

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

فصل : و منها الإسلام .

و منها : الإسلام في نكاح المسلم المسلمة فلا ينعقد نكاح المسلم المسلمة بشهادة الكفار لأن الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم قال \square تعالى : { و لن يجعل \square للكافرين على المؤمنين سبيلا } و كذا لا يملك الكافر قبول نكاح المسلم و لو قضى قاض بشهادته على المسلم يتقض قضاؤه .

و أما المسلم إذا تزوج ذمية بشهادة فإنه يجوز في قول أبي حنيفة و أبي يوسف سواء كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين و قال محمد و زفر و الشافعي : لا يجوز نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين .

أما الكلام مع الشافعي فهو مبني على أن شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة على أصلنا و على أصله غير مقبولة .

و أما الكلام مع محمد و زفر فإنهما احتجا بما روي عن رسول \square A أنه قال : [لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل] و المراد منه عدالة الدين لا عدالة التعاطي لإجماعنا على أن فسق التعاطي لا يمنع انعقاد النكاح و لأن الإشهاد شرط جواز العقد و يتعلق وجوده بالطرفين طرف الزوج و طرف المرأة و لم يوجد الإشهاد على الطرفين لأن شهادة الكافر حجة في حق الكافر ليست بحجة في حق المسلم فكانت شهادته في حقه ملحقة بالعدم فلم يوجد الإشهاد في جانب الزوج فصار كأنهما سمعا كلام المرأة كلام الرجل و لو كان كذلك لم يكن النكاح كذا هذا . و لهما عمومات النكاح من الكتاب و السنة نحو قوله تعالى : { فأنكحوا ما طاب لكم من النساء } .

و قوله : { و أحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم } .

و قول النبي A : [تزوجوا و لا تطلقوا] و قوله A : [تناكحوا] و غير ذلك مطلقا عن غير شرط إلا أن أهل الشهادة و إسلام الشاهد صار شرطا في نكاح الزوجين المسلمين بالإجماع فمن ادعى كونه شرطا في نكاح المسلم الذمية فعليه الدليل .

و روى عن رسول \square A أنه قال : [لا نكاح إلا بشهود] و روي [لا نكاح إلا بشاهدين] و الاستثناء من النفي إثبات ظاهر و هذا نكاح بشهود لأن الشهادة في اللغة عبارة عن الإعلام و البيان و الكافر من أهل الإعلام و البيان لأن ذلك يقف على العقل و اللسان و العلم بالمشهود به و قد وجد إلا بشهادته على المسلم خصت من عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم داخله تحته و لأن الشهادة من باب الولاية لما بينا و الكافر الشاهد يصلح وليا في هذا

العقد بولاية نفسه و يصلح قابلا لهذا العقد بنفسه فيه صلح شاهدا و كذا يجوز للقاضي الحكم بشهادته هذه للمسلم لأنه محل الاجتهاد على ما نذكر و لو قضى لا ينفذ قضاؤه فينفذ النكاح بحضوره .

و أما الحديث فقد قيل : إنه ضعيف و لئن ثبت فنحمله على نفي الندب و الاستحباب توفيقا بين الدلائل .

و أما قوله : العقد خلا عن الإشهاد في جانب الزوج لأن شهادة الكافر ليست بحجة في حق المسلم فنقول شهادة الكافر إن لم تصح حجة للكافر على المسلم فتصلح حجة للمسلم على الكافر لأنها إنما لا تصلح حجة على المسلم لأنها من باب الولاية و في جعلها حجة على المسلم إثبات الولاية للكافر على المسلم و هذا لا يجوز و هذا المعنى لم يوجد ههنا لأننا إذ جعلناها حجة للمسلم ما كان فيه إثبات الولاية للكافر و هذا جائز على أننا إن سلمنا قوله : ليس بحجة في حق المسلم لكن حضوره على أن قوله حجة ليس بشرط الانعقاد النكاح فإنه ينعقد بحضور من لا تقبل شهادته عليه ما ذنرك إن شاء الله تعالى و هل يظهر نكاح المسلم الذميمة بشهادة ذميين عند الدعوى ينظر في ذلك إن كانت المرأة هي المدعية للنكاح على المسلم و المسلم منكر لا يظهر بالإجماع لأن هذه شهادة الكافر على المسلم و إنها غير مقبولة و إن كان الزوج هو المدعي و المرأة منكرة فعلى أصل أبي حنيفة و أبي يوسف يظهر سواء قال الشاهدان كان معنا عند العقد رجلان مسلمان أو لم يقولوا ذلك .

و اختلف المشايخ على أصل محمد .

قال بعضهم : يظهر كما قالا .

وقال بعضهم : لا يظهر سواء قالا كان معنا رجلان أو لم يقولوا ذلك و هو الصحيح من مذهبه . و وجهه : أن هذه شهادة قامت على نكاح فاسد و على إثبات فعل المسلم لأنهما إن شهدا على نكاح حضراه فقط لا تقبل شهادتهما لأن هذه شهادة على نكاح فاسد عنده و إن شهدا على أنهما حضراه و معهما رجلان مسلمان لا تقبل أيضا هذه إن كانت شهادة الكافر على الكافر لكن فيها إثبات فعل المسلم فيكون شهادة على المسلم فلا تقبل كمسلم ادعى عبدا في يد ذمي فجحد الذمي دعوى المسلم و زعم أن العبد عبده فأما المسلم شاهدين ذميين على أن العبد عبده و قضى له به على هذا الذمي قاض فلا تقبل شهادتهما و إن كان هذا شهادة الكافر على الكافر لكن لما كان فيها إثبات فعل المسلم بشهادة الكافر و هو قضاء القاضي لم تقبل كذا هذا . وجه الكلام أبي حنيفة و أبي يوسف : على نحو ما ذكرنا في جانب الاعتقاد أن الشهادة من باب الولاية و للكافر ولاية على الكافر و لو كان الشاهدان وقت التحمل كافرين و وقت الأداء مسلمين فشهادتهما للزوج فعلى أصلهما لا يشكل أنه تقبل شهادتهما لأنهما لو كانا في الوقتين جميعا كافرين تقبل فههنا أولى .

و اختلف المشايخ على أصل محمد .

و قال بعضهم : تقبل .

و قال بعضهم : لا تقبل فمن قال تقبل نظر إلى وقت الأداء و من قال : لا تقبل نظر إلى

وقت التحمل