يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا فأما المنتقل بعوض فينقسم
قسمين أحدهما ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث
جابر فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع
والصلح عن الجنايات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها ثواب معلوم لأن ذلك بيع ثبت فيه
أحكام البيع وهذا مذهبه وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه
قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لأن الهبة إنما تثبت إلا بالقبض
فأشبهت البيع بشرط الخيار ولنا أنه تملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق
الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه
وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق
القسم الثاني ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهرًا أو عوضًا في الخلع
أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله
لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن
المنذر واختاره وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي
ومالك وابن أبي ليلى ثم يأخذ الشقص بقيمته قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا
مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح
الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص
صداقًا أو عوضًا في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي وابن أبي
لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لو باعه
بعوض واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه المبيع ولنا
أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكرناه
وبالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه ولأنه
ليس له عوض يمكن الأخذ به فأشبه الموهوب والموروث وفارق البيع فإنه أمكن الأخذ بعوضه فإن
قلنا إنه يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود

في يدها بصفته وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لأن ملكها زال عنه فهو كما
لو باعته وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان أحدهما حق الشفيع مقدم لأن
حقه أسبق لأنه ثبت بالنكاح وحق الزوج بالطلاق والثاني حق الزوج أولى لأنه ثبت بالنص
والإجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا إجماع فأما إن عفى الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في
نصف الشقص لم يستحق الشفيع الأخذ منه وكذلك إن جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص
كله إلى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد
بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص إلى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو
رده لغبن وقد ذكرنا في الإقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة
فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وإن عفى عن الشفعة في البيع ثم تقايلا
فله الأخذ بها **فصل** وإذا جنى جنايتين عمدًا وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف
الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي يقول فيها إن موجب العمد القصاص
عينًا وإن قلنا موجبه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لأن في الأخذ بها
تبعيض الصفقة على المشتري ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو
انفرد ولأن الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما
لو اشترى شقصًا وسيفًا وبهذا الأصل يبطل ما ذكروه وقول أبي حنيفة أقيس لأن في الشفعة
تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا ما لا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أحد
الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف وأما إذا قلنا الواجب
أحد شيئين فاختاره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضًا عن المال
فصل ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما
وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فثبتت الشفعة في مقتضى
لكن في الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضاه ولأن
الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري وحده فقد انتقل الملك
إليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)