

Submission date: 8/04/2018

Accepted date: 23/07/2018

## الشرط الجعلي وآثاره الفقهية في عقد النكاح: دراسة تحليلية

*The Condition and Its Jurisprudence Implications into the Marriage Contract:  
An Analytical Study*

Omar Awadallah Rabee al-Awfi and Azam al-Layl ibn Marni  
Faculty of Islamic Civilization, Universiti Teknologi Malaysia

safuaan@hotmail.com

### الملخص

كُرِّسَتْ هذه الدراسة التحليلية لمناقشة الشرط الشرعي في النصوص الشرعية، وأقوال علماء الأصول والفقه، وآثاره الفقهية في عقد النكاح. وتكمن المشكلة؛ في قلة المعرفة بالعلم الشرعي، والثقة الزائدة بمن هم ليسوا أهلاً للفتوى، مما أنتج زيجات لا تمت إلى الزواج الشرعي بصلة سوى الاسم فقط. منها الزواج بنية الطلاق، والزواج العرفي، وزواج المسيار، والزواج السياحي، وزواج الاصطياف. تهدف الدراسة؛ الوقوف على الحكم الشرعي في التعامل مع الشروط في عقد النكاح، من خلال تحليل منهج العلماء في التعامل مع آثار الشرط في عقد النكاح سلباً وإيجاباً، والكشف عن القاعدة في ذلك. وبيان الحكم الشرعي لصور من الأنكحة، في ضوء ذلك المنهج. فضلاً عن الوقوف على ماهية الشرط وأنواعه بين الأصوليين والفقهاء. وقد انتهجت الدراسة المنهج الوصفي الاستقرائي. حيث أفادت النتائج إلى: أن الشروط الجعلية فأدلته عامة، وأن مدار الخلاف في الحكم على الشروط الجعلية؛ راجع إلى الخلاف الواقع في تفسير الحديث النبوي: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل". وبينت الدراسة؛ أن الشروط الجعلية في النكاح يجب الوفاء بها، ما دامت لا تنافي مقتضى العقد. وأن أثر الشرط في الحكم على الأنكحة المعاصرة؛ يتضح جلياً حينما نربط الحكم عليها صحة أو فساداً، في مدى توافر الشروط الشرعية فيها، وسلامتها من الشروط الجعلية المناقضة لمقصود العقد.

كلمات مفتاحية: الشرط، الجعلي، الآثار الفقهية، عقد النكاح.

### Abstract

This analytical study discusses the legal requirement in the Shariah texts, the opinions in the marriage contract. The problem is the lack of knowledge of forensic science, and the increased confidence in those who are not eligible for fatwas, which resulted in marriages that were not related to legal marriage except for the name only; such as marriage in the intention of divorce, customary marriage, "Tisyar" marriage, and tourist marriage. The objective of the study is to determine the legal ruling in the marriage contract terms. The study followed the descriptive method. The findings revealed that; the terms of the guardian, consent, naming of spouses, the

confirmation, and the presence of witnesses; are all conditions that marriage is not valid without their availability, because they are terms that guide the evidence. The efficiency term is a condition for the necessity of marriage but not its validity, even when the wife waives it is still true marriage. Maternity is obligatory in marriage and is not a condition for its validity. The effect is obvious when we link the judgment to health or corruption, given the availability of the legal conditions for the meaning of the contract.

Keywords: legal requirement, doctrinal implications, marriage contract.

## مقدمة

يرى الشرع في العقد: "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ" (صحيح البخاري، 1422هـ). وفي رواية زاد: "إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" (البيهقي، السنن الكبرى: 249)، وقد أحاط الشرع الإسلامي الحكيم عقد النكاح بشروط لا يصح إلا بتوافرها. كما أقرَّ بعض الشروط التي قد يحرص أحد أو كلا الطرفين على اشتراطها، وألغى أخرى؛ باعتبار إن الأولى تصب في مصلحة العقد وتوثيقه وتأكيده، في حين أن الثانية تعمل على إفراغه من محتواه ومضمونه. فبالأولى يكون العقد نكاحاً، وفي الثانية يكون العقد سفاحاً، باطلاً لا تترت عليه آثاره.

المقصود الشرعي من النكاح في الإسلام، هو أسمى بكثير من مجرد العلاقة الحسية بين الزوج وزوجته؛ فالنكاح سكن، ومودة، ورحمة واطمئنان نفسي، وبقاء للنوع. ولعل الفقهاء وجدوا أن هذه كلها أمور لا تنضب بالتعريف؛ لصلتها بالمشاعر والقلوب، ومن ثم لم ينصوا عليها صراحة في تعريفاتهم، وإن كانوا قد نصوا عليها في مواضع أخرى، مما يدل على وعيهم التام وعدم غفلتهم عنها (السرخسي، شمس الدين. 1414هـ/1993م: 194).

والشروط نوعان: شروط شرعية، يترتب على توافرها الحكم بالصحة والنفاد؛ فتحقق الشرط الشرعي من عدمه معتبر في صحة أو بطلان العقد. وهناك شروط جعلية؛ فهي وإن كان الوفاء بها واجباً شرعياً إلا إنه تابع لإرادة المتعاقد، فإن تخلف الشرط رجع الحكم إلى اختيار مشترطه.

الأصوليون في إطلاقهم للشرط؛ يقصدون منه الشرط الشرعي، وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم وكان خارجاً عن حقيقة المشروط. أما الفقهاء فإطلاقهم للشرط يقصدون منه الشرط الجعلي؛ وهو "إلزام أحد المتعاقدين الآخر ما له فيه منفعة، وغرض صحيح" (البسام، عبد الله بن عبد الرحمن. 2003: 291). كما وجدنا أن الفقهاء يوافقون الأصوليين في تقسيم الشرط إلى شرعي وجعلي.

ومن هذا الباب اهتمَّ الأصوليون والفقهاء بمسألة الشرط، وآثاره الفقهية في العقد بشكل عام، وفي النكاح بشكل خاص؛ وذلك لحاجة الناس العملية والفطرية لعقد النكاح. فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ" (صحيح البخاري، رقم الحديث: 2520). وقال صلى الله عليه وسلم: "إِذَا

أَتَاكُمْ مَنْ تَرَضُّونَ خُلُقَهُ وَدِينَهُ فَرُوجُهُ إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ" (ابن ماجه، سنن ابن ماجه، رقم الحديث: 5719). من هنا كان الاهتمام بالشرط في العقود عموماً وفي النكاح خصوصاً.

## مشكلة البحث

رغم جهود العلماء قديماً في دراسة الشرط بغية تععيد أسس منضبطة، إلا أنها على أهميتها؛ ظلت مربوطة بأمثلة استمدت من بيئتهم وولدت في عصرهم. ولعل ارتباط بحوث الأقدمين بأمثلة قديمة؛ أغرى بعض المتقيّمين اليوم بالقفز، وربما التناول على موروث أولئك الإجماع؛ فنجم عن جهل العديد من المتصدين للفتوى في الفضائيات بحقيقة الشرط وأحكامه عند الأصوليين والفقهاء والأثر الناتج عن تخلفه أو بعض أجزائه في عقد النكاح والتي قد تؤدي إلى بطلانه. فضلاً أن هناك شروطاً استجدت في بعض صور عقد النكاح اليوم لم تكن مألوفة ولا معروفة في أيام علمائنا السابقين. فطفق البعض يجلل هذا النكاح من غير بينة وشرع يحرم ذلك النكاح بغير وجه شرعي.

ففي كل يوم يتفتق العقل البشري عن مسميات جديدة لعقود عديدة، وقد تكون مشتقة من عقود قديمة، لكنها غيرتها بسبب ما افتقدته من شروط شرعية معتبرة، أو بسبب ما أضيف لها من شروط مستحدثة؛ فيكون التساؤل: هل هذه العقود صحيحة؛ لأنها مشتقة من عقود قديمة صحيحة؟ أم أنها عقود فاسدة أو باطلة؛ لأنها أخلت ببعض شروط النكاح الشرعية، أو لأنها تضمنت من الشروط ما لم يكن معروفاً، ولا مألوفاً في العقد الأم؟ ثم ما آثار تلك الشروط في كلا الحالتين؟ وهل يمكن تععيد قاعدة في هذا المجال؟

من هذا الباب جاءت إشكالية هذا البحث لتمثل في إعادة النظر بشكل أدق وعلى نحو أشمل في فلسفة أثر الشرط في عقد النكاح لدى بين الأصوليين والفقهاء، بغية الوقوف على الحكم الشرعي في التعامل مع الشروط الشرعية والجعلية المتعلقة بعقد النكاح؛ وبالتالي حصر الشروط الشرعية المعتمدة ووضع أسس وضوابط لتمييز الشرط الصحيح من الفاسد أو الباطل من الشروط الجعلية. ثم معرفة أثر ذلك الشرط على العقد، كل ذلك بناء على الكشف عن قواعد وأسس الأصوليين والفقهاء في هذا المجال، فضلاً عن الربط بين البعد الأصولي والفقهية للشرط في عقد النكاح؛ ليتسنى في النهاية لفقهاء اليوم الحكم على العقود المستجدة في مجال النكاح بناء على ما صاحبها من شروط مستحدثة.

## أهداف البحث

الهدف الرئيس للبحث؛ مناقشة أنواع الشروط الجعلية في عقد النكاح في منظور الفقهاء. والحكم الفقهي على آثاره في عقد النكاح إيجاباً أو سلباً. وعن هذا الهدف الرئيس لا بدّ من مناقشة: أدلة اعتبار الشرط الجعلي، وضوابط اعتبار الشرط الجعلي عند الفقهاء، وأخيراً مذاهب العلماء في الشروط الجعلية.

## منهج البحث

انطلاقاً من طبيعة البحث، فقد كان من الضروري اتباع منهجية تضمن تحقيق الأهداف المرجوة؛ لهذا اتبع الباحث منهجية مركبة من منهجين هما:

أ. المنهج الوصفي الاستقرائي: من خلال جمع الآراء واسقصاصها، في موضوع الشرط وبالخصوص ما يتعلق منه بباب النكاح.

ب. المنهج التحليلي: وذلك من خلال تحليل الآراء الأصولية والفقهية، في موضوع الشرط وأثره في العقد، خصوصاً عقد النكاح، وذلك بغرض الوقوف على منهجيتهم في مدى تأثير الشرط على العقد.

وإلى جانب هذه المنهجية فقد حرص الباحث على ترجيح ما يراه راجحاً من الآراء الفقهية والأصولية، التي ساقها في هذا البحث، وحرص كذلك على أن يركز في دراسته لآثار الشرط الجعلي في عقد النكاح؛ على صور النكاح الحديثة كالمسيار والمصيف، وغيرها.

## أدلة اعتبار الشرط الجعلي

قسم الأصوليون والفقهاء الشرط إلى شرعي وجعلي. عني الأول ما اشترطه الشارع لصحة العقد، والثاني ما اشترطه العاقد بنفسه، أما شروط العقد وهي الشروط الشرعية فلا مشاحة في اعتبارها؛ حيث الأمر بها ورد على لسان الشارع نفسه، لكن قد يرد النزاع في صحة النص أو فهم معناه. أما الشروط الجعلية، ففيها من النزاع ما أوجبنا إلى الاستدلال على اعتبارها بنصوص من الكتاب والسنة.

ولقد ثبت اعتبار الشرط في الإسلام ما لم يخالف حكم الله تعالى وحكم رسوله صلى الله عليه وسلم، وثبت أن الوفاء بالشرط وفاء بالعهد الذي هو صفة من صفات المؤمنين، وأن مخالفة الشرط وعدم الوفاء به نقض للعهد. وقد وردت النصوص بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والمحافظة عليها كما ورد ذم من نقض العهد والميثاق ولم يلتزم بتعهده به، ومن ذلك قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۖ (المائدة: 5)، وقوله: وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا ۗ (البقرة: 2)، وقوله: وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۗ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا (الإسراء: 17)، وقد دخل في ذلك كل ما عقده المرء على نفسه وإن لم يكن الله تعالى قد أمر به أصلاً (ابن ماجه، سنن ابن ماجه: 274).

وفي السنة من حديث أبي هريرة: "المسلمون على شروطهم" (سنن أبي داود، رقم الحديث: 3594). فأخبر صلى الله عليه وسلم أن المسلمين يقفون عند شروطهم التي التزموها عند العهود، وكذلك الحديث الذي يرويه عقبه بن عامر "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج" (صحيح البخاري، رقم الحديث: 2721)، قال ابن تيمية: "دل على استحقات الشروط بالوفاء وأن شروط النكاح أحق من غيرها" (ابن تيمية، 1418هـ: 280)، فهذه النصوص وما في معناها تدل على وجوب الوفاء بالشروط والعهود التي يحصل الالتزام بها والاتفاق عليها عند العقود

والمعاملات. وكذلك كل شيء جاز بذله من دون شرط لزم بالشرط، فمقاطع الحقوق عند الشروط. وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الموعد وليس بمشروط، فكيف بالموعد المؤكد بشرط، بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر، إذ إن الشرط الجائز بمنزلة العقد، بل هو عقد وعهد (ابن قيم الجوزية، 1996م: 300)، وفي الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "يرفع لكل غادر لواء يوم القيامة بقدر غدوته فيقال هذه غدرة فلان بن فلان" (صحيح البخاري، رقم الحديث: 3188). وفي صحيح مسلم عنه أيضاً قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أخلف وإذا خاصم فجر" (صحيح مسلم، رقم الحديث: 210).

واعتبار الشرط في الإسلام، ووجوب الوفاء به، والإلزام به قضاءً، هو ما فهمه قضاة الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، فقد نقل البخاري في صحيحه عن عمر رضي الله عنه "مقاطع الحقوق عند الشروط"، وقال شريح: "من شرط على نفسه طائعاً غير مكره، فهو عليه" (صحيح البخاري، ج9: 217).

إنما وجب إعتبار الشرط لحكمة وهي أن المكلف -المنشيء للعقد- قد يكون له غرض يريد تحقيقه في عقد من العقود، ولولاه لم يقدم على هذا العقد، فيشترط ما يريده عند العقد، حتى يتحقق له غرضه الذي ينشده. وقد يريد نفي شيء كان العقد يتضمنه لولم يشترط فيه، فيخرج بذلك من تبعته والالتزام، فاعتبار الشارع حينئذ للشروط هو عين الحكمة والمصلحة. وما يقتره الإسلام من شروط، وقيود، فإنه متضمن ما يحفظ المصالح والحقوق من غير إلحاق ضرر بأحد، وهذا ما بيّنه قوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" (سنن أبي داود، رقم الحديث: 3594).

فلا ينبغي القول بعدم اعتبار الشرط، وقواعد الشريعة الإسلامية تنافي هذا أيما منافاة، وتوضح أن كل ما فيه توسيع على المسلمين وحفظ لحقوقهم من غير معارضة لأصل آخر فلا مانع من القول به. قال ابن القيم: "والمقصود أن للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء فإنهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده" (السدلان، صالح بن غانم. 1421هـ: 40).

#### ضوابط اعتبار الشرط الجعلي عند الفقهاء

كون الشريعة أذنت في الشرط، وأوجبت الوفاء به؛ بناء على ما ذكر آنفاً، لا يعني أن الشارع ترك العنان للمكلف أن يشترط في عقود ما يشاء من شروط، بل قيد تلك الحرية أعني حرية العاقدين في الاشتراط في عقود معاملتهما؛ حيث جاء الشارع ليقرر أن الشرط لا بد أن ينضبط بضوابط ويتقيد بقيود حتى يكون محل اعتبار من الشارع.

فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه 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.

إن شروط ما يجل منها وما يحرم؛ مبني على فهم حديث: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" إذ هو مستند زمرة من أهل العلم في إبطال كثير من الشروط كما سنعرض له في بحثنا حول الشروط الجعلية. وفي شروط النكاح يتعين علينا أن ندرك معنى هذه العبارة النبوية، وأن نستذكر ما قاله أهل العلم في معناها. ونبدأ أولاً بذكر نص الحديث النبوي بتمامه، وهو ما أخرجه الشيخان عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: "جاءتني بريرة فقالت: إني كاتبته أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعنينيني. فقلت: إن أحب قومك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم: فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم. فسمع النبي صلى الله عليه وسلم، فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق. ففعلت عائشة رضي الله عنها، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس، فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق" (صحيح البخاري، ص548، برقم 2729 وصحيح مسلم، ص654، برقم 3777).

وجمهور شراح الحديث على أن المراد بعبارة "كتاب الله" كلامه وحكمه الذي حكم به على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم، وأن معنى "ليس في كتاب الله" ما خالف كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ومنهم القرطبي إلا أنه يزيد معنى آخر فيقول: ليس في كتاب الله تأصيلاً ولا تفصيلاً (ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج3، ص302. و العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج5، ص32).

والشروط غير المشروعة باطلة ملغاة ولو كثرت (ولو كانت مئة شرط)، فما جاء في كتاب الله وسنة رسوله أحق في الالتزام به من هذه الشروط، وشرط الله ورسوله أوثق منها، إذ ضابط الجواز والصحة في الشروط موافقتها لكتاب الله وسنة رسوله.

غير أن ابن حزم له رأي يستقل به إذ هو يرى أن المقصود بـ "ليس في كتاب الله" ما لم يرد به نص من كتاب ولا سنة، فلذلك كل الشروط عنده باطلة إلا سبعة (ابن حزم، ج8، ص413) فيقول: "والشرط باطل، أي شرط كان لاتحاش شيئاً، إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والبيع صحيح إن اشترطت فيه" (ابن حزم، ج8، ص414).

ويمكن أن يرد على كلام ابن حزم بأن "عدم الإيجاب ليس نفيًا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يغير ما لم يكن واجباً، فما كان حراماً فالشرط لا يبيحه، وأما ما كان مباحاً دون الشرط فالشرط يوجبه كالزيادة في المهر، والتمن، والرهن، وتأخير الاستيفاء (ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ص281-

282). فكل شرط خالف حكم الله تعالى، المبين في كتابه وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فهو باطل كائناً ما كان.

الشروط الجعلية لها أدلة عامة، تدل على وجوب الوفاء بها. ولا يصح منها إلا ما وافق كتاب الله عز وجل. فمدار الخلاف في الحكم على الشروط الجعلية؛ راجع إلى الخلاف الواقع في تفسير الحديث النبوي: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل". ويرى الباحث أن المقصود بهذا الحديث كل شرط خالف كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فهو باطل. لأن كتاب الله أحق وشرط الله أوثق منه، فما خالف الكتاب والسنة من الشروط فهو مرفوض.

### شروط النكاح الجعلية

شروط النكاح الجعلية-أو الشروط في النكاح - هي ما يشترطه العاقدان، أو أحدهما مما لم يوجبه الشرع على العاقدين، لكن مصلحتهما أو مصلحة أحدهما اقتضت مثل هذه الشروط. وقد ورد في السنة النبوية ما يدل على اعتبارها شرعاً، وبيان أنها من أكد الشروط وأحقها بالوفاء، ففي الصحيحين من حديث عتبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {أن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج} (أخرجه البخاري، ص 546 رقم الحديث: 2721، ومسلم، ص 595 رقم لحديث: 3472). قال الصنعاني: "هذا دليل على أن الشروط المذكورة في عقد النكاح يتعين الوفاء بها" (الصنعاني، محمد بن إسماعيل، 2010، ج3: 242).

لكن الشرع مع اعتباره لهذه الشروط لم يترك للعاقد حرية الاشتراط بل حد له حدوداً لا يسمح له بتجاوزها، فلا يحق له أن يشترط شرطاً ليس في كتاب الله؛ ولهذا نجد الفقهاء رحمهم الله راعوا هذا الجانب بالبحث فأفردوا ضوابط لشروط العقد عامة ولشروط النكاح خاصة، بينوا فيها ما يحل منها وما يحرم، وهذه الضوابط هي: أولاً. زمن الشرط: للزمن أثر في الشرط، من حيث وقوع الشرط في محله وبالتالي صحته أو وقوع الشرط بعد فوات محله وبالتالي فساده وبطلانه، وذلك حسب الحالات الثلاث الآتية (البغوي، 1403هـ - 1983م: ج9، ص53؛ والعسقلاني، 1379هـ: 219) وهي:

**الحالة الأولى:** أن يكون الشرط مقارناً للعقد، وهذا هو قول عامة من قال بصحة الشرط؛ لأن هذا الشرط وقع في صلب العقد فلزم الوفاء به.

**الحالة الثانية:** أن يكون الشرط متقدماً على العقد، ففيه النزاع بين الفقهاء. فالمشهور عند الشافعية (المطيعي، 1971: ج9، ص418)، والظاهرية (ابن حزم، ب.ت: ج9، ص192) ورواية لأحمد؛ أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد أصلاً، بل يكون مجرد وعد غير لازم الوفاء؛ لأن ما قبل العقد لغو فلا يلتحق به. وذهب المالكية

(ابن قيم الجوزية، 1423هـ: ج3، ص145-146؛ والسدلان، 1421هـ: ص55-57) وأحمد في الرواية المشهورة، إلى التحاق الشرط المتقدم بالعقد مثل الشرط المقارن، من غير فرق بينهما. وذهبت طائفة من أصحاب أحمد كالقاضي أبي يعلى إلى التفرقة بين أن يكون الشرط رافعاً لمقصود العقد أو مغيراً له، فإن كان رافعاً لمقصود العقد كالمواطأة على كون العقد تلحئة أو تحليلاً أبطله، وإن كان مغيراً لمقصود العقد كاشتراط كون المهر أقل من المسمى لم يؤثر فيه (ابن تيمية، 1416هـ/1995م: ج3، ص449). وعند أبي حنيفة النكاح عنده لا يفسد بالشرط الفاسد. لذا فإنه يرى أن الشرط المتقدم إن كان صحيحاً التحق بالعقد ووجب الوفاء به، وإذا كان الشرط فاسداً فلا يلتحق بالعقد (طهماز، 1420هـ/2000م، ج2، ص93) ويرى الباحث أن الشرط المتقدم على العقد إنما هو مجرد وعد يجب الوفاء به للنصوص الواردة في الحث على الوفاء، ولكنه لا يؤثر في العقد قضاءً.

**الحالة الثالثة:** أن يكون الشرط متأخراً عن العقد، بمعنى أن المتعاقدين أو أحدهما أحدثاه بعد تمام العقد، فهذا شرط لا أثر له؛ لأنه لم يصادف محلاً، ولأننا لو قلنا بصحته لأدى ذلك إلى إفساد كثير من العقود.

### ثانياً. مذاهب العلماء في الشروط الجعلية

يرى الظاهرية في شروط عقد النكاح أو غيره، أن كل شرط في العقد باطل في ذاته؛ مبطل للعقد. وهو ما عبر عنه ابن حزم بقوله: "لا تَحَاشَّ شَيْئاً" ((ابن حزم، ب.ت: ج9). لكن أئمة المذاهب عدا الظاهرية لهم آراء أخرى في الشروط في النكاح:

**مذهب الحنفية:** يقسم الحنفية الشروط إلى صحيحة وفاسدة، والعبرة عندهم في الصحة والفساد ملائمة الشرط لمقتضى العقد، وعدم ملائمته له (طهماز، عبد الحميد محمود. 1420هـ/2000م، ج2، ص93). وعليه فالبحت عندهم في الشروط النكاح كالاتي:

أولاً: إن كان الشرط صحيحاً يلائم مقتضى العقد، ولا يتنافى مع أحكام الشرع، وجب الوفاء به. أو تزوجا على ألا يتزوج عليها، فإن وفى بالشرط، فلها المهر المسمى؛ لأنه يصلح مهراً، وقد تم رضاها به، وإن لم يف بالشرط، بأن تزوج عليها، فلها مهر المثل؛ لأنه سمى لها شيئاً لها فيه نفع، فعند فواته يجب لها مهر المثل، لعدم رضاها به. ثانياً: إن كان الشرط فاسداً، أي لا يلائم مقتضى العقد، أو لم تجزه أحكام الشرع، فالعقد صحيح، ويبطل الشرط وحده، مثل اشتراط الخيار لأحد الزوجين أو لكل منهما أن يبعد عن الزواج في مدة معينة، فإن ورد النهي عن الشرط، كاشتراط طلاق ضربتها، كره الوفاء به، لحديث { لا يحل لامرأة تسأل طلاقاً ضربتها } (البخاري، 1422هـ، ص920، رقم 5152).

## مذهب المالكية:

المالكية تكره الشروط في النكاح، قال مالك: أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط، وألا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وأنه كتب بذلك كتاباً، وأعلن به الناس في الأسواق والطرقات، وعابها عيباً شديداً. والمالكية يقسمون الشروط في النكاح إلى ثلاثة أقسام، بحسب الغرياني، (1423هـ، ج2: 518-519) هي:

أولاً. شروط يقتضيها عقد النكاح: وهي التي تتم على سنة وأحكام الشرع، مثل أن تشترط الزوجة نفقتها على الزوج، أو تشترط عليه حسن العشرة، وأن يكسوها ويسكنها بالمعروف، أو يشترط الرجل عليها أن تطيعه، أو لا تخرج من البيت من دون إذنه، فهذا النوع من الشروط جائز.

ثانياً. الشروط غير المخالفة: وهي شروط لا يقتضيها عقد النكاح ولا ينافيها؛ لأنها لا تتعارض مع الأحكام التي قررتها الشريعة. كأن تشترط الزوجة أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يسافر بها، أو أن تعمل مدرسة، أو موظفة خارج البيت، فهذا النوع من الشروط أشد كراهة؛ لأن فيه تضيقاً على الزوج. وهذه لا يفسد العقد بسببها، ويستحب للزوج الوفاء بها، لكنها ليست واجبة عليه.

ثالثاً. الشروط المناقضة: وهي شروط مناقضة لعقد النكاح، مخالفة لسنته وأحكامه، مثل أن يشترط الزوج أن لا ينفق على زوجته، أو أن لا يقسم لها مع ضرتها، أو تشترط عليه أن ينفق على ولدها من غيره، أو ينفق على أبيها، أو أمها، أو تشترط أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت. مثل هذه الشروط إذا اشترطت في عقد النكاح كان باطلاً، يفسخ إذا اطلع عليها قبل الدخول، و لا شيء للمرأة. ويلغى الشرط المناقض، فلا يعمل به. لحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: { لا يجل لامرأة تسأل طلاق أختها، لتستفرغ صحفتها، وإنما لها ما قدر لها } (صحيح البخاري، حديث رقم 4857). وحديث عائشة: { ... من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة شرط، فشرط الله أحق وأوثق } (صحيح البخاري، ص 97).

## مذهب الشافعية

يقسم الشافعية الشروط في النكاح إلى شروط موافقة لمقتضى النكاح وشروط مخالفة لمقتضى النكاح، قال النووي: الشرط في النكاح، إن لم يتعلق به غرض؛ فهو لغو، وإن تعلق به لكن لا يخالف مقتضى النكاح، بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها، أو يتزوج عليها إن شاء، أو يسافر بها، أو لا تخرج إلا بإذنه، فهذا لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق. وإن شرط ما يخالف مقتضاه، فهو ضربان:

أحدهما: ما لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح، فيفسد الشرط، سواء كان لها، بأن شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يطلقها، أو لا يسافر بها، أو أن تخرج متى شاءت، أو يطلق ضرثها. ففساد الشرط لا يفسد النكاح على المشهور. وأما الصداق، فيفسد، ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه.

الضرب الثاني: ما يخل بمقصود النكاح كشرطه أن يطلقها، أو لا يطأها، فالأول باطل على الأظهر، وفي قول في المذهب يصح العقد ويبطل الشرط ويجب المهر. والثاني شرط ألا يطأها؛ فهو على حالي البطلان كسائر الشروط الفاسدة. (النووي، 1991، ج7: 127).

### مذهب الحنابلة

الشروط عندهم تنقسم أقساماً ثلاثة:

أحدها: ما يلزم الوفاء به، وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح.

القسم الثاني: ما يبطل الشرط ويصح العقد، مثل أن يشترط ألا مهر لها، أو ألا ينفق عليها، أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه ألا يطأها، أو يعزل عنها، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد،

القسم الثالث: ما يبطل النكاح من أصله، مثل أن يشترط تأقيت النكاح، وهو نكاح المتعة، فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى، وهو نكاح الشغار (ابن قدامة، 1388هـ: 483).

وخلاصة مذهب الحنفية في المسألة أن الشرط لا يؤثر في العقد، فإن كان الشرط صحيحاً لزم الوفاء به، إما إن كان الشرط باطلاً سقط الشرط وحده. وعند المالكية الشروط التي لا يقتضيها عقد النكاح ولا ينافيها، مكروهة لما فيها من التصييق على الزوج ولما ينتج عنها من الخصومة ولكن يستحب الوفاء بها ولا يجب. والشروط المناقضة لعقد النكاح يفسخ عقد النكاح بها قبل الدخول ويثبت عقد النكاح بعد الدخول ويلغى الشرط.

أما عند الشافعية فإن الشرط الموافق لمقتضى العقد لغو زائد لا تأثير له في عقد النكاح، والشرط المخالف لمقتضى العقد إن أحل بمقصوده أفسد العقد وإن لم يخل فسد الشرط وحده. وأما الحنابلة فيرون أن الشرط الموافق لمقتضى العقد يجب الوفاء به، وللزوجة حق المطالبة بالفسخ عند عدم الوفاء. أما الشرط الجعلي المخالف لمقتضى العقد لكنه لا يناقض شروطه الشرعية بطل الشرط وحده، وإن ناقض شرط النكاح الشرعية أبطل العقد.

ويرى الباحث أن رأي الحنفية والحنابلة في صحة الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، ووجوب الوفاء بها هو الراجح؛ إذ هو الرأي الذي تسانده الأدلة التي سبق ذكرها في مبحث أدلة اعتبار الشرط في الشريعة الإسلامية.

## الخاتمة

- ناقشت الدراسة شروط النكاح الجعلي في ضوء أقوال وآراء العلماء. ولم تتطرق إلى الشروط الشرعية؛ لأن المجال لم يتسع لها هنا، حيث تم بيان تفصيل ذلك في مقالة أخرى. وقد أمكن الخروج بجملته من النتائج، لعل من أهمها:
- يرى مذهب الحنفية أن الشرط الجعلي لا يؤثر في العقد، فإن كان الشرط باطلاً سقط الشرط وحده، ويصح النكاح.
  - وعند المالكية أن الشروط المناقضة لعقد النكاح يفسخ عقد النكاح بها قبل الدخول، ويثبت عقد النكاح بعد الدخول ويلغى الشرط.
  - أما عند الشافعية، فإن الشرط المخالف لمقتضى العقد؛ إن أحل بمقصوده أفسد العقد، وإن لم يخل به فسد الشرط وحده.
  - وأما الحنابلة فيرون أن الشرط الجعلي المخالف لمقتضى العقد إن كان لا يناقض شروطه الشرعية، بل يعود لأمر زائد عنها بطل الشرط الجعلي وحده، وإن ناقض شروط النكاح الشرعية أبطل العقد.

## REFERENCES

- Al-‘Askalani, A. B. ‘A. (1379H). *Fath al-Bari syarh sahih al-Bukhari*. Bayrut: Dar al-Ma‘rifah.
- Al-Baghwi, M. A. M. H. (1983). *Syarh al-Sunnah*. 2<sup>nd</sup>. Ed. Bayrut: Al-Maktab al-Islami.
- Al-Bukhari, M. B. I. (1422H). *Sahih al-Bukhari*. Bayrut: Dar Tawq al-Najah.
- Al-Ghuryani, S. ‘A. R. (1423H). *Mudawwanah al-fiqh al-Maliki wa adillatuh*. 1<sup>st</sup>. ed. Bayrut: Mu’assasah al-Rayyan.
- Al-Mu ‘iti, M. N. (1971). *Al-Takmilah al-thaniyyah li al-majmu‘ sharh al-mahdhib*. Bayrut: Dar al-Fikr li al-Tiba‘ah wa al-Nashr wa al-Tawzi‘.
- Al-Nawawi, A. Z. M. (1991). *Rawdah al-talibin wa ‘amadah al-muftin*. 1<sup>st</sup>. ed. Bayrut: al-Maktab.
- Al-Sudlan, S. B. G. (1421H). *Al-Shurut fi al-nikah*. 1<sup>st</sup>. ed. Riyadh: Dar Bilnasiyyah.
- Ibn Hazm, A. M. ‘A. B. A. *Al-Mahla bi al-athari*. Bayrut: Dar al-Fikr
- Ibn Qayyim al-Jawziyyah, M. B. A. B. D. (1423H). *I ‘lam al-muwaqqi ‘in ‘an Rabb al-‘alamin*.
- Ibn Rashida, A. A. M. B. A. (1995). *Bidayat al-mujtahad wa nihayah*. Bayrut: Dar Ibn Hazm.
- Ibn Taymiyyah, A. B. A. H. (1422H). *Al-Qawa‘id al-nuraniyyah al-fiqhiyyah*. Sa’udi: Dar Ibn al-Jawzi.
- Ibn Taymiyyah, A. B. A. H. (1991m). *Majmu‘ Fatawa*. Al-Sa‘udiyyah: Majma‘ al-Mulk Fahad li Toba‘ah al-Mushaf al-Syarif Fikr.
- Tahmaz, ‘A. H. M. (2000). *Al-Fiqh al-Hanafī fi thawbah al-jadid*. Dimasq: Dar al-Qalam. Vol. 3. Cairo: Dar Ibn al-Jawzi.

