

المبسوط

لأن فساد السبب في الإبتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض فلأن لا يمنع بقاء الملك أولى فإذا لم يعد شيء من العين إلى الزوج لا ينفذ عتقه (قال) ولو قضى القاضي له بنصفها بعد ذلك لا ينفذ ذلك العتق السابق لأنه سبق ملكه بمنزله المشتراة شراء فاسدا وقد قبضها المشتري وأعتقها البائع ثم ردت عليه لم ينفذ العتق وإن كان أعتقها بعد ما قضى له القاضي بنصفها أو ردت المرأة عليه النصف بالتراضي نفذ عتقه فيكون حكمه كحكم جارية بين رجلين أعتقها أحدهما ولو كانت هي التي أعتقت الجارية بعد الطلاق نفذ عتقها في الكل وكذلك إن باعت أو وهبت لأن الملك في الكل باق لها قبل قضاء القاضي وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد تقرر السبب الموجب له فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بالشبهة حتى غرم الواطء عقرها فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل وكحكم الأرش لأنه بدل جزء من عينها فإن المستوفي بالوطء في حكم العين دون المنفعة (قال) ولا شفعة في الدار التي تتزوج عليها المرأة وهو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى أيضا لأن الشفعة في الدار لو وجبت إنما تجب للجار وهو لا يوجب الشفعة للجار أصلا وعلى قول بن أبي ليلى رحمه الله تعالى تجب الشفعة (قال) ولو تزوجها على شقص من دار لم تجب فيه الشفعة عندنا وعند بن أبي ليلى والشافعي رحمهما الله تعالى تجب لأن النصف ملك بعقد معاوضة فكان كالمملوك بالشراء فتجب فيه الشفعة بقيمة العوض والعوض هو البضع وقيمه مهر المثل وهو كمن اشترى دارا بعبد يأخذها الشفيع بقيمة العبد وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال بمطلق والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة وهذا لأن الشفيع إنما يملك بمثل السبب الذي به تملك المشتري فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببا آخر غير السبب الذي تملك به الممتلك فكذلك هنا المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سببا آخر بخلاف ما إذا اشتراها بعبد فإن الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق (قال) وإذا تزوجها على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم لم يجب للشفيع الشفعة في شيء من الدار في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقسم الدار على ألف