طائعة مختارة [١] ، أو تمكنه من نفسها ، أو نحو ذلك مما يفهم منه عرفاً الرضا بإسقاط الشرط سقط الحق في الفسخ لحصول الرضا بعدم الوفاء بالشرط .

---

(١) ولو شرطت المرأة على زوجها ألا تسافر معه مثلاً ثم خدعها وسافر بها وكرهته لم يكن له أن يكرهها بعد ذلك ولم يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته برضا صحيح أو ضمني .
ينظر : كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ .

قال المرداوي : " خيار الشرط على التراخي لا يسقط إلا بما يدل على الرضا من قول أو تمكين منها مع العلم " [١] .

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

وذلك لأنه لما لم يعلم المشترط بالإخلال بشرطه لم يكن فيما صدر منه دلالة على الرضا ، فينتفي الموجب لسقوط الفسخ قياساً على إسقاط الشفيع حقه في الشفعة قبل تمام البيع [٢] .

**٢- بطلان الشرط في العادة .**

إذا شرطت الزوجة مثلاً أن لا يخرجها زوجها من بيت أبويها ، فمات أحدهما بطل الشرط في العادة ، لاستحالة إخراجها من بيت أبويها وقد صار البيت للحي منهما [٣] .

---

(١) الإنصاف ١٥٩/٨ . وينظر معه : كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٨/٣ .

(٢) قال البهوتي : " فإن مكنته قبل العلم لم يسقط فسخها ؛ لأنه لا يدل على رضاها بترك الوفاء فلا أثر له كإسقاط الشفعة قبل البيع " . شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ . وينظر معه : كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ .

(٣) ينظر : الروض المربع ص ٣٢٧ ، كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ .

**٣- استحالة الوفاء بالشرط في العادة .**

إذا استحال الوفاء بالشرط في العادة ، لوجود مانع في العقل أو الحس أو العرف يحول دون الوفاء به ، وذلك كقوة قاهرة لا دخل للزوج الآخر فيها ولا يستطيع رفعها ، كأن اشترطت المرأة على زوجها ألا يخرجها من بلدها فنشب على أرضها حرب ، أو اشترطت عليه ألا يخرجها من بيتها فجرفه نهر أو انهدم بأثر زلزال ، سقط الحق في الفسخ مع حصول الإخلال بالشرط لاستحالة الوفاء به في العادة [١] .

**٤- انقطاع الزوجية بالطلاق البائن .**

إذا شرط أحد الزوجين على الآخر شرطاً ، فانقطع الزواج بطلاق بائن ، ثم عادا إلى الزوجية بعقد جديد سقط الحق في الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط ، وذلك لزوال الشرط بزوال العقد المشتمل عليه بالطلاق البائن ، وخلو العقد الجديد من الشرط [٢] .

---

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

قال المرداوي : " قلت : الصواب أن له أن يسكن بها حيث أراد سواء رضيت به أو لا ؛ لأنه الأصل والشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل وهو محض حقه " . الإنصاف ١٥٦/٨ . وينظر في معناه : كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٢٩/٣ .

(٢) ينظر : كشاف القناع ٢٤٤٧/٧ ، شرح منتهى الإردات ٤٢٧/٣ ، المبدع ٨٢/٧ .

قال المرداوي : " وهذه الشروط الصحيحة إنما تلزم في النكاح الذي شرطت فيه . فأما إن بانت منه ثم تزوجها ثانياً لم تعد هذه الشروط في العقد الثاني ، بل يبطل حكمها إذا لم يذكرها فيه " [1] .

---

(١) الإنصاف ١٥٩/٨ .

## المطلب الثالث

## موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط

مما يؤسف له أن القانون المصري لا يزال يعاني حتى اللحظة من فراغ تشريعي في تنظيم أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج وأثرها في التفريق بين الزوجين .

ومن ثم يكون أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة – رحمه الله – هو الواجب التطبيق في المنازعات التي تثور بين الزوجين في هذا الشأن ، وذلك طبقاً لنص المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ .

وذلك يقتضي الحكم ببطلان الشروط المقترنة بعقد الزواج إذا لم تكن موافقة لمقتضى العقد أو ورد النص بجوازها أو جرى العرف الصحيح على العمل بها ، كما قرر السادة الحنفية . ومن ثم عدم ثبوت الحق في فسخ العقد للمشترط عند عدم الوفاء بشرطه .

ومما يزيد الأسف أن للمشرع المصري محاولات عديدة نحو تقنين الأحكام المتعلقة بالشروط المقترنة بعقد الزواج وفقاً للمذهب الحنبلي لكنها لم تخرج للنور ، ومن تلك المحاولات ما يأتي :

١- أنه قد اقترح الأخذ بالمذهب الحنبلي في مسألة الشروط في مشروع سنة ١٩٢٦ ، وجاء في المادة التاسعة منه ما نصه :

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

وقد صرحت المذكرة التفسيرية لهذا المشروع باستقاء هذا الحكم من مذهب الإمام أحمد ، وإن كانت قصرت الحق في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط على المرأة دون الرجل مخالفة الإطلاق الوارد في المذهب ، اعتباراً يكون الرجل متمكناً من الطلاق متى أراد [١] .

---

(١) ينظر : الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ١٦١ ، أحكام الأسرة في الإسلام (الزواج) د/ محمد سراج ص ٩٩ ، ١٠٠مرجعان سابقان .

ويلاحظ أن نص المادة والمذكرة التفسيرية يصرحان بلزوم شرط تطليق الضرة ، وذك مستقىً من قول أبى الخطاب الحنبلي ، وهو كما تقدم قول مرجوح في المذهب [١] .

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

٢- كانت هناك محاولة أخرى للمشرع المصري سنة ١٩٥٦ للاتجاه إلى تقنين أحكام الشروط المقترنة بالزواج من المذهب الحنبلي ، وذلك في المشروع الذي أعده المكتب الفني لرئاسة الجمهورية ، إذ جاء في نص المادة (٢٤) منه أنه : " يعتبر كل شرط متصل بمهنة الرجل أو حالته المالية أو حال أسرته ، ويكون القبول قد تم على أساسه ، فإذا تبين خلافه كان للمرأة طلب الفسخ قبل الدخول " .

---

(١) ينظر : الأحوال الشخصية للإمام أبى زهرة ص ١٦١ .

وجاء في المادة (٢٥) : " يعتبر الفسخ بمقتضى المادة السابقة نقضاً للعقد من أساسه ، ويعود للمرأة ما عساه أن يكون لها من حقوق سقطت بالزواج "

كما نص في المادة (٢٦) منه على أنه : " إذا تم الفسخ وفقاً للمادة (٢٥) فللزوج أن يسترد ما أداه من مهر إذا لم يكن قد اختلى بالزوجة خلوة صحيحة " [١] .

**ويلاحـــظ أن** :

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

---

(١) ينظر : فضيلة الإمام محمد أبو زهرة ص ١٦٢ مرجع سابق .

وعليه : فإن ما عدا ما نص عليه : من حق المرأة في المطالبة بالفسخ بعد الخول للإخلال بالشروط المذكورة ، وكذا ثبوت الحق لها في الفسخ بغير تلك الشروط والتي تزيد أهميةً ونفعاً عن الشروط المذكورة إن لم تساريها ، لتعلقها بمستقبل الزوجية كشرط عدم الزواج عليها أو عدم إخراجها من بلدها ونحوهما ، فضلاً عن ثبوت الحق للرجل في الفسخ عند الإخلال بشرطه المعتبر شرعاً ، فكل هذا يكون الحكم فيه وفقاً لأرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، والذي يقضي ببطلان الشروط وعدم لزومها لكونها ليست من مقتضى العقد ولا ورد بجوازها نص ولا استقر العرف على العمل بها .

وقد استحسن فضيلة الإمام محمد أبى زهرة – رحمه الله – عدول المشرع المصري عن إقرار مشروع سنة ١٩٢٦م إلى هذا المشروع تلافياً للنقد الموجه إلى مذهب الإمام أحمد – في نظر فضيلته – والمتمثل في أن استعمال الشروط في الفسخ بعد الدخول سيذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية ويجعل الزواج في النظام الإسلامي مقارباً للزواج المدني في المدن اللاهية في أوروبا وأمريكا يعقد لرغبة عارضة وبفسخ لمثلها ، ثم يقرر فضيلته أنه إذا كان الفسخ قبل الدخول – وفقاً لهذا المشروع – ففي الأخذ بالمذهب الحنبلي فائدة [١] .

---

(١) ينظر : المرجع السابق بذات المرجع .

وأياً ما كان الأمر فقد لقي هذا المشروع مصير سابقه فاندرسا معاً وتقادم عليهما العهد .

٣- آخر محاولة للمشرع المصري نحو الاقتراب من المذهب الحنبلي في مسألة الشروط المقترنة بعقد الزواج تمثلت في إصدار لائحة المأذونين الجديدة في ٢٠٠٠/٨/١٥م والتي تنص في المادة (٣٣) فقرة (٥) على أنه : " على المأذون قبل توثيق العقد أن يبصر الزوجين أو من ينوب عنهما بما يجوز لهما الاتفاق عليه في عقد الزواج من شروط خاصة ، ومنها على سبيل المثال الاتفاق على من تكون له ملكية منقولات منزل الزوجية في حالتي الطلاق أو الوفاة ، الاتفاق على رصد مبلغ مقطوع أو راتب دوري يدفعه الزوج لزوجته إذا طلقها بغير رضاها ، الاتفاق على تفويض الزوجة في تطليق نفسها .

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

ويلاحظ في ذلك : اتجاه المشرع إلى الأخذ بمذهب الحنابلة في إفساح المجال أمام إرادة العاقدين في اشتراط ما يحقق نفعهما ما لم يحل حراماً أو يحرم حلالاً ، حيث خُصص لذلك محلُ في وثيقة الزواج الجديدة .

ولكن يأبى المشرع ولوج بيت الحنابلة بعد أن طرق بابه ، فينكل عن وضع نص قانوني يكفل تحقيق قصده من الإقرار بسلطان إرادة العاقدين في الاشتراط في الزواج بتخويل حق الفسخ لصاحب الشرط عند عدم الوفاء بشرطه .

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

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

---

١ ينظر في هذا المعنى : الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المصري لأستاذي الدكتور/ عبد العزيز رمضان سمك – حفظه الله – ص ٧٢ – ٧٤ ط/ دار النهضة العربية القاهرة ط/ خامسة ٢٠٠٧م .

## وأخـــيراً :

يهيب البحث بالمشرع المصري – وقد فاته قطار السبق والمبادرة في هذا الخصوص – أن يتدارك ما فاته وينجز ما طال انتظاره ، وهو إصدار تقنين لأحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج تستقى أحكام نصوصه من أرجح الأقوال في المذهب الحنبلي ؛ فذلك أوسع المذاهب الإسلامية في تصحيح شروط العاقدين ولزومها ما لم تخالف الشرع الحنيف ، وأقربها إلى تحقيق العدالة بين الزوجين وتحصيل مصالحهما المقصودة في عقد الزواج ، دفعاً للحرج عن المسلمين وبثاً للطمأنينة في نفوس المقبلين على الزواج وأسرهم .

لا سيما أن كثيراً من البلاد العربية والإسلامية قد أخذت به واعتمدت عليه في سن قوانينها فيما يتعلق بهذه القضية .

**والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل**

# الخاتـمـة

**-اسأل الله تعالى حسنها -**

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

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

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

٢- اتفاق الفقهاء على مشروعية الشروط الملائمة لمقتضي عقد الزواج ، واتفاقهم أيضاً على عدم مشروعية الشروط المنافية لمقتضي العقد .

٣- اختلاف الفقهاء في مشروعية الشروط التي لا تلائم عقد الزواج ولا تنافيه وقد رجح البحث بالأسانيد العلمية مشروعيتها وفقاً لما اتجه إليه الفقه الحنبلي ، فهو أوسع المذاهب الفقهية في ذلك وأقربها إلي تحقيق مقاصد الشارع الحكيم .

٤- اتفاق الفقهاء على عدم تأثير الشرط الملائم لمقتضى الزواج في صحته لأنه من موجبات العقد ، واختلافهم في تأثير الشرط المنافي لمقتضى الزواج في صحة العقد ، وقد رجح البحث قول المالكية بفساد العقد وفسخه قبل الدخول مع مضية بعد الدخول بمهر المثل مراعاة لخلاف من أبطل الشرط وحده ، ومن أبطل الشرط والعقد معاً .

٥- اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم تأثير الشرط غير الملائم ولا المنافي للزواج في صحة العقد خلافاً للظاهرية فيبطل الشرط والعقد معاً .

٦- اختلاف الفقهاء في لزوم الشرط غير الملائم ولا المنافي لمقتضى عقد الزواج ، وقد رجح البحث بالأسانيد العلمية قول الحنابلة بلزومه ، وثبوت الحق في الفسخ لمشترطه عند عدم الوفاء به خلافاً للجمهور ؛ لأن فيه فقهاً دقيقاً وعملاً بمقتضى النقل والعقل ، أما النقل فلعدم وجود دليل شرعي على مخالفة الشرط للشرع ، وأما العقل فلاستصحاب الإباحة الأصلية الثابتة للعقود والشروط ، ورعاية مصالح العباد المنوطة بشروطهم المقترنة بالعقد .

٧- التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط ليس إلزاماً ، بل هوخيار لصاحب الشرط إن شاء استعمله وإن شاء أسقطه . دفعاً لتوهم أن في إقرار العمل بالمذهب الحنبلي فتحاً لباب انقطاع عقود الزوجية . وأيضاً قد رجح البحث القول بافتقاره إلى حكم القاضي احتياطاً لشأن الفرقة .

٨- نظم الفقه الحنبلي أحكام التفريق لعدم الوفاء بالشرط تنظيماً دقيقاً تمثل في وضع ضوابط لثبوت هذا الحق وكيفية استعماله وأسباب سقوطه وأثره على المهر والمتعة والعدة والنفقة على النحو المبين في البحث .

٩- عدم معالجة قانون الأحوال الشخصية المصري حتي لحظة الانتهاء من البحث قضية الشروط المقترنة بعقد الزواج ، ومن ثم يكون قول السادة الحنفية ببطلان تلك الشروط وصحة العقد وعدم جواز التفريق لعدم الوفاء بها هو الواجب التطبيق كما هو معلوم .

١٠- كان للمشرع المصري محاولات عديدة في الاتجاه إلى الأخذ بالمذهب الحنبلي في الشروط المقترنة بعقد الزواج لكن لم يكتب لشئ منها أن يقر تشريعياً .

١١- يوصي البحث بضرورة استجابة المشرع الوضعي لحاجة المجتمع المصري إلى تقنين مسألة الشروط المقترنة بعقد الزواج أخذاً من المذهب الحنبلي تيسيراً على الناس ورفعاً للضيق والحرج عنهم ورعاية مصالحهم .

. . . هذا وأتضرع إلى الله سبحانه وتعالى أن يعم به النفع وأن يتجاوز عن التقصير والزلل ، وأن يجعل ما بذلت فيه من جهد سبباً للمغفرة والرحمة يوم الحساب لي ولوالدي ولأساتذتي ولكل مطلع عليه ممن يحب العلم ويوقر أهله .

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلي الله وسلم على خاتم النبيين والمرسلين .

**﴿ رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلا تُحَمِّلْنَا مَا لا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾**

سورة البقرة (٢٨٦)

# ثبت لأهم مراجع البحث


**أولا : كتب التفسير وعلوم القرآن :**

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

**ثانيا: كتب الحديث الشريف وشروحه وعلومه :**

- إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام : ابن دقيق العيد تح/ أحمد محمد شاكر ط/مكتبة السنة القاهرة ط/أولي ١٤١٨ هـ-١٩٩٧م.
- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي تح / سالم محمد عطا ، محمد علي معوض ط/دار الكتب العلمية بيروت ط /أولي ٢٠٠٠م.

- بلوغ المرام من أدلة الأحكام : الحافظ ابن حجر العسقلاني مطبوع مع شرحه سبل الاسلام ط/ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ط/ ثانية ١٤٠٠هـ .
- سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام : الإمام الصنعاني ط /جامعة الأمام محمد بن سعود بالرياض ط/ثانية ١٤٠٠هـ.
- سنن الترمذي : محمد بن عيسي أبو عيسي الترمذي السلمي تح / أحمد محمد شاكر وآخرون ط/دار إحياء التراث العربي بيروت دت.
- سنن الدار قطني : علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني تح/السيد عبد الله هاشم يماني ط/دار المعرفة بيروت ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.
- شرح الزرقاني على الموطأ :ط / دار الكتب العلمية بيروت ط أولى ١٤١١ هـ .
- شرح النووي علي صحيح مسلم : الإمام يحيي بن شرف النووي ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت ط/ثانية ١٣٩٢هـ.
- شرح صحيح البخاري : ابن بطال القرطبي تح / أبو تميم ياسر إبراهيم ط/ مكتبة الرشد بالرياض ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .
- صحيح البخاري : محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري تح د/مصطفي ديب البغا ط / دار ابن كثير ودار اليمامة بيروت ١٤٠٧هـ-١٩٨٧ م .
- صحيح مسلم : مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري تح/ محمد فؤاد عبد الباقي ط/دار إحياء التراث العربي بيروت دت.

- عمدة القاري شرح صحيح البخاري : الإمام بدر الدين العيني ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت د ت .
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري : ابن حجر العسقلاني ط/دار المعرفة بيروت ١٣٧٩هـ.
- المستدرك على الصحيحين : محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري تح/مصطفي عبد القادر عطا ط /دار الكتب العلمية بيروت ط/أولي ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
- المصنف : ابن أبي شيبة تح / كمال يوسف الحوت ط/ مكتبة الرشد الرياض ط/ أولى ١٤٠٩ هـ .
- المصنف : عبد الرزاق الصنعاني تح / حبيب الرحمن الأعظمي ط/ المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٣ هـ .
- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك : أبو الوليد سليمان الباجي المالكي ط/ مطبعة السعادة القاهرة ط / أولى ١٣٣٢ هـ .
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار : محمد بن علي بن محمد الشوكاني .ط/ إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالسعودية د ت.

**ثالثا: كتب أصول الفقه وقواعده :**

- الإحكام في أصول الأحكام : ابن حزم الظاهري ط / دار الحديث القاهرة ١٤٠٤ هـ .

- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ط/مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي ١٣٧٨هـ-١٩٥٩م.
- أصول الفقه : الإمام محمد أبو زهرة ط/ دار الفكر العربي القاهرة ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م .
- أصول الفقه : الشيخ محمد زكريا البرديسي ط/ دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧١ م .
- أصول الفقه : د / زكي الدين شعبان ط/ مطبعة دار التأليف القاهرة ١٩٦٥ م .
- إعلام الموقعين عن رب العالمين: ابن القيم الجوزية .تح /عصام الدين الصبابطي ط/ دار الحديث القاهرة ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م .
- شرح الكوكب المنير : ابن النجار الحنبلي تح / د/ محمد الزحيلي ، د / نزيه حماد ط / مكتبة العبيكان الرياض ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .
- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : شهاب الدين الحموي ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٩٨٥ م .
- القواعد النورانية الفقهية : شيخ الإسلام أحمد بن تيمية تح/ عبد السلام محمد علي ط/ دار الكتب العلمية بيروت دت .
- القواعد والفوائد الأصولية : ابن اللحام الحنبلي ط/ دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م .

- المستصفى : حجة الإسلام أبوحامد الغزالي ط/ دار دار إحياء التراث العربي بيروت ط/ ثالثة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
- المسودة في أصول الفقه : آل تيمية ط / المكتبة العصرية لبنان ط/ أولى ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٠ م .
- الموافقات في أصول الشريعة : الإمام أبو إسحاق الشاطبي المالكي تح / الشيخ عبد الله دراز ط/ دار الحديث القاهرة ٢٠٠٦ م .

**هـ- رابعا : كتب الفقه الإسلامي :**

**١- المذهب الحنفي :**

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ابن نجيم الحنفي ط/دار المعرفة بيروت دت .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين بن أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ط/ مؤسسة التاريخ العربي مع دار إحياء التراث العربي بيروت ط/ثالثة ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م .
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي مطبوع مع حاسية الشلبي ط/المطبعة الكبري الأميرية مصر وصورتها دار الكتاب الإسلامي ١٣١٣هـ.
- حاشية ابن عابدين على الدر المختار للحصكفي ط/ دار الفكر بيروت ١٤١١هـ - ١٩٩١ م
- شرح العناية على الهداية : أكمل الدين بن محمد بن محمود البابرتي مطبوع مع الهداية وشرح فتح القدير ط/دار الفكر بيروت دت.

- شرح فتح القدير : كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، ومعه تكملة شرح فتح القدير للقاضي زاده مطبوع مع الهداية ط/دار الفكر بيروت دت .
- الفتاوى الهندية: نظام الدين وجماعة من علماء الهند .ط/دار الفكر بيروت ١٤١١هـ-١٩٩١م.
- المبسوط : شمس الأئمة محمد بن أبي سهل السرخسي ط/ دار المعرفة بيروت ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .
- الهداية شرح بداية المبتدي : شيخ الإسلام برهان الدين المرغيناني مطبوع مع شرح فتح القدير ط/دار الفكر بيروت دت.

**٢ـ المذهب المالكي :**

- الشرح الصغير : الشيخ أحمد الدردير مطبوع مع حاشية الصاوي ط/ الدار السودانية للكتب الخرطوم ط/أولي ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني : أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي ط/ دار الفكر بيروت ١٤١٥هـ.
- حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير: الشيخ محمد عرفة الدسوقي ط/دار إحياء الكتب العربية عيسي البابي الحلبي القاهرة د ت.
- حاشية الصاوي المسماة : بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي ط/ االدار السودانية للكتب الخرطوم ١٤١٨هـ-١٩٩٨م
- شرح الخرشي على مختصر خليل ط/دار الفكر بيروت دت.

- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك : الشيخ محمد عليش ط/ دار المعرفة بيروت د ت .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي .ط/دار الحديث القاهرة ١٤٢٥هـ -٢٠٠٤م .
- الشرح الكبير على مختصر خليل : الشيخ أحمد الدردير مطبوع مع حاشية الدسوقي ط/دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .القاهرة دت.
- القوانين الفقهية : أبو القأسم محمد بن أحمد بن جزي تح / عبد الله المنشاوي ط/دار الحديث القاهرة ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

**٣ـ المذهب الشافعي :**

- الأم : الإمام الشافعي تح / أستاذي الدكتور / محمد إبراهيم الحفناوي ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٩ هـ - ١٠٠٨ م .
- الحاوي الكبيـــر في فقـــه الشافعي : الإمام الماوردي تح / علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ط/ دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م
- المهذب : الإمام أبو اسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي مبوع مع المجموع وتكملته ط/ دار الفكر بيروت دت .
- الوسيط : حجة الإسلام أبو حامد الغزالي تح / أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر ط / دار السلام القاهرة ١٤١٧هـ .
- تكملة المجموع : فضيلة الشيخ بخيت المطيعي طط/ دار الفكر بيروت د ت .
- روضة الطالبين : الإمام يحي بن شرف النووي ط/المكتبة التوفيقية القاهرة دت.

- مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج : شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ط/المكتبة التوفيقية القاهرة دت.
- نهاية المحتاج : شهاب الدين الرملي ط/دار الفكر بيروت ١٤٠١هـ-١٩٨٤م.

**٤ـ المذهب الحنبلي:**

- الروض المربع شرح زاد المستقنع : الإمام البهوتي تح د/عماد عامر ط/ دارالحديث القاهره ١٤٢٥ هـ -٢٠٠٤ م
- الشرح الكبير : ابن قدامة المقدسي مطبوع مع المغني ط / دار الحديث القاهره ١٤١٦ هـ -١٩٩٦م.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف : علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي تح / محمد حامد الفقي ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت د ت .
- العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل : بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ط/ دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسي البابي الحلبي القاهره د ت .
- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل : ابن قدامة المقدسي ط/ المكتب الإسلامي بيروت د ت .
- المبـــدع في شرح المقنـــع : ابن مفلح الحنبلي ط/ المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٠ هـ .

- المغني : ابن قدامه ويليه الشرح الكبير للمقدسي تح د/ محمد شرف الدين خطاب ، د / السيد محمد السيد ، الاستاذ /سيد إبراهيم صادق ط/ دار الحديث القاهره ط / أولي ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م.
- زاد المعـاد في هدي خير العبـاد : الإمام ابن القيم تح / شعيب الأرنؤوط ط / مؤسسة الرسـالة بيروت مع مكتـبة المنار الإسلامية الكويت ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م .
- شرح الزركشي على مختصر الخرقي : شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي نح / عبد المنعم خليل إبراهيم ط/ دار الكتب العالمية بيروت ط / أولى ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م .
- شرح منتهى الارادات : الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي : ط/ دار الكتب العليمه بيروت ط/ أولي ١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥م
- كشاف القناع : الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي . تح / إبراهيم أحمد عبد الحميد ط/ مكتبة نزار مصطفي الباز مكة المكرمة ط/ثانيه ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م .
- مجموع الفتاوي : شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ط/الرئاسه العامة لإدارة البحوث العلميه والإفتاء بالمملكة العربية السعودية د ت.
- منار السبيل في شرح الدليل : ابن ضويان ط/ دار الحديث القاهرة ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١ م .

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

**٥ـ المذهب الظاهري :**

- المحلي بالآثار : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري ط / دار الآفاق الجديدة بيروت د ت .

**خامسا : كتب فقهية معاصرة :**

- أحكام الأسرة في الإسلام : د / محمد مصطفى شلبي ط / الدار الجامعية بيروت ط / رابعة ١٩٨٣ م .
- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي : د/ محمد مصطفى شلبي ط/ مطبعة دار التأليف القاهرة ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م .
- المدخل للفقه الإسلامي : د / محمد سلام مدكور ط / دار الكتاب الحديث القاهرة ط/ ثانية ١٩٩٦ م .
- نظرية الشروط المقترنة بالعقد : د / زكي الدين شعبان ط/ دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٨ م .
- الأحوال الشخصية : الإمام محمد أبو زهرة ط/ دار الفكر العربي القاهرة د ت .
- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ( نظرية الشروط المقترنة بالعقد تقييداً في الفقه الإسلامي المقارن ) : د / فتحي الدريني ط/ مؤسسة الرسالة بيروت ط/ ثانية ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م .

- ابن حنبل : الإمام محمد أبو زهرة ط / دار الفكر العربي الفاهرة د ت .
- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم : د / عبد الكريم زيدان ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / أولى ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .
- الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المصري : أستاذي الدكتور / عبد العزيز رمضان سمك ط / دار النهضة العربية القاهرة ط / خامسة ٢٠٠٧ م .

**سادسا : كتب اللغة والمعاجم :**

- تاج العروس من جواهر القاموس : محمد مرتضي الحسيني الزبيدي ط/دار الهداية دت.
- القاموس المحيط : محمد بن يعقوب الفيروز آبادي .ط/ مؤسسة الرسالة بيروت ط / أولى د ت .
- لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور . ط /دار صادر بيروت ط/أولي دت.
- المعجم الوجيز : مجمع اللغة العربية بمصر ط / وزارة التربية والتعليم مصر ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- مختار الصحاح : محمد أبو بكر الرازي تح / محمود خاطر ط / مكتبة لبنان ناشرون بيروت ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م

الفهرس