قال وينعقد بايجاب وقبول وضعا للمضي او احدهما اى ينعقد النكاح بالايجاب والقبول بلفظين وضعا للماضي او وضع احدهما للماضي والاخر للمستقبل لان النكاح عقد ينعقد بهما كسائر العقود واختص بما ينبئ عن الماضي لان الانشاء تصرف وهو اثبات ما لم يكن ثابتا وليس له لفظ يختص به باعتبار الوضع فاستعمل فيه لفظ ينبئ عن الثبوت وهو الماضي دفعا للحاجة وهذا لان الانشاء يعرف بالشرع لا باللغة فكان ما ينبئ عن الثبوت اولى من غيره لان عرضهما الثبوت دون الوعد وهذا المعنى موجود ايضا فيما اذا كان احدهما ماضيا والاخر مستقبلا مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان قوله زوجني توكيل وانابة **وقوله** زوجتك امتثال لامره فينعقد به النكاح لان الواحد يتولى طرفي النكاح على ما بينه في موضعه ان شاء الله ولا يقال لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس لانا نقول هو توكيل في ضمن الامر بالفعل فيكون مقولا بتحصيل الفعل في المجلس فاذا قام قبل الفعل فقد قام قبل القبول فيبطل ولان قوله زوجني يراد به التحقيق عادة لا السوم لتقدم الخطبة عليه غالبا بخلاف البيع ولانه لو لم ينعقد بقوله زوجتك بعد قوله زوجني كان للزوج ان يرجع فيلحق الولي بذلك عار فيتضرر بذلك بخلاف البيع وعلى هذا لو قال جئتك خاطبا بنتك او لتزوجنيها فقال زوجتكها انعقد ولزم **قال** رحمه الله **وانما يصح بلفظ النكاح والتزويج وما وضع لتمليك العين في الحال** اى لا يصح النكاح الا بهذه الالفاظ واحترز بقوله في الحال عن الوصية لانها لتمليك العين بعد الموت لا في الحال **وقال** الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم حتى يراعى فيه مصالح المتناكحين ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا حتى لا يراعى فيه الا مصالح المالك ولان الاشهاد فيه شرط والكناية يحتاج فيها الى النية ولا اطلاع للشهود على النيات ولان التمليك مفسد للنكاح وكذا الهبة من الفاظ الطلاق حتى يقع الطلاق بقوله وهبتك لاهلك فلا يكون موجبا لضده **ولنا** قوله تعالى وامراة مؤمنة ان وهبت نفسها الاية وقوله عليه السلام ملكتكها بما معك من القران ورد في النكاح ولا يقال الانعقاد بلفظ الهبة خاص به عليه السلام بدليل قوله تعالى خالصة لك لانا نقول الاختصاص والخلوص في سقوط المهر بدليل انها مقابلة بمن اتى مهرها في قوله تعالى انا احللنا لك ازواجك اللاتي آتيت اجورهن الى قوله وامراة مؤمنة بدليل قوله تعالى لكيلا يكون عليك حرج والحرج بلزوم المهر دون لفظ التزويج وبنفي المهر يحصل المنة التي سيق الكلام لاجلها لا بما قام لفظ مقام لفظ ويحتمل ان يكون الخلوص في انها لا تحل لاحد بعده ولان التمليك سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة في محل يقبلها والسببية طريق من طرق المجاز **و**قوله التمليك مفسد للنكاح والهبة من الفاظ الطلاق الى اخره ينتقض بقوله تزوجي فانه الفرقة تقع به اذا نوى به الطلاق وهو من الفاظ النكاح والتمليك لا يفسد النكاح من حيث انه يحرم عليه امته وانما يفسده من حيث انه ابطل مالكية المراة لان المراة ثبت لها بالنكاح ضرب ملك على الزوج في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وغيرها وبالتمليك بطل ذلك وصارت مملوكة محضة **و**الجواب عن قولهم لا اطلاع للشهود على النيات انها ليست بشرط مع ذكر المهر **و**ذكر السرخسي انها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع اسد وكما اذا حلف لا ياكل من هذه النخلة ينصرف الى المجاز من غير نية ولا ... فيما اذا لم يبق الاحتمال **و**قال ابو بكر الاعمش لا ينعقد النكاح بلفظ البيع لانه لتمليك المال والحرة غير مال **قلنا** طريق المجاز مجهول فيه فصار كالهبة واليه اشار محمد في كتاب الحدود **و**قال اذا زنا بامراة ثم قال تزوجتها او اشتريتها سقط الحد فسوى بينهما وجعل دعوى النكاح وبلفظ السلم قيل ينعقد وقيل لا ينعقد **و**كذا في الصرف روايتان وفي القرض قيل ينعقد وقيل لا ينعقد وقيل الاول

لفظ

قياس

131

قياس قولهما والثاني قياس قول ابي يوسف بناء على ان الملك فيه بالقبض يثبت عندهما وعنده لا يثبت وبالجعل ينعقد على الصحيح ولا ينعقد بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت **و**في النوادر اذا قال اوصيت لك ببنتي للحال ينعقد لانه تمليك للحال بخلاف ما اذا اطلق ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانها ليست سبب لملك المتعة والانعقاد باعتباره **و**فيه خلاف الكرخي هو يقول ان المستوفى في النكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى بدله اجرة بقوله فآتوهن اجورهن فثبت المشاكلة بينهما **قلنا** المملوك بالنكاح في حكم العين حتى كان التابيد من شرطه كتمليك العين والتاقيت مفسد له فثبتت المضادة بينهما فلا تصح الاستعارة ولو جعلت المراة اجرة ينبغي ان ينعقد اجماعا لانه يفيد ملك الرقبة ولا ينعقد بلفظ الاعارة خلافا للكرخي وقد بينا الوجه من الجانبين ولا بلفظ الاباحة والاحلال والتمتع والاجازة بالراء والزاي والرضى والابراء ونحوها لانها لا يفيد ملك المتعة **و**ذكر في جوامع الفقه ان كل لفظ موضوع لتمليك العين ينعقد به النكاح ان ذكر المهر والا فبالنية وما ليس بموضوع له لا ينعقد به واختلفوا في انعقاده بلفظ لا يعلمان انه نكاح والحاصل ان كناياته على ثلثة انواع ما ينعقد به اجماعا وما لا ينعقد به اجماعا وما هو مختلف فيه وقد مضى ذكره فاحفظ **قال** رحمه الله **عند حرين او حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين ولو فاسقين او محدودين او اعميين او ابني العاقدين** يعني ينعقد بتلك الالفاظ التي تقدم ذكرها اذا وجدت عند رجلين حرين او رجل حر وامراتين حرتين يعني به حضور الشهود ولا ينعقد الا بحضورهم **و**قال ابن ابي ليلى وعثمان البتي يجوز بغير شهود وتزوج ابن عمر بغير شهود **و**كذا فعل الحسن بن علي وابن الزبير رضي الله عنهم **و**قال الزهري ومالك يجوز بغير شهود اذا اعلنوا وهو قول اهل المدينة لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف وعلى هذا **قال** مالك لو عقد بحضرة شاهدين وشرط كتمان العقد لا يجوز لما روينا ولما روي انه عليه السلام نهى عن نكاح السر **ولنا** قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اتي بنكاح لم يشهد عليه الا رجل وامراة فقال هذا نكاح السر فلا اجيزه ولا يلزمنا ما رووا وفيه لانه بحضور الشاهدين يحصل الاعلان ويخرج من ان يكون سرا ثم لا بد من اعتبار الحرية والعقل والبلوغ لان العبد والصبي والمجنون ليسوا من اهل الولاية والشهادة من باب الولاية لانها نفوذ قول الانسان على الغير رضي او لم يرض ولا بد من اشتراط الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم اذ لا ولاية له عليه قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا يشترط وصف الذكورة عندنا حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين خلافا للشافعي بناء على اصله ان شهادة النساء في غير المال وتوابعه غير مقبولة عنده وسيعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة فاسقين **وقال** الشافعي رحمه الله لا ينعقد لان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولان الشهادة فيه معقولة المعنى وهو صون العقد عن الجحود وهو لا يثبت بشهادتهما **ولنا** انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه اهل للامامة الكبرى ومن ضرورة كونه اهلا لها ان يكون اهلا للقضاء ويلزم منه ان يكون اهلا للشهادة **و**قيل هذه المسئلة مبنية على ان الفسق لا ينقص من الايمان شيئا وعلى ان العمل من شرائع الايمان لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد بالطاعة وينقص بالمعصية فيجعل نقصان الدين كنقصان الحال بالرق وغيره وهذا لا يستقيم لان الفاسق انما ردت شهادته عند الاداء للتهمة ولا تهمة هنا لينتفي وما قاله الشافعي من صون العقد عن الجحود يبطل بابني العاقدين وبابني احدهما وكذا بالمستورين وبعدوتها على الاصح عنده والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت

... اضافه اليها بلفظ تملك به الرقاب انتهى ...

والراجح عدم الانعقاد الا ان يطلبه ...

في تتمة الدهر ذكر السرخسي في كتاب النكاح بلا شهود ان النبي صلى الله عليه وسلم خص بالنكاح بلا شهود ... وتمامه في البحر

... قال في البحر ... اليمين ... ان يكون ... حلف ليتزوجن سرا فتزوج بثلاثة شهود يحنث وبالشاهدين لا يحنث