@ 104 @ ليس بوطء وإنما يصير وطئا عند ثبوت حكمه وهو حل الوطء ووجود الولد وحكم الشيء يعقبه وحال صدوره خال عنه فيصح لصدوره من أهله مضافا إلى محله ثم لا يجوز له وطء واحدة منهما عندنا وقال مالك والشافعي يجوز له وطء المنكوحة لأن الموطوءة حرمت عليه بنكاح أختها والأخرى منكوحة فيحل وطؤها ونحن نقول لو جامع المنكوحة يصير جامعا بينهما وطئا ولو جامع المملوكة يصير جامعا بينهما وطئا حقيقة وحكما فإذا حرم المملوكة على نفسه بسبب من الأسباب كالبيع والتزويج والهبة مع التسليم والإعتاق والكتابة حل وطء المنكوحة وعن أبي يوسف أن المنكوحة لا تحل بالكتابة وعنه أنه لو ملك الأمة من إنسان لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة لاحتمال أن تكون حاملا منه ووجه الظاهر أنها تحرم بالكتابة حتى لو وطئها وجب عليه العقر وإعتاق البعض كإعتاق الكل وكذا تمليك البعض كتمليك الكل لثبوت الحرمة وأراد بالتزوج النكاح الصحيح وأما الفاسد فلا عبرة به إلا إذا دخل بها فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع بينهما حقيقة لأنه تجب به العدة ويثبت به النسب فصار كالنكاح الصحيح وكذا بالتزويج الصحيح هو المراد به إلا إذا دخل بها لما ذكرنا وتحرم به على المولى ولا يؤثر الإحرام والحيض والنفاس والصوم ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لأن المرقوقة ليست بموطوءة حكما فلا يصير جامعا بينهما وطئا لا حقيقة ولا حكما وعلى هذا لو وطئ إحدى الأختين المملوكتين أو لمسها بشهوة لم تحل له الأخرى وإن وطئهما حرمتا جميعا حتى تخرج إحداهما من ملكه قال رحمه ا (ولو تزوج أختين في عقدين ولم يدر الأولى فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما بطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية والترجيح من غير مرجح لا يجوز ولا إلى التنفيذ مع الجهالة لعدم الفائدة إذ لا يمكنه الاستمتاع بواحدة منهما أو للضرر عليه وعليها بإلزام النفقة والكسوة من غير قضاء حاجة وتصير المرأة كالمعلقة وهي التي لها زوج قد أعرض عنها ولا يجوز التحري في الفروج فتعين التفريق وقوله في عقدين احترز به عما إذا تزوجهما في عقد واحد فإنه لا يجوز نكاحهما بيقين وقوله لا يدري الأولى احترز به عما إذا درى من هي الأولى فإنه حينئذ يجوز عقد الأولى ويحل وطؤها إلا إذا وطئ الثانية فحينئذ تحرم الأولى ما دامت الثانية في العدة ولا يحل وطء الثانية لفساد العقد وإن أراد أن يتزوج إحداهما بعد التفريق فله ذلك إن كان التفريق قبل الدخول وإن كان بعد الدخول فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله أن يتزوج بالمعتدة دون الأخرى كي لا يكون جامعا بينهما وإن دخل بإحداهما فله أن يتزوجها دون الأخرى ما لم تنقض عدتها لأن عدتها تمنع التزوج بأختها وإن

انقضت عدتها جاز له أن يتزوج بأيهما شاء لعدم المانع قال رحمه ا (ولهما نصف المهر) لأنه وجب للأولى منهما فيصرف إليهما لعدم الأولوية قال الفقيه أبو جعفر الهندواني معنى مسألة أن تدعي كل واحدة منهما أنها هي الأولى ولا بينة لهما فيقضي لهما بنصف المهر أما إذا قالتا لا ندري أي النكاحين أول لا يقضي لهما بشيء لأن المقضي له مجهول وجهالة المقضي له تمنع صحة القضاء كمن قال لرجلين لأحدكما علي ألف درهم فإنه لا يقضي لواحد منهما عليه بشيء فكذا هذا إلا أن يصطلحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر منه فيقضي لهما به لأن الحق لا يعدوهما وعن أبي يوسف رحمه ا أنه لا يجب لهما شيء لجهالة المقضي له ولأنه مجبور على الطلاق قبل الدخول فلا يجب عليه شيء وعن محمد رحمه ا أنه يجب المهر كاملا هكذا ذكره في البدائع ولم يع وقال في النهاية في تعليله لأن الزوج أقر