

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

فصل : و أما شرائط الركن فأنواع .

و أما شرائط الركن فأنواع : بعضها شرط الانعقاد و بعضها شرط الجواز و النفاذ و بعضها شرط اللزوم .

أما شرط الانعقاد فنوعان : نوع يرجع إلى العاقد و نوع يرجع إلى مكان العقد بالفعل فلا ينعقد نكاح المجنون و الصبي الذي لا يعقل لأن العقل من شرائط أهلية التصرف .

فأما البلوغ : فشرط النفاذ عندنا و لا شرط الانعقاد على ما نذكر إن شاء الله تعالى و أما تعدد العاقد فليس بشرط لا انعقاد النكاح خلافا لزفر على ما مر .

و أما الذي يرجع إلى مكان العقد فهو اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين وهو أن يكون الإيجاب و القبول في مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس لا يعقد النكاح بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لا ينعقد لأن انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشرطين بالآخر فكان القياس و جودهما في مكان واحد إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى سد الباب العقود فجعل المجلس جامعا للشرطين حكما مع تفرقهما حقيقة للضرورة و الضرورة تندفع عند اتحاد المجلس فإذا اختلف تفرق الشطران حقيقة و حكما فلا ينتظم الركن .

و أما الفور فليس من شرائط الانعقاد عندنا .

و عند الشافعي : هو شرط و المسألة سيأتي في كتاب البيوع و نذكر الفرق هناك و على هذا يخرج ما إذا تناكحا و هما يمشيان أو يسيران على الدابة و هو على التفصيل الذي نذكر إن شاء تعالى في كتاب البيوع .

و نذكر الفرق هناك المشي و السير على الدابة و بين حربان السفينة هذا إذا لا كان العاقدان حاضرين فأما إذا كان أحدهما غائبا لم ينعقد حتى لو قالت امرأة : يحضرة شاهدين زوجت نفسي من فلان و هو غائب فبلغه الخبر فقال : قبلت أو قال رجل بحضرة : شاهدين تزوجت فلانة و هي غائبة فبلغها الخبر فقالت : زوجت نفسي منه لم يجز و إن كان القبول بحضرة ذنبك الشاهدين و هذا قول أبي حنيفة و محمد .

و قال أبي يوسف : ينعقد و يتوقف على إجازة الغائب وجه قول أبي يوسف أن الكلام الواحد يلصق أن يكون عقدا في باب النكاح لأن الواحد في هذا الباب يقوم بالعقد من الجانبين و كما لو كان مالكا من الجانبين أو وليا وكيلا فكان كلامه عقدا لا شطرا محتملا للتوقف كما في الخلع و الطلاق و الإعتاق على مال .

وجه قولهما : أن هذا شرط العقد حقيقية لا كله لأنه لا يملك كله لانعدام الولاية و شرط العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبيع و هذا لأن الشرط لا يحتمل التوقف في الأصل على خلاف الحقيقية لصدوره عن الولاء على الجانبين فيصير بمنزلة كلامين و شخصه كشخصين حكما فإذا انعدمت الولاية و لا ضرورة إلى تعيين الحقيقة فلا يقف بخلاف الخلع لأنه من جانب الزوج يمين لأنه تعليق الطلاق بقبول المرأة و أنه يمين فكان عقدا تاما و من جانب المرأة معاوضة فلا يحتمل التوقف كالبيع .

و كذلك الطلاق و الإعتاق على مال و لو أرسل إليها رسولا و كتب إليها بذلك كتابا فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول و قراءة الكتاب جاز ذلك الاتحاد المجلس من حيث المعنى لأن كلام الرسول كلام المرسل لأنه ينقل عبارة المرسل و كذا الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب فكان سماع قول الرسول و قراءة الكتاب سماع قول المرسل و كلام الكاتب معنى و إن لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما .

و عند أبي يوسف : إذا قالت : زوجت نفسي يجوز و إن لم يسمعا كلام الرسول و قراءة الكتاب بناء على أن قولها زوجت نفسي شرط العقد عندهما و الشهادة في شطري العقد شرط لأنه يصير عقدا بالشرطين فإذا لم يسمعا كلام الرسول و قراءة الكتاب فلم توجد على العقد و قول الزوج بانفراده عقد عنده و قد حضر الشاهدان .

و على هذا الخلاف الفضولي الواحد من الجانبين بأن قال الرجل زوجت فلانة من فلان و هما غائبان لم ينعقد عندهما حتى لو بلغهما الخبر فأجازا لم يجر و عنده ينعقد و يجوز بالإجازة و لو قال فضولي زوجت فلانة من فلان و هما غائبان فضولي آخر عن الزوج ينعقد بلا خلاف بين أصحابنا حتى إذا بلغهما الخبر و .

أجازا جاز و لو فسخ الفضولي العقد قبل إجازة من وقف العقد على إجازته صح الفسخ في قول أبي يوسف و عند محمد : لا يصح .

وجه قوله : أنه بالفسخ متصرف في حق غيره فلا يصح و دلالة ذلك أن العقد قد انعقد في حق المتعاقدين و تعلق به حق من توقف على إجازته لأن الحكم عند الإجازة ثبت بالعقد السابق فكان هو بالفسخ متصرفا في محل تعلق به حق الغير فلا يصح فسخه بخلاف الفضولي إذا باع ثم فسخ قبل اتصال الإجازة به أنه يجوز لأن الفسخ هناك تصرف دفع الحقوق عن نفسه لأنه عند الإجازة تتعلق حقوق العقد بالوكيل فكان هو بالفسخ دافعا عن نفسه فيصح كالمالك إذا أوجب النكاح أو البيع أنه يملك الرجوع قبل قبول الآخر لما قلنا كذا هذا .

وجه قول أبي يوسف : أن العقد قبل الإجازة غير منعقد في حق الحكم و إنما انعقد في حق المتعاقدين فقط فكان الفسخ منه قبل الإجازة تصرفا في كلام نفسه بالنقض فجاز كما في البيع