الا بحضوره او بحضور من قام مقامه ولان له حقا في الحضور ليدلي بحجته فوقف الحكم علي حضوره واما اذا كانت الدار قد قبضت فالخصم هو المشتري وحده فاذا احضره حكم عليه لان البايع لا ملك له ولا يد فصار بعد التسليم كالاجنبي فلا يعتبر حضوره في صحة الحكم قال الكرخي واذا حكم الحاكم بالشفعة علي ما ذكرنا والدار في يد البايع انتقض البيع الذي كان بين البايع والمشتري ويسلم الشفيع الثمن الي البايع وكانت عهدة الشفيع على البايع ويرجع المشتري علي البايع بالثمن ان كان نقده اما فسخ البيع فهو المشهور من قولهم كذا قال القدوري في شرحه قال فيه وروي بن سماعة عن ابي يوسف ان البيع لا ينتقض وجه قولهم المشهور ان حق الشفيع سابق لحق المشتري فاذا قضي له بالملك بحق سابق انفسخ ملك المشتري كما لو قضي للمستحق ولان القضاء مسقط للقبض وما اسقط القبض ابطل البيع كهلاك المبيع ولابي يوسف ان الشفعة انما تجب بسبب الشرا فصارت من حقوقه وحقوق الشي لا تنافيه ولان الشفعة لما تعلقت بعقد المبيع لم يجز ان ينفسخ بها لان ذلك يؤدي الي سقوطها قال ابو يوسف وقياس قول ابي حنيفة في جواز بيع العقار قبل القبض ينبغي ان لا ينفسخ البيع باخذ الشفيع لان الشي ماخوذ من ملكه فكانه باعه قال وهذا ليس بصحيح لان المشتري من المشتري يقوم قبضه مقام قبضه فلا يؤدي ذلك الي اسقاط القبض وقبض الشفيع لا يقوم مقام قبض المشتري فيؤدي ذلك الي اسقاط القبض وقال الكرخي ايضا في مختصره وان اخذ الدار بالشفعة من يد المشتري فالبيع الاول صحيح ويدفع الشفيع الثمن الي المشتري وعهدة الشفيع علي المشتري وذلك لان الشي انتقل من ملك المشتري فلم يجب بذلك فسخ بيعه كما لو باعه واورد القدوري في شرحه هنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق لحق المشتري فاذا اخذ الشي من يد المشتري انفسخ ملك المشتري كما ينفسخ اذا اخذ من يد البايع اصله المستحق اذا اخذ من يد المشتري والجواب ان اخذ الشفيع من يد المشتري لو كان فسخا لم يجز ان يقضي الا بحضور البايع فلما اتفقوا انه يقضي علي المشتري بالشفعة بغير محضر البايع دل علي ان الاخذ منه ليس بفسخ ويفارق هذا الاستحقاق لانه يتبين بالاستحقاق ان البايع لم يكن مالكا لما باع فاذا لم يجز المستحق بطل البيع وفي مسئلة الشفعة لا يتبين ان البايع لم يكن مالكا وانما فسخنا البيع اذا اخذ من يد البايع لسقوط القبض وهذا لا يوجد اذا اخذ من المشتري واذا ثبت ما ذكرنا قلنا ان كانت الدار اخذت من يد البايع فالعهدة عليه لان العهدة ضمان الثمن

عن

١٣

عند الاستحقاق والبايع هو القابض للثمن فكان رده عليه ولان البيع انفسخ بين البايع والمشتري وانتقل المبيع من ملك البايع فكانت عهدته عليه فاما اذا اخذت من المشتري فان العهدة عليه لانه هو القابض للثمن ولان الشي اخذ من ملكه وروي بن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف ان المشتري ان كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي للشفيع بالشفعة بمحضر من البايع والمشتري فان الشفيع يقبض الدار من البايع وينقد الثمن المشتري وعهدته عليه وان كان لم ينقد الثمن دفع الثمن الي البايع وعهدته عليه وذلك لان البايع اذا قبض الثمن ولم يبق له حق امساك المبيع فالقضاء عنده ليس بفسخ لملك المشتري وانما هو استحقاق عليه فكان الثمن له واذا لم يقبض البايع الثمن فان للبايع حبس المبيع حتى يستوفي فلم يتوصل الشفيع الي اخذ الدار الا بدفع الثمن الي البايع كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا هو مذهبنا وعند الشافعي عهدة الشفيع علي المشتري في الوجهين وقال زفر عهدته علي البايع في الوجهين كذا ذكر في شرح الكافي وجه قول الشافعي ان التملك يقع علي المالك والمالك عند اخذ الشفيع الدار هو المشتري فيكون العهدة عليه ولزفر ان التملك في الحقيقة يقع علي البايع لانه ياخذ الدار بطريق التقدم علي المشتري فيتحول الصفقة اليه ويتنزل منزلة المشتري في عين تلك الصفقة ثم تملك المشتري واقع علي البايع فكذلك من نزل منزلته ولكنا نقول انه يصير متملكا علي البايع بعقد المشتري فان حكم العقد واقع له لكن الشرع يحكم عليه ويجعل حكم عقده واقعا للشفيع فصار المشتري عند اخذ الشفيع الدار من المشتري بمنزلة الوكيل والعهدة تلزم الوكيل دون الموكل غير انا اعتبرنا جهة الوكالة في موضع اخذ منه لانه يمكن ان يجعل كالبايع في حقوق العقد لانه تولي العقد بتمامه وقبل القبض ما تولاه بتمامه وقد قدم الشرع الشفيع عليه ومن ضرورة تقدمه عليه ان يخرج هو من البين ولانه انما يرجع بالثمن علي من اخذ الثمن وقد اخذ الثمن البايع فيكون العهدة عليه ضرورة وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك وعهدة الشفيع علي المشتري وذكر في الاتحاف لازم له دون البايع وسواء اخذ بالشفعة قبل القبض او بعده وقال الخرقي من اصحاب الامام احمد بن حنبل وعهدة المشتري علي البايع **قوله** فينفسخ البيع فيما بينهما اي بمحضر من المشتري **قوله** اشارة الي علة اخري يعني ان العلة في فسخ البيع بحضور المشتري شيئان احدهما ان الملك الذي له يقضي به للشفيع فلا بد من حضوره كيلا يقع قضاء علي الغايب والثاني فسخ البيع على المشتري فلا بد من حضوره ايضا لما قلنا ومعني الفسخ انه يكون في حق الاضافة لا غير بان يكون البيع المضاف

Copyright © King Saud University

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