اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عنده صحة الاخذ
بتحول الصفقة اليه فيبقى ثم ان المشتري بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من
جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او بايجاب الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قال
ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه باذن البائع واعتقه او باعه بيعا صحيحا او
لفظ البيع كراهة ان يتوهم لفظ محمد لو ذكره او وهبه وسلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة اما جوازه فلما
ذكرنا انه ملكه بالقبض وللملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب
وبالاعتاق قد هلك فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر آنفا من
قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق
الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد فلم يتيسر
لتخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرف كما لو رد المبيع بعيب قبل القضاء
بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد بعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون
اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضي على
الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد قوله وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد
فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا ولعل
في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها قال وليس للبائع في البيع الفاسد ليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد
الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا
او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير محبوسا بالمقبوض فكان له ولانه لا يدفع المبيع الى ان يأخذ
الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا المبيع بجميع قيمته كما في
الغصب وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه تقدم عليه حال حيوته كما تقدم من ان للمشتري حق منع المبيع من البائع
الى ان يأخذ ما ادى اليه وكل من تقدم عليه حال حيوته تقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات
وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق من الورثة بالرهن والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها
لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا تتعين والقرض الفاسد وهو بيع الدراهم
بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان
ما ذكره المصنف ان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقبل في حكم النقض والاسترداد والدراهم
المغصوبة تتعين للرد بعد ردها اذا كانت قائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك
وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قال
ومن باع دارا بيعا فاسدا ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء
وترد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وهو ايضا مع ابي حنيفة لهما
ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء او الرضاء ويبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه

لا يحتاج

لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البائع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالاقوى
لا يبطل به وهو يعني حق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك ولابي حنيفة ان البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط
من جهة البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا
لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالثمن بالبيع الثاني او بالاول بالقيمة وان
كان الشفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البائع
لوجوده منه وهذا التقرير يبين لك ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل وانما ادخله فيها اشارة الى الاحتراز عن
الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولهذا ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهيا مفردا لانه لما قصد به
الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع
في الاسترداد بالبناء لصيرورته بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه
نقض العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا تقرر ما ذكر فليس لو اراد اذا البائع سلط دون
الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن لم يسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا نقض البناء
لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري
شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ وجب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت
الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ابقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة
التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضي على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم الى الشفيع ذكر وجوب القيمة في هذه
المسئلة عن ابي حنيفة يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد
على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري بشراء فاسد وبنى فيها او غرس وعندهما
لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه
فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون اللازم
محال وعلى هذا من حفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا
في روايته عنه لمحمد قال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة هي المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد قال
ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك بنقض البناء وقال محمد بل رويت لي انه يأخذ قيمتها وهذا
كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تأمل ولما كان هذا الموضع
محتاجا الى تأكيد كرر الملحق وله شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير
والراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة ومحمد
قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الربح على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم
والدنانير ونوع يتعين كغيرهما والخبث على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاول فانه يؤثر فيما
يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا ففي من اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح
فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق

Copyright King Saud University

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