الفصل السابع

الشروط في النكاح

تمهيد: المراد بالشروط

الشرط في اللغة: « إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه »[1]، كاشتراط المرأة على زوجها أن لا ينقلها من بلدها، ولا يمنعها من عملها، ونحو ذلك .

والشرط عند الأصوليين ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، يقول أبو البقاء الكفوي معرفا الشرط عند الأصوليين: «الشرط ما يتوقف عليه الشيء، فلا يكون داخلا فيه، ولا مؤثرا » . قال الغزالي: «هو ما لا يوجد الشيء بدونه، ولا يلزم أن يوجد عنده »[2].

ومثاله الوضوء، فإنه شرط في صحة الصلاة، فإذا لم يوجد الوضوء فإن الصلاة لا تصح بدونه .

والشرط قد يكون مشترطا من الشارع، وقد يشترطه أحد العاقدين، وبحثنا هنا فيما يشترطه أحد العاقدين على العاقد الآخر.

والشروط التي عليها مدار البحث هي الشروط المقترنة بالعقد، أو السابقة عليه المرتبطة به .

---

(١) القاموس المحيط: ص٨٦٩.

(٢) الكليات لأبي البقاء الكفوي: ص٥٢٩. وراجع التعريفات للجرجاني: ص١٣١.

أنواع الشروط في النكاح

والشروط التي يتصور اشتراطها في العقد ثلاثة أنواع:

الأول: الشروط الموافقة لمقصود عقد النكاح ومقصد الشارع .

الثاني: الشروط المنافية لمقصود العقد أو المخالفة لما نصَّ عليه الشارع والزم به .

الثالث: الشروط التي لم يأمر الشارع بها ولم ينه عنها، وفي اشتراطها مصلحة لأحد الطرفين .

وسنبين في هذا المبحث حكم كل واحد من هذه الأنواع الثلاثة:

النوع الأول: الشروط الموافقة لمقصود العقد ولما أمر الشارع به:

اتفق أهل العلم على صحة هذا النوع من الشروط، كاشتراط الزوجة العشرة بالمعروف، والانفاق والكسوة والسكنى، وأن يعدل بينها وبين ضرائرها، أو أن يشترط عليها ألا تخرج إلا بإذنه، ولا تمنعه نفسها، وألا تتصرف بماله إلا برضاه، ونحو ذلك .

وفي ذلك يقول الخطابي فيما نقله عنه ابن حجر العسقلاني: « من الشروط ما يجب الوفاء بها اتفاقا، وهو ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »[1].

قال النووي: « إن تعلق بالشرط في النكاح غرض لكن لا يخالف مقتضى النكاح، بأن شرط أن ينفق عليها، أو يقسم لها، أو يتسرى أو يتزوج عليها إن شاء، أو يسافر بها، أو لا تخرج إلا بإذنه فهذا لا يؤثر في النكاح، ولا في الصداق »[2].

---

(١) فتح الباري: ٩/٢١٨ .

(٢) روضة الطالبين: ٧/٢٦٤ . وانظر مغني المحتاج: ٣/٢٢٦ .

النوع الثاني: الشروط التي تنافي مقصد عقد النكاح أو التي تخالف ما شرعه الله:

واتفق أهل العلم على عدم صحة الشروط التي تخالف ما أمر الله به أو نهى عنه، أو تخل بمقصود النكاح الأصلي .

ومن هذه الشروط أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه، أو أن تخرج من غير إذنه، أو ألا يقسم لضرائرها، ولا ينفق عليهن، ونحو ذلك، أو يشترط عليها ألا مهر لها، ولا يقسم لها، ولا ينفق عليها .

ومثل ذلك أن تشترط عليه ما ينافي المقصود الأصلي للنكاح، وهو المعاشرة الزوجية[1]، كأن تشترط عليه أن لا يطأها، أو يطأها في العمر أو في العام مرة واحدة، فإن هذه الشروط لا تجوز بحال .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: « 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 الله به، أو تحليل ما حرّمه، أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود »[2].

وقد وضع أهل العلم قاعدة فقهية تصلح للتعليل بها في هذا الموضع، فقالوا: « ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط »[3].

حكم العقود التي اشترط فيها الشروط الفاسدة:

اتفق أهل العلم على بطلان الشروط الفاسدة، واختلفوا في إبطال هذه الشروط للعقود التي اشترطت فيها.

---

(١) راجع: مغني المحتاج: ٣/٢٢٦.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٣١/٢٨.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٤٩.

١ ـ فذهب جمع من أهل العلم إلى بطلان العقود التي اشترطت فيها، وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية .

٢ ـ وذهب الحنفية إلى أن الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح إلا إذا اشترطت التأقيت في العقد، يقول الكاساني: « النكاح المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة »[١].

وعلى ذلك فإن الأنكحة المنهى عنها عند الحنفية صحيحة كنكاح الشغار ونكاح التحليل إذا أبطلت منها الشروط الفاسدة، ولا يفسد من الأنكحة المشترط فيها شرط فاسد إلا نكاح المتعة والنكاح المؤقت .

وحجّة الحنفية أن عدم تعيين المهر وتقديره والاتفاق عليه عند العقد لا يبطل العقد بإجماع أهل العلم، فاشتراط عدمه لا يبطل النكاح، ومثل ذلك غيره من الشروط، فإذا أبطلت هذه الشروط كان العقد صحيحا .

٣ ـ وذهب جمع من أهل العلم منهم الشافعية والحنابلة إلى أن « من شروط النكاح ما يبطل الشرط ويصح العقد،ومنها ما يبطل العقد من أصله»[٢].

وضابط النوع المبطل ـ كما يقول النووي ـ أن يكون مخلا بمقصود النكاح، ومثّل له باشتراطه في العقد طلاقها، أو عدم وطئها[٣].

ومثل له ابن قدامة بنكاح المتعة، ونكاح الشغار، أو أن يطلقها في وقت بعينه، أو يعلق النكاح على شرط، أو يشترط الخيار في النكاح لهما أو لأحدهما[٤].

أما الشروط الباطلة التي يصح معها عقد النكاح فهي الشروط التي لا تخل بالمقصود الأصلي للنكاح كما يقول النووي، ومثل لها باشتراطها خروجها متى

---

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٢٨٥ .

(٢) المغني لابن قدامة: ٧/ ٤٤٩ .

(٣) روضة الطالبين: ٧/ ٢٦٥ .

(٤) المغني: ٧/ ٤٥١.

شاءَت، أو أن تشترط طلاق ضرتها، أو يشترط عليها أن لا قسم لها ولا نفقه[1]، وجعل النووي من هذه الشروط الشروط الجائزة التي سنذكرها في النوع الثالث .

وعلل ابن قدامة بطلان هذه الشروط وصحة عقد النكاح معها بقوله: «هذه الشروط كلها باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأمّا العقد في نفسه فصحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به، فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشروط الفاسدة كالعتاق »[2].

أدلة الذين أبطلوا عقد النكاح بكل شرط باطل:

ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ إلى أن الشروط الفاسدة مبطلة لعقد النكاح، لا فرق بين ما نهى عنه الشارع أو لم ينه عنه، واستدل لما ذهب إليه بما يأتي:

١ ـ الأنكحة التي نهت النصوص عنها كنكاح الشغار ونكاح التحليل، ونكاح المتعة، يكفي في إبطالها ذلك النهي الذي ورد فيها فالنهي يقتضي الفساد[3].

٢ ـ أبطل الصحابة هذه العقود، ففرقوا بين الزوجين في نكاح الشغار، وجعلوا نكاح التحليل سفاحا، وتوعدوا المحلل بالرجم[4].

٣ ـ تصحيح العقود مع ابطال الشروط الفاسدة يؤدي إلى الالزام بالعقود من

---

(١) روضة الطالبين: ٧/ ٢٦٥ .

(٢) المغنى: ٧/ ٤٥٠ .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٣٢/ ١٥٩ .

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٣٢/ ١٥٩ .

غير رضى العاقدين أو أحدهما، لأن تصحيح العقد إما أن يكون مع الشرط المحرم الفاسد، أو مع إبطاله .

فإذا صححناه مع وجود الشرط المحرم كان هذا خلاف النص والإجماع، وإن صححناه مع إبطاله، فيكون ذلك إلزاما للعاقد بعقد لم يرض به، ولا ألزمه الله به، والعقود لا تلزم إلا بالزام الشارع أو بإلزام العاقد. فإذا كان الشارع لا يلزمه بعقد النكاح مع الشرط الفاسد، ولا هو قبل أن يلتزمه مع خلوه من الشرط، فيكون إلزامه بذلك إلزاما بما لم يلزم الله به ورسوله، وهذا لا يجوز[1].

٤ ـ **واستدل بقياس الأولى**: فالبيع لا يجوز إلا بالتراضي لقوله تعالى : ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والنكاح أولى بعدم الجواز وأحرى إذا لم يكن بالتراضي.

وإذا شرط في عقد البيع شرط فاسد، ولم يرض أحد العاقدين بإمضاء العقد بدون ذلك الشرط، فإلزامه بإمضاء ذلك العقد خلاف النصوص والأصول ، ونقل شيخ الإسلام عن أصحاب الإمام أحمد كالقاضي أبي يعلى أنه إذا صحح البيع دون الشرط الفاسد، فللمشترط إذا كان لايعلم تحريم الفسخ، أو المطالبة بأرش فواته، وقولهم هذا مماثل لقولهم في الشرط الصحيح إذا لم يف به الطرف الآخر، فإن لمن لم يرض به الفسخ مع كون الشرط صحيحا، ومقتضى هذا المنهج أن يخير العاقد بين التزام العقد بدون الشرط أو فسخه، كما هو الحال في الشروط الفاسدة في البيع[2].

النوع الثالث: الشروط الجائزة:

وهي الشروط التي لا تنافي مقصود النكاح، ولا تخالف ما قرره الشرع، مثل أن يشترط على الزوج ألا يخرجها من دارها، أو بلدها، أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، أو تستمر في عملها الذي تبيحه الشريعة ونحو ذلك .

(١) مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٠ .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٣٢/ ١٦١ - ١٦٢ .

مذاهب العلماء في المسألة:

اختلف العلماء في هذا النوع من الشروط على ما يلي:

١ ـ فذهب الحنابلة إلى القول بصحتها ووجوب الوفاء بها، فإن لم يف المشترط عليه بها فإن للطرف الآخر حق فسخ النكاح[١].

وقد عزا ابن قدامة هذا القول إلى عمر بن الخطاب، وسعد بن أبي وقاص ومعاوية، وعمرو بن العاص، وبه قال شريح، وعمر بن عبدالعزيز، وجابر بن زيد، وطاوس، والأوزاعي، وإسحق[٢].

وذكر ابن رشد أن لزوم الشروط هو ظاهر ما وقع في العتبية، وإن كان المشهور عند المالكية خلاف ذلك[٣]، والعتبية أحد الكتب الأصول القديمة في مذهب مالك.

٢ ـ وذهب جمهور العلماء إلى بطلان هذه الشروط، وعزا ابن قدامة القول ببطلانها إلى « الزهري، وقتادة، وهشام بن عروة، ومالك، والليث، والثوري، والشافعي، وابن المنذر، وأصحاب الرأي »[٤].

وعزاه ابن عبدالبر أيضا إلى علي بن أبي طالب، وسعيد بن المسيب، وهشام ابن هبيرة، والشعبي، وابراهيم النخعي[٥].

ونقل ابن عبدالبر عن الإمام مالك أن هذا الشرط غير لازم إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة، فيجب ذلك عليه ويلزمه[٦]، والنقل عن الإمام مالك مضطرب في هذه المسألة، ومراده بيمين الطلاق أو العتاقة أن يحلف فيقول

---

(١) المغني لابن قدامة: ٤٤٨/٧ . الشرح الكبير: ٥٢٦/٧.

(٢) المصدران السابقان . وراجع: صحيح البخاري: ٣٥٤/٥ . الاستذكار: ١٤٨/١٦ .

(٣) بداية المجتهد: ٥٩/٢ .

(٤) المصدران السابقان .

(٥) الاستذكار لابن عبدالبر: ١٤٣/١٦ . وانظر: الأم: ٦٥/٥ .

(٦) المصدر السابق .

إن تزوجت عليها فهي طالق أوعبيدي أحرار، فيلزمه ما حلف عليه .

ونقل ابن عبدالبر عن الشافعي وأبي حنيفة وأصحابهما أنهم أبطلوا مثل هذه الشروط، وصححوا النكاح[1]، ولما كان النكاح مع هذه الشروط مظنة أن تتهاون المرأة في مهرها، فترضى بما دون مهر المثل، فإن الحنفية يلزمون الزوج بإكمال مهر المثل إن فرض لها أقل منه[2].

ويرى الإمام الشافعي أن المهر فاسد مع هذه الشروط، سواء أكان أكثر من مهر المثل أم أقل، ويجب أن يفرض لها مهر المثل[3].

أسباب اختلاف العلماء في هذه المسألة

يعود اختلاف العلماء في هذه المسألة إلى عدة أسباب:

السبب الأول: اختلافهم في الشروط في العقود هل الأصل فيها الحظر أم الإباحة؟

فالذين صححوا هذا النوع من الشروط قالوا: الأصل في الشروط الإباحة، فلا يحظر منها إلا ما جاءَت النصوص دالة على بطلانه، والذين أبطلوها قالوا الأصل فيها الحظر إلا ما جاءَت النصوص مبيحة له .

قال ابن تيمية: « قول أهل الظاهر أن الأصل في العقود والشروط فيها الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، وكثير من أصول أبي حنيفة تبنى على هذا الأصل، وكثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد»[4].

وقال أيضا: « أهل الظاهر لم يصححوا لا عقدا ولا شرطا إلا ما ثبت

---

(١) المصدر السابق: ١٤٨/١٦ . وانظر الأم للشافعي: ٦٥/٥.

(٢) المصدر السابق .

(٣) الأم ٦٥/٥. ويرى الإمام مالك أنه ليس لها إلا المسمى. الاستذكار: ١٤٨/١٦

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ١٢٦/٢٩.

جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه، واستصحبوا الحكم الذي قبله، وطردوا ذلك طردا جاريا »[1].

وقال ابن حزم في المحلى : « إنما شروط المسلمين التي جاءَ القرآن والسنة بإباحتها نصا فقط »[2].

والذي حققه شيخ الإسلام أن الأصل في العقود والشروط عدم التحريم، لأنها من باب الأفعال العادية، فيستصحب فيها عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأصل في الأعيان عدم التحريم .

وقرر رحمه الله أنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط، فإذا انتفى دليل التحريم، دل على عدم التحريم .

وقرر أن غالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة والأقيسة الصحيحة والاستصحاب العقلي يستدل به على عدم تحريم العقود والشروط فيها[3].

وقد بين رحمه الله تعالى أن النصوص من الكتاب والسنة قد دلت على إباحة العقود والشروط فيها، ولم تأت محرمة لها، إلا إذا كان المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه، فإذا كان الشرط مخالفا لكتاب الله وشرطه كان الشرط باطلا[4].

وأورد من الكتاب والسنة كثيرا من النصوص الآمرة بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وأداء الأمانة، والناهية عن الغدر ونقض العهود والخيانة[5].

---

(١) مجموع الفتاوى: ٢٩/١٢٧.

(٢) المحلى : ٨/٣٧٥ .

(٣) راجع: مجموع الفتاوى: ٢٩/١٥٠ - ١٥١، ٢٩/١٧ .

(٤) راجع مجموع الفتاوى: ٢٩/٣٤٧ . وأعلام الموقعين: ٣/٤٨٠ .

(٥) انظر النصوص التي أوردها في مجموع الفتاوى: ٢٩/١٣٨ - ١٤٥ .

ومن النصوص التي أوردها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الإسراء: ٣٤]. وقوله: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨].

ومن الأحاديث أوردها حديث الصحيحين الذي يقول فيه الرسول ﷺ: (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا) وفي الحديث (وإذا وعد أخلف)، وأورد كثيرا من الأحاديث المحرمة للغدر. وحديث الصحيحين (إن أحق الشروط أن تفوا به ما استحللتم به الفروج).

وقد خلص إلى القول بعد إيراده لتلك النصوص: « إذا كان الوفاء ورعاية العهد مأمورا 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 قد أمر بمقصود العهود دل أن الأصل فيها الصحة والإباحة »[1].

السبب الثاني: اختلاف أهل العلم في فقه قوله ﷺ: (ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، شرط الله أحق وأوثق).

وهذا المقال من الرسول ﷺ نص خطبة خطبها ﷺ في أصحابه، وكان سبب مقاله هذا أن عائشة رضي الله عنها أرادت أن تشتري أمة تدعى بريرة لتعتقها، فأبى أهلها بيعها إلا أن يكون ولاؤها لهم، فقال الرسول ﷺ لها: «اشتريها فأعتقيها، فإنما الولاء لمن اعتق »، ثم قام في الصحابة،وخطب فيهم بما ذكرته أولا»[2].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ١٤٦/٢٩ .

(٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه في مواضع من كتابه: ١٨٥/٥ . ورقمه: ٢٥٦٠ . ١٦٧/٥. ورقمه: ٢٥٣٦ . ١٨٧/٥ . ورقمه: ٢٥٦١ . ١٨٨/٥ . ورقمه: ٢٥٦٢ . ١٩٠/٥ . ورقمه: ٢٥٦٣. ٣١٣/٥. ورقمه: ٢١١٧ .

فقه الذين أبطلوا الشروط للحديث:

قال ابن عبدالبر: « احتج من لم ير الشروط شيئا بحديث عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: (كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل) . ومعنى قوله هنا (في كتاب الله) أي في حكم الله، وحكم رسوله، أو في ما دل عليه الكتاب والسنة فهو باطل .

والله قد أباح نكاح أربع نسوة من الحرائر، وما شاء مما ملكت أيمانكم، وأباح له أن يخرج بامرأته حيث شاء، وينتقل بها حيث انتقل، وكل شرط يخرج المباح باطل »[1].

« والعلة عند هؤلاء ـ كما يقول ابن تيمية ـ أن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد، وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع . فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع؛ بمنزلة تغيير العبادات، وهذا نكتة القاعدة . وهي أن العقود مشروعة على وجه، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع؛ ولهذا كان أبو حنيفة ومالك والشافعي ـ في أحد القولين ـ لا يجوزون أن يشترط في العبادات شرطا يخالف مقتضاها .

قالوا: فالشروط والعقود التي لم تشرع تعد لحدود الله، وزيادة في الدين»[2].

الرد على استدلال القائلين بهذا القول:

١ ـ لم يرتض المصححون للشروط هذا الفقه للحديث الذي فقهه هذا الفريق، وسيأتي بيان الفقه الذي صار إليه المصححون للشروط .

٢ ـ ليس صوابا القول بأن الشروط التي لم ينه الشارع عنها فيها تغيير لما شرعه الله، فإذا كان الشارع لم يأمر بها ولم ينه عنها ولم تخالف مقصد العقد

---

(١) الاستذكار لابن عبدالبر: ١٤٩/١٦ .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ١٣١/٢٦ .

فهي مباحة، وهي من العفو، والمباح والعفو يجوز للعبد فعله، ويجوز له تركه، كما يجوز له أن يلتزمه، ويشترط على غيره التزامه .

فإذا اشترطت على زوجها أن تسكن دويرة أهلها فإن هذا لا ينافي ما شرعه الله، فالله أباح ذلك وخلافه، واشتراطها ما أباحه الله لا يناقض شرع الله وحكمه وشرطه . وقوله ﷺ: (ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل) يدل على أن كل ما كان حراما بدون الشرط كثبوت الولاء لغير المعتق، والربا، والوطء في ملك الغير، فإن اشتراطه لا يجوز، لأن الله حرمه من غير اشتراط، فإذا اشترطه، فإنه يشترط ما حرمه الله .

ومفهوم الحديث أن ما كان مباحا بدون الشرط، فالشرط يوجبه، كالزيادة في المهر، فإن الرجل له أن يعطي المرأة، فإذا شرطه صار واجبا . وبذلك يتبين فساد قول من زعم أن الأصل في الشروط الفساد، لأنها إما أن تبيح حراما، أو تحرم حلالا، أو توجب ساقطا، أو تسقط واجبا، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع[1] .

فالشروط الجائزة لا تحرم الحلال، فمن اشترطت على زوجها عدم التزوج بغيرها، فإنه لا يحرم عليه الزواج، ولكن إن تزوج فلها الفسخ، فأين تحريم الحلال ؟

٣ - ورد ابن تيمية على من أبطل الشروط الجائزة في العقود بدعوى أن الشرط ينافي مقتضى العقد بأن المحذور هو منافاة الشرط المقصود بالعقد، كاشتراط الطلاق في العقد، أو اشتراط الفسخ فيه[2] .

وعلل ذلك بأن اشتراط ما ينافي مقصود العقد جمع بين متناقضين، فهو جمع بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء[3] .

---

(١) مجموع فتاوي شيخ الإسلام: ١٢٩/١٤٨ - ١٤٩ .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٩/١٢٨ .

(٣) المصدر السابق: ٢٩/١٥٦ .

فقه الذين أجازوا الشروط للحديث:

والذين ذهبوا إلى تصحيح الشروط الجائزة في العقود فهموا من قول الرسول ﷺ: (من اشترط شرطا ليس في كتاب فهو باطل) أحد وجهين:

١ ـ (ليس في كتاب الله) أي ليس فيه نفيه، فإن كان في كتاب الله تحريمه وإبطاله فهو شرط باطل، وإن لم يوجد في كتاب الله ما يدل على بطلانه فإنه يكون صحيحا .

٢ ـ المراد بكونه في كتاب الله أي أن الشارع أباحه، فإن كان المشروط فعلا أو حكما أباحه الله جاز اشتراطه، ووجب بذلك الشرط، وإن لم يبحه الله لم يجز اشتراطه .

فاشتراط المرأة وأوليائها على الزوج عدم السفر بها، وأن يسكنها في دويرة أهلها، وأن تعمل فيما يجوز عملها فيه شروط صحيحة، فكتاب الله يبيح السفر بالزوجة وعدمه، ويبيح لها أن تسكن في دويرة أهلها وأن تنتقل منها، ويبيح لها العمل إذا تحققت شروطه[1].

القول الراجح في المسألة:

القول الراجح هو صحة الشروط الجائزة في عقد النكاح، ويدل على صحة هذا القول أمور:

١ ـ قوله ﷺ فيما رواه عنه عقبة بن عامر الجهني: (أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)[2]. وهذا يدل على أن الوفاء بالشروط في النكاح أولى منها في البيع.

---

(١) راجع مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٩/ ١٦٠ .

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٩/ ٢١٧ . ورقمه: ٥١٥١ .

قال ابن حجر في شرحه: « أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح، لأن أمره أحوط وبابه أضيق»[1].

وقد زعم بعض أهل العلم أن المراد بالشروط في الحديث الشروط التي هي من مقتضيات العقد .

وقد رد ابن دقيق العيد هذا التوجيه بقوله: « تلك الأمور لا تؤثر الشروط في إيجابها، فلا تشتد الحاجة إلى تعليق الحكم باشتراطها، وسياق الحديث يقتضي خلاف ذلك، لأن لفظ (أحق الشروط) يقتضي أن بعض الشروط يقتضي الوفاء بها، وبعضها أشد اقتضاءً، والشروط التي هي من مقتضى العقد مستوية في وجوب الوفاء بها »[2].

٢ ـ واستدلوا بالنصوص التي أجازت مثل هذه الشروط في غير النكاح، فالعقود باب واحد، وفي كتب السنة عدة أحاديث ثبت فيها أن الرسول ﷺ أجاز فيها الاشتراط في العقود، ومن هذه الأحاديث قوله ﷺ: (من باع نخلا قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع) رواه البخاري[3].

فلو كان الشرط لا يصح فإن المبتاع لا يجوز له اشتراط الثمر .

وروى البخاري أن جابر بن عبدالله باع للرسول ﷺ جمله الذين كان يركبه، وشرط ظهره إلى المدينة[4]، ولو كان الشرط باطلا لما رضي الرسول ﷺ بشرط جابر .

وقد ترجم البخاري على بعض الأحاديث الدالة على جواز الشروط بقوله: «باب ما يجوز من الشروط في الإسلام والأحكام والمبايعة »[5].

---

(١) فتح الباري: ٩/٢١٨ . ٥/٣٢٣ . ورقمه: ٢٧٢١ .

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٢١٧ . ورقمه: ٥١٥١ .

(٣) صحيح البخاري: ٥/٣١٣ . ورقمه: ٢٧١٧ .

(٤) صحيح البخاري: ٥/٣١٤ . ورقمه: ٢٧١٨ .

(٥) فتح الباري: ٥/٣١٢ .

٣ ـ واحتج ابن تيمية على صحة الشروط بقوله ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا، أو أحلّ حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما) رواه الترمذي . وقال حديث حسن صحيح[1].

٤ ـ ويدل على صحة هذا القول أنه الفقه الذي فقهه الصحابة، وأفتوا وحكموا به . ففي صحيح البخاري تعليقا عن ابن عمر أو عمر « كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط »[2].

وفي الصحيح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعليقا: « إن مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت »[3].

والحديث عن عمر وصله عبدالرزاق في مصنفه عن أيوب عن إسماعيل بن عبيدالله عن عبدالرحمن بن غنم قال: «شهدت عمر بن الخطاب، واختصم إليه في امرأة شرط لها زوجها أن لا يخرجها من دارها . قال عمر: لها شرطها، قال رجل: لأن كان هكذا لا تشاء امرأة تفارق زوجها إلا فارقته، فقال عمر: المسلمون عند مشارطهم، عند مقاطع حقوقهم »[4].

وذكره ابن عبدالبر بالإسناد نفسه، ولفظه: « والمسلمون عند شروطهم، ومقاطع الحقوق عند الشروط »[5].

وخلاصة القول في المسألة أن الشروط تكون باطلة فاسدة لأحد أمرين:

الأول: منافاتها لحكم الله وشرعه ، كاشتراط الولاء لغير المعتق، فهذا الشرط لا ينافي مقصود العقد ولا مقتضاه، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه، فالذي في

---

(١) مجموع الفتاوى: ٢٩/١٤٧ .

(٢) صحيح البخاري: ٥/٣٥٣ .

(٣) صحيح البخاري: ٥/٣٢٢ .

(٤) المصنف: ٦/٢٢٧ .

(٥) الاستذكار لابن عبدالبر: ١٦/١٤٦ .

حكم الله وشرعه أن الولاء لمن أعتق .

والثاني: منافاة الشرط لمقاصد العقد كمن زوجه واشترط عليه الطلاق، فهذا الشرط يناقض مقصود العقد، ويصبح العقد به لغوا .

فإذا لم يشتمل الشرط على واحد من هذين الأمرين، فلا وجه لتحريمه، لأنه عمل مقصود للناس، يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لم يفعلوه[1].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ١٥٦/٢٩. وراجع مجموع الفتاوى: ٣٤١/٢٩ - ٣٤٢ . اعلام الموقعين لابن القيم: ٣/ ٤٨٠ - ٤٨١ .