عن ابن حامد وهو قول العكلي والشافعي لانه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل اذا لم يكن قال وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل

فصل قال الشيخ رضي الله عنه ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ويحتمل ان يجب لان الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما او لاحدهما وحده ايهما كان وقال ابو الخطاب يتخرج ان تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال ابو حنيفة ان كان الخيار للبايع او لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البايع من الفسخ والزام المبيع في حقه بغير رضاه ولان الشفيع انما ياخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك اخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلان يملك ذلك قبل لزومه اولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيبا وللشافعي قولان كالمذهبين ولنا انه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبايع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبايع فانا انما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البايع وتفويت حق الرجوع في عين ماله وهما في نظر الشرع على السواء وفارق الرد بالعيب فانه ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول باخذ الشفيع فان باع حصته في مدة الخيار عالما ببيع الاول سقطت شفعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

فصل وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وساير الاحكام اذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث او غير وارث وبه قال الشافعي وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي ولنا انه انما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالاجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شي لا يمنع صحة غيره كما ان الحجر على المرتهن في الرهن ولا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته واما بيعه بالمحاباة فلا يخلو اما ان يكون لوارث او لغيره فان كان لوارث بطلت المحاباة لانها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوارث لا تجوز وتبطل البيع في قدر المحاباة من البيع وهل يصح فيما عداه فيه ثلاثة اوجه احدها لا يصح لان المشتري بذل الثمن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه او قال قبلته بخمسة او قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة الثاني انه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع اخذ ما صح فيه البيع وانما قلنا بالصحة لان البطلان انما جاء من المحاباة فاختص بما قابلها الثالث انه يصح في الجميع ويقف على اجازة الورثة لان الوصية صحيحة في اصح الروايتين وتقف على اجازة الورثة فكذلك المحاباة له فان اجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الاخذ به لانه ياخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل اجازة الورثة وردهم لان حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك ابطاله وله اخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لانه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب اذا رضي الشفيع بعيبه

فصل اذا كان المشتري اجنبيا والشفيع اجنبي فان لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الاخذ بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منه كون المبيع محاباة فان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم اصل المحاباة في حق الوارث فان كان الشفيع وارثا ففيه وجهان احدهما له الاخذ بالشفعة لان المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من اخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فاخذه الوارث والثاني يصح البيع ولا

الشفعة

ولا تجب الشفعة وهو قول اصحاب ابي حنيفة لانا لو اثبتناها جعلنا للموروث سبيلا الى اثبات حق لوارثه في المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهاهنا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة اوجه وجهان كهذين والثالث باطل من اصله لافضائه الى ايصال المحاباة الى الوارث وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل لفرعه وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث المحاباة انما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فاشبه هبة غريم الوارث الوجه الرابع ان للشفيع ان ياخذ بقدر ما عدا المحاباة بجميع الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي اخذ الكل لان الموهوب لا شفعة فيه الخامس ان البيع يبطل في قدر المحاباة وهو فاسد لانها محاباة لاجنبي بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

فصل ويملك الشفيع الشقص باخذه بكل لفظ يدل على اخذه بان يقول قد اخذته بالثمن او تملكته بالثمن ونحو ذلك اذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي وقال القاضي وابو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالايجاب في البيع اذا انضم اليه القبول وقال ابو حنيفة لا يحصل الا بحكم الحاكم لانه نقل للملك عن مالكه الى غيره قهرا فافتقر الى حكم الحاكم كاخذ دينه ولنا انه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حكم حاكم كالرد بالعيب وبهذا ينتقض ما ذكروه وباخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يتملكه قهرا فملكه بالاخذ كالغنايم والمباحات ويملكه باللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه وقولهم يملك بالمطالبة بمجردها لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة ولوجب اذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة ثم ترك احدهما ان يكون للاخر اخذ قدر نصيبه ولا يملك اخذ نصيب صاحبه اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد اخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص لا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يوخذ قهرا والمقهور لا خيار له والاخذ قهرا لا خيار له ايضا كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه او الثمن لعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولا او الشقص لم يملكه بذلك لانه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوض كساير البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري او من غيره والمبيع فياخذه بثمنه ويحتمل ان له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغايب

مسئلة وان اقر البايع بالبيع وانكر المشتري فهل تجب الشفعة على وجهين احدهما تجب الشفعة وهو قول ابي حنيفة والمزني و الثاني لا تجب ونصره الشريف ابو جعفر في مسايله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع انما ياخذ الشقص من المشتري واذا انكر البيع لم يمكن الاخذ منه ووجه الاول ان البايع اقر بحقين حق للمشتري وحق للشفيع فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو اقر لرجلين فانكر احدهما ولانه اقر للشفيع انه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو اقر انها ملكه فعلى هذا يقبض الشفيع من البايع ويسلم اليه الثمن ويكون درك الشفيع على البايع لان القبض منه ولم يثبت الشرا في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبايع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لان مقصود البايع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع اخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البايع فلا فايدة في المحاكمة فان قيل اليس لو ادعى على رجل دينا فقال اخر انا ادفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخاصمه لم يلزمه قبوله فهلا قلتم هاهنا كذلك قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وهاهنا بخلافه ولان البايع يدعي ان الثمن الذي يدفعه