الشرط وأثره
في
عقدي البيع والنكاح

أ. الدكتور
هاشم فارس عبدون

المبحث الأول

معنى الشرط وأقسامه

الشرط لغة: الشرط بالتحريك العلامة، والجمع اشتراط، واشراط الساعة علاماتها، واشرط فلان نفسه لأمر كذا، أي علمها وأعدها، ومنه سمي الشرطة لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، وأشرط طائفة من أبله وغنمه، عزلها وأعلم أنها للبيع[١].

الشرط اصطلاحاً: عرف علماء الفقه الشرط بعدة تعريفات إلا انها تكاد تكون متشابهة إذ أنها تنص على انه: ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجاً عن ماهيته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ويلزم من عدمه عدمه[٢].

والمراد بوجود الشيء، وجوده الشرعي الذي تترتب عليه اثار شرعية كالوضوء للصلاة إذ الصلاة لا تجوز شرعا بدون طهارة، لكن وجود الطهارة لا يلزم منه وجود فعل الصلاة دائما، فقد يكون الانسان على طهارة ولكنه في غير صلاة.

قال الشوكاني: (الشرط هو الحكم على الوصف بكونه شرطاً لحكم، وحقيقة الشرط، هو ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم، فهو وصف ظاهر منضبط يستلزم ذلك، او يستلزم عدم السبب لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم والسبب: وبيانه ان الحول شرط في وجوب الزكاة، فعدمه يستلزم عدم وجوبها، والقدرة على تسليم المبيع شرط في صحة البيان، فعدمها يستلزم عدم صحته، والاحصان شرط في سببية الرجم للزنا، فعدمه يستلزم عدمها[٣].

ومن الجدير بالذكر، أن الشرط يعد من خطاب الوضع، فقد ذكر علماء أصول الفقه ان الخطاب نوعان[٤].

الأول: خطاب الشرع: وهو خطاب التكليف، بالأمر أو النهي، وينحصر في الواجب والمحرم والمندوب والمباح والمكروه.

الثاني: خطاب الوضع: وهو خطاب الله الجاعل شيئاً سبباً لشيء آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه[٥]، أي هو ما استفيد بواسطة نصب الشارع علماً معرفاً لحكمه لتعذر خطابه في كل حال، فالشارع وضع أموراً سميت أسباباً وشروطاً وموانع تعرف عند وجودها أحكام الشرع من إثبات أو نفي، فالأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط، وتنتفي بوجود المانع وانتفاء الأسباب والشروط، ثم إن الشارع بوضعه هذه الامور اخبرنا بوجود احكامه وانتقائها عند وجود تلك الامور او انتفائها، فكأنه قال مثلاً: إذا وجد النصاب الذي هو سبب وجود الزكاة، والحول الذي هو شرطه، فأعلموا أنى اوجبت عليكم الزكاة، ولن وجد الدين الذي هو مانع وجوبها، أو انتفى السوم الذي هو شرط الوجوب في السائمة، فاعلموا أني لم أوجب عليكم الزكاة، وكذا الكلام في القصاص والسرقة

والزنا وكثير من الأحكام في البيوع والأنكحة وغيرها، بالنظر إلى وجود أسبابها وشروطها وانتفاء موانعها وعكس ذلك[٦].

أقسام الشرط: قسم علماء الأصول الشرط إلى عدة أقسام باعتبارات متعددة، أهمها: [٧] تقسيمهم له من حيث ارتباطه بالسبب والمسبب، ومن حيث مصدر اشتراطه وكما يأتي:

أولاً: تقسيم الشرط من حيث ارتباطه بالسبب والمسبب، وينقسم الى نوعين هما:

١- الشرط المكمل للسبب: وهو الذي به يقوم السبب، ويجعل مسببه- وهو الحكم- يترتب عليه، مثل شرط حَوَلاَن الحول ليكون ملك النصاب، فالنصاب: وهو دليل الغنى، لا يتحقق حال ملك النصاب على الوجه الأكمل، إلا إذا مضى عام على وجود هذا النصاب.

٢- الشرط المكمل للمسبب: وهو الشرط الذي يعطي قوة للمسبب ويجعل اثره مترتباً عليه، ومثال ذلك: موت المورث وحياة الوارث، فإنهما شرطان للإرث المبني على قيام الزوجية والقرابة، فهما شرطان مكملان للمسبب وهو الارث، فلا تترتب آثار الإرث من إعطاء كل وارث حقه من الميراث كما أراد الشارع إلا بموت المورث وحياة الوارث.

ثانياً: تقسيم الشرط من حيث مصدر اشتراطه، فينقسم إلى قسمين هما[٨]: (الشرط الشرعي والشرط الجعلي):

١- الشرط الشرعي: وهو ما كان مصدر أشترطه الشارع الحكيم، ومن هذا القبيل الشروط التي وضعها الشارع في العبادات والتصرفات والحدود ونحو ذلك، كالإسلام والبلوغ والعقل للصلاة، وإضافة الاستطاعة للحج، والملك التام والنصاب والحول للزكاة- عدا الزروع- والاختيار لإبرام العقود، ونحو ذلك مما يعد من قبيل الشرط الشرعي الذي كان مصدره الشارع، بوصفه شرطا لصحة العبادات والمعاملات والعقوبات.

٢- الشرط الجعلي: وهو ماكان إشتراطه إرادة المكلف المنفردة، وهو أحد طرفي العقد، ومن هذا القبيل، الشروط التي يشترطها كثير من الناس في اثناء عقودهم، وتصرفاتهم وهو نوعان: (ما يتوقف عليه وجود العقد- وما يقترن بالعقد):

أـ الشرط الذي يتوقف عليه وجود العقد: وهو أن يجعل المكلف تحقيق العقد معلقاً على تحقيق الشرط الذي اشترطه هو، كتعليق الكفالة على عجز المدين عن الوفاء أو ان أو أن يعلق الزوج طلاق إمراته على أمر ما، كأن يقول لها: (إن خرجت فأنت طالق)، وسمي هذا النوع من الشروط، بالشرط المعلق، لان بعض العقود والتصرفات لا يصح

تعليقها، كعقود التمليكات التي تفيد ملك العين أو المنفعة بعوض أو بغير عوض، ويلحق بها عقد الزواج وعقد الخلع، في حين ان من العقود والتصرفات ما يقبل التعليق على شرط استحقاق المبيع.

ب_ الشرط المقترن بالعقد: قد ياتي العقد منجزاً غير معلق على أمر في المستقبل ولا مضافا الى زمن بعيد، إلا انه أقترن به شرط زائد يشترطه أحد المتعاقدين لتحقيق منفعة له ويقبله الطرف الاخر، كأن يشترط أحد المتعاقدين لتحقيق منفعة له ويقبله الطرف الآخر، كأن يشترط بائع الدار سكناها شهراً أو أن المرأة اتزوجك على ان لا تسافر بي، أو ان يكون الطلاق بيدي، ونحو ذلك او ان يكون الشرط مشروع دلالة وان لم ينص عليه في العقد، كسلامة المبيع من العيب مثل خيار العيب، وسلامة الزوجين من العلل، فحينئذ ينعقد العقد لكونه منجزاً ولكن قد يترتب على اقترانه بالشرط تأثير في العقد من حيث صحة الشرط المقترن به او عدم صحته، إذ ليس كل شرط يصح اقترانه بالعقد، بل إن من الشرط مالا يصح اقترانها به، ولما كانت هذه المسألة هي الاهم في بحثنا، فإني سأقف عندها بشيء من التفصيل.

إن المتأمل لاقوال الفقهاء يجد انهم اختلفوا في المسألة فكان لهم ثلاثة اتجاهات:فمنهم من ضيق في الامر، ومنهم من توسع فيه، ومنهم من كان اتجاهه وسط بين الاتجاهين وكما يأتي:

<u>الاتجاه الأول:</u> وهو اتجاه الظاهرية وفي مقدمتهم ابن حزم (رحمه الله) إذ الأصل عندهم في الشروط التحريم إلا ما ورد النص بإباحته وفي هذا يقول (وشروط المسلمين ليست كل شرط بلا خلاف، بل انما هي الشروط المأمور بها أو المباحة بأسمائها في القرآن وصحيح السنن)[٩] ، فلم يصحح الظاهرية عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو اجماع، وهذا متوافق مع منهجهم في إبطال القياس. واستدلوا بأدلة منها: ما أخرجه الشيخان وغيرهما عن عائشة (رضي الله عنها) : قالت جاءتني (بريرة) فقالت كاتبت أهلي على تسع أواقٍ في كل عام أوقية فأعينيني فقالت: إن أحب اهلك أعدها لهم وكان ولاؤك لي، ففعلت، فذهبت بريرة على أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت:إني عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فقالت عائشة (رضي الله عنها) لرسول الله ﷺ، فقال: ((خذيها واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق)) ففعلت قالت: ثم خطب رسول الله ﷺ عشية وحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال:

((أما بعـــــد فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ماكان من شرط ليس في كتاب الله ﷻ فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق))[١٠].

وجه الاستدلال: ذكر ابن حزم[١١] إن الحكم ثابت بجواز اشتراط الولاء لغير المعتق، فوقع الأمر بإشتراطه في الوقت الذي كان جائزاً فيه، ثم نسخ الحكم بخطبته ﷺ وبقوله: **(إنما الولاء لمن أعتق)** ولا يخفى بعدما قال، وسياق طرق هذا الحديث تدفع في وجه هذا الجواب.

الاتجاه الثاني: وهو اتجاه فريق من الحنابلة وفي مقدمتهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (رحمهم الله) إذ الأصل عندهم في الشروط الاباحة، الا ما ورد الشرع بتحريمه، وفي هذا يقول ابن تيمية: ((الأصل في العقود الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل منها الا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله))[١٢].

وبناء على هذا الأصل فقد منع ابن تيمية وابن القيم (شرطين في عقد) لحديث: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع)[١٣] كما منعا الشروط المناقضة لمقضى العقد مناقضة صريحة تمثل اجتماع النقيضين في عقد واحد، كإشتراط الطلاق في عقد النكاح[١٤].

واستدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بأدلة منها:

١- حديث: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)[١٥].

٢- حديث جابر ﷺ : (انه باع من رسول الله ﷺ جملاً وأشترط ظهره إلى المدينة)[١٦].

وجه الاستدلال: انه ﷺ وافقه على شرطه، فلو كان الشرط غير جائز لما وافقه.

٣- اثر عنه ﷺ أنه قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت)[١٧]، وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة فلم يخالفوه فكان إجماعاً، ومن الواضح أن أصحاب هذا الاتجاه يطلقون إرادة المكلف ويجعلون لها سلطاناً كبيراً في باب العقود والشروط مالم يكن محظوراً شرعياً في ذلك.

الاتجاه الثالث: وهو اتجاه جمهور الفقهاء[١٨] وهو وسط بين التضييق والتوسيع، فلم يجيزوا كله وإنما استبعدوا الشرط الذي أبطله الشارع وكل شرط يخالف مقتضى العقد ولم يشهد له الشرع ولاجرى به العرف الصحيح.

وقد قسم الفقهاء الشرط المقترن بالعقد الى أنواع وكما يأتي:

أولاً/ فقهاء الحنفية: قسم فقهاء الحنفية الشرط المقترن بالعقد الى ثلاثة أنواع[١٩]: (صحيح- فاسد- باطل) وكما ياتي:

١- الشرط الصحيح أي المعتبر الملزم للمتعاقدين، وهو أربعة اقسام:

أ/ الشرط الذي يقتضيه العقد، كشرط أن يسلم البائع الشيء المبتاع إلى المشتري وشرط حبس المبيع الى قبض الثمن، أو كاشتراط الزوجة ان ينفق عليها زوجها، ونحو ذلك فان هذه الشروط لا تثبت شيئاً جديداً أكثر مما يقتضيه العقد ذاته.

ب/ الشرط المؤكد لمقتضى العقد أو الملائم لمقتضاه، كالبيع بثمن مؤجل بشرط أن يقدم المشتري كفيلاً ضامناً، وكذا اشتراط الزوجة أن يكون والد الزوج ضامناً لمهرها.

ج/ الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه، كشرط الأجل في الثمن، وشرط الخيار، ومنه اشتراط الزوجة أن يكون الطلاق بيدها.

د/ الشرط الذي جرى به العرف ولم يعارضه نص ولا إجماع، كشراء الحذاء على ان يخرزه البائع أو يضع له نعلاً، وكشراء الساعة او البراد أو المذياع بشرط ان يصلحها البائع لمدة سنة إذا اصابها خلل، فيجوز البيع استحساناً، والقياس لا يجوز، وهو قول زفر.

وجه القياس: أنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين وانه مفسد.

وجه الاستحسان: أن الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع، كما تعاملوا بالاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع، فالثابت بالعرف الصحيح يعد ثابتاًبدليل شرعي، إذ النزوع عنه يعد حرجاً.

٢- الشرط الفاسد: وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولا ورد به الشرع ولا يتعارفه الناس، وانما فيه منفعة لأحد المتعاقدين كمن اشترى حنطة بشرط أن يطحنها البائع، أو يبيع شخص داراً على أن يسكنها البائع شهراً قبل ان يسلمها للمشتري، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً أو يبيعه كذا، ونحوه كما لو باع شخص سيارة واشترط أن يستخدمها شهراً، فالبيع في هذا كله فاسد، لأنه زيادة منفعةمشروطة في العقد وهي ربا، إذ لا يقابلها شيء في عقد البيع، أو شبهة ربا وكلاهما مفسد للبيع[٢٠].

٣- الشرط الباطل: وهو الذي لا تتحقق فيه أوصاف الشرط الصحيح وليس فيه نفع لأحد المتعاقدين، كمن يبيع أرضاً ويشترط على المشتري عدم بيعها او عدم زراعتها، فهذا الشرط باطل ويعد لغواً، أما العقد فيبقى صحيحاً[٢١].

ثانياً/ فقهاء الشافعية: وعندهم الشرط المقترن بالعقد على خمسة أضرب هي [٢٢]:

١- ما هو مقتضى العقد، كشرط خيار المجلس، او تسليم المبيع او الرد بالعيب، فهذا صحيح ولا يفسد العقد بلا خلاف عندهم، لأنه شرط يقتضيه العقد.

٢- شرط لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة للعاقد، كالخيار والأجل والضمين، فهو شرط صحيح ولا يبطل العقد، ولأن الحاجة تدعو إليه كاشتراط عتق العبد المبيع، بدليل أن عائشة رضي الله عنها اشترت (بريرة) لتعتقها، وكذا كون العبد المبيع خياطاً ونحوه فلا يبطل العقد بل يصح، ويثبت المشروط عندهم بلا خلاف أيضا.

٣- شرط لا يتعلق به غرض يورث تنازعا، كشرط الاشهاد بالثمن وعين الشهود فهذا الشرط لا يفسد العقد بل يلغو ويصح البيع، وهذا هو المذهب، وبه قطع إمام الحرمين والغزالي ومن تابعهما.

٤- أن يبيعه عبداً أو أمة بشرط أن لا يعتقه المشتري، ففيه ثلاثة اقوال عندهم أصحها أن البيع صحيح والشرط لازم، وهو المشهور عندهم نص عليه الشافعي (رحمه الله) وقطع به اكثر اصحابه في أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به[٢٣].

٥- أن يشترط البائع شرطاً ينافي البيع، كأن يبيعه شيئاً بشرط أن الا يبيعه أو لا ينتفع به أو لا يسافر به، أو على أن يبيعه شيئاً أو يقرضه أو يؤجره، فالبيع في جميع هذه الصور واشباهها باطل لمنافاة مقتضاه.

ثالثاً/ فقهاء المالكية: والشروط عندهم تنقسم الى ثلاثة أقسام[٢٤].

١- شروط تبطل هي والبيع معاً.

٢- شروط تجوز هي والبيع معاً.

٣- شروط تبطل ويثبت البيع.

واساس هذا التقسيم عند الامام مالك راجع الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيع وهما (الربا والغرر) والى قلته والى توسطه، أو الى ما يفيد نقصا في الملك، فما كان دخول هذه الاشياء كثيراً من قبل الشروط أبطله وابطل الشرط، وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط واجاز البيع ولذا فإن الأصل عند الأمام مالك في الشروط أن لا يكون فيها معنى الربا أو الغرر الكبير على ما سنوضحه في الجانب التطبيقي من هذا البحث إن شاء الله.

رابعاً/ فقهاء الحنابلة[٢٥]: يرى الحنابلة أن البيع يبطل إذا كان فيه شرطان ليسا من مصلحة العقد كأن يشتري حنطة ويشترط على البائع طحنها وحملها لحديث ((لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك))، أما إذا كان شرطاً واحداً فلا يبطله، والشروط عندهم أربعة أنواع هي:

١- شرط من مقتضى العقد، كاشتراط تسليم المبيع، وخيار المجلس ونحوه فصحيح، لأن هذا الشرط وجوده كعدمه لا يفيد حكماً معيناً، ولا يؤثر في العقد كما عند الشافعية.

٢- شرط تتعلق فيه مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما، كالأجل والخيار والضمين أو اشتراط صفة في المبيع، فهو شرط جائز يلزم الوفاء به.

٣- شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه، وهو نوعان:

أ/ اشتراط منفعة للبائع في المبيع فان كان شرطاً واحداً فجائز كاشتراط بائع الدار سكناها شهراً مثلاً ونحو ذلك، أو اشتراط ظهر الدابة الى محل معين ويقاس عليه اشتراط إيصال حمولة السيارة إلى مكان معين.

ب/ أشتراط عقد في عقد، كأن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه المشتري شيئاً آخر، أو يقرضه أو يسلفه ونحو ذلك، فهذا شرط فاسد يفسد البيع.

٤- شرط ينافي مقتضى البيع، كأن يشترط أن لا يبيع المبيع أو يهبه، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يوقفه، ففي أصح الرواتين عن أحمد: أن البيع صحيح والشرط باطل.

<u>حكم الشرط المقترن بالعقد</u>

يختلف حكم الشرط المقترن بالعقد باختلاف نوعه وكما يأتي:

١- إذا كان الشرط صحيحاً التحق بأصل العقد ووجب الوفاء به على من التزمه، سواء في البيوع او الأنكحة لحديث ((المسلمون عند شروطهم)) المتقدم، وحديث ((أحق الشروط إن توفوا به ما استحللتم به الفروج))[٢٦]، وللفقهاء تفصيلات أخرى سنذكرها في التطبيقات إن شاء الله.

٢- أما إذا كان الشرط باطلا أو فاسداً، فقد اختلف الفقهاء في حكمه تبعاً لأصل كل منهم في هذه المسألة وكما يأتي:

أ/ ذهب ابن حزم إلى أن الشرط الفاسد يفسد العقد ويبطله، بناء على اصله في ان كل شرط ليس منصوصاً عليه من الشارع باطل ومبطل للعقد[٢٧].

ب/ وذهب المالكية الى ان الشرط إذا كان يولد ضرراً كبيراً كاشتراط الخيار الى أجل بعيد فإنه يفسد العقد فيبطل الشرط والعقد معاً وكذا الشرط المنافي لمقتضى العقد أما غيرهما فيبطل الشرط الفاسد وحده ويبقى العقد صحيحاً[٢٨].

ج/ ويرى الشافعية: أنه اذا كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد وليس فيه مصلحة، فإنه فاسد ويبطل العقد، أما غيره فيسقط الشرط الفاسد وحده ويبقى العقد صحيحاً[٢٩].

د/ وذهب الحنفية الى انه ألحق العاقدان بالعقد الصحيح شرطا صحيحاً كالخيار الصحيح في البيع البات ونحوه فإنه يلتحق به اما إذا ألحقا به شرطاً فاسداً، فذهب أبو حنيفة إلى انه يلحق به ويفسد العقد بينما ذهب الصاحبان إلى انه لا يلحق به ولا يفسد العقد ويلغو الشرط، الا إذا كان عقد نكاح فإنه لا يفسد بالشرط الفاسد باتفاق الأحناف.

هـ/ أما الحنابلة فلهم في فساد العقد بالشرط روايتان: الأولى: عدم فساد العقد ويسقط الشرط فقط وهي المنصوص عليها عند الإمام أحمد، وإلى هذا ذهب ابن تيمية وابن القيم، الا إذا كان الشرط مناقضاً للعقد مناقضة صريحةً، فعندئذ يبطل ويبطل العقد معه، (الثانية): فساد الشرط والعقد معاً[٣٠].

(مناقشة الاراء والتراجيح)

بعد أن عرضنا اتجاهات الفقهاء في ما يتعلق باقتران الشرط بالعقد، أرى أن أشير إلى أن الظاهرية وجهوا اعتراضات إلى جمهور الفقهاء في هذه المسألة، ومثلهم فعل أصحاب الاتجاه الوسط_ الحنفية والمالكية والشافعية_ اتجاه المتوسعين، ألخصها في ما يأتي:

أولاً: اعتراضات الظاهرية: [٣١]

أ- نص النبي ﷺ في قصة (بريرة) على أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، والباطل لا يحل الوفاء به.

ب- حديث (المسلمون عند شروطهم) فإنه خبر مكذوب رواه كثير بن زيد، وهو ساقط، وجاء من طرق أخرى كلها معلولة في سندها فلا يصح الاستدلال به، وعلى افتراض صحته فانه حجة لنا، لان شروط المسلمين ليست كل شرط بلا خلاف، إنما هي الشروط المأمور بها أو المباحة بأسمائها في القرآن وصحيح السنن، وقد صح عن رسول الله ﷺ: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل).

ثانياً: أجاب الجمهور على الاعتراض الأول بما يأتي[٣٢] :

أ_ إن المعنى الذي يشهد له الكتاب والسنة هو: إن الشرط الذي يخالف كتاب الله كأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى، فهو باطل وغير جائز أما اذا كان مما يباح فعله بدون الشرط، فانه يصح اشتراطه ويجب الوفاء به فمثلاً: إذا شرط الرجل أن لا يسافر بزوجته، فهذا المشروط في كتاب الله، لان كتاب الله يبيح له أن لايسافر بها، فهو بهذا شرط مشروط مباح في كتاب الله، فالمشترط ليس له ان يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أحله الله، فان شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما له أن يوجب بالشرط مالم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشرط: وجوب مالم يكن واجبا ولا حراماً، وعدم الايجاب ليس معناه نفياً للايجاب مطلقاً حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح لابد أن يفيد وجوب مالم يكن واجباً، ويباح لكل منهما مالم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً قبل إبرام العقد، وكذا كل متعاقدين في الاجازة أو عقد النكاح.

ب_ إن العقود والشروط من قبيل الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، لا سيما انه ليس في الشرع ما يدل على

تحريم جنس العقود والشرط، إلا ما ثبت حله بعينه، وان الانتقاء دليل على عدم التحريم فثبت ذلك بالاستصحاب العقلي.

ج_ إن الشروط من قبيل العهود التي يجب الوفاء بها اذا لم تكن محرمة بالنص، وان لم يثبت حلها بنص مخصوص، كالعهود التي عقدها المسلمون في الجاهلية فقد أمروا بالوفاء بها، من هنا فإن الله تعالى ذم المشركين الذين شرعوا مالم يأذن به الله، وحرموا مالم يحرم الله فإذا ما حرمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين مالم يحرمه الله.

ثالثاً: جوابهم على الاعتراض الثاني:

إن حديث: (المسلمون على شروطهم) قال عنه الترمذي: (حديث حسن صحيح)، وقد جاء باسانيد متعددة، وهي وان كان في كل واحد منها ضعف إلا ان اجتماعها يقوي الحديث ويرفعه الى درجة الحسن لغيره على ما قرره علماء الحديث.

رابعاً: اما جمهور الفقهاء:

فرغم مخالفتهم للظاهرية وتوسعهم في الشروط لانهم يقولون بالقياس والمعاني اثار الصحابة، ولما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها على اهل الظاهر، الا انهم لم يوافقوا الموسعين في اقتران الشرط بالعقد، واعترضوا عليهم بما يفهم من حديث (بريرة) إذ لهم في هذا حجتان:

الأولى: قوله ﷺ : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الاجماع فهو باطل.

الثانية: ينبغي أن تقاس جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء، لان العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد، إذ العقود توجب مقتضياتها بالشرع، فيعد تغيرها تغييراً لما أوجبه الشرع، وهو بمنزلة تغيير العبادات، فالعقود مشروعة على وجه، واشتراط ما يخالف مقتضاها تغير للمشروع، ولهذا كان أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه، لا يجوزون أن يشترط في العبادات شرطاً يخالف مقتضاها، فلا يجوزون أن يشترط الإحلال بالعذر، متابعة لعبد الله بن عمر ﷺ حيث كان ينكر الاشتراط في الحج ويقول (أليس حسبكم سنة نبيكم) واستدلوا على هذا الأصل بقوله تعالى: ﴿**اليوم أكملت لكم دينكم**﴾ (المائدة/ ٣) وقوله ﴿**ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون**﴾ (البقرة/ ٢٢٩) فقالوا الشروط والعقود التي

لم تشرع، تَعَدٍ لحدود الله وزيادة في الدين. واستدلوا أيضاً بحديث ان النبي ﷺ (نهى عن بيع وشرط).

وأجاب الموسعون على الاعتراض الثاني بقولهم: [٣٣]

أما حديث النهي عن بيع وشرط فإنه مذكور في كتب الفقه ولا وجود له في كتب الحديث، وقد أنكره أحمد ومالك وغيرهما من العلماء، وذكروا انه لا يعرف وان الاحاديث الصحيحة تعارضه.

وبذا يترجح لنا ما قرره الموسعون في اقتران الشرط بالعقد لقوة أدلتهم وحسن ردهم على مخالفيهم، ولان في تضييق هذا الجانب إلحاق حرج بالمسلمين لاسيما وان المسألة منضبطة وليست سائبة أو مطلقة، فكما رأينا أن المشترط لا يملك أن يبيح ما حرمه الله ورسوله، ولا أن يحرم ما أحله الله ورسوله، وأن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الخلق في جلب المنافع ودرء المفاسد.

المبحث الثالث
اثر الشرط في عقد البيع وعقد النكاح

بعد أن علمنا مما تقدم معنى الشرط وأنواعه، وتوقفنا عند الشرط بالعقد وتقسيمات الفقهاء له واستكمالاً للبحث فأننا سنتناول في هذا المبحث الجانب التطبيقي لأثر الشرط في عقدي البيع والنكاح إذ إن الكلام عن اثر الشرط في العقود جميعها يتطلب سعة لا تنسجم مع تحديدات البحوث التي من هذا القبيل، وسأتكلم عن ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: أثر الشرط في عقد البيع الغالب في عقود البيع أن يصرح فيها بالشرط اذا رغب بذلك أحد العاقدين أو كلاهما، الا انه قد يثبت الشرط دلالة من غير تصريح، كما هو الحال في خيار العيب، ان من يشتري شيئاً يشترط سلامته وان لم يصرح بذلك، ولم ينص عليه في العقد، وذكر الفقهاء ان للشرط آثاراً مهمة في عقد البيع، وسأتناول ذلك في المسائل الآتية كنماذج تطبيقية، وكما يأتي:

المسألة الأولى: اشتراط البائع نفع المبيع معلومة:

وصورته: كأن يبيع شخص داراً ويشترط سكناها لمدة شهر مثلاً، او ان يبيعه جملاً ويشترط ظهره الى مكان معلوم او ان يبيعه سيارة ويشترط حمولتها الى مكان معلوم ونحو ذلك، فهل يحق له ذلك؟ وما أثر ذلك على العقد؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة الى اقوال وكما يأتي:

القول الأول: يصح أن يشترط البائع نفع المبيع، وهذا ما ذهب إليه الإمام أحمد والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر واستدلوا بأدلة منها[٣٤]:

أ/ حديث جابر ﷺ أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره الى المدينة.

ب/ ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلة مؤبرة، أو داراً مؤجرة فجاز أن يستثنيها.

القول الثاني: لا يصح وهو قول (الشافعي وأصحاب الرأي وابن عقيل من الحنابلة في رواية عنه) واستدلوا بأدلة منها[٣٥]:

١- حديث نهي الرسول ﷺ عن بيع وشرط المتقدم .

٢- نهى الرسول ﷺ عن بيع الثنيا.

٣- أنه ينافي مقتضى البيع فأشبه مالو شرط ألا يسلمه المبيع.

القول الثالث: وهو قول الإمام مالك حيث فصَّل في الأمر فقال[٣٦]: إذا اشترط سكن الدار مدة يسيرة مثل شهر فذلك جائز، وإلا فلا، وكذا إذا اشترط ركوباً الى مكان قريب وإن كان الى مكان بعيد كره، لأن السير تدخله المساحة، واستدل بحديث جابر ﷺ أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة.

مناقشة الآراء والترجيح:

وجه أصحاب القول الأول اعتراضات على ما ذهب اليه اصحاب القول الثاني منه[٣٧]:

١/ ان الاستدلال بحديث النبي ﷺ من انه ((نهى عن بيع وشرط)) لم يصح في كتب الحديث وإنما هو موجود في كتب الفقه، والصحيح أنه ﷺ نهى (شرطين في بيع) ومفهومه اباحة الشرط الواحد.

٢/ انه ﷺ نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم وهذه معلومة.

أما أصحاب القول الثاني فقد اعترضوا على ما ذهب إليه أصحاب القول الأول باعتراضات منها[٣٨]:

أ- ان الاستدلال بحديث جابر ﷺ لا يصح في مثل هذه المسألة، لأن الشرط لم يقع في صلب العقد وغنما بعد انعقاده فلم يفسده.

ب-إن هذه الصيغة تعد اعارة مشروعة في البيع وهي مفسدة للعقد إذ شرط اجل في العين والعين لا تقبل الأجل.

ومن الواضح أن ما ذهب اليه الحنفية في شأن حديث جابر مستند الى اصلهم في ان العام يعارض الخاص ويطلب منه اسباب الترجيح والمرجح هنا العام وهو النهي عن بيع وشرط لكونه مانعاً، فيقدم العام الحاضر على الخاص المبيح فيحمل على ما قبل النهي إذ القاعدة الأصولية أن ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي[٣٩].

ولعل الراجح والله اعلم هو ماذهب اليه الامام مالك لقوة دليله ولأن القول يمنع مثل هذا الشرط قد يلحق الحرج بالمتعاقدين إذ كثيراً ما يبيع الإنسان داره ويحتاج الى مدة لإيجاد سكن بديل قبل إخلائها وكذلك قد يبيع الانسان ركوبه وعليها بعض حاجياته فيحتاج ايصالها الى مكان معين قريب ولكن في الوقت نفسه فان إشغال الدار مدة طويلة بعد بيعها من قبل البائع يلحق ضرراً بالمشتري وكذا ركوبه فالقول برأي الإمام مالك إنصاف للطرفين والله أعلم.

المسألة الثانية: البيع بشرط أن يبيعه شيئاً آخر او يقرضه أو يأجره أو نحو ذلك:

وصورته: كأن يقول البائع، أبيعك هذه الدار على أن تبيعني سيارتك، أو أن تقرضني مليون دينار، أو ان تؤجرني متجرك، أو ان تسلفني كذا ونحو ذلك، وكذا لو كان الشرط من قبل المشتري، فللفقهاء في حكم هذه المسألة قولان:

القول الأول: الشرط فاسد مبطل للبيع بإتفاق جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية)، الا ان الامام مالك يرى ان المشترط اذا تراجع عن شرطه هذا وأسقطه فالبيع صحيح[٤٠].

واستدلوا بأدلة منها:

١- نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط، وعن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة.

٢- انه بيع ينافي مقتضى العقد فيبطل.

القول الثاني: الشرط فاسد ولكن العقد صحيح، لان البيع لا يفسد بالشرط الفاسد بحال بل يلغو الشرط ويصح البيع، وهو قول غريب رواه إمام الحرمين والرافعي عن ابي ثور حكاية عن الشافعي، وهو ضعيف في المذهب[٤١].

المسألة الثالثة: البيع بشرط العتق.

وصورته: أن يبيع إنسان عبده ويشترط على المشتري عتقه، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة الى قولين:

الاول: البيع صحيح، وهو عن الشافعية وابي حنيفة والمالكية والحنابلة في قول لهم، واليه ذهب الإمام مالك إذا اشترط تعجيله، أما إذا تأخر فلا لعظيم الغرر[٤٢]، واستدلوا بادلة منها:

أ- حديث قصة (بريرة) المتقدم. ووجه الاستدلال ان عائشة رضي الله عنها اشترتها لتعتقها فأراد أهلها ان يشترطوا ولاءها فقال رسول الله ﷺ : (اشتريها واعتقيها فأنما الولاء لمن اعتق) ويرى الشافعية ومن وافقهم ان هذا الشرط رغم انه لا يقتضيه العقد، إلا ان فيه مصلحة للمعقود عليه، وهذه المصلحة اقرها الشرع، فالرسول ﷺ انكر الشرط ولم ينكر العتق[٤٣].

ب- أن العتق في المبيع قبض، والقبض من أحكام العقد فاشتراطه في العقد يلائم العقد ولا يفسد.

ج- أن الناس تعارفوا عليه حتى صار عادة وعرفاً.

الثاني: الشرط فاسد والبيع فاسد أيضاً وهو قول الأحناف واليه ذهب الحنابلة في قول لهم بأدلة منها[٤٤].

أ- حديث نهيه ﷺ عن (بيع وشرط وبيع وسلف وعن بيعتين في بيعة) المتقدم.

ب-انه شرط ينافي مقتضى العقد، اشبه ما اذا شرط ان لا يبيعه.

ج- ان في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه، والعقد لا يقتضيه، فيفسد به العقد كما لو شرط ان لا يبيعه فاذا كان اشتراط حق العتق يفسد البيع، فاشتراط حقيقة العتق اولى.

د- انه شرط لا يلائم العقد فالبيع موجب للملك، والعتق مبطله.

وقد اعترضوا على استدلال اصحاب القول الاول بحديث (بريرة) فقالوا ليس فيه ان عائشة رضي الله عنها اشترطت لهم العتق، وانما اخبرتهم بارادتها ذلك من غير شرط، فاشترطوا الولاء.

والراجح والله اعلم ما ذهب اليه اصحاب القول الاول من ان الشرط فاسد والعقد صحيح لقوة ادلتهم، فالشرط رغم انه لا يقتضيه العقد الا ان فيه مصلحة اقرها الشرع كما في حديث قصة (بريرة) الذي أخرجه الشيخان كما علمنا.

المسألة الرابعة: البيع بشرط البراءة من العيب

وصورته: ان يشترط البائع على المشتري انه بريء من أي عيب يجده في المبيع، وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك وكانت لهم تفصيلات ضمن المذهب الواحد وكما يأتي:

اولا: الحنفية: ذهبوا الى ان البائع اذا قال للمشتري (ابيعك على اني بريء من كل عيب به) فالبيع صحيح مطلقاً، ويبرأ البائع به من كل عيب سواء كان معلوماً له وكتمه عن البائع او غير معلوم، بلا خلاف عندهم وحجتهم في ذلك[٤٥] ان رضي المشتري بهذا الشـــرط

ابراء، والابراء اسقاط لحقه وليس تمليكاً للبائع، والجهالة التي اكتنفت العقد بهذا الشرط لاتؤدي بعدئذ الى المنازعة اذ الجهالة المؤدية الى المنازعة هي التي تضر في التمليكات[٤٦].

اما اذا قال (ابيعك بشرط البراءة من كل عيب مطلقاً) فقد اختلفوا في ما يشمله الشرط من العيوب وكما يأتي:

١- ذهب ابو حنيفة وابو يوسف الى ان الشرط يشمل كل عيب موجود قبل البيع، او حدث بعده بل القبض، فليس للمشتري الرد بالعيب[٤٧].

٢- وذهب محمد بن الحسن وزفر والحسن بن زياد: الى ان الشرط لا يشمل الا العيوب الموجودة عند ابرام العقد، اما ما وجد منها بعد العقد وقبل القبض فانها ترد بالعيب، لان اسقاط حق المشتري بالرد لا يسري على امر لم يوجد بعد، فان تنازعا في وقت وجود العيب، فذهب محمد الى ان القول قول البائع مع يمينه، في حين قال زفر والحسن بن زياد: القول قول المشتري[٤٨].

ثانياً: الشافعية: ولهم ثلاثة أقوال في هذه المسألة وهي[٤٩]:

الاول: وهو الراجح عندهم ان البائع لو شرط البراءة من العيوب فلا يبرأ من عيب الا العيب الباطن في الحيوان، اما غيره فلا، كالعقار، والملابس ونحوها، ولا من عيب ظاهر في الحيوان علمه او لم يعلمه، ولا من عيب في الحيوان يفارق ما سواه لانه يتغذى بالصحة والسقم وتحول طباعه، وقلما يبرأ من عيب يظهر او يخفى، فدعت الحاجة الى التبري من العيب الباطن لانه لا سبيل الى معرفته وتوقيف المشتري عليه وهذا المعنى لايوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان من المبيعات، فلم يجز التبري منه مع الجهالة.

الثاني: ان البائع يبرأ من كل عيب عملا بالشرط ولانه عيب رضي به المشتري فبرىء منه البائع كما اوقفه عليه، وهذا القول موافق لما ذهب اليه الاحناف.

الثالث: لا يبرأ من شيء من العيوب لانه شرط يرتفق به احد المبيعين فلم يصح مع الجهالة كالاجل المجهول والرهن المجهول، الا ان الامام الشافعي ذكر في كتابه (الأم): (الذي اذهب اليه ان من باع حيواناً بالبراءة بريء من كل عيب، الا عيباً كتمه البائع من المشتري وقد علمه. كما قضى عثمان ﷺ فاذا علم البائع عيبا فكتمه فالبيع مردود بالعيب، فان قال لم اعلم وقد باع بالبراءة فالقول قوله مع يمينه ما علم عيب فكتمه)[٥٠].

ثالثاً: الإمام مالك[٥١]: رويت عنه عدة روايات في هذه المسألة وكما يأتي:

١. ان البراءة جائزة فيما يعلم البائع من العيوب وهذه الرواية الاشهر عنه.

٢. ان البراءة جائزة في الرقيق والحيوان.

٣. ان البائع لا يبرأ الا من عيب يديه للمشتري.

ودليل الامام مالك هو ما رواه في الموطأ (ان عبد الله بن عمر ﷺ باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه على البراءة، فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر ﷺ : بالغلام داء لم تسمه، فاختصما الى عثمان ﷺ فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبدالله، بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبدالله ان يحلف، لقد باع العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبدالله ان يحلف وارتجع العبد).

قال ابن رشد (ان ما خص الامام مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الاكثر خافية)[٥٢] اما قوله الثالث: وهو ان البائع لا يبرأ الا من عيب يريه للمشتري، فحجته في ذلك ما رواه: ان عمر بن عبد العزيز ﷺ كتب الى عامل من عماله: (ان امنع التجار ان يسموا في السلعة عيوباً ليست فيها، التماس التلفيق على المسلمين والبراءة لانفسهم، فانه لا يبرأ منهم الا من رأى العيب بعينه، فان ليس في دين الله غش ولا خديعة، والبائع والمبتاع على رأسهما حتى يتفرقا)[٥٣].

رابعاً: <u>الحنابلة</u>: اما فقهاء الحنابلة فلهم ثلاثة اقوال[٥٤]:

<u>الأول</u>: ان البائع لا يبرأ الا من عيب بعينه وعلم به المشتري.

<u>الثاني</u>: انه يبرأ من كل عيب علمه حتى يعلم به المشتري، وهو مروي عن عثمان وزيد ابن ثابت، وهو قول مالك والشافعي في الغيب الباطن في الحيوان خاصة.

بدليل: ما روي ان عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب فرده عليه، وهذه القضية اشتهرت فلم تنكر فكان اجماعاً.

<u>الثالث</u>: يبرأ من كل عيب مطلقاً، وهو موافق للحنفية والشافعية في احد اقوالهم وحجة هذا القول:

١. روت ام سلمة رضي الله عنها ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في مواريث درست فقال رسول الله ﷺ استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه)[٥٥].

ووجه الاستدلال: ان الحديث دل على ان البراءة من المجهول جائزة وهو يشمل البراءة من كل عيب.

٢. ان ابن عمر باع بشرط البراءة.

<u>وجه الاستدلال</u>: ان قول عثمان ﷺ قد خالفه ابن عمر ﷺ وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة.

بقي ان نشير الى ان شرط البراءة من العيوب عند من لا يجيزه من الحنابلة هل يفسد البيع ايضا؟

ذكر ابن قدامة انه[٥٦] (في ظاهر المذهب لم يفسد، لان ابن عمر باع بشرط البراءة، فاجمعوا على صحته ولم ينكره منكر، فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط ويكون وجوده كعدمه) في حين ان هناك رواية عن الامام احمد ان الشرط الفاسد يفسد عقد البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط، فاذا فسد الشرط فات الرضى به فيفسد البيع لعدم التراضي[٥٧].

الخيارات في البيع:

ذكر الفقهاء خيارات كثيرة في عقد البيع كخيار الشرط وخيار العيب وخيار التعيين وخيار الغبن، الا اننا سنركز في هذا الفرع على اهم هذه الخيارات وهي:

أولا: خيار الشرط

وهو من قبيل الشيء الى سببه، فخيار مضاف والشرط مضاف اليه، وهو خيار يقترن بالعقد يعطي الحق للعاقدين او لاحدهما في امضاء العقد في مدة معلومة وصورته: كأن يقول البائع: بعتك هذه السلعة بكذا على ان لي الخيار كذا يوم، فيوافق المشتري، او ان يشترط البائع والمشتري كذا يوم لامضاء العقد او فسخه، فيوافق كل منهما على شرط الاخر. ومشروعية[٥٨] هذا الخيار ثابتة بما جاء في الصحيحين عن ابن عمر ﷺ ان رجلا من الانصار يدعى (حبان بن منقذ الانصاري) كان يخدع في البيوع فشكى الى الرسول ﷺ فقال: ((اذا بايعت فقل لاخلابة)) وفي رواية ((فقل: لا خلابة وانت بالخيار في كل سلعة ثلاث ليال))[٥٩].

وقد اتفق جمهور الفقهاء[٦٠] على ان مدة الخيار يجب ان تكون معلومة، اما اذا كانت مجهولة كأن يقول مشترط الخيار: ولي الخيار الى هبوب الريح، او الى نزول المطر او الى الابد او متى شئت، فان مثل هذه الشروط لاتقبل عندهم، لان الشرط ملحق بالعقد فلا تجوز الجهالة فيه، ثم ان الاشتراط على التأبيد او تعليقه فلا يصح باتفاق الجمهور، الا انهم اختلفوا في تحديد اكثر مدة يحق لمشترطيها ان يحددها لكي يعطي رأيه الاخير بامضاء العقد او فسخه وكانت لهم ثلاثة اقوال هي:

القول الاول: اكثر مدة لخيار الشرط ثلاثة ايام ولا يجوز الزيادة عليها، وهذا (ما ذهب اليه ابو حنيفة، وزفر، والشافعي) واستدلوا بما يأتي[٦١].

أ. حديث (حبان بن منقذ) المتقدم.

ووجه الاستدلال به: الاصل ان خيار الشرط مخالف لمقتضى العقد، لان مقتضى العقد اللزوم ووجود الخيار لمدة ثلاثة ايام، لذلك ينبغي التوقف عند تقدير النص.

ب. روي عن انس ﷺ ان رجلاً اشترى بعيراً واشترط الخيار اربعة ايام، فابطل النبي ﷺ البيع وقال (الخيار ثلاثة ايام) [٦٢].

ج. إن تشريع الخيارات تم للحاجة تندفع بثلاثة ايام، ولذلك قدرها النبي ﷺ فلو كانت لا تندفع الا باكثر من الثلاثة لقدرها ﷺ وعلى مذهب الجمهور فانه لو اشترط صاحب الخيار اكثر من ثلاثة ايام، فان شرطه فاسد ومبطل للعقد، ولكن لو اختار بعد ان اشترط ذلك امضاء العقد قبل حلول اليوم الرابع فقد اختلفوا:

فذهب الشافعي وزفر[٦٣]: إلا أن ذلك لا ينفعه لأنه صادف عقداً باطلاً. وحجة الشافعي: ان الزيادة في المدة تتضمن زيادة في الثمن او محاباة، وهذه الزيادة الساقطة من الثمن مجهولة، فتنسحب الجهالة الى الثمن فيفسد البيع، اما حجة زفر من الحنفية فهي: ان العقد الفاسد وبعد ما تقررفساده لا يعود صحيحاً بينما ذهب الحنفية[٦٤]: الى ان البيع يعد صحيحاً ويمضي حكمه وحجته، ان الفساد لم يتطرق الى العقد قبل حلول اليوم الرابع، او لان الشرط الفاسد زال بعد اجازة صاحب الخيار فعاد العقد صحيحاً.

القول الثاني: يجوز اشتراط الخيار لاكثر من ثلاثة ايام وان طالت المدة بشرط ان تكون معلومة وهذا ما يراه (الصاحبان من الحنفية واليه ذهب الحنابلة)[٦٥].

واستدلوا بما يأتي:

١. روي ان ابن عمر ﷺ اجاز الخيار الى شهرين[٦٦].

٢. ان الخيار شرع للحاجة، وبما ان الحاجة تقدر بقدر فأمر تقديرها يعود الى مشترط الخيار[٦٧].

القول الثالث: ان مدة الخيار تتقرر بحسبالحاجة وهذا ما ذهب اليه المالكية[٦٨] وقد فصلوا في ذلك فقالوا: في بيع الدار يجوز تحديد مدة الخيار الى شهر، وفي بيع الدابة الى ثلاثة ايام، اما بيع الفواكه الطرية والخضر فلا يزيد تحديدها على يوم واحد، ومع ذلك فانهم لا يجوزون الافراط في تحديدها الى اجل طويل يزيد عن حاجة اختيار المبيع او رفضه عادة.

مسقطات خيار الشرط:

ذهب الفقهاء[٦٩] الى ان خيار الشرط بالاختيار، وذلك اما ان يكون بلفظ صريح كقوله: اجزت العقد او امضيته، او فسخته او نقضته، واما ان يكون بتصريف دال على الاختيار وهذا يكون من جانب المشتري كأن يعرض البيع او يرهنه او يهبه، كما يسقط الشطر بمضي المدة المقرر للخيار من دون ان يعلن صاحب الخيار الفسخ، ويسقط ايضا بهلاك البيع

بيد البائع او المشتري ويتقرر الضمان كما هو مفضل في كتب الفقهاء ممالا يتسع المجال لعرضه هنا.

حكم العقد خلال مدة الخيار

اتفق الفقهاء[٧٠] على انه اذا كان الخيار للطرفين، فان العقد يبقى موقوفاً عن النفاذ لان الخيار مانع من خروج البدلين عن البائع والمشتري معا. اما اذا كان الخيار لاحدهما فانهم اختلفوا في ملكية المبيع وكما ياتي:

ذهب الحنفية الى انه[٧١]: إذا كان خيار الشرط للبائع وحده، كان العقد غير منعقد في حقه من ناحية ثبوت الحكم، فلا يزول المبيع عن ملكه، والثمن وان خرج عن ملك المشتري اذ ليس له الخيار، فالعقد لا يدخل في ملك البائع.

كذلك اذا كان خيار الشرط للمشتري وحده، فان الثمن لا يخرج عن ملكه، اما المبيع فرغم انه يخرج عن ملك البائع اذ ليس له التصرف فيه، الا انه لا يدخل في ملكه.

وحجة ابي حنيفة رحمه الله ان البدلين لا يمكن ان يجمعا في يَدٍ واحدة لانه مخالف لحكم عقود المبادلة التي تتطلب المساواة بين البائع والمشتري.

أما حجة الصاحبين فهي: انه بعد تقرر خروج الشيء عن ملك صاحبه فانه لايمكن ان يبقى بدون مالك كما هو ثابت في الشرع[٧٢].

وذهب المالكية والشافعية في الاظهر عندهم واحمد في رواية عنه[٧٣] الى ان الملك في مدة خيار الشرط للبائع اذا كان الخيار له وللمشتري اذا كان الخيار له، اذ ان خيار الشرط عندهم لا يخرج ملكية المبيع عن البائع ان كان الخيار له، ولا ملكية الثمن عن المشتري اذا كان الخيار له، بدليل ان البيع الذي فيه خيار عقد قاصر لا ينقل الملك كالهبة قبل القبض.

وذهب الحنابلة في ظاهر مذهبهم، والشافعية في المرجوح عندهم[٧٤]: الا ان الملك ينتقل بنفس العقد، ولا فرق بين كون الخيار لهما او لاحدهما، وحجتهم قول النبي ﷺ: (من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع).

وجه الاستدلال: إن الرسول ﷺ جعل المبيع للمبتاع أي للمشتري بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع.

أ. ولانه بيع صحيح: فنقل الملكية عقبة كالذي لا خيار له.

ب. ولان البيع تمليك بدليل قوله: ملكتك، فثبت به الملك كسائر البيوع.

بقي ان نشير الى مسألة: موت من اشتراط الخيار في اثناء مدته فهل ينتقل حق الاختيار لامضاء العقد او فسخه الى ورثته او لا؟

وللإجابة عن هذا السؤال نقول ان الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة الى اراء:

فذهب المالكية والشافعية الى ان خيار الشرط ينتقل الى ورثة من كان الخيار له، وحجته ان الخيار حق ثابت لضمان صلاحية المال المشترى فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن، ونحوها من الحقوق المالية، فصار كالاجل وخيار الرد بالعيب وخيار التعيين(٧٥).

١. وذهب الحنفية(٧٦) الى ان خيار الشرط لا يورث وانما يسقط بموت صاحبه ويعتبر البيع ماضياً، اذ الخيار مشيئة وارادة وهذا لا يقبل الانتقال الى الورثة، لان الذي ينتقل الى الورثة هو الاعيان.
٢. يرى الحنابلة ان خيار الشرط يبطل بموت صاحبه، ويبقى في مدة الخيار، فيكون حينئذ لورثته(٧٧).

ويلاحظ ان مرجع الخلاف في ميراث خيار الشرط هو: هل الاصل ان الحقوق تورث كالاموال ام لا؟

فالجمهور يرون انتقال الحقوق كالاموال الى الورثة، الا اذا قام دليل على وجود اختلاف بين الحق والمال بالنسبة للارث.

اما الحنفية: فالاصل عندهم ان المال يورث دون الحقوق الا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالاموال(٧٨).

أولاً: خيار العيب.

وهو من قبيل اضافة الشيء الى سببه لان وجود العيب سبب لثبوت هذا الخيار.

وخيار العيب هو: حق العاقد في رد المعقود عليه عند ظهور العيب، وهذا الخيار مشروط دلالة، اذ ان من يشتري شيئاًانما يشترط سلامته وان لم يصرح بذلك، لان الثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص(٧٩) ومشروعية هذا الخيار ثابتة باحاديث عن النبي ﷺ منها:

١. قوله ﷺ (المسلم اخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من اخيه بيعاً وفيه عيب الا بينه له)(٨٠).
٢. حديث عائشة رضي الله عنها ان رجلا ابتاع غلاماً فاقام عنده ما شاء ان يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه الى النبي ﷺ فرده عليه، فقال الرجل يارسول الله، قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: (الخراج بالضمان)(٨١).

حكم البيع: إن حكم البيع للشيء المعيب هو: ثبوت الملك للمشتري في المبيع حال ابرام العقد، لان صيغة العقد مطلقة عن شرط هذا الخيار، وانما يثبت شرط سلامة المبيع مـــن

العيوب دلالة، فاذا لم تتوفر السلامة تاثر العقد في لزومه، لا في اصل حكمه، بخلاف خيار الشرط المنصوص عليه ورد على اصل الحكم هناك، فمنع انعقاده بالنسبة للحكم في مدة الخيار[٨٢].

العيوب الموجبة للخيار:

عرف فقهاء الحنفية الموجب للخيار بانه: كل ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة، ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار، نقصانا فاحشاً او يسيرا، والا فلا. (فاحشاً او يسيراً، والا فلا)[٨٣].

اما المالكية فعرفوه بأنه: مانقص في الخلقية الطبيعية، او عن الخلق الشرعي نقصانا له تاثير في ثمن المبيع، وذلك يختلف باختلاف الازمان والعادات والاشخاص[٨٤].

وعرف الشافعية بانه: كل ما ينقص العين او القيمة، او يفوت به غرض صحيح، اذا غلب في جنس المبيع عدمة[٨٥].

وعند الحنابلة: هو كل نقص موجب لنقص المالية في عادات التجار، لان المبيع صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصا فيها يكون عيباً، والمرجع في ذلك عرف التجار[٨٦].

ومع ان الفقهاء متقاربون في تحديد العيب الموجب للخيار كما هو واضح، الا انهم اختلفوا في تطبيقاتهم على الوقائع في جملة مسائل ابرزها تصرية[*] الابل او الغنم، فعند الجمهور هو عيب موجب للخيار، وعند الاحناف لا يعد عيبا[٨٧].

وحجة الجمهور: حديث رسول الله ﷺ: (من ابتاع شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين: ان شاء امسك، وان شاء رد، ورد معها صاعا من تمر)[٨٨].

اما حجة الاحناف فهي تمثل اعتراضات على ما ذهب اليه الجمهور، حيث قالوا: ان ذلك مخالف لقياس الاصول المعلومة اذ الاصل ان ضمان المثليات بالمثل، والمتقومات بالقيمة والتمر ليس بمثل ولا قيمة للغبن، وان يكون الضمان بقيمة التالف وذلك يختلف، وهنا قدر بالصاع مطلقاً، ولان اللبن ان كان موجوداً عند العقد، فذهب جزء من المعقود عليه من اصل الخلقة، وذلك مانع من الرد، وان حدث بعد الشراء، فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه، وان كان مختلطاً: فما كان موجوداًعند العقد منع الرد وما كان حادثا لم يجب ضمانه، ولانه يلزم من القول بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع اذا كانت قيمة الشاة صاعاً من تمر[٨٩] والذي أراه راجحاً هو ما ذهب اليه الجمهور والله اعلم، لاسناد قولهم الى حديث صحيح عن النبي ﷺ، اما ما احتج به الاحناف فيرد عليه[٩٠]:

١. جواب الاعتراض الاول: ان الضمان لا ينحصر فيما ذكر فان الحر يضمن بالابل في الديات، وهي ليست بمثل ولا قيمة، والجنين بالغرة.
٢. اما الثاني فجوابه: ان الضمان لا يقدر بذلك، كالموضحة فان ارشهامقدر مع اختلافها بالكبر والصغر.
٣. وعن الثالث: ان النقص حصل لاستعلام العيب فلا يمنع.
٤. وعن الرابع: بانه ورد على العادة لاتباع شاة يصاع والاولى ان التمر بدل اللبن لا الشاة فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض.

<u>شروط ثبوت الخيار:</u>

اشترط الفقهاء لثبوت خيار العيب شروطاً اهمها[٩١]:

١. ثبوت وجود العيب عند ابرام العقد او بعد تسليم المبيع الى المشتري، اما اذا حدث العيب بعد ذلك فلا.
٢. جهل المشتري وجود العيب عند ابرام العقد وعند القبض، كان عالماً به عند العقد او عند القبض فلا خيار له، حيث يعد راضياً به دلالة اشبه مشتري العيب.
٣. ان لايزول العيب قبل الرد او قبل الفسخ.
٤. ان لا يكون العيب طفيفاً يمكن ازالته دون مشقه وضرر، كالنجاسة في الثوب، إذ يمكن ازالتها بغسله دون ضرر به.
٥. عدم اشتراط البائع البراءة من العيوب، عند من يصحح ذلك.

فان ثبت وجود العيب فالمشتري بالخيار بين امرين[٩٢]:

أ. ان يختار الفسخ، والامر لا يخلو هنا، اما ان يكون المبيع بيد المشتري، او بيد البائع: فان كان بيد المشتري، فيكفي في ذلك ان يقول المشتري رددت البيع من دون الحاجة الى اللجوء للقضاء او التراضي عند جمهور الفقهاء، بينما يرى الحنفية ان الفسخ يحتاج الى ذلك وعليه مؤنة ارجاعه الى البائع، اما إذا كان المبيع لا يزال بيد البائع، فان البيع ينفسخ بمجرد قول المشتري: رددت البيع ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى التراضي.

ب. واما ان يختار امضاء البيع والامساك بالمعيب، ولكن هل يحق له ان يطلب مع الامساك تعويضاً عن النقص او الضرر؟

ذهب الحنابلة الى انه يحق له ذلك، لانه اطلع على عيب لم يعلمه به، ولانه فاته جزء من المبيع فجاز له طلب التعويض.

بينما يرى الجمهور (الحنفية والشافعية واحمد في رواية عنه) انه لا يجوز له ذلك، وحجتـــــهم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد، ولان البائع لم يرض بزواله

عن ملكه باقل من الثمن المسمى، ولكن لو تعذر الرد، كأن يحدث في المبيع عيب جديد فان له اخذ التعويض عن الضرر.

هل الفسخ بعد ثبوت العيب يكون على الفور ام على التراخي؟

ذهب الحنفية والحنابلة الى ان خيار الرد بالعيب على التراخي، فمتى علم العيب فاخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا[٩٣].

اما الشافعية فقد ذهبوا الى انه يلزمه ان يكون الرد على الفور، الا اذا كان له عذر، كأن يكون مشغولاً في صلاة دخل وقتها، او بأكل حضر، فيمكنه تأخير رد المبيع[٩٤].

حكم الرد مع الزيادة في المبيع:

قد تحصل احياناً زيادة في المبيع بعد العقد بيد المشتري او تحصل له فائدة واختار مع ذلك رد المبيع بسبب ثبوت العيب الذي وجده فيه، فما حكم الرد حينئذ؟

وللاجابة عن ذلك فأن الامر لا يخلو اما ان تكون الزيادة متصلة او ان تكون منفصلة، فان كانت متصلة ومتولدة من الاصل كالسمن والكبر والثمرة قبل الظهور، فان المشتري يرد المبيع مع الزيادة، لتعذر الفصل بينهما باتفاق جمهور الفقهاء[٩٥].

اما اذا كانت الزيادة منفصلة فامان تكون من عين المبيع او من غيره، فان كانت من عين المبيع(كالثمرة واللبن) فهي للمشتري ويرد الأصل بدونها عند المالكية والشافعية والحنابلة، اما ابو حنيفة فيرى ان الزيادة الحاصلة في يد المشتري تمنع الرد، وحجته انها لو رد الاصل دونها فستبقى للمشتري بلا مقابل وهو ممنوع شرعاً لانه ربا[٩٦].

اما اذا كانت الزيادة من غير المبيع مثل كسب العبد وما يوهب له، او اجرة الدابة او السيارة، فإن هذه الزيادة تكون للمشتري مقابل ضمانه لقوله ﷺ: (الخراج بالضمان) المتقدم، ومعناه ان فوائد المبيع للمشتري في مقابله انه لو تلف كان ضمانه، وقيس الثمن على المبيع[٩٧].

المطلب الثاني: اثر الشرط في عقد النكاح:

ان عقد النكاح قد يأتي منجزاً غير معلق على امر المستقبل ولا مضافاً الى زمن المستقبل، الا انه اقترن به شرط زائد يشترطه أحد المتعاقدين لتحقيق منفعة له، ويقبله الطرف الاخر فينعقد العقد لكونه منجزاً، ولكن قد يترتب على هذا الاقتران تأثير في العقد من ناحية صحة الشرط الذي يقترن به او عدم صحته، اذ ليس كل شرط يصح اقترانه بالعقد، وانما لابد ان يكون مما يقضيه العقد، او مؤكداً لمقتضى العقد، او ان يكون اجازه الشارع الحكيم او جرى به العرف الصحيح كما علمنا مما تقدم[٩٨] ولبيان اثر الشرط في عقد النكاح فاننا سنركز على اهم المسائل المتعلقة بهذا الامر، حسب ما تسمح به تحديدات البحث وكما يأتي:

المسألة الاولى: اشتراط المرأة ان يكون الطلاق بيدها:

وصورته: ان تشترط المرأة ان يكون الطلاق بيدها، ويكون اشتراطها ذلك مقترناً بعقد الزواج، أي ان يصدر ايجاب عقد الزواج من المرأة مشروطاً بتفويض الطلاق اليها، ثم يكون القبول من جهة الزوج على وفق الايجاب فما حكم ذلك؟

ذهب جمهور الفقهاء الى صحة ذلك ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت، لان القبول من الرجل قبول للعقد ثم للشرط، ولحديث النبي ﷺ : (ان احق ما وفيتم به من الشرط ما استحللتم به الفروج)[٩٩]. فهذا الشرط وان لم يكن من مقتضى عقد النكاح ولا مؤكداً لمقتضاه، الا ان الشارع الحكيم اجازه.

المسألة الثانية: اشتراط المرأة ان لايتزوج عليها او لا يسافر بها ونحو ذلك:

اذا شرطت المرأة في عقد النكاح ان لايتزوج عليها او لايسافر بها او لايخرجها من دارها، او لا يتفرق بينها وبين ابويها، فما حكم ذلك؟

اتفق الفقهاء على ان العقد صحيح، الا انهم اختلفوا في كون مثل هذه الشروط صحيح ام فاسد وكما يأتي:

١. ذهب جمهور الفقهاء[١٠٠] (ابو حنيفة والشافعي ومالك) الى ان هذه الشروط فاسدة غير ان عقد النكاح لا يفسد بها، واستدلوا بادلة منها:

أ. قوله ﷺ في حديث بريرة: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط) المتقدم.

وجه الاستدلال: ان مثل هذا الشرط ليس في كتاب الله، ولان الشرع لا يقتضيه.

ب. حديث النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالا) المتقدم، ووجه الاستدلال: ان مثل هذا الشرط يحرم الحلال، وهو التزويج والسفر بالمرأة وان تنتقل الى دار الزوج وبلده الذي يقيم به.

ت. ان مثل هذا الشرط يخالف مقتضى العقد فيعد فاسداً، او باطلاً، اما العقد فلا يبطل، لان الشرط هنا لايمنع مقصود العقد، كما لو شرطت ان لاتسلم نفسها.

٢. أما الحنفية فعندهم عقد النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة مطلقاً.

٣. وذهب الامام احمد الى ان هذه الشروط صحيحة، فان لم يف الزوج بها فلها فسخ النكاح، اذ الاصل عند الحنابلة : ان الشروط التي يلزم الوفاء بها في النكاح، هي كل شرط يعود الى الزوجة نفعه وفائدته[١٠١]، واستدلوا بما يأتي:

أ. حديث النبي ﷺ: (ان احق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج) المتقدم.

ب. جاء رجل الى عمر بن الخطاب ﷺ فقال: يا امير المؤمنين تزوجت هذه وشرطت لها دارها، واني اجمع لامري او لشأني ان انتقل الى ارض كذا وكذا فقال: (لها شرطها) فقال الرجل: هلك الرجل، اذ لا تشاء امرأة ان تطلق زوجها الا طلقت، فقال عمر ﷺ: (المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم)، وفي رواية (مقاطع الحقوق عند الشروط)[١٠٢].

ج. ولانه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً كما لو شرطت عليه زيادة في المهر.

والراجح والله اعلم ما يراه الفقهاء من صحة العقد وفساد الشرط او بطلانه، لقوة ادلتهم، فحديث (احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج) لم ينكره الجمهور، وانما حملوه على الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، كاشتراط العشرة بالمعروف والانفاق والكسوة والسكنى، اما شرط عدم الزواج عليها او عدم السفر بها ونحو ذلك فلا ينبغي ان يوفى به، ومما يؤيد هذا ما اخرجه الطبراني في الصغير باسناد حسن عن جابر ﷺ ان النبـــــي ﷺ خطب ام مبشر ام البراء بن معروف، فقالت: اني شرطت لزوجي ان لا اتزوج بعده فقال النبي ﷺ: (ان هذا لا يصلح)[١٠٣]. اما قول عمر ﷺ فقد ذكر ابن حجر العسقلاني انه اختلف عن عمر، فروى ابن وهب باسناد جيد عن (عبيد بن السباق): ان رجلاً تزوج امرأة فشرط لها ان لايخرجها من دارها، فارتفعوا الى عمر ﷺ فوضع الشرط، أي ألغاه وقال (المرأة مع زوجها)[١٠٤]. وهذا ما يرجح رأي الجمهور والله اعلم.

المسألة الثالثة: اشتراط جزء من المهر للأب:

وصورته: كأن يزوج اب ابنته على مهر قدره ألفان، ويشترط الفاً له والفاً لها، او شرط على الزوج جزء يحابى به الاب، فللفقهاء في حكم هذه المسألة اقوال هي:

١. ذهب الحنفية والحنابلة الى ان الشرط لازم والصداق صحيح فيجوز ان يشترط ابو البنت من صداق ابنته لنفسه، واحتجوا بما ياتي[١٠٥]:

أ. قوله تعالى في قصة شعيب عليه السلام: (اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج)[١٠٦].

ب. يجوز للوالد الاخذ من مال ولده لحديث (انت ومالك لابيك)[١٠٧].

ج. حديث النبي ﷺ: (ان اطيب ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من كسبكم)[١٠٨].

وجه الاستدلال: ان الاب هنا شرط لنفسه شيئاً من الصداق، وذلك يعد اخذاً من مال ابنته، وله ذلك بموجب الحديث، وكانا جميعاً مهرها.

وذهب الشافعية الى القول بان الصداق فاسد، ويجب لها مهر المثل[١٠٩].

اما الامام مالك فقد فصل في المسألة فعنده[١١٠]: اذا كان الشرط عند عقد النكاح، فالشرط باطل، ويصير الالفان صداقاً للمرأة، اما اذا كان بعد النكاح فهو له، وهو قول عمر بن عبد العزيز والثوري وابي عبيد، وحجته حديث رسول الله ﷺ: (ايما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن اعطيه واحق ما اكرم الرجل عليه ابنته واخته)[١١١].

وجه الاستدلال: هو وجود التهمة اذا كان الشرط في عقد النكاح، بان يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصاناً من صداق مثلها، اما بعد النكاح وتسمية الصداق فلا تهمة.

المسألة الرابعة: اشتراط المرأة ان يطلق زوجته:

اذا اشترطت المرأة على الرجل في عقد النكاح ان يطلق زوجته، فان هذا الشرط باطل ومفسد للعقد عند جماهير الفقهاء[١١٢] وخالف في ذلك ابو الخطاب اذ يرى ان ذلك يعد شرطا لازما لانه لا ينافي العقد، ولها فيه مصلحة، فاشبه ما لو شرطت عليه ان لايتزوج عليها، الا ان ابن قدامة عارضه قائلاً (لم ار هذا لغيره) اذ ان النهي في الحديث يقتضي فساد المنهي عنه، ثم انها شرطت عليه فسخ عقده وابطال حقه وحق امرأته فلم يصح، كما لو شرطت عليه فسخ بيع[١١٣].

اما ابن حبيب فزعم ان العلماء حملوا النهي في الحديث على الندب، وعنده لو فعل ذلك لم يفسخ النكاح، وتعقبه ابن بطال، الا انه يرى بأن نفي الحل في الحديث صريح في التحريم، ولكن لا يلزم منه فسخ النكاح، وانما فيه التغليظ على المرأة ان تسأل طلاق الاخرى ولترض بما قسم الله لها[١١٤].

والذي ارجحه هو ما ذهب إليه الجمهور من ان الشرط باطل والعقد فاسد، لقوة حجتهم، ولكن ان كانت هناك مبررات صحيحة تبرر مثل هذا الشرط فجائز والله اعلم، كأن تكون هناك ريبة من سوء سلوك او سمعة في زوجته الاولى لا ينبغي معها ان تستمر في عصمته، ويكون ذلك على سبيل النصيحة المحضة.

المسألة الخامسة: اشتراط احد الزوجين ان يكون الاخر على صفة فبان خلافها:

اذا اشترط الرجل او المرأة في كل منهما صفة معينة: كالحرية او الجمال او المال او النسب، وبعد العقد بان خلافهما، فما حكم ذلك؟

للعلماء تفصيلات كثيرة في هذه المسألة خلاصتها ما يأتي:

الامر لايخلو اما ان يكون الرجل هو المشترط او ان تكون المرأة:

١. اذا كان الرجل هو الذي اشترط صفة معينة في المرأة فبان خلافها، فذهب جمهور الفقهاء في الرأي الراجح عندهم الى انها اذا بانت على صفة ادنى مما شرطه: كأن اشترط ان تكون حرة فبانت امة، او بكراً فبانت ثيباً، او جميلة فبانت قبيحة، ونحو ذلك فله الخيار في فسخ النكاح، واحتجو[١١٥]: بحديث (المسلمون على شروطهم) المتقدم، وبأن الصفة مقصودة كالعين، واختلاف العين يبطل العقد، فكذلك اختلاف الصفة.

وذهب ابو اسحاق الى انه اذا شرط ان تكون حرة، فبانت امة وهو عبد، فلا خيار لانه مثلها، والى هذا ذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة، واعترض الجمهور على هذا الرأي بانه، لا فرق بين ان يكون عبداً او حراً، لان عليه ضرراً لم يرض به، وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها في النهار[١٦٦].

٢. اما اذا بانت على صفة اعلى مما اشترطه، كأن اشترط ان تكون امة فبانت حرة، او ثيباً فبانت بكراً، او اعجمية فبانت عربية، ونحو ذلك، فليس له الخيار.

اما اذا كانت المرأة هي التي اشترطت صفة في الرجل فبان خلافها: فذهب جمهور الفقهاء[١٧٧]: الى انه اذا بان دون ما شرطت وكان عليها فيه نقص، كأن شرطت انه حر فبان عبداً وهي حرة، او جميل فبان قبيحاً، او عربي فبان عجمياً وهي عربية، ونحو ذلك، ثبت لها الخيار في فسخ العقد، اما اذا لم يكن عليها فيه نقص، بأن خرج عجمياً وهي عجمية، او عبداً وهي امة ونحو ذلك، فلا خيار لها، اذ لانقص عليها في حق ولا كفاءة.

في حين ذهب الشافعية والحنابلة في رأي مرجوح عندهم، الى ان لها الخيار ايضاً لانها لم ترض به عند العقد[١١٨].

المسألة السادسة: اشتراط نفي المهر:

وصورته ان يتزوج رجل من امرأة ويقول لها: تزوجتك على ان لا مهر لك فتقول: قبلت فما حكم ذلك؟

ذهب عامة الفقهاء[١١٩] الى ان هذا الشرط باطل، ويجب لها مهر المثل، لان الصداق حق خالص للمرأة ثبت بالقرآن والسنة:

فمن القرآن: أ. قوله تعالى: ﴿**وَآتُواْ النَّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**﴾[١٢٠].

ب. وقوله سبحانه: ﴿**فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾[١٢١].

ومن السنة: وردت في السنة احاديث صحيحة تدل على وجوب المهر للمرأة على الرجل منها.

أ. عن انس ﷺ ان رسول الله ﷺ: (رأى على عبد الرحمن بن عوف درع زعفران فقال النبي ﷺ: (ميهم؟ فقال: يارسول الله تزوجت امرأة، فقال: وما أصدقتها؟ قال: وزن نواة من ذهب، فقال: بارك الله لك، أولم بشاة)[١٢٢].

ب. روي ان ابن مسعود سئل عن امرأة تزوجت برجل ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل حتى مات؟ فقال ابن مسعود ﷺ: (لها صداق نسائها لاوكس ولا شطط وعليها العدة، ولها الميراث، فقام (معقل بن سنان) فقال قضى رسول الله ﷺ بمثل ما قضيت ففرح بها ابن مسعود ﷺ[١٢٣] ، فالمهر لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت. ثم ان شرط نفي المهر باطل لمنافاته مقتضى العقد، وتضمنه اسقاط حق يجب قبل انعقاده، وقد اجمع الفقهاء على ان للمرأة الحق في ان تمنع من دخول الزوج عليها وان تمنعه نفسها حتى يعطيها مهرها)(١٢٤).

المسألة السابعة: فسخ العقد بظهور العيب.

وصورتها: ان يظهر بعد العقد في احد الزوجين عيب، فهل للطرف الاخر الحق في طلب التفريق؟

علمنا مما تقدم ان هناك شروطاً مقترنة بالعقد تثبت دلالة وان لم ينص عليها فيه، كسلامة المبيع من العيب لذلك اثبت الفقهاء خيار رد المبيع بالعيب، كذلك الحال في عقد النكاح، اذ يثبت به دلالة اشتراط سلامة الطرفين من أي عيب يلحق ضرراً بالطرف الاخر، او يفوت عليه مصلحة، فيجعل الحياة الزوجية معدومة الفائدة والثمرة، وتناول الفقهاء هذه المسألة، فاختلفوا في جواز التفريق للعيب اختلافا كبيراً خلاصته ما يأتي:

١. ذهب الظاهرية ومن وافقهم الى عدم جواز التفريق لاي من الزوجين بسبب العيب الذي يجده في الاخر، لانه لم يصح عندهم ما يصلح ان يكون دليلاً على ذلك[١٢٥].
٢. ذهب جمهور الفقهاء[١٢٦] الى انه يثبت هذاالحق اذا ظهر بأحد الزوجين عيب يلحق ضرراً بالاخر، الا انهم اختلفوا في مسألتين (احدهما) لمن يثبت هذا الحق منهما (الثانية) في العيوب التي يثبت بها حق التفريق.

أما المسألة الأولى:

أ. فذهب الحنفية والحسن البصري وعطاء بن ابي الرباح: الى ان حق الخيار يثبت للمرأة بالعيوب دون الزوج[١٢٧].

ب. وذهب الجمهور (الشافعية والمالكية والحنابلة) الى ان هذا الحق يثبت لكل منهما، وهو مروي عن عدد من الصحابة منهم: عمر وعلي وابن عمر وابن عباس ﷺ[١٢٨] وهو ما نرجحه، لان تفويت حق الاستمتاع يلحق الرجل مثلمايلحق المرأة، ولان ذلك يخالف مقتضى عقد النكاح.

اما المسألة الثانية: فللفقهاء فيها ثلاثة اقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء[١٢٩]: الشافعي ومالك واحمد الى ان العيوب التي يثبت بها حق التفريق هي (الجنون والجذام والبرص وعيوب- الفرج التي تمنع الوطء) فاذا وجد الرجل امرأته بها جذام، او مجنونةاو قرناء، او برصاء او رتقاء، ثبت له الخيار في فسخ النكاح، وكذا المرأة اذا وجدت زوجها مجنوناً او به جذام او برص او عنياً او مجبوباً[**]، فلها الخيار في فسخ النكاح.

واستدلوا بما يأتي:

أ- روى زيد بن كعب بن عجرة قال: تزوج رسول الله ﷺ أمرأة من بني غفار، فرأى بكشحها بياضاً، فقال لها النبي ﷺ: (البسي ثيابك والحقي بأهلك)[١٣٠].

ب- ومن المعقول: أن للمرأة أحد العوضين في النكاح، فجاز ردها بعيب كالصداق، والرجل أحد الزوجين، فثبت له الخيار بالعيب في الآخرة كالمرأة، ولان الجب والرتق ونحوهما يمنع المقصود من عقد النكاح وهو الوطء، اما الجذام والبرص فهذه علل توجب نفرة تمنع التقرب الى المعلول بها خشية انتقال العلة اليه أو الى نسله، والمجنون يخاف منه الجناية، فصار كالمانع الحسي[١٣١].

القول الثاني: وهو قول أبي حنيفة وابي يوسف أن العيوب التي تجعل الحق للزوجة في طلب التفريق هي: الجب والعنه والخصاء، واحتجا على ذلك بان الاصل عدم الخيار، لما فيه من إبطال حق الزوج، وانما يثبت في الجب والعنه، فأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح، والعيوب الأخرى كالجذام والبرص ونحوهما غير مخلة به فافترقا[١٣٢].

القول الثالث: وهو قول محمد بن الحسن الشيباني (صاحب أبي حنيفة) وهو مشابه لقول أبي حنيفة وابي يوسف، إلا انه زاد عليه الجذام والجنون والبرص، فمن وجدت في زوجها عيباً من هذه العيوب فأن لها الخيار في فسخ العقد كما في الجب والعن[١٣٣].

والذي نرجحه هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهم الجمهور، لقوة أدلتهم وواقعية رأيهم، إذ العلل التي ذكروها، تنفر منها النفوس غالباً، وخير دليل على ذلك ما قاله رسول الله ﷺ للمرأة التي تزوجها من بني غفار بمجرد أن رأى بياضا بكشحها- وهو جزء من البطن عند الخاصرة:- (البسي ثيابك والحقي بأهلك) فضلاً عن احتمال الإصابة بالعدوى حيث قال ﷺ: (فر من المجذوم فرارك من الاسد)[١٣٤] أو انتقال العلة إلى نسله، اما المجنون ففي استمرار العلاقة به والتعايش معه خطر في بعض

الاحيان، إضافة الى تقصيره بواجباته تجاه الطرف الاخر، كل ذلك يرجح القول الأول والله اعلم.

ثم ان الفقهاء ذكرواشروطاً للتفريق بالعيب هي: [١٣٥]

١- أن تكون الزوجة بالغة رشيدة وهي التي تتقدم بطلب إلى القضاء تطلب التفريق إن كانت العلة في زوجها، أما إذا كانت صغيرة فلا يصح أن يتقدم وليها بطلب التفريق، لاحتمال أن ترض بالعيب بعد بلوغها.

٢- أن لا يصدرمنها ما يدل على الرضا بالعيب.

٣- ان لا تكون هي مصابة بعيوب تمنع من مخالطتها، لان إمساكها حينئذ لا يلحق ضرراً بها.

٤- أن يكون العنين ومن في معناه بالغاً، فأن كان صبياً أمهل الى وقت البلوغ، لاحتمال ان يكون عجزه بسبب صغره، فاذا بلغ ولم يقدر على المباشرة، أمهله القاضي سنة قمرية، وبهذا قضى عمر وعلي ﷺ، ولان العجز قد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة، فإذا مضت عليه الفصول الاربعة، واختلفت عليه تغيرات الطقس ولم يزل، دل على أنه خلقة، وفات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان، أما اذا كان دون مرحلة الصبا فأنه لايمهل لعدم الفائدة.

٥- أن لايكون العنين ومن حكمه قد وطىء زوجته في هذا النكاح، أما إذا وطئها ولو مرة واحدة، ثم عجز عنه بعد ذلك فلا يحق لها طلب التفريق، والى هذا ذهب الجمهور، وحجتهم: أن القدرة على الوطء في هذا النكاح قد تحقق يقيناً، فلا تترك بالاجتهاد، وان حقوق الزوجة من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد، وقد وجد منه.

في حين ذهب أبو ثور إلى: أنه يؤجل سنة ايضاً، فأن قدر على الوطء، وإلا فلها الحق في فسخ النكاح[١٣٦].

والذي نراه راجحاً هو ما ذهب اليه أبو ثور، فأن العنه الذي طرأ بعد ذلك تسبب من الضرر للزوجة بقدر ما تحققه العنه المطلقة، فضلاً عن انه في الوقت الحاضر ونتيجة لتطور الطب وإمكاناته في دقة التشخيص لمثل هذه الحالة، أصبح من الممكن التحقق من كونه عنيناً أو لا، وهل أن حالته راجعة الى سبب نفسي ام الى مرض عضوي، وهل من الممكن الشفاء منها ام لا، وبدقة متناهية، وبذا لا تبقى حجة بالقول، أن الوطء تحقق يقيناً فلا يترك بالاجتهاد والله اعلم.

المسألة الثامنة: اشتراط التوقيت في العقد:

كأن يشترط احد الطرفين في عقد النكاح توقيتاً محدداً بمدة معينة فيوافقه الآخر وهذا يسمى (نكاح المتعة) فما حكم ذلك؟

ابتداءً نقول أن هذا النوع من الزواج كان جائزاً في صدر الاسلام للضرورة ولما تتطلبه مرحلة نشر الدين الحنيف، وذلك لانشغال المسلمين بالغزوات ومحاربة أعداء الدين، وبقائهم مدة طويلة بعيدين عن ازواجهم، جاء في صحيح البخاري: حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا جرير عن اسماعيل، عن قيس قال: قال عبدالله: (كنا نغزو مع رسول الله ﷺ وليس لنا شيء فقلنا أنستخصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب، ثم قرأ علينا: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تُحَرِّمُواْ طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللّهُ لَكُمْ..)**[١٣٧] ثم حرم رسول الله ﷺ نكاح المتعة بعد ذلك في فتح مكة على ارجح الروايات، وقيل في غزوة خيبر، وقيل في حجة الوداع[١٣٨]، وقد اجمع العلماء على تحريم نكاح المتعة، واشترطوا التأبيد في صحة عقد النكاح.

واستدلوا بأدلة منها[١٣٩]:

١- أخرج الإمام مسلم وأحمد أن رسول الله ﷺ خطب في الناس بعد فتح مكة فقال: (ايها الناس اني كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء، وان الله حرم ذلك الى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً)[١٤٠].

٢- أن النبي ﷺ أكد تحريم نكاح المتعة في حجة الوداع، فقد أخرج الإمام مسلم والإمام احمد عن الربيع بن سبرة الجهني عن أبيه، انه قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في حجة الوداع... فسمعت رسول الله ﷺ وهو على المنبر يقول: (من كان منكم تزوج امرأة الى أجل فليعطها ما سمى لها ولا يسترجع مما اعطاها شيئاً وليفارقها، فأن الله تعالى قد حرمها عليكم الى يوم القيامة)[١٤١].

٣- روي أن عليا ﷺ ما زال يجيزه، فقال له: (إن النبي ﷺ نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الاهلية زمن خيبر) وللحديث طرق عدة بأسانيد متعددة، فرجع ابن عباس ﷺ عن ذلك وحرمها[١٤٢].

٤- انه عقد شرع مطلقاً فلم يصح مؤقتاً كالبيع، إضافة إلى أنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة، فكان باطلاً، كسائر الانكحة الباطلة[١٤٣].

ولم يخالف في ذلك إلا الشيعة الأمامية، فأنهم أجازوا نكاح المتعة، ولا يرون نشخه[١٤٤].

والراجح هو ما ذهب اليه عامة الفقهاء، لانه معزز بالسنة الصحيحة واجماع الصحابة وهم اعلم من غيرهم باحكام الشريعة، ورأيهم موافق لحكمة الشارع ومقاصد الشريعة في حفظ النسل، والقول بإباحة نكاح المتعة يؤدي الى الاضرار بنظام الأسر وبه ضياع الانساب، وتفشي الفاحشة، وهذا ما لايقره الشرع والشارع الحكيم.

.....

الخاتمـــــة

بعد أن انهيت بحثي هذا لابد لي من إيجاز اهم النتائج التي توصلت اليها وكما يأتي:

أولاً: في المبحث الأول:

١- بينت أن علماء أصول الفقه عرفوا الشرط بتعريفات تكاد تكون مترادفة اذ تنص على أن الشرط ما يتوقف الشيء على وجوده، وكان خارجاً عن ماهيته، ولكن يلزم من عدمه العدم، كالطهارة للصلاة.

٢- بينت أن الشرط يعد من خطاب الوضع وهو: خطاب الله الجاعل شيئاً سبباً لشيء اخر او شرطاً له او منعاً منه.

٣- وعند تناولي لأقسام الشرط وجدت ان علماء الاصول قسموه الى اقسام عدة باعتبارات مختلفة أهمها تقسيمهم له من حيث ارتباطه بالسبب والمسبب، ومن حيث مصدر اشتراطه: الى شرط شرعي وشرط جعلي وهذا الاخير هو ما كان مصدر اشتراطه إرادة الانسان المكلف المنفردة وهو نوعان (الاول): ما يتوقف عليه وجود العقد كتعليق الكفالة على عجز المدين عن الوفاء، و(الثاني): الشرط المقترن بالعقد، وهو ما يشترطه أحد المتعاقدين في العقد ويقبله الطرف الاخر، ولكون هذه المسألة هي جوهر البحث فقد توسعت فيها، ووجدت ان الفقهاء انقسموا بين مضيق لاقتران الشرط بالعقد وهم الظاهرية، وموسع له وهم الحنابلة، ومتوسط وهم جمهور الفقهاء.

٤- وفي بحثنا لتقسيمات الفقهاء للشروط توصلت الى ان الحنفية قسموه الى ثلاثة أقسام (صحيح وفاسد وباطل) في حين ان الجمهور قسموه الى قسمين (صحيح وباطل) فلا فرق عندهم بين الباطل والفاسد.

٥- وعند بحثنا لحكم الشرط المقترن بالعقد تبين لي ان الفقهاء اتفقوا على انه اذا كـــان الشرط صحيحـــاً، التحـــق بأصـــل العقد ووجب الوفاء به على من التزمه أما اذا كان

فاسداً أو باطلاً فقد اختلفوا تبعاً لمذهب كل منهم في هذه المسألة: فالظاهرية، يعدونه مبطلا للعقد، أما الشافعية فعندهم ان الشرط اذا كان مخالفاً لمقتضى العقد، وليس فيه مصلحة فأنه فاسد ومبطل للعقد، بينما يرى المالكية انه اذا كان يولد غرراً كبيراً فانه يفسد العقد، في حين ان الحنابلة لهم رأيان أرجحهما أن العقد لا يبطله الشرط الواحد الا اذا كان يناقض العقد مناقضة صريحة، وقد ترجح لنا ما ذهب اليه الموسعون لان المسألة منضبطة، وفي ذلك رفع للحجر عن الناس.

ثانياً: أما المبحث الثاني، فتناولت فيه اثر الشرط في عقد البيع وعقد النكاح وذلك في مطلبين:

١- المطلب الاول خصصته لبحث اثر الشرط في البيع من خلال بعض المسائل بوصفها في مطلبين:

أ. اشتراط البائع نفع المبيع مدة معلومة، ورجحت ما ذهب اليه الامام مالك بجواز ذلك اذا كانت المدة قصيرة، وإلا فلا.

ب. اشتراط البائع أن يبيعه المشتري شيئاً اخر او يقرضه، أو يهبه أو يسلفه او نحو ذلك، وتبين أن عامة الفقهاء قالوا بان ذلك مبطل للبيع بحديث (لايحل سلف وبيع).

ج. البيع بشرط العتق، وبينت أن الفقهاء متفقون على صحة العقد وفساد الشرط .

د. البيع بشرط البراءة من العيوب، وتوصلت الى ان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك، فالحنفية يرون أنه اذا قال البائع (ابيعك على أني بريء من كل عيب به)، فالبيع صحيح، اما اذا قال (ابيعك بشرط البراءة من كل عيب مطلقاً) فقد اختلفوا في حكمه، أما الشافعية فلهم ثلاثة أقوال ارجحها عندهم ان البائع لا يبرأ الا من العيب الباطن في الحيوان، في حين يرى الإمام مالك، أن البراءة جائزة أرجحها عندهم انه يبرأ من كل عيب مطلقاً.

هـ. خيار الشرط، وتبين لي أن عامة الفقهاء اتفقوا على أن مدة الخيار يجب أن تكون معلومة، وأن الشافعية، وأبا حنيفة ومن وافقهم حددوها بثلاثة أيام فقط أما المالكية فعندهم أن يتقرر بحسب الحاجة.

و. خيار العيب: وهو مشروط دلالة، وأن الفقهاء حددوا العيب الموجب للفسخ بأنه كل ما ينقص العين او القيمة او يفوت غرضاً صحيحاً والمعتبر في ذلك عرف التجار.

٢- اما المطلب الثاني فبحثت فيه أثر الشرط في عقد النكاح وتناولت ذلك في مسائل كنماذج تطبيقيه وكما يأتي:

المسألة الاولى: اشتراط المرأة ان يكون الطلاق بيدها، فقد ذهب جمهور الفقهاء الى صحة الشرط والعقد معاً.

المسألة الثانية: اشتراط المرأة ان لايتزوج عليها او لا يسافر بها، وتبين لي أن الفقهاء اتفقوا على صحة العقد الا انهم اختلفوا في صحة الشرط وفساده فذهب الجمهور الى ان العقد صحيح والشرط فاسد، وان الأحناف عندهم أن الانكحة لا تسقط بشرط فاسد.

٣- اشتراط جزء من المهر للأب، فالحنفية والحنابلة جوزوا ذلك، بينما يرى الشافعية أن الصداق فاسد ولها مهر المثل، أما الإمام مالك فقال (إن كان عند العقد فباطل والجميع للمرأة وان كان بعده فهو له)، لاحتمال التهمة.

٤- اشتراط المرأة ان يطلق زوجته، ووجدت أن جمهور العلماء عدوا الشرط باطلاً ومفسداً للعقد.

٥- اشتراط احد الزوجين ان يكون الآخر على صفة فبان خلافها.

ووجدت ان جمهور الفقهاء في الراجح عندهم اذا كان الزوج هو المشترط فان بانت على صفة أدنى مما شرطه فله الخيار في فسخ العقد، أما إذا بانت على صفة أعلى فلا، أما اذا كانت المرأة هي التي اشترطت فبان أدنى مما اشترطت، فان كان يلحقها بذلك نقص فلها الخيار، وإلا فلا.

٦- اشتراط نفي المهر ووجدت ان عامة الفقهاء قالوا: الشرط باطل ولها مهر المثل.

٧- ظهور عيب في احد الزوجين، وبينت ان جمهور الفقهاءاتفقوا على ان للطرف الاخر حق طلب التفريق، الا انهم اختلفوا في مسألتين (الاولى) لمن يثبت هذا الحق منهما؟ فذهب الاحناف الى انه للزوجة فقط، في حين يرى الجمهور انه لكليهما، و(الثانية) العيوب التي يثبت بها حق التفريق؟ فذهب ابو حنيفة وابو يوسف الى انها: الجب والعنه والخصاء وأضاف محمد بن الحسن اليها الجذام والبرص والجنون، في حين يرى الجمهور أنها الجنون والجذام والبرص وعيوب الفرج التي تمنع الوطء وهو ما رجحناه.

٨- اشتراط التوقيت في العقد، (نكاح المتعة) بينت ان عامة الفقهاء ذهبوا الى انه رخص به رسول الله ﷺ في بداية الدعوة الاسلامية للضرورة ثم حرمه عام الفتح او خيبر على خلاف بين العلماء، وخالف في ذلك الامامية حيث لا يرون نسخ حكمه. ورجحت رأي عامة العلماء.

تلك بايجاز اهم النتائج التي تضمنها البحث، وبذا لعلي جمعت خيوط البحث كاملة في هـــــذه المسألة، فـــإن أصبـــت فللـــه الحمـــد وان أخطـــأت فحسبـــــي مـــــا بذلـــت

من جهد وأخلصت من نية، والكمال لله وحده وهو ولي التوفيق، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

فهرست المصـــادر

١- الإبهاج في شرح المناهج، للسبكي، علي بن عبد الكافي، ط/١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٤.

٢- الإجماع، لابن المنذر، تحقيق، د. فؤاد عبد المنعم احمد ، ط/ ٢، قطر ١٤٠٧- ١٩٨٧م.

٣- الأحكام، للآمدي، علي بن محمد، ط/١، دار الكتاب العربي، بيروت ١٤٠٤.

٤- الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، د. احمد عبيد الكبيسي، مطبعة الارشاد، بغداد ١٩٧٠.

٥- إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، للشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ط/١، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢- ١٩٩٢م.

٦- الأشباه والنظائر، لابن النجيم، زين العابدين بن ابراهيم، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٣٨٧- ١٩٦٨م.

٧- الأشباه والنظائر للسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، ط/ ١، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٣.

٨- اصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ط/١، دار القلم، الكويت، ١٩٧٢م.

٩- إعلام الموقعين، لابن القيم الجوزية، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م، وط/ المكتبة العصرية، صيدا بيروت، ١٤٠٧- ١٩٨٧م.

١٠- الأم، للشافعي الامام محمد بن ادريس، ط/ مصورة عن طبعة بولاق، ١٣٢١.

١١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن النجيم، الشيخ زين الدين، دار المعرفة، بيروت.

١٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، ط/١، وط/٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.

١٣- بداية المبتدي للمرغيناني، علي بن ابي بكر بن عبد الجليل، ط/١، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ١٣٥٥.

١٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد القرطبي، محمد بن أحمد ط/١، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ١٣٣٩، وط دار الفكر، بيروت.

١٥- حاشية ابن عابدين، الشيخ محمد امين ط/٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٨٦، والطبعة المصورة عن الطبعة الميمنية، القاهرة.

١٦- حاشية الدسوقي، للشيخ محد عرفة تحقيق محمد عليش مطبعة البابي الحلبي مصر وط، دار الفكر، بيروت.
١٧- حواشي الشيرواني، عبد الحميد الشيرواني، دار الفكر، بيروت.
١٨- الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت.
١٩- التاج والإكليل للشيخ محمد بن يوسف دار الفكر بيروت ١٣٩٨.
٢٠- التعريفات للجرجاني، علي بن محمد بن علي ط/١، دار الكتاب العربي، بيروت ١٤٠٥.
٢١- روضة الطالبين، ط/٢، المكتب الإسلامي، بيروت ١٤٠٥.
٢٢- سبل السلام، للصنعاني، محمد بن اسماعيل ، ط/٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٣- سنن ابي داود، راجعه، محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت.
٢٤- سنن ابن ماجة راجعه محمد فؤاد عبد الباقي دار الفكر، بيروت.
٢٥- سنن الترمذي لابي عيسى، ط/١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨- ١٩٨٧، وط/ دار احياء التراث، بيروت.
٢٦- السنن الكبرى للبيهقي، مكة المكرمة، ١٤١٤- ١٨٨٤.
٢٧- شرح فتح القدير للسيواسي محمد بن عبد الواحد، ط/٢، دار الفكر، بيروت.
٢٨- الشرح الكبير، للدردير، سيدي احمد ابو البركات مطبعة البابي الحلبي، مصر وط، دار الفكر، بيروت.
٢٩- صحيح ابن حبان، راجعه، شعيب الارناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٤- ١٩٩٣.
٣٠- صحيح البخاري، محمد بن اسماعيل، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٨- ١٩٨٧.
٣١- صحيح مسلم، راجعه محمدفؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث، بيروت ١٣٧٤- ١٩٥٤.
٣٢- فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، دار المعرفة بيروت، ١٣٧٩.
٣٣- فتح القدير، للكمال بن الهمام، دار الفكر، بيروت.
٣٤- الفروع للمقدسي، محمد بن مفلح ابو عبدالله ط،/١، دار المعرفة العلمية، بيروت، ١٤١٨.
٣٥- الفقه الاسلامي في اسلوبه الجديد، د. وهبه الزحيلي، ط/ ٢، دار الفكر.
٣٦- فلسفة نظام الاسرة في الاسلام، د. احمد عبيد الكبيسي، ط/١، مكتبة المكتبة، ابو ظبي ١٩٨٠.

٣٧- القوانين الفقهية، لابن جزي، محمد بن احمد الغرناطي، مطبعة النهضة، تونس.
٣٨- الكافي،لابن عبد البر، يوسف بن عبدالله القرطبي، ط/٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٧.
٣٩- كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، تحقيق، محمد قاسم، مكتبة ابن تيمية.
٤٠- لسان العرب، لابن منظور، ط/ بولاق، مصر، ١٣٠٠.
٤١- المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦.
٤٢- المبدع ، لابي اسحاق، ابراهيم بن محمد بن عبدالله، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٤٠٠.
٤٣- المجتبى من السنن، احمد الاشعث، حلب، ١٤٠٦- ١٩٨٦.
٤٤- المجموع شرح المذهب، للنووي، تحقيق، محمود مطروحي، ط/١، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧- ١٩٩٦.
٤٥- المحلى، لابن حزم الظاهري، دار الافاق الجديدة، بيروت.
٤٦- مختار الصحاح، للرازي، محمد بن ابي بكر، دار احياء التراث العربي، القاهرة.
٤٧- المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل، عبد القادر بن بدران الدمشقي، ط/٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠١.
٤٨- المدونة، للامام مالك بن انس، دار صادر، بيروت.
٤٩- المرأة في الفقه الاسلامي، د. جمال محمد فقي، مطبعة جامعة الموصل، العراق، ١٤٠٦- ١٩٨٦.
٥٠- المستدرك على الصحيحين، للحاكم، محمد بن عبدالله، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١- ١٩٩٠.
٥١- مسند الامام احمد، ط/ مصورة عن الطبعة الميمنية، مؤسسة قرطبة، مصر.
٥٢- المعجم الكبير للطبراني، مكتبة العلوم والحكم، الموصل ١٤٠٤- ١٩٨٣.
٥٣- مغني المحتاج للشربيني، محمد الخطيب، دار الفكر، بيروت.
٥٤- المغني، لابن قدامة المقدسي، ط/١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥، والمغني مع الشرح الكبير، ط/٣، دار المنار، ١٣٦٧.
٥٥- منهاج الطالبين للنووي يحيى بن شرف ابو زكريا دار المعرفة بيروت.
٥٦- الموطأ، للامام مالك بن انس تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، وط/١، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ١٩٧٩.
٥٧- الموافقات، للشاطبي، ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، تحقيق، عبدالله دراز، دار المعرفة، بيروت.

٥٨- المهذب، لابي الشيرازي، مطبعة البابي الحلبي، مصر، وط/ دار الفكر، بيروت.
٥٩- نيل الاوطار للشوكاني محمد بن علي، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣.
٦٠- الهداية، للمرغيناني، علي بن ابي بكر، المكتبة الاسلامية، بيروت.
٦١- الوجيز في اصول الفقة، د. عبد الكريم زيدان، ط،٤، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.
٦٢- الوسيط، للغزالي، محمد بن حامد، ط/١، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧.
٦٣- الفتاوى الكبرى، ٣/٣٥٥.

الهوامـــــش

(١) انظر لسان العرب، ٢٣٩. مختار الصحاح، ٣٣٤.

(٢) انظر: الموافقات، للشاطبي، ١/ ٢٦٢. التعريفات، للجرجاني، ١٦٦/١، الاحكام للآمدي، ٢/ ٢٤٩، الوجيز في اصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ٥٩.

(٣) إرشاد الفحول، ص٧.

(٤) انظر الموافقات للشاطبي، ١/ ١٨٧، الابهاج للسبكي، ١٧٩/١.

(٥) الإبهاج، ١/ ١٧٩.

(٦) المدخل الى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن بدران، ١/ ١٥٨.

(٧) انظر: اصول الفقه عبد الوهاب خلاف، ١٤٠. الوجيز في اصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ١٤٠. اصول الفقه، د. حمد الكبيسي، ٦٩.

(٨) انظر: المصادر السابقة، الصفحات نفسها.

(٩) المحلى ٤١٤/٨.

(١٠) أخرجه الشيخان واللفظ لمسلم، انظر: البخاري مع الفتح، ١٩٤/٥، صحيح مسلم، ١١٤٢/٢، وأخرجه البيهقي، السنن الكبرى، ٣/ ١٩٥- ١٩٦.

(١١) انظر: المحلى ٤١٤/٨.

(١٢) انظر: مجموع الفتاوى ١٤٨/٢٩، إعلام الموقعين، ٣٤/٢.

(١٣) سنن النسائي، ٢٨٨/٧، سنن الترمذي، ٥٣٥/٣- ٥٣٦. سبل السلام، ١٦/٣. نيل الاوطار، ١٩٠/٥.

(١٤) مجموع الفتاوى، ٣٠/ ٨٣-٨٤. اعلام الموقعين، ١٢٩/٣.

(١٥) المستدرك، للحاكم، ٥٧/٢ و١١٣/٤، الترمذي، ٦٣٤/٣. سنن ابي داوود، ٣٠٤/٣ السنن الكبرى، للبيهقي، ٧٩/٦.

(١٦) صحيح البخاري، ٩٦٨/٢. صحيح مسلم، ١٢٢٣/٣.

(١٧) أخرجه البخاري، أنظر صحيح البخاري، ٩٧٠/٢، و١٩٧٨/٥. فتح الباري، ٢١٧/٩.

(١٨) حاشية الدسوقي ٥٦/٣، بداية المجتهد، ١٥٩/٢، بلغة السالك، ٣٥/٢، تحفة المختار، ٢٩٧/٤. الاشباه والنظائر، للسيوطي، ٤٥٣٠.

(١٩) انظر تفصيل ذلك: بدائع الصنائع، ١٦٨/٥-١٧٢. المبسوط، ١٣/١٣-١٨. فتح القدير، ٢١٤/٥، وما بعدها. حاشية ابن عابدين، ١٣٥/٤، الاشباه والنظائر، لابن النجيم، ٣٦٧- ٣٦٨، وانظر: الفقه الاسلامي في اسلوبه الجديد، د. وهبة الزحيلي، ٢/ ٢٧٧.

(٢٠) انظر حاشية ابن عابدين، ١٣٤/٤. شرح فتح القدير، ٤٣٣/٦.

(٢١) شرح فتح القدير، ٤٣٣/٦.

(٢٢) انظر: المذهب، ١٦٨/١. وما بعدها. المجموع، ٣٤٦/٩ وما بعدها.

(٢٣) انظر: المجموع، ٣٤٧/٩.

(٢٤) بداية المجتهد، ١٢٠/٢-١٢١، الشرح الكبير، للدردير، ٦٥/٣.التاج والإكليل، ٣٧٢/٤.

(٢٥) انظر: المغني، لابن قدامة٢٢٤/٤- ٢٢٦. والحديث أخرجه الترمذي والنسائي من حديث عبدالله بن عمرو، وقال الترمذي: (حديث حسن صحيح) انظر: سنن الترمذي، ٣/ ٥٣٥- ٥٣٦، سنن النسائي، ٢٨٨/٧، ٢٩٥.

(٢٦) المهذب للشيرازي، ١٦٨/١، وما بعدها. حاشية ابن عابدين، ١٣٤/٤، والحديث اخرجه الشيخان والترمذي وابي داوود، واللفظ للبخاري، انظر: صحيح البخاري، ٩٧٠/٢، صحيح مسلم، ١٠٣٥/٢، الترمذي، ٤٣٤/٣، سنن ابي داوود، ٢٤٤/٢.

(٢٧) انظر: المحلى، ٤٧٧/٨.

(٢٨) انظر: بداية المجتهد٢/ ١٥٩، شرح الموطأ للزرقاني، ١٩٧/٤. التاج والاكليل، ٣٧٢/٤.

(٢٩) انظر: المهذب، ١/ ١٦٨ وما بعدها. المجموع٣٤٥/٩. الاشباه والنظائر، للسيوطي، ص٤٥٣.

(٣٠) المغني والشرح الكبير، ٤/ ٥٤.

(٣١) انظر: المحلى، لابن حزم، ٤/ ٥٤- ٥٨.

(٣٢) مجموع الفتاوى، ٢٩/ ١٤٧، وما بعدها.

(٣٣) مجموع الفتاوى٢٩، ١٣١.

(٣٤) المغني لابن قدامة ٤٢/ ٨٣، القوانين الفقهية، لابن جزي، ١٧٢/١.

(٣٥) المهذب، ١/ ٢٦٨ المبسوط، ١٣/ ١٦، البحر الرائق ٦/ ١٩٤- ١٩٥.

الثنيا: الاستثناء في البيع نحو ان يبيع الرجل شيئا ويستثنى بعضه فأن كان الذي استثناه معلوماً صح البيع، اما اذا كان غير معلوم، لم يصح البيع.

(٣٦) القوانين الفقهية١/ ١٧٢.

(٣٧) المغني، ٤/ ٨٣.

(٣٨) المبسوط، ١٣/ ١٦.

(٣٩) شرح فتح القدير، ٦/ ٩٢.

(٤٠) انظر البحر الرائق، ٩٢/٦، المبسوط، ١٦/١٣، المجموع، ٣٥٠/٩-٣٥١، المغني ١٤٧/٤٠، المبدع٥٦/٤٠، القوانين الفقهية ١٧١/٤.

(٤١) المجموع ٣٥٠/٩-٣٥١.

(٤٢) المهذب، ٢٦٨/١، المجموع٣٤٥/٩، الوسيط، للغزالي، ٧٨/٣. المبسوط، ١٦/١٣. المغني، ١٥٧/٤. حاشية الدسوقي، ٦٦/٣. بداية المجتهد، ١٢١/٢.

(٤٣) انظر المعنى: المهذب، ٢٦٨/١.

(٤٤) انظر: المبسوط، ١٤/١٣. المغني، ١٥٧/٤.

(٤٥) الهداية، للمرغيناني، ٥٩١/٤. بدائع الصنائع، ٢٧٦/٥، المبسوط، ٩١/١٣-٩٢. حاشية ابن عابدين، ٥٩١/٤.

(٤٦) انظر/ المبسوط، ٩١/١٣.

(٤٧) بدائع الصنائع، ٢٧٦/٥. فتح القدير، ١٨٢/٥.

(٤٨) انظر فتح القدير، ١٨٢/٥.

(٤٩) المهذب، ٢٨٨/١ روضة الطالبين٤٧٠/٢- ٤٧١ حواشي الشيرواني٢٦١/٤ منهاج الطالبين٤٨/١ مغني المحتاج ٥٣/٢.

(٥٠) الأم١٩٤/٦.

(٥١) بداية المجتهد١٣٩/٢. القوانين الفقهية٧٥/١. الكافي لابن عبد البر٣٤٩/١.

(٥٢) بداية المجتهد ١٣٩/٢، والاثر انظر: موطأ الامام مالك، ٥١٣.

(٥٣) المدونة٣٤٥/١٠.

(٥٤) المغني، ١٢٩/٤.

(٥٥) اخرجه الحاكم وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه، انظر: المستدرك، ١٠٧/٤.

(٥٦) المغني، ١٢٩/٤.

(٥٧) المغني، ١٢٩/٤.

(٥٨) مغني المحتاج ٤٧/٢.

* لاخلابة: بمعنى لا خديعة ولا غبن، النهاية في غريب الحديث٥٨/٢، ٦٢/٣، الغريب لابن عبد السلام٢٤٣/٢.

(٥٩) أخرجه الشيخان، انظر صحيح البخاري٨٤٨/٢، صحيح مسلم ١١٦٥/٣ وانظر: سنن ابن ماجة، ٧٨٩/٢.

(٦٠) بدائع الصنائع٥/ ١٧٤.فتح القدير٥/ ١١٠. المهذب ١/ ٢٥٩ مغني المحتاج٢/ ٤٧. الخرشي ١٠٩/٥، بداية المجتهد١٥٨/٢، والشرح الكبير٤/ ١٦٦- ٦٧.

(٦١) بدائع الصنائع٥/ ١٧٤. المهذب١/ ٢٥٩. مغني المحتاج، ٤٧/٢.

(٦٢) أخرجه عبد الرزاق ص٢٤.

(٦٣) بدائع الصنائع٥/ ١٧٤. مغني المحتاج٢/ ٤٧.

(٦٤) بدائع الصنائع٥/ ١٧٤.

(٦٥) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٤.

(٦٦) انظر نصب الراية ٨/٤ وقال الزيلعي بانه غريب جداً.

(٦٧) المغني مع الشرح الكبير، ٦٧/٤، فتح القدير، ١١١/٥.

(٦٨) بداية المجتهد، ٢٠٧/٢، حاشية الدسوقي، ٩١/٣-٩٥.

(٦٩) بدائع الصنائع، ٢٦٧/٥- ٢٧١، تحفة الفقهاء، ١٠٠/٢ وما بعدها.

(٧٠) بدائع الصنائع٢٦٤/٥.

(٧١) بدائع الصنائع٥/٥، ٢٦٦/ ١٢٠.

(٧٢) فتح القدير، ٢٦٦/٥.

(٧٣) انظر: حاشية الدسوقي١٠٣/٣، القوانبين الفقهية ٢٧٣، مغني المحتاج٤٨/٢ المهذب٢٥٩/١، الفقه الاسلامي في اسلوبه الجديد١/ ٣١٩- ٣٢٠. بداية المجتهد ١٥٩/٤. الخرشي١١١/٥.

(٧٤) انظر المغني والشرح الكبير، ٧٠/٤، مغني المحتاج، ٤٨/٢. والحديث أخرجه الشيخان انظر البخاري: مع الفتح ٤٠٤/٤. مسلم١١٧٢/٣.

(٧٥) بداية المجتهد ١٥٩/٢. الخرشي ١١٨/٥، مغني المحتاج٤٧/٢.

(٧٦) بدائع الصنائع ٢٦٨/٥. فتح القدير ١٢٥/٥. المبسوط٤٢/١٣. حاشية ابن عابدين٥٧/٤.

(٧٧) المغني ٥٧٩/٣.

(٧٨) الفقه الاسلامي في اسلوبه الجديد٣١٢/١.

(٧٩) بدائع الصنائع ٢٩٧/٥، تحفةالفقهاء، ٩٣/٢.

(٨٠) أخرجه الحاكم وابن ماجه والبيهقي، انظر: المستدرك، ١٠/٢ وقال حديث صحيح على شرطيهما ولم يخرجاه، سنن ابن ماجة، ٧٥٥/٢، السنن الكبرى، للبيهقي، ٣٢٠/٥.

(٨١) أخرجه احمد والترمذي وأبي داوود، والحاكم وغيرهما، انظر: (مسند الإمام أحمد، ٤٩/٦). الترمذي، ٥٨١/٣ و٥٨٢. المستدرك، ١٨/٢. سنن أبي داود، ٢٨٤/٣.

(٨٢) بدائع الصنائع ٢٧٣/٥-٢٧٤. الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد١/ ٣٢٩- ٣٣٠.
(٨٣) فتح القدير ١٥١/٥-١٥٣، بدائع الصنائع، ٢٧٤/٥. تحفة الفقهاء، ٩٣/٢.
(٨٤) بداية المجتهد، ١٣١/٢.
(٨٥) مغني المحتاج، ٥١/٢.
(٨٦) انظر: المغني والشرح الكبير، ٨٥/٤. الفروع ٧٦/٤.
(*) التصرية: هي ان يترك البائع حلب الناقة او الشاة حتي يجتمع اللبن في ضرعها ليظن المشتري ان ذلك عادتها فيزيد في ثمنها اكثر مما تستحق، وهذا حرام لما فيه من التدليس. انظر روضة الطالبين/ للنووي، ٤٦٦/٤. حاشية البجرمي، ٢٤٥/٢.
(٨٧) انظر: روضة الطالبين، ٤٦٦/٤. البحر الرائق، ٨٥/٤.
(٨٨) أخرجه البخاري واصحاب السنن عن ابي هريرة، انظر: صحيح البخاري، ٧٧٥/٢. مسند الامام احمد، ٤١٧/٢، نيل الاوطار، ٢١٤/٥.
(٨٩) انظر البحر الرائق، ٨٥/٤. حلية العلماء، ٢٢٦/٤.
(٩٠) المبدع، ٨٥/٤.
(٩١) بدائع الصنائع، ٥/ ٢٧٥، البحر الرائق، ٦/ ٣٩، فتح القدير، ٢٧٥/٥. المهذب، ٢٨٤/١. اعانة الطالبين، ٣/ ٣١. المغني مع الشرح، ٤/ ٨٦.
(٩٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨١، البحر الرائق، ٦/ ٣٩. المهذب، ١/ ٢٨٤. مغني المحتاج، ٢/ ٥٧، دليل الطالب، ١/ ١١١. المغني، مع الشرح، ٤/ ١٩٨. بداية المبتدي، ١/ ١٣٣.
(٩٣) البحر الرائق، ٦/ ٤١، حاشية ابن عابدين، ٩٣/٤. المغني مع الشرح، ٩٥/٤، دليل الطالبين، ١١١/١- ١١٢.
(٩٤) انظر المهذب، ١/ ٢٨٤. مغني المحتاج ٢/ ٥٦. الوسيط، للغزالي، ٣/ ١٢٣.
(٩٥) الهداية، ٣/ ٣٥. البحر الرائق، ١٥٥/٣. المهذب، ٦٨٢/١. حاشية الدسوقي، ١٢٣/٣. المغني مع الشرح، ٨٧/٤.
(٩٦) الهداية ٣/ ٣٧. البحر الرائق، ١٥٥/٣. المغني مع الشرح، ٤٨٧.
(٩٧) انظر: المهذب ٢٨٦/١.
(٩٨) الأحوال الشخصية، د. أحمد عبيد الكبيسي، ٥١/١- ٥٢.
(٩٩) انظر: حاشية ابن عابدين، فتح القدير، ٣/ ١١٦. فلسفة نظام الأسرة في الاسلام، د.أحمد الكبيسي، ص٢١٧. الاحوال الشخصية، د. احمد الكبيسي، ١/ ٢٢٩- ٢٣٠.

المرأة في الفكر الاسلامي، د. جمال محمد فقي، ٨٠/٢، والحديث أخرجه الشيخان وأصحاب السنن، انظر: البخاري مع الفتح، ٢١٩/٩. صحيح مسلم، ١٠٣٥/٢، الترمذي، ٤٣٤/٣. سنن ابن ماجة، ٧٥٣/٢.

(١٠٠) انظر: الهداية، ٢٠٨/٣. المهذب، ٤٧/٢. التاج والإكليل، ٤٤٦/٣. موطأ الامام مالك، ٥٣٠/٢.

(١٠١) انظر المغني، ١٧/٧، اعلام الموقعين، ٣٤٣/٣. كشاف القناع ٩١/٥.

(١٠٢) اخرجه البخاري، انظر: صحيح البخاري، ١٩٧٨/٥. وانظر: السنن الكبرى للبيهقي، ٢٤٩/٧. نيل الاوطار٦/ ٢٧٩- ٢٨٠.

(١٠٣) انظر: فتح الباري، ٢١٩/٩.

(١٠٤) فتح الباري: ٢١٩/٩.

(١٠٥) المغني ٢٢٤/٧- ٢٢٥. المبدع، ١٤٤/٧.

(١٠٦) سورة (القصص) الآية ٢٧.

(١٠٧) سنن الدارمي، ١٦٧/١. وصححه القطان، وقال المنذري رجاله ثقات، انظر نصب الراية للزيلعي، ٣/ ٣٣٧.

(١٠٨) أخرجه الترمذي، وقال (حديث حسن صحيح) أنظر: سنن الترمذي،٣/ ٦٣٩. واخرجه النسائي، ٢١٤/٧.

(١٠٩) روضة الطالبين، ٧/ ٢٢٦.

(١١٠) انظر: بداية المجتهد، ٢١/٢.

(١١١) سنن النسائي، ٣/ ٣١٤. سنن ابي داوود، ٢/ ٢٤١. سنن ابن ماجة، ٦٢٨/١. السنن الكبرى للبيهقي، ٣/ ٣١٤ و٢٤٨/٧.

(١١٢) انظر: المغني لابن قدامة، ٧/ ١٠٧٢، ٣/ ١٥٢.

(١١٣) المغني، ٧/ ٧٢.

(١١٤) نيل الاوطار، للشوكاني، ٦/ ٢٨٠- ٢٨١.

(١١٥) انظر: تفصيل ذلك: البحر الرائق، ٣/ ١١٣٧. المدونة، ٢١٢/٤. المهذب، ٥١/٢. حلية العلماء، ٤١٥/٦، الانصاف، ١٦٧/٨-١٦٨. دليل الطالب، ٢٣٣/١. مجموع الفتاوى، ٢٩/ ١٣٥، الروض المربع، ٣/ ٩٢.

(١١٦) انظر حلية العلماء، ٦/ ٤١٦.

(١١٧) انظر: المهذب، ٥١/٢، الانصاف، ٨/ ١٦٨. البحر الرائق، ١٣٧/٣. حلية العلماء ٤١٥/٦.

(١١٨) المهذب، ٥١/٢. حلية العلماء، ٤١٥/٦.

(١١٩) انظر حاشية ابن عابدين، ٢٤٩/٥. المدونة١٥٣/٤-١٥٤. روضة الطالبين،٧/ ٢٨٠. الانصاف١٦٥/٨، الروض المربع٩٢/٣، حلية العلماء٤٨٧/٦-٤٨٩.

(١٢٠) سورة النساء آية ٤.

(١٢١) سورة النساء آية ٢٤.

(١٢٢) أخرجه الترمذي، انظر: سنن الترمذي، ٢٥/ ٣٠٢، وميهم معناه: ما أمرك وشأنك، وهي كلمة في لسان اهل اليمن وردت في ثلاث احاديث من السنة، انظر: (النهاية، لابن الاثير، ٣٧٨/٤).

(١٢٣) السنن الكبرى للبيهقي، ٧/ ٢٤٥، صحيح ابن حبان٤٠٩/٩. المعجم الكبير للطبراني٢٣٢/٢٠. المجتبى من السنن٦/ ١٢١.

(١٢٤) المبدع ٧/ ١٦٧، المغني٢٠٠-٢٠١. ونقل الاجماع ابن المنذر، انظرالاجماع ٧٤.

(١٢٥) انظر: المحلى، لابن حزم، ١١٠/١٠.

(١٢٦) انظر: الهداية٢/ ١٢٦. المهذب٤٨/٢، للغزالي١٧٦/٥. حلية العلماء، ٤٠٣/٦ كشاف القناع١٠٥/٥.

(١٢٧) الهداية: ٢٦/٢، حلية العلماء٤٠٤/٦.

(١٢٨) انظر: المهذب: ٤٨/١. الوسيط٥/ ١٧٦. كشاف القناع٥/ ١٠٥.

(١٢٩) انظر حلية العلماء٤٠٣/٦، مجمع الفتاوى، ١٠٦/٣٢. كشاف القناع١٠٥/٥.

(*) الرتقاء: وهي التي انسد فرجها بعظم خلقة. (والقرناء) هي التي انسد فرجها بلحم، يمنع الوطء.

(**) العنه: عدم القدرة على الوطء، انظر الغريب، للخطابي، ١/ ٥٤٧. لسان العرب، ١٣/ ٢٩١. (والجب) هو قطع الذكر، والجبوب: من كان ذكره مقطوع، انظر: النهاية في غريب الحديث، ١/ ٢٣٣. لسان العرب، ٢٤٩/١.

(***) الكشح: ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف، انظر: مختار الصحاح٥٧٢.

(١٣٠) المستدرك، للحاكم٣٦/٤. السنن الكبرى، للبيهقي٢١٤/٧ و٢٥٧. نيل الاوطار الهداية٢٦/٢. والخصاء: سل الخصيتين وينتج عنه عدم القدرة على الوطء، انظر: الغريب لابن عبد السلام، ٤٥/٤. لسان العرب، ١٩١/١.

(١٣٣) انظر الهداية، ٢٦/٢.

(١٣٤) صحيح البخاري٥/٢١٥٨. مسند الامام احمد ٢/٤٤٣، السنن الكبرى للبيهقي٧/١٣٥.

(١٣٥) انظر: المهذب:٢/١٥٠، الهداية٢/٢٦. حلية العلماء٦/٤١٠. المغني٧/١٥٥.

(١٣٦) حلية العلماء٦/٤١٠.

(١٣٧) صيحح البخاري مع فتح الباري٩/١٠٢، والآية(٨٧) من سورة المائدة.

(١٣٨) فتح الباري٩/١٤٣-١٥١، مسلم بشرح النووي٩/١٨٦.

(١٣٩) الامام الشافعي٥/٧٩، المهذب٢/٤٦، الهداية١/١٩٥، الكافي لابن عبد البر٢٣٨ فتح الباري٩/١٥٠ سبل السلام٣/١٢٦-١٢٧.

(١٤٠)مسلم بشرح النووي، ٩/١٨٦. الفتح الرباني لترتيب مسند الامام احمد ١٦/١٩٣.

(١٤١) مسلم بشرح النووي٩/١٨٤. الفتح الرباني لترتيب الامام احمد واللفظ له، ١٦/١٩٢-١٩٣.

(١٤٢) اخرجه البخاري عن ابن عيينة انظر: فتح الباري٩/١٤٣-١٥١، زاد المعاد٤/٨.

(١٤٣) المهذب٢/٤٦.

(١٤٤) انظر: من لا يحضره الفقيه٣/٢٩١ وما بعدها. المختصر النافع في الفقه الامامي١٨٢.