

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

كل عقد إذا عقده الذمي فهو فاسد .

فصل : ثم كل عقد إذا عقده الذمي كان فاسدا فإذا عقده الحربي كان فاسدا أيضا لأن المعنى المفسد لا يوجب الفصل بينهما و هو ما ذكرنا فيما تقدم و لو تزوج كافر بخمس نسوة أو بأختين ثم أسلم فإن كان تزوجين فيعقده واحدة فرق بينه و بينهن و إن كان تزوجهن في عقد متفرقة صح نكاح الأربع و بطل نكاح الخامسة و كذا في الأختين يصح نكاح الأولى و بطل نكاح الثانية و هذا قول أبي حنيفة و أبي يوسف وقال محمد : يختار من الخمس أربعاً و من الأختين واحدة سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقد استحساناً و أخذ الشافعي و احتج محمد بما روي : [أن غيلان أسلم و تحته عشر نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه و سلم أن يختار أربعاً منهن] .

و روي : [أن قيس بن الحارث و تحته ثمان نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه و سلم أن يختار منهن أربعاً] .

و روي : [أن فيروز الديلمي أسلم و تحته أختان فخيره رسول الله صلى الله عليه و سلم] و لم يستفسر أن نكاحهن كان دفعة واحدة أو على الترتيب و لو كان الحكم يختلف لاستفسر فدل أن حكم الشرع فيه هو التخيير مطلقاً .

و لأبي حنيفة و أبي يوسف : أن الجمع محرم على المسلم و الكافر جميعاً لأن حرمة ثبتت لمعنى معقول و هو خوف الجور في إيفاء حقوقهن و الإفضاء إلى قطع الرحم على ما ذكرنا فيما تقدم و هذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم و الكافر إلا أنه لا يتعرض لأهل الذمة مع قيام الحرمة لأن ذلك ديانتهم و هو غير مستثنى من عهودهم و قد نهينا عن التعرض لهم عن مثله بعد إعطاء الذمة و ليس لنا ولاية التعرض لأهل الحرب فإذا أسلم فقد زال المانع فلا يمكن استيفاء الجمع بعد الإسلام فإذا كان تزوج الخمس في عقدة واحدة فقد حصل نكاح كل واحدة منهن جميعاً منهن جميعاً إذ ليست إحداهن بأولى من الأخرى و الجمع محرم و قد زال المانع من التعرض فلا بد من الاعتراض بالتفريق .

و كذلك إذا تزوج الأختين في عقدة واحدة لأن نكاح واحدة منهما جعل إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى و الإسلام يمنع من ذلك و لا مانع من التفريق فيفرق فأما إذا كان تزوجهن على الترتيب في عقد متفرقة فنكاح الأربع منهن وقع صحيحاً لأن الحر يملك التزوج بأربع نسوة مسلماً كان أو كافراً و لم يصح نكاح الخامسة لحصوله جمعاً فيفرق بينهما بعد الإسلام . و كذلك إذا كان تزوج الأختين في عقدتين فنكاح الأولى وقع صحيحاً إذ لا مانع من الصحة و

بطل نكاح الثانية لحصوله جمعا فلا بد من التفريق بعد الإسلام .

و أما الأحاديث ففيها إثبات الاختيار للزوج المسلم لكن ليس فيها أن له أن يختار ذلك بالنكاح الأول أو بنكاح جديد فاحتمل أنه أثبت له الاختيار لتجدد العقد عليهن و يحتمل أنه أثبت له الاختيار ليمسكهن بالعقد الأول فلا يكون حجة مع الاحتمال مع ما أنه قد روي أن ذلك قبل تحريم الجمع فإنه روي في الخبر أن غيلان أسلم وقد كان تزوج في الجاهلية . و روي عن مكحول أنه قال : كان ذلك قبل نزول الفرائض و تحريم الجمع ثبت بسورة النساء الكبرى و هي مدينة .

و روي أن فيروز لما هاجر إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال له : [إن تحتي أختين] فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [ارجع فطلق إحداهما] و معلوم أن الطلاق إنما يكون في النكاح الصحيح فدل أن ذلك العقد وقع صحيحا في الأصل فدل أنه كان قبل تحريم الجمع و لا كلام فيه .

و على هذا الخلاف إذا تزوج الحربي بأربع نسوة ثم سبى هو و سبين معه أن عند أبي حنيفة و أبي يوسف يفرق بينه و بين الكل سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقد متفرقة لأن نكاح الأربع وقع صحيحا لأنه كان حرا وقت النكاح و الحر يملك التزوج بأربع نسوة مسلما كان أو كافرا إلا أنه تعذر الاستيفاء بعد الاسترقاق لحصول الجمع من العبد في حال البقاء بين أكثر من اثنتين و العبد لا يملك الاستيفاء فيقع جمعا بين الكل ففرق بينه و بين الكل و لا يخير فيه كما إذا تزوج رضعتين فأرضعتها امرأة بطل نكاحهما و لا يخير كذا هذا .

و عند محمد : يخير فيه فيختار اثنتين منهن كما يخير الحر في أربع نسوة من نسائه و لو كان الحربي تزوج أما و بنتا ثم أسلم فإن كان تزوجهما في عقدة واحدة فنكاحهما باطل و إن كان تزوجهما متفرقا فنكاح الأولى جائز و نكاح الأخرى باطل في قول أبي حنيفة و أبي يوسف كما قالا في الجمع بين الخمس و الجمع بين الأختين .

و قال محمد : نكاح البنت هو الجائز سواء تزوجهما في عقدة واحدة أو في عقدتين و نكاح الأم باطل لأن مجرد عقد الأم لا يحرم البنت و هذا إذا لم يكن دخل بواحدة منهما و لو أنه كان دخل بهما جميعا فنكاحهما جميعا باطل بالإجماع لأن مجرد الدخول يوجب التحريم سواء دخل بالأم أو بالبنت و لو لم يدخل بالأولى و لكن دخل الثانية فإذا كانت الأولى بنتا و الثانية أما فنكاحهما جميعا باطل بالأجماع لأن نكاح البنت يحرم الأم و الدخول بالأم يحرم البنت و لو كان دخل بإحدهما فإن كان دخل بالأولى ثم تزوج الثانية فنكاح الأولى جائز و نكاح الثانية باطل بالإجماع .

و لو تزوج الأم أولا و لم يدخل بها ثم تزوج البنت و دخل بها فنكاحهما جميعا باطل في قول أبي حنيفة و أبي يوسف إلا أنه يحل له أن يتزوج بالبنت و لا يحل له أن يتزوج بالأم و

عند محمد نكاح البنت هو الجائز و قد دخل بها و هي امرأته و نكاح الأم باطل