

**مُخْتَصِرُ الشُّفْعَةِ مِنَ الْجَامِعِ مِنْ ثَلَاثَةِ كُتُبٍ مُتَّفَرِّقَةٍ
مِنْ بَيْنِ وَضَعٍ وَإِمْلَاءٍ عَلَى مُوْطَأٍ مَالِكٍ وَمِنْ اخْتِلَافِ الْأَحَادِيثِ
وَمِمَّا أُوجِبَتْ فِيهِ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ، وَاللَّهُ الْمَوْفِقُ لِلصَّوَابِ**

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنِ الرَّهْرِيِّ عَنِ سَعِيدِ وَأَبِي سَلَمَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» (١) وَوَصَلَهُ مِنْ غَيْرِ حَدِيثِ مَالِكِ أَيُّوبَ وَأَبُو الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَ مَعْنَى حَدِيثِ مَالِكٍ وَاحْتِجَّ مُحْتَجٌّ بِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي رَافِعٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «الْجَارُ أَحَقُّ بِصِقْبِهِ» وَقَالَ فَأَقُولُ لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمَ وَلِلْمُقَاسِمِ شُفْعَةٌ كَانَتْ لَصِيقًا أَوْ غَيْرَ لَصِيقٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّارِ طَرِيقٌ نَافِذَةٌ قُلْتُ لَهُ فَلِمَ أُعْطِيَتْ بَعْضًا دُونَ بَعْضٍ وَاسْمُ الْجَوَارِ يُلْزِمُهُمْ فَمِنَعَتْ مِنْ بَيْنِكَ وَبَيْنِهِ ذِرَاعٌ إِذَا كَانَ نَافِذًا وَأُعْطِيَتْ مِنْ بَيْنِكَ وَبَيْنِهِ رَحْبَةٌ أَكْثَرَ مِنْ أَلْفِ ذِرَاعٍ إِذَا لَمْ تَكُنْ نَافِذَةً؟ فَقُلْتُ لَهُ فَالْجَارُ أَحَقُّ بِسِقْبِهِ لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا مَعْنَيْنِ لِكُلِّ جَارٍ أَوْ لِبَعْضِ الْجِيرَانِ دُونَ بَعْضٍ فَلَمَّا ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ لَا شُفْعَةَ فِيمَا قَسَمَ دَلَّ عَلَى أَنَّ الشُّفْعَةَ لِلْجَارِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمَ دُونَ الْجَارِ الَّذِي قَاسَمَ وَحَدِيثُكَ لَا يُخَالِفُ حَدِيثَنَا لِأَنَّهُ مُجْمَلٌ وَحَدِيثُنَا مُفَسَّرٌ وَالْمُفَسَّرُ بَيْنَ الْمُجْمَلِ قَالَ وَهَلْ يَقَعُ اسْمُ الْجَوَارِ عَلَى الشَّرِيكِ؟ قُلْتُ نَعَمْ أَمْرَاتُكَ أَقْرَبُ إِلَيْكَ أَمْ شَرِيكُكَ؟ قَالَ بَلِ امْرَأَتِي لِأَنَّهَا ضَجِيعَتِي قُلْتُ فَالْعَرَبُ تَقُولُ امْرَأَةُ الرَّجُلِ جَارَتُهُ قَالَ وَأَيْنَ؟ قُلْتُ قَالَ الْأَعَشَى:

أَجَارْتَنَا بَيْنِي فَإِنَّكَ طَالِقُهُ	وَمَوْمُوقَةٌ مَا كُنْتُ فِيْنَا وَوَامِقُهُ
أَجَارْتَنَا بَيْنِي فَإِنَّكَ طَالِقُهُ	كَذَاكَ أُمُورُ النَّاسِ تَغْدُو وَطَارِقُهُ
وَبَيْنِي فَإِنَّ الْبَيْنَ خَيْرٌ مِنَ الْعَصَا	وَأَنْ لَا تَزَالِي فَوْقَ رَأْسِكِ بَارِقُهُ
حَبَسْتُكَ حَتَّى لَا مَنِي النَّاسُ كُلُّهُمْ	وَخِفْتُ بِأَنْ تَأْتِي لَدَيَّ بِبَائِقُهُ
وَدَوْقِي فَتَى حَيٍّ فَإِنِّي ذَائِقُ	فَتَاءَ لِحْيٍ مِثْلَ مَا أَنْتِ ذَائِقُهُ

فَقَالَ عُرْوَةُ نَزَلَ الطَّلَاقُ مُوَافِقًا لِطَّلَاقِ الْأَعَشَى (قال الشافعي) رَحِمَهُ اللَّهُ وَحَدِيثُنَا أَثْبَتَ إِسْنَادًا مِمَّا رَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ عَنْ عَطَاءٍ عَنْ جَابِرٍ وَأَشْبَهُهُمَا لَفْظًا وَأَعْرَفُهُمَا فِي الْفَرْقِ بَيْنَ

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٠٧ كتاب البيوع (٢٢١٣) ومسلم ٣/٢٢٩ كتاب المساقاة (١٣٤) والنسائي عن أبي سلمة بلفظ «الشفعة في كل مال لم يقسم فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة» ٧/٢٨٢.

الْمَقَاسِمِ وَيَبِينُ مَنْ لَمْ يُقَاسِمَ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ مُشَاعاً بَاعَ غَيْرَ مُتَجَزِّئٍ فَيَكُونُ شَرِيكُهُ أَحَقَّ بِهِ لِأَنَّ حَقَّهُ شَائِعٌ فِيهِ وَعَلَيْهِ فِي الدَّخْلِ سُوءُ مُشَارَكَةٍ وَمُؤَنَةٌ مُقَاسِمَةٍ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمَقْسُومُ».

قال الماوردي : أما الشفعة ففي تسميتها بذلك تأويلان :

أحدهما : أن الرجل كان إذا أراد أن يبيع داره أتاه جاره أو شريكه فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى ممن بعد سببه . فسميت شفعة وسمي طالبها شافعاً ، وهذا قول أبي محمد بن قتيبة قاله في غريب الحديث .

والتأويل الثاني : سميت بذلك لأن طالبها جاء تالياً للمشتري فكان ثانياً بعد أول فسمي شافعاً لأن الاثنين شفح والواحد وتر وسمي الطلب شفعة .

فصل : والحكم بالشفعة واجب بالنص والإجماع إلا من شذ عن الكافة من الأصم وابن عليّة فإنهما أبطلها رداً للإجماع ، ومنعاً من خبر الواحد ، وتمسكا بظاهر قوله ﷺ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مَسْلُومٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » .

وهذا خطأ لفحش من قائله لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالتواتر ، ثم الإجماع عليه منعقد والعلم بكونه شرعاً واقعاً وليس في التمسك بقوله ﷺ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مَسْلُومٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » ما يمنع من الشفعة لأن المشتري يعاوض عليهما بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه .

فصل : فإذا ثبت وجود الشفعة فهي مستحقة في عراض الأرضين ويكون ما اتصل بها من البناء والغراس تبعاً وإن كان المبيع منها مشاعاً كانت الشفعة فيه على قولين من أوجهها إجماعاً ، وإن المبيع محوزاً فالذي عليه جمهور الناس أنها غير واجبة وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وعلي في أصح الروايتين ومن التابعين سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ومن الفقهاء ربيعة ، ومالك ، وأحمد وإسحاق وأهل الحرمين . وقال أبو حنيفة وصاحبه وسفيان والثوري : إن شفعة المحوزة مستحقة للجار وليس لهم فيها سلف وربما أضافوه إلى ابن مسعود .

وإن عفا الجار عنها كانت لمن يليه في القريب ثم لمن يليه إلى آخر الجوار إلا أن تكون الطريق نافذة فلا تجب لغير الجار الملاصق استدلالاً برواية عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ قال : « الْجَارُ أَحَقُّ بِصُقْبِهِ » وروي بِسُقْبِهِ يعني بقربه^(١) .

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٣٧ كتاب الشفعة (٢٢٥٨) والسقب بالسين المهملة وبالصاد أيضاً ويجوز فتح القاف وإسكانها : القرب والملاصقة . انظر فتح الباري ٤/٤٣٨ .

وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ قال: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الجَّارِ أَوْ الأَرْضِ» (١).

وبرواية عبد الملك عن عطاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الجَّارُ أَحَقُّ بِشَفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدَةً» (٢).
وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ» (٣).

وروى عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه أنه قال للنبي ﷺ: «إِنَّ أَرْضاً بِيَعَتْ لَيْسَ لِي فِيهَا قَسَمٌ وَلَا شِرْبٌ» فقال النبي ﷺ: «أَنْتَ أَحَقُّ بِشَفْعَةِ جَارِكَ يَا شَرِيدُ».

قالوا: ولأنه متصل بالبيع فجاز أن يستحق به الشفعة كالخلطة قالوا: ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفاً من سوء عشرة الداخل عليه.

هذا قد يوجد في الدار كوجوده في الخليط، فاقضى أن تجب الشفعة للجار كوجودها للخليط.

ودليلنا ما رواه الشافعي رضي الله عنه عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن أن النبي ﷺ قال: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» وهذا وإن كان مرسلًا فمرسل سعيد عند الشافعي رضي الله عنه حسن، ثم قد رواه مسنداً عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» فكان من هذا الحديث دليلان:

أحدهما: قوله: «الشفعة فيما لم يقسم» فكان دخول الألف واللام مستوعباً لجنس الشفعة فلم تجب في المقسوم شفعة.

(١) أخرجه أبو داود ٣٠٨/٢ كتاب البيوع (٣٥١٧) والترمذي ٣/٦٥٠ كتاب الأحكام (١٣٦٨) وأحمد في المسند ٨/٥-١٢ والطبراني في الكبير ٧/٢٣٦ وابن عدي في الكامل ٢/٧٢٩ والخطيب في التاريخ ١٠/٣٤٢ وذكره العجلوني في الكشف ١/٣٩٢.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣/٣٠٣ والدارمي ٢/٢٧٣ كتاب البيوع وأبو داود ٣/٧٨٧ كتاب البيوع (٣٥١٨) والترمذي ٣/٦٥١ كتاب الأحكام (١٣٦٩) وابن ماجه ٢/٨٣٣ كتاب الشفعة (٢٤٩٤).

(٣) قال ابن حجر: لم أجده، وقال ابن الجوزي: لا يعرف، وإنما روى سعيد بن منصور من مرسل الشعبي: «الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب» انتهى وأخرجه عبد الرزاق مثله، ورواه ابن أبي شيبة من وجه آخر عن الشعبي عن شريح قال: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار أحق ممن سواه» انظر الهداية ص ٢٠٣.

والثاني: قوله: «إذا وقعت الحدود فلا شفعة» فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة.

فإن قيل: فإنما نفى الشفعة عنه بالقسمة الحادثة بعده ففيه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على عموم القسمة حادثة ومتقدمة.

والثاني: أنه إنما نفى الشفعة عن المقسوم بما أثبتتها في غير المقسوم فلما أثبتتها في غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع، وروى أبو داود عن أحمد بن حنبل عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنه قال: «إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْهُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ».

وهذا أقوى استدلالاً بالوجهين المذكورين من الأول؛ لأن في قوله: إنما إثباتاً لما اتصل بها ونفياً لما انفصل عنها كقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ».

فإن قيل إنما نفى الشفعة بصرف الطرقات وهي للجار غير مصروفة؟ قيل: الطرقات التي تصرف بالقسمة مختصة باستطراق المشاع الذي يستطره الشريك ليصل به إلى ملكه فإذا وقعت به القسمة انصرف استطراقه من ملك شريكه فأما غيره من الطرقات المستحقة فلا تنصرف أبداً.

وروى ابن جريج عن الزهري عن أبي سلمة أو عن أبي سعيد أو عنهما جميعاً عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «قال رسول الله ﷺ: إِذَا قُسِّمَتِ الْأَرْضُ وَحُدَّتْ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا»^(١).

والثليل من طريق القياس هو أن تمييز «المبيع يمنع» من وجوب الشفعة فيه كالذي بينهما طريق نافذة لأن المبيع إذا لم يكن له حال يترقب فيها المقاسمة لم يثبت فيه الشفعة قياساً على مشاع الغراس والأبنية، ولأن أصول الشرع مقررة على الفرق بين أحكام المال المشترك وغير المشترك ألا ترى أن من أعتق حصه له من عبد قوم عليه باقيه ولا يقوم عليه غيره ولو أعتق بعض عبده عتق جميعه ولا يعتق غيره ولو بدأ إصلاح بعض حائطه حكم بإصلاح جميعه ولا يحكم بإصلاح غيره.

فكانت شواهد هذه الأصول توجب في الشفعة «إذا ثبتت في الشركة أن تنتفي عن غير الشركة لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر بها لا لدخول الضرر فيها، وفي وجوبها للجار

(١) أخرجه أبو داود (٣٥١٥) وابن ماجه (٢٤٩٧) والبيهقي في السنن الكبرى ١٠٤/٦ وابن عبد البر في التمهيد ٤٧/٧.

ضرر داخل لتقاعده بالمالك في بدل النجش من الثمن لثبته بأن غيره لا يقدم على ابتياعها مع علمه بشفعته، ولا يوجد مثل ذلك في المشترك لأن الشريك يقدر على دفع هذا الضرر بمقاسمة شريكه وما كان موضوعاً لرفع الضرر لم يجز أن يدخل فيه الضرر لأن استحقاق الشفعة في المشترك إنما هو لضرر لا يقدر على دفعه وهو مؤونة القسمة وهذا المعنى معدوم في غير المشترك.

فأما الجواب عن قوله: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصُقْبِهِ» فمن وجهين:

أحدهما: أنه أبهم الحق ولم يصرح به فلم يجز أن يحمل على العموم في مضمراً لأن العموم مستعمل في المنطوق دون المضمراً.

والثاني: أنه محمول على أنه أحق بالفناء من الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار أو أن يكون مرتفعاً به، وقيل: بل هو في البادية إذا انتجعوا أرضاً فنزلوها كان جار المنزل المقارب لهم أحق بالمكان إذا رحل النازل عنه لصقبه والصقب عمود الخيمة على هذا الاستعمال، وتأويله على الاستعمال الأول القرب ومنه قول ابن قيس الرقيات:

كُوفِيَّةٌ نَازِحٌ مَحَلَّتْهَا لَا أُمٌّ ذَارَهَا وَلَا صَقْبٌ^(١)

وأما الجواب عن الحديث الثاني من قوله ﷺ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ» فرواية الحسن عن سمرة واختلفوا في لقاء الحسن سمرة فقال بعضهم لم يلقه وقال آخرون لقيه ولم يرو عنه إلا حديثاً واحداً وليس هو هذا الحديث ثم لو سلم لكان عنه الجوابان المذكوران.

وأما الجواب عن الحديث الثالث من قوله ﷺ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِباً»^(٢) فرواية عبد الملك بن أبي سليمان وكان ضعيفاً وقال شعبة: لوروى عبد الملك حديثاً آخر مثل حديث الشفعة بطل حديثه. ثم يحتمل على تسليمه على عرض هذا المبيع على جاره.

وأما الجواب عن الحديث الرابع من قوله ﷺ: «الْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ» هو حديث منقطع وإن صح فمحمول على أنه أحق عند الطلب وقت الشراء.

وأما الجواب عن الحديث الخامس من قوله ﷺ: «أَنْتَ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِكَ يَا شَرِيدٌ» فمحمول على ما ذكرنا.

(١) انظر ديوانه (٢) اللسان م [صقب] ٢٤٦٩/٣.

(٢) ضعيف أخرجه أبو داود ٣٠٨/٢ كتاب البيوع (٣٥٠١٨) وابن ماجه (٢٤٩٤) وأحمد في المسند ٣٠٣/٣ وابن عبد البر في التمهيد ٤٧/٧ والطحاوي في معاني الآثار ١٢٠/٤.

ثم لو سلم استدلالهم على هذه الأخبار لكان محمولاً على الجار الشريك لأن اسم الجوار يختص بالقرب، والشريك أقرب من اللصيق فكان أحق باسم الجوار وقد أطلقت العرب ذلك على الزوجة لقبها فسمتها جارة. قال الأعشى:

أَجَارْتُنَا بَيْنِي فَأَيْنِكَ طَالِقَهُ
وَبَيْنِي فَإِنَّ الْبَيْنَ خَيْرٌ مِنَ الْعَصَا
وَمَوْمُوقَةٌ مَا كُنْتُ فِيْنَا وَوَامِقَهُ
أَجَارْتُنَا بَيْنِي فَأَيْنِكَ طَالِقَهُ
وَأَنْ لَا تَزَالِي فَوْقَ رَأْسِي بَارِقَهُ
كَذَلِكَ أُمُورُ النَّاسِ تَغْدُوا وَطَارِقَهُ
حَبَسْتُكَ حَتَّى لَأْمَنِي النَّاسُ كُلَّهُمْ
وَذُوقِي فَتَى حَيِّ فَإِنِّي ذَائِقُ
وَخِفْتُ بِأَنْ تَأْتِي لَدَيَّ بِبَائِقَهُ
فَتَاةٌ لَحِيٌّ مِثْلَ مَا أَنْتِ ذَائِقَهُ^(١)

وكان السبب في قول الأعشى ذلك أنه تزوج امرأة كرهه قومها وأخذوه بالنزول عنها فلم يقتنعوا منه بالطلاق الأولى ولا بالثانية فلما طلقها الثالثة كفوا عنه فعند ذلك قال عروة بن الزبير نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى.

وأما الجواب عن قياسهم على الخلطة فالمعنى فيها الخوف من مؤونة القسمة.

وأما الجواب عن قولهم: بأنها وجبت في الخلطة تخوفاً من سوء عشرة الداخل عليه فهو أن سوء العشرة مما يجب منع السلطان منه فصار مقدوراً على دفعه بغير الشفعة وإنما وجبت الشفعة لأجل ما لا يمكن دفعه إلا بالشفعة وليس ذلك إلا مؤونة القسمة لأنها حق لا يمكن دفعه عند طلبها إلا بالشفعة.

فصل: فإذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطة دون الجوار فالكلام في الشفعة يشتمل على

أربعة فصول:

أحدها: ما تجب به الشفعة.

(١) ذكرت هذه الأبيات في ديوانه هكذا:

يَا جَارَتِي بَيْنِي، فَأَيْنِكَ طَالِقَهُ
وَبَيْنِي، فَإِنَّ الْبَيْنَ خَيْرٌ مِنَ الْعَصَا
وَمَا ذَاكَ مِنْ جُرْمٍ عَظِيمٍ حَنِينِيهِ
وَبَيْنِي حِصَانِ الْفَرْجِ غَيْرَ ذَمِيمَةٍ
وَذُوقِي فَتَى قَوْمٍ، فَإِنِّي ذَائِقُ
فَقَدْ كَانَ فِي شُبَّانِ قَوْمِكَ مَنَكْحُ
كَذَاكَ أُمُورُ النَّاسِ غَادٍ وَطَارِقَهُ
وَإِلَّا تَزَالُ فَوْقَ رَأْسِكَ بَارِقَهُ
وَلَا أَنْ تَكُونِي جِئْتِ فِيْنَا بِبَائِقَهُ
وَمَوْمُوقَةٌ فِيْنَا، كَذَلِكَ وَوَامِقَهُ
فَتَاةٌ أَنَسٌ مِثْلَ مَا أَنْتِ ذَائِقَهُ
وَفِتْيَانِ هِرَّانِ الطُّوَالِ الْغَرَانِقَهُ

والثاني: ما يجب فيه الشفعة، والثالث: من تجب له الشفعة، والرابع: ما تؤخذ به الشفعة.

فأما الفصل الأول: وهو ما تجب به الشفعة، فهو انتقال الملك بعقود المعاوضات.

والعقود على ثلاثة أقسام: قسم يجب فيه العوض، وقسم لا يجب فيه العوض، وقسم يختلف قوله في وجوب العوض فيه.

فأما الموجب للعوض فخمسة عقود: البيع، والإجارة، والصلح، والصداق، والخلع. فالشفعة بجميعها مستحقة كالبيع لانتقال الملك بها عوضاً أو معوضاً وسنشرح حال كل واحد منهما في موضعه.

وأما ما لا يوجب العوض إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصية فلا شفعة به لأن ما لا ينقل الملك لا يستحق به نقل الملك وما لا عوض فيه لا معوض فيه.

فأما إذا قال الرجل لأم ولده إذا خدمت ورثتي سنة بعد موتي فلك هذا الشقص فخدمتهم سنة بعد موته فاستحقت الشقص وختلف أصحابنا هل يغلب في ملكها للشقص حكم المعاوضات أو حكم الوصايا على وجهين:

أحدهما: أن حكم المعاوضات عليه أغلب لأنها استحقته بخدمتها فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه أن حكم الوصايا عليه أغلب لأمرين:

أحدهما: اعتباره من الثلث، والثاني: ملكه الشقص عمن لم يملك الخدمة فعلى هذا يكون وصية على صفة بعد الموت ولا شفعة فيها.

وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فيه فعقد الهبة اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها فقال في القديم والإملاء بوجوب المكافأة عليها فعلى هذا تجب الشفعة بها بالثواب الذي تجب به المكافأة. فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدرأ معلوماً كان على قولين:

أحدهما: قاله في الإملاء، إن الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح.

والقول الثاني: أن الهبة بشرط الثواب باطلة، والشفعة فيها ساقطة لأن تقدير العوض

فيها يجعلها بيعاً والبيع بلفظ الهبة باطل، فهذا حكم الهبة على قوله في القديم والإملاء، وقال في الجديد: إن المكافأة على الهبة غير واجبة فعلى هذا لا شفعة بها ويكون انتقال الملك بها في سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث فهذا حكم الفصل الأول.

فصل: وأما الفصل الثاني وهو ما تجب فيه الشفعة فهي عراض الأرضين وما يتبعها

متصلاً دون غيرها، وجملة الأشياء أنها على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما وجبت فيه الشفعة مقصوداً وهي عراض الأرضين المحتملة لقسمة الإيجاب، فإن لم تحتل قسمة الإيجاب لصغرهما كالطريق الضيقة وبياض البير فلا شفعة فيه، وقال أبو العباس بن سريج: يجب فيه الشفعة تعليلاً بسوء المشاركة واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة وبه قال أبو حنيفة وعند الشافعي رضي الله عنه أنه لا شفعة فيها تعليلاً في وجوبها بالخوف من مؤونة القسمة وأن ما لا ينقسم جبراً فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤونة القسمة.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا شُفْعَةَ فِي فَنَاءٍ وَلَا طَرِيقٍ وَلَا مُنْقَبَةٍ وَلَا رُكْحٍ وَلَا رَهْوَةٍ»^(١) قال أبو عبيد: «المنقبة: الطريق الضيقة بين الدارين، والركح: ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء لا بناء فيه، يعني إذا كان للسابلة والمارة، والرهوة: الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره».

والقسم الثاني: ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء والغرس، إن كان مبيعاً مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعاً للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمة الإيجاب وإن لم تحتملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي رضي الله عنه ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريج وهو قول أبي حنيفة.

وإن كان البناء والغرس منفرداً عن الأرض في البيع فلا شفعة فيه عند الشافعي رضي الله عنه وأبي حنيفة.

وقال مالك تجب الشفعة في البناء المفرد وفي الغراس وفي الثمار والمقاتي والمباحح لاتصاله بعراض الأرض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» فجعل حدود القسمة شرطاً في إبطال الشفعة فدل على استحقاتها فيما يجبر فيه على القسمة، ولأن البناء والغراس تبع لأصله فلما لم يستحق في الأرض شفعة لخروجها عن العقد لم يجب في البناء والغراس شفعة وإن دخلت في العقد.

فإذا تقرر أن لا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغراس، وكانت دار ذات علو مشترك

(١) أخرجه الهروي في الغريب ١٢١/٣.

وسفلها لغير الشركاء في علوها فباع أحد الشركاء في العلوحه نظر في السقف فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة في الحصة المبيعة من العلو لأنها بناء منفرد وإن كان السقف لأرباب العلو ففي وجوب الشفعة في الحصة المبيعة منه وجهان: أحدهما: لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضاً، والوجه الثاني: فيه الشفعة لأن السقف كالعرصة.

ولقول الشافعي رضي الله عنه في كتاب الصلح: «إن السقف أرض لصاحب العلو ولأنه إذا حاز أحدهما حصته من البناء والسقف أمكن سكناه كالأرض».

القسم الثالث: ما لا تجب فيه الشفعة لا مقصوداً ولا تبعاً وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرناه وقال عطاء بن أبي رباح: الشفعة واجبة في كل مشترك في متاع وحيوان وغيره من صنوف الأموال، وسيأتي الكلام معه.

فصل: وأما الفصل الثالث وهو من تجب له الشفعة فهو الخليط في الملك المبيع دون الجار وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في شفعة الجوار، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم وبين أن يكون قليل السهم حتى لو خالط بسهم من ألف سهم استحق به الشفعة، وإن كان الخلطاء عدداً، كانت بينهم على ما سنذكره ولا فرق في خليط المالك إذا استقر ملكه بين أن يملك حصته بابتياح أو ميراث أو وصية أو هبة من بائع الشقص أو من غيره لأنه مالك قد يستضر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤونة المقاسمة. وأما إن كانت حصة الخليط وفقاً نظر في الوقف.

فإن كان عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين، أو على خاص لا يملك كالوقف على جامع أو مسجد فلا يستحق به شفعة في المبيع.

وإن كان خاصاً على مالك كالوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الموقوف فأما الموقوف عليه فقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه هل يكون مالكاً لرقبة الوقف أم لا على قولين:

أحدهما: لا يكون مالكاً لرقبته وإنما يكون مالكاً لغلته فعلى هذا لا شفعة له لعدم ملكه.

والقول الثاني: يكون مالكاً لرقبة الوقف فعلى هذا في استحقاقه للشفعة به وجهان:

أحدهما: يستحق به الشفعة لثبوت ملكه، واستضراره بسوء المشاركة.

والوجه الثاني: لا شفعة له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف. ثم الشفعة تجب للأب على ابنه وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللمرأة على زوجها وللسيد على مكاتبه

وللمكاتب على سيده ولا يستحقها السيد على عبده ولا على مدبره ولا على أم ولده ولا يستحقها أحدهم على سيده .

فصل: وأما الفصل الرابع : وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو ما جعل بدلاً عن الشقص المنقول الملك من ثمن إن كان في بيع أو أجرة المثل إن كان في إجارة أو مهر المثل إن كان في صداق على ما سيأتي بيانه مفصلاً إن شاء الله تعالى .

فأما إن كاتب الرجل عبده على مال رجل كان له عليه فصالحه العبد المكاتب عن مال نجمه على شقص من دار فالشفعة للشريك واجبة بمثل مال النجم لأن السيد ملكه عوضاً عنه ، فإن أخذه الشفيع بمثله ثم أدى المكاتب أو عجز فهو على ملكه فيما أخذه بشفعته وإن تأخر أخذه حتى عجز أو رُق ففي الشفعة وجهان :

أحدهما : قد بطلت : لأن المكاتب إذا عجز صار ماله لسيدته بالملك لا بالمعاوضة ، والوجه الثاني : أن الشفعة واجبة لأن السيد ابتداءً ملك الشقص بالمعاوضة فلا اعتبار بما أفضى إليه من سقوط المعاوضة .

وأما الإقالة فقد قال أبو حنيفة هي بيع ويستحق بها الشفعة وقال أبو يوسف ومحمد إن كانت بعد القبض فهي بيع وإن كانت قبله فهي فسخ لا تجب بها الشفعة .

وعند الشافعي رضي الله عنه أنها فسخ في الحالين ولا يستحق بها شفعة ؛ لأنه لا يثبت فيها خيار ولا يجوز أن يزداد في الثمن ولا أن ينقص منه . والله أعلم .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : «وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي مُشَاعٍ وَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْبَيْعُ» .

قال الماوردي : وهذا كما قال ، وإنما أخذها بالثمن لرواية بعضهم ذلك عن النبي ﷺ نصاً ، ولأنه يدخل مدخل المشتري فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذ المشتري ، ولأن عدولهما عن الثمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة :

إما أن يأخذه بما يرضى به المشتري ، وفي ذلك ضرر على الشفيع لأنه قد لا يرضى إلا بأضعاف الثمن ؛ وإما أن يأخذه بما يرضى به الشفيع وفي ذلك ضرر على المشتري لأنه قد لا يرضى إلا ببعض الثمن ، وإما أن يأخذه بالقيمة فقد تكون أقل من الثمن فيستضر المشتري وقد تكون أكثر من الثمن فيستضر الشفيع . وإذا بطلت هذه الأحوال ثبت أخذها بالثمن .

فصل: فإذا ثبت أن الشفيع يأخذه بالثمن فلا يخلو أن يكون الثمن إما أن يكون له مثل كالدراهم والدنانير والبر والشعير ، أو مما لا مثل له كالحيوان والعروض . فإن كان مما له مثل

أخذه بمثله جنساً، وصفة، وقدرًا، وإن كان مما لا مثل له كالعبد، أخذه الشفيع بقيمته في أقل الأحوال من وقت العقد إلى وقت تسليم المشتري له إلى البائع لأنه إذا زاد فالزيادة حادثة في ملك البائع لم يتناولها العقد، وإن نقص فالنقصان مضمون على المشتري فخرج من العقد.

فصل: ولو كان الثمن ألف درهم فدفعها المشتري إلى البائع فوجدها البائع زيوفاً فهو بالخيار بين أن يسامح وبين أن يبدلها، فإن رضي بها فللشفيع أن يأخذ الشقص بألف درهم جياداً.

ولو كان الثمن عبداً فاعور العبد في يد المشتري فللبائع الخيار بين فسخ البيع ورد العبد وبين الرضا بالعور وإمضاء البيع فإن رضي بالعور أخذه الشفيع بقيمة العبد أعور وقال أبو حنيفة: يأخذه بقيمته سليماً كما يأخذه بمثل الألف جياداً لأنه ليس الرضا بالعيب الحادث خطأ في الثمن. وهذا خطأ؛ لأن رضاه بعينه رضاً منه بأنه هو الثمن بعينه، والفرق بين العبد والألف: أن عور العبد لما أحدث له خياراً، أثر في فسخ البيع، وإذا استخف بها أخذ بدلها فصار الجيد ثمناً له.

فصل: وإذا اشترى شقصاً من دار بمائة دينار ثم وجد به عيباً نقصه عشر للثمن فصالحه البائع من العيب على جارية، ثم حضر الشفيع فله أخذ الشقص بتسعين ديناراً؛ لأن المشتري قد استرجع من المائة عشر دنائير فإن دفع البائع إلى المشتري العشرة التي هي أرض العيب فقد وصل إلى حقه من تمام الثمن ولا مطالبة بينه وبين الشفيع وإن امتنع البائع من دفعها ولم يرض إلا برد المبيع لم يجبر على بذل الأرض، وقيل للشفيع: إن دفعت إلى المشتري عشرة دنائير ليستكمل بها المائة التي دفعها ثمناً حقت لك الشفعة، وإن امتنعت لم تجبر على دفعها ولزمك رد الشقص على المشتري واسترجاع التسعين التي دفعتها، فإذا عاد الشقص إلى المشتري كان بالخيار بين أن يأخذه معيباً بالمائة كلها وبين أن يرده.

فإن رضي أن يأخذه بالمائة فلا شفعة للشفيع إن عاد مطالباً بها، لأنها قد عرضت عليه بالمائة فردها، فلو أن الشفيع أنكر تقدم العيب وتصادق عليه البائع والمشتري كان القول قول الشفيع مع يمينه على العلم دون البت، ولا يصدقان في الأزدباد عليه فإن نكل الشفيع حلف المشتري دون البائع؛ لأنه هو المستدرك لنقص العيب فإن حلف كان الشفيع مخيراً بين العشرة دراهم تكملة المائة أو الرد.

فصل: وإذا باع الرجل في مرضه شقصاً بألف درهم وهو يساوي ثلاثة آلاف درهم إلا أنه حابه في ثمنه بألفي درهم فللمشتري وللشفيع ثلاثة أحوال:

إحداهن: أن يكونا أجنبيين من البائع، والثانية: أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً، والثالثة: أن يكون المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً.

فأما الحالة الأولى: وهو أن يكونا أجنبيين فلا يخلو حال البائع من أن يملك مالا غير الشقص أو لا، فإن كان يملك مالا تخرج المحاباة من ثلثه صحت المحاباة وأخذ المشتري الشقص بألف درهم وللشفيع أن يأخذه منه بالألف لأنه يملك الشفعة بالثمن مسترخصاً كان أو غالباً، وإن كان البائع لا يملك غير الشقص، فللمشتري الخيار في أن يأخذ الشقص بألف درهم أو يرد ليحصل له نصف المحاباة وبين ألف تكون ثلث التركة ويرجع إلى الورثة ثلث الشقص وقيمة ألف مع ألف حصلت لهم ثمناً فيصير مثلي المحاباة بالألف ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثي الشقص العائد للمشتري بالألف.

وأما الحالة الثانية وهو أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً. فالمحاباة باطلة وإن خرجت من الثلث؛ لأنها وصية لوارث والمشتري بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألف وبين أن يرده فإن أخذ ثلثه بالألف فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف وإن رده المشتري عرض على الشفيع قبل رده فإن رضي أن يأخذ ثلث الشقص بالألف كان أحق وبطل رد المشتري؛ لأنه يرده ليحصل له الثمن الخارج من يده، وقد حصل له ذلك من جهة الشفيع فوصل إلى حقه، ومنع من إبطال حق الشفيع برده كما يمنع من رده بعبء لو ظهر إذا رضي الشفيع به وتكون عهدة الشفيع على المشتري. فلو أن باقي الورثة أجازوا للوارث محاباته، وأعطوه الشقص كله بالألف جاز، وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على اختلاف قولييه في إجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء:

أحدهما: أنه إمضاء فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف.

والثاني: أنه ابتداء عطية، فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالألف ويخلص للمشتري ثلثاه لأنها عطية له خالصة.

وأما الحالة الثالثة: وهو أن يكون المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً فللمحاباة وهي ألف درهم ثلاثة أحوال: حال يحتمل الثلث جميعها، وحال لا يحتمل الثلث شيئاً منها، وحال يحتمل الثلث بعضها. فإن لم يحتمل الثلث شيئاً منها لإحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة، وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الشقص بالألف، أو رده فإن أخذه كان الشفيع أحق به، وإن كان وارثاً لأنه لا محاباة فيه. وإن احتمل الثلث جميع المحاباة لأنه ذو مال يخرج الألفان من ثلثه فالمحاباة بثلثي الشقص، وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص

المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص، وفيها أربعة أوجه حكاهما ابن سريج :

الوجه الأول: أنها جائزة للمشتري والشفيع؛ لأن المشتري مقصود بها فصحت له، والشفيع داخل عليه فوجبت له فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف درهم، وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف، ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائرة إليهم ثمناً.

والوجه الثاني: أن المحاباة جائزة للمشتري دون الشفيع؛ لأن المشتري ممن يصح محاباته وهو بها مقصود، والشفيع ممن لا تصح محاباته وهو بها غير مقصود فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع إلى الورثة الثلث فيصير الشقص أثلاثاً: ثلثه للورثة لأن الثلث لا يحتمله، وثلثه للمشتري لأنها محاباة له، وثلثه للشفيع بعد رد المحاباة التي لا تصح له.

والوجه الثالث: أن المحاباة باطلة للمشتري وللشفيع جميعاً؛ لأنها قد تفضي إلى الشفيع الذي لا يصح له أن يملكها، وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفرد عنها فعلى هذا للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالألف، وللشفيع أن يأخذ منه بالألف ويرجع الثلثان على الورثة.

والوجه الرابع: أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عفا الشفيع عن شفيعته صحت المحاباة للمشتري وأخذ ثلثي الشقص بالألف ورجع الثلث إلى الورثة، وإن طالب بالشفعة بطلت المحاباة للمشتري وأخذ ثلث الشقص بالألف ويأخذه الشفيع منه بالألف ويرجع الثلثان إلى الورثة.

فأما إذا كان الشفيع وارث المشتري وهما أجنبيان من البائع صحت المحاباة للمشتري واستحق الشفيع المحاباة بشفيعته؛ لأنها ليست محاباة من المشتري ألا ترى أنه يأخذها منه جبراً بلا اختيار.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ عَلِمَ فَطَلَبَ مَكَانَهُ فَهِيَ لَهُ وَإِنْ أَمَكَّنَهُ فَلَمْ يَطْلُبْ بَطَلَتْ شُفَعَتُهُ».

قال الماوردي: اعلم أن الشفعة تجب بالمبيع وتستحق بالطلب وتملك بالأخذ، فإذا بيع الشقص، ووجبت فيه الشفعة، لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين: إما أن يعلم بالمبيع أولاً يعلم، فإن لم يعلم بالمبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وإن تناول به الزمان كالمشتري إذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم فأما إذا علم بالمبيع فله حالان:

أحدهما: أن يكون قادراً على الطلب، والحال الثاني: أن يكون معذوراً فإن كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يبادر إلى الطلب فهو على حقه من الشفعة ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الأخذ بها؛ لأنها تثبت بنص، أو إجماع وإنما يفتقر إلى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده.

فلو قال الشفيح حين بادر بالطلب: انظروني بالثمن واحكموا لي بالملك لم يجوز، وهكذا لو قال: احكموا لي بالملك حتى أحضر الثمن، لم يجوز أن يحكم بالملك حتى يكون الثمن حاضراً، فلو أحضر رهناً بالثمن، أو عوضاً عنه لم يجوز أن يحكم له بالملك لأنه لا يجوز أن يزيل الضرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشتري بالتأخير.

فإن سأل الوقف حتى يحضر الثمن جاز أن ينظره الحاكم يوماً، أو يومين وأكثره ثلاثاً، فإن جاء بالثمن كان على حقه من الشفعة، وإن أخره عن المدة التي أنظره الحاكم بها بطلت شفيعته.

فصل: والحال الثاني من أحوال الشفيح بعد علمه بالبيع أن يعفو عن الشفعة، والعفو على ضربين: صريح وتعريض، فالصريح أن يقول قد عفوت عن الشفعة، أو تركتها، ونزلت عنها فهذا مبطل لشفيعته.

والتعريض أن يساوم المشتري في الشقص أو يطالبه بالقسمة، أو يستأجره منه أو يساقيه عليه.

فهل يكون التعريض بهذه الألفاظ كصريح العفو في إبطال الشفعة أم لا؟ على قولين نص عليهما في القديم:

أحدهما: أنه كالصريح في إبطال الشفعة لاشتراكهما في المقصود بالعفو.

والقول الثاني: أنه على حقه ما لم يصرح بالعمولما فرق الله تعالى به في الخطبة بين حكم التعريض والتصريح.

فأما قوله للمشتري: بارك الله لك في صفقتك، فليس بعفو صريح ولا تعريض؛ لأن وصوله إلى الثمن من الشفيح بركة في صفقته، وهكذا لو شهد للمشتري في ابتياعه لم يكن عفواً صريحاً، ولا تعريضاً؛ لأن الشهادة وثيقة في البيع الذي بتمامه يستحق الشفعة وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً.

وأما أن قال سأعفو، أو قال إن شئت عفوت فليس ذلك عفواً.

فصل: والحالة الثالثة: من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ أن يمسك عن الطلب فيه ثلاثة أقاويل:

أحدهما: وهو قوله في الجديد والإملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت بانقضاء زمان المكنة وأن حق طلبها على الفور.

والقول الثاني: أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت.

قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب السير قال: وهذا استحسان وليس بأصل.

والقول الثالث: أن حق الشفعة ممتد على التراخي من غير تقدير بمدة وبه قال في

القديم. فإذا قيل بالقول الأول إن حق الشفعة على الفور وبه قال أبو حنيفة فوجهه ما روي عن النبي ﷺ: «الشفعة كَنَشْطَةِ عِقَالٍ فَإِنْ أَخَذَهَا فِيهِ لَهٌ، وَإِنْ تَرَكَهَا رَجَعَ بِاللَّائِمَةِ عَلَى نَفْسِهِ»؛ ولأن حق الشفعة موضوع لإزالة الضرر فاقضى أن تكون على الفور كالرد بالغيب، ولأن في استدامتها إدخال ضرر على المشتري مستديماً إذ ليس يعلم بقاء ملكه فيتصرف، ولا زوال ملكه فيطالب بالثمن، وأن ما وضع لإزالة الضرر لم يجز أن يدخل به أعظم الضرر، فعلى هذا القول يعتبر بالمكنة المعهودة من غير إرهاق ولا عجلة.

فإذا علم مكن بعد العلم من لبس ثوبه، وجمع ماله، وغلق بابه، وصلاة وقته فإذا توجه إلى المشتري مشى على مهل كعادته، فإذا ألقى المشتري جاز أن يبدأ بالسلام عليه قبل المطالبة، وقال محمد بن الحسن: إن قدم السلام على المطالبة بطل حقه من الشفعة، وهذا خطأ لما فيه من ترك السنة المأثورة، وخرق العادة المستحسنة.

ولكن لو حادثه بعد السلام وقبل المطالبة بطل حقه من الشفعة، وعلى هذا لو طلب ثم أمسك بعد الطلب من غير صريح بالعفو ولا تعريض بطلت شفيعته حتى يكون مستديماً للطلب بحسب المكنة.

وقال أبو حنيفة: «شفيعته باقية أبداً إذا قدم الطلب ما لم يصرح بالعفو».

وقال محمد بن الحسن: «شفيعته باقية في زمان إمساكه إلى مدة شهر فإن طلب بعده وإلا سقطت شفيعته وكلا المذهبين، لأن المقصود بالطلب الأخذ فإذا أمسك عنه لم يكن للطلب تأثير، وبطل بالإمساك خياره».

فصل: وإذا قيل بالقول الثاني: إن حق الشفعة مقدر بثلاثة أيام بعد المكنة، فوجهه أن

الشفعة موضوعة لارتفاع الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في الأخذ أو الترك، ولإجبار المشتري في حسن المشاركة فيقرأ وفي سوء المشاركة ليصرف، فلوروعي فيه الفور ضاق

على الشفيع، ولو جعل على التأيد أضر بالمشتري فاحتيج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى التماس حظه ولا يستنصر المشتري بتأخيره فكان أولى الأمور في تقديرها بثلاثة أيام خلاف ما قال مالك في تقديرها بستة في رواية ابن وهب وبأربعة أشهر في رواية غيره لأمرين:

أحدهما: أن الثلاث حد في الشرع لمدة الخيار.

والثاني: أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة، ألا ترى أن الله تعالى قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثاً لقوله تعالى: ﴿تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب﴾ [هود: ٦٥]. وقد أذن النبي ﷺ للمهاجر أن يقيم في مكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً، فعلى هذا لو حصل في خلال الثلاثة أيام زمان تتعذر فيه المطالبة لم تحسب منها، لقوله زمان يتمكن في جميعها بالمطالبة.

فصل: وإذا قيل بالقول الثالث: إن حق الشفعة على التراخي فوجهه قوله ﷺ «فإن باع فشريكه أحق به حتى يؤذنه» فكان على عموم الأوقات ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون، ولأن تأخير الشفعة أرفق بالمشتري في حصول الشفعة ويملك الغلة والأجرة، فعلى هذا في الذي يسقط حقه من الشفعة ثلاثة أقاويل:

أحدهما: العفو الصريح دون غيره من التعريض وليس للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع إليه لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق كالديون.

والثاني: أن شفيعه تسقط بأحد أمرين:

إما بالعفو الصريح، أما بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا، والقول الثالث إن شفيعته تسقط بأحد ثلاثة أمور إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض أو بأن يحاكمه المشتري إلى القاضي فيلزمه الأخذ أو الترك، فإن أخذه لا حكم عليه بإبطال الشفعة؛ لأن القاضي مندوب إلى فصل الخصومات، وقطع المنازعات.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة لم يجز أن يشترط فيه خيار الثلاث، وفي استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم بن كعب:

أحدهما: له خيار المجلس؛ لأنه يخلف عقد البيع.

والثاني: لا خيار له لأنه يملك الشقص ملك إجبار لا عن مرضاة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ عَلِمَ فَأَخَّرَ الطَّلَبَ فَإِنْ كَانَ لَهُ عُدْرٌ مِنْ حَسْبٍ أَوْ غَيْرِهِ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ وَإِلَّا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ وَلَا يَقْطَعُهَا طَوْلَ غَيْبَتِهِ وَإِنَّمَا يَقْطَعُهَا أَنْ يَعْلَمَ فَيَتْرُكُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب إما لغيبة أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقدر على التوكيل في الطلب له، فإن وكل كان على حقه من الشفعة بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز، وكان على شفيعته، لأن من ثبت له حق فله الخيار في استيفائه بنفسه أو وكيله، وهل إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه يكون التوكيل واجباً عليه وشرطاً في بقاء شفيعته أم لا، على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي حامد المروزي نص عليه في جامعهم: أن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري نص عليه في إفصاحه أن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض لأن في بذل العوض التزام غرم وفي التطوع به منة لاحقة.

والوجه الثالث: هو قول بعض المتأخرين: إن وجد متطوعاً بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر وإن لم يجد إلا مستعجلاً لم يجب عليه التوكيل لما فيه التزام زيادة على الثمن.

فعلى هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفيعته إن لم يوكل، وإن قيل إنها غير واجبة كان على شفيعته.

فصل: والحالة الثانية: أن يعجز على التوكيل ويقدر على الإشهاد بالطلب فعند أبي حنيفة أن الإشهاد شرط في استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب والعجز عنه، وأنه متى لم يشهد مع مكتته من الإشهاد بطلت شفيعته، وعند الشافعي رضي الله عنه أن الإشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب لأن الإشهاد إنما يراد ليكون بينة له على إرادة الطلب فاستغنى عنه بظهور الطلب.

فأما وجوب الإشهاد مع العجز عن الطلب ففيه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر نصه ها هنا: أن الإشهاد ليس بواجب وهو على شفيعته إن تركه كالقادر على الطلب.

والقول الثاني: أن الإشهاد واجب وتركه مبطل للشفعة، والفرق بين القادر على الطلب والعاجز عنه، أن ظهور الطلب من القادر عليه يغني عن الإخبار بمراده والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون إمساكه تركاً للشفعة، ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة فافتقر إلى نفي الاحتمال في الإخبار عن مراده بالإشهاد، فعلى هذا يجب أن يشهد ويكون بينة كاملة عند

الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهداً وامرأتين، فإن أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز؛ لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصير مستوثقاً لنفسه بالإشهاد.

ولو أشهد عبداً، أو صبياناً، أو فساقاً لم يجزه.

وقال أبو حنيفة: يجزيه إشهادهم، لأنه قد تعتق العبد، ويرشد الفساق، ويبلغ الصبيان، وهذا خطأ، لأن مقصود الشهادة هو الأداء فلم ينفع إشهاد من لا يصح منه الأداء، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم عن أحوالهم بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم، فلو لم يشهد وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من الشهادة في ثبوت الشفعة.

فصل: والحالة الثالثة: أن يعجز عن التوكيل والإشهاد فهو على حقه من الشفعة وإن تطاول به الزمان ما لم يقدر على القدوم للطلب فإن قدر على القدوم فأخذ فيه على المعهود والمسير من غير إرهاب ولا استعجال كان على شفעתه، وإن أخر قدومه عن وقت المكنة بطلت شفעתه، فإن اختلفا فقال المشتري أخرت القدوم مع القدرة عليه، وقال الشفيع أخرته للعجز عنه فالقول قول الشفيع مع يمينه إذا كان ما قاله ممكناً، ويكون على شفעתه ولا يقبل قول المشتري في إبطالها، وهكذا لو قال المشتري قدمت لغير المطالبة، وقال الشفيع قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه وهو على شفעתه وهكذا لو قال المشتري تقدم علمك على زمان الطلب وقال الشفيع لم أعلم إلا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه.

فصل: فأما ما يصير به عالماً فالبينة العادلة وكل خبر وقع في نفسه صدقه ولو من امرأة أو عبد، أو كافر، ولأن ما تعلق بالمعاملات يستوي فيه خبر الحر والعبد والعمل والفسق إذا وقع في النفس أن المخبر صادق.

وقال أبو حنيفة: لا يصير عالماً إلا بالبينة العادلة لأن الحق لا يثبت إلا بها. ولو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الطلب لجهله باستحقاق الشفعة ففي بطلانه وجهان مخرجان من اختلاف قوله في الأمة إذا اعتقت تحت عبد فأمسكت عن الفسخ لجهلها باستحقاقه.

فصل: وإذا تبايعا بالبصرة شقصاً من دار بمصر وحضر الشفيع مطالباً فأخر طلبها مع القدرة عليه ليأتي مصر فيطالبه بها بطلت شفעתه، لأن قدرته على أخذها بالبصرة كقدرته على أخذها بمصر ولكن لو أنكره المشتري بالبصرة أنه خليط فأخرها ليقم البينة بمصر كان على شفעתه إذا لم يجد بينة بالبصرة، واختلف أصحابنا فيما تشهد به البينة في استحقاق الشفعة على وجهين:

أحدهما: أنه لا شفعة له إلا أن تشهد له البينة بالملك. وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه لا ينتزع ملكاً بأمر محتمل.

والوجه الثاني: أنه يستحق إذا شهدت له البينة باليد وبه قال أبو يوسف؛ لأنها حجة في الملك لكن يحلف الشفيع مع بيته باليد أنه مالك ثم يحكم له بالشفعة.

فصل: وإذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتره، ثم بيع فله المطالبة بالشفعة، ولا يسقط حقه منها بامتاعه من الشراء، لوجوبها بالبيع الحادث فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلاً، وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء؛ لأنه عفا عنها قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه.

فصل: وإذا صالح الشفيع المشتري على ملك يأخذه منه عوضاً على ترك الشفعة لم يجز وكان صلحاً باطلاً، وعوضاً مردوداً كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحققه من دين أو خيار مجلس، أو شرط وفي بطلان شفيعته بذلك وجهان:

أحدهما: قد بطلت لأنه تارك لها، والوجه الثاني: أنها لا تبطل لأن التارك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل التارك.

فصل: وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو، وفيه وجهان:

أحدهما أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعة في الكل لأن العفو لما لم يكمل بطل، وبه قال أبو يوسف، والوجه الثاني وهو قول أبي العباس بن سريج أن العفو صحيح في الكل تغليظاً لما ظهر من حكم التسليم وبه قال محمد بن الحسن.

فصل: وإذا وجبت الشفعة لخليط فباع حصته قبل الأخذ أو التارك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين: إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها فإن باع حصته بعد العلم بها فلا شفعة له؛ لأن المعنى الموجب لها من سوء المشاركة والخوف من مؤونة القسمة، وهذا ارتفع بالبيع وزوال الملك، فعلى هذا لو باع بعض حصته ففي بطلان شفيعته وجهان مخرجان من بعض شفيعته:

أحدهما: أنها لا تبطل وهو على حقه منها لأنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره، فأما إن كان يبعه لخصته قبل العلم بشفيعته ففي بطلان الشفعة وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن شفيعته قد بطلت لأنه باع الملك المقصود بالشفعة، والوجه الثاني: حكاه أبو حامد الإسفراييني: أنه على شفيعته، لأنه قد ملكها وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها.

والوجه الأول أصح لما ذكرنا من التعليل.

فصل: فلو علم بالمبيع وقيل له: إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن الثمن مائة دينار كانت له الشفعة، ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لأنه قد يعفو عن الدراهم لإعوازها معه ويقدر على الدينانير، وهكذا لو قيل له: إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة ثم بان أنه ألف درهم كان على شفخته وقال أبو يوسف: إن كان قيمة الألف مائة دينار فصاعداً فلا شفعة له وإن كان قيمة الألف أقل من مائة دينار فله الشفعة، وهذا خطأ لاختلاف الأغراض باختلاف الجنسيتين.

ولكن لو قيل له: إن الثمن ألف درهم فعفا ثم بان أن الثمن أقل من ألف كان على شفخته، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له وهذا خطأ لأنه عفا عنها لاعتقاد الغلاء، فكان له أن يأخذها عند ظهور الرخص ولكن لو بان أن الثمن أكثر من ألف فلا شفعة له لأن من كرهها بالالف كان بأكثر منها أكره.

فصل: ولو قيل له إن المبيع سهم من عشرة أسهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن المبيع خمسة أسهم من عشرة كان على شفخته لأنه قد يقلل انتفاعه بالسهم فيعفو ويكثر انتفاعه بالخمس فيأخذ، ولو قيل له إن المبيع خمسة أسهم من عشرة فعفا ثم بان أنه سهم من عشرة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ثمنها واحداً فلا شفعة له لأن من كره أخذ خمسة أسهم بمائة درهم كان لأخذ سهم واحد بالمائة أكره.

والضرب الثاني: أن يكون ثمنها مختلفاً على قدر السهام فهو على شفخته لأنه قد يعفو عن الخمسة الأسهم لعجزه عن ثمنها ويريد السهم الواحد لقدرته على ثمنه. ولو قيل له إن المشتري زيداً فعفا عنه ثم بان أنه عمرو ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا شفعة له لأن معرفة المشتري شرطاً في المطالبة والعفو وهذا قول من جعل علة الشفعة الخوف من مؤونة القسمة.

والوجه الثاني: أنه على شفخته لأنه قد يكون زيد أحسن مشاركة من عمرو وهذا قول من جعل علة الشفعة الخوف من سوء المشاركة.

فصل: فلو كان مشتري الشقص وكليلاً فعفا الشفيع عن الشفعة على الإطلاق أو عفا عن الموكل دون الوكيل بطلت شفخته، ولو عفا عن الوكيل دون الموكل ففي بطلان شفخته وجهان:

أحدهما: قد بطلت لأن الوكيل خصم فيها.

والثاني: أنها لا تبطل لأنها مستحقة على غيره والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ

يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن فادعى المشتري أن الثمن ألف وقال الشفيع: خمسمائة ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشتري مع يمينه لأمرين:

أحدهما: أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره.

والثاني: أنه مالك للشقص فلم ينتفع منه إلا بقوله فإن حلف المشتري على ما ادعى من الثمن أخذه الشفيع به إن شاء وإن نكل المشتري ردت اليمين على الشفيع فإن حلف أخذه بما قال. فإن قيل: فهلا تحالفا عليه كما يتحالفا المتبايعان؟ قيل: لأن كل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائهما، وفي الشفعة الشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشقص بما ادعى فكان القول قول المشتري لتفرده بالإنكار.

فإن أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها والبينة شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين فإن أقامها المشتري استفاد بها سقوط اليمين فلو شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنه متهم في شهادته لأنه شاهد بالزيادة لنفسه ولو أقام الشفيع البينة استفاد بها الحكم بقوله فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنه متهم في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد في الحالين فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده.

فلو أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعى من الثمن: فعند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن أن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها، وعند أبي يوسف أن بينة المشتري أولى لأن فيها زيادة علم. ويخرج في مذهب الشافعي رضي الله عنه على قولين من تعارض البيئتين:

أحدهما: إسقاطهما بالتعارض ويكون القول قول المشتري مع يمينه.

والثاني: الإقراع بينهما فمن خرجت بيته كان أولى، وهل يحلف معها أم لا على قولين من اختلاف قوله في القرعة هل جاءت مرجحة للدعوى أو للبينه.

فصل: فعلى هذا لو أخذه الشفيع بالألف عند يمين المشتري ثم قامت البينة أن الثمن خمسمائة رجع الشفيع على المشتري بخمسمائة ولا خيار للشفيع لأنه لما رضي الشقص بالألف كان بالخمسمائة أرضى، ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بيمينه مع نكول المشتري ثم

قامت البيعة أن الثمن ألف كان الشفيع مخيراً بين أن يأخذه بالألف أو يرهه ولو ادعى أن الثمن عهد قيمته ألف فأخذ الشفيع بها ثم بان أن الثمن ثوب فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجعا بشيء لأن المستحق فيه القيمة وهما سواء، وإن كانت قيمة الثوب أكثر لم يرجع المشتري بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه، وإن كانت قيمة الثوب أقل رجع الشفيع بنقصها على المشتري ولا خيار له. والله أعلم.

فصل: فلو قال المشتري إن الثمن ألف فقال الشفيع لست أعلم قدر الثمن مع علمي بنقصه عن الألف فله إحلاف المشتري فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إحلاف المشتري إم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قوله لأن اليمين لا تجب بالشك.

والوجه الثاني: يستحق إحلافه ما لم يعلم صدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول.

فصل: ولو قال المشتري: لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث قيل للشفيع أتعلم قدره أم لا؟ فإن قال: لا أعلم قدره فلا شفعة له وله إحلاف المشتري أنه لا يعلم قدر الثمن، وإنما بطلت الشفعة لأنها تستحق بالثمن فكان جهلها به مانعاً من استحقاقها بمجهول، وإن قال الشفيع: أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم وقال المشتري: قد نسيت قدر الثمن. قيل للمشتري: أتصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن فإن قال نعم أخذ الشقص بخمسمائة من غير يمين.

وإن أكذبه الشفيع قال الشافعي رضي الله عنه: حلف المشتري بالله ما يعلم قدر الثمن ولا شفعة واختلف أصحابنا في ذلك فكان أبو حامد المروزي، والإسفراييني يجعلان هذا القول مذهباً له في هذه المسألة ويبطلان يمين المشتري الشفعة تعليلاً بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن لنسيانه فبطلت الشفعة وكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يجعلان هذا الجواب مصروفاً إلى المسألة الأولى عند نسيان المشتري وجهل الشفيع ويقولان: إن نسيان المشتري مع علم الشفيع يوجب إحلاف الشفيع دون المشتري ويحكم له بالشفعة وهذا هو الصحيح لأن نسيان المشتري كالتكول فوجب رد اليمين على الشفيع. قال الشافعي رضي الله عنه «وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه» وهذا إنما أراد به مالكا فإنه قال إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديث حلف الشفيع وحكم له بالشفعة وإن كان الشراء قديماً حلف المشتري وبطلت الشفعة، وهذا قول مردول، وفرق معلول.

فصل: فأما إن اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع: بعته بألف وقال

المشتري اشترته بخمسائة فإنهما يتحالفان فإذا حلف ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان ذكرناهما في البيوع :

أحدهما : أنه قد بطل فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع ولا شفعة فيه .

والوجه الثاني : أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ فعلى هذا لا يخلو حال الثمن من أحد

أمرين :

إما أن يكون معيناً أو غير معين .

فإن كان الثمن معيناً كقول البائع بعتك شقصي بهذا العبد فيقول المشتري اشترته بهذا الثوب فإذا تحالفا وامتنع المشتري أن يأخذه بالعبد الذي ادعاه البائع ثمناً لم يعرض على الشفيع لأن عين ذلك العبد لا يحصل للبائع من جهة الشفيع وفسخ الحاكم البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه .

وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعتك الشقص بألف فيقول المشتري اشترته بخمسائة عرض الشقص على المشتري والشفيع بالألف ليأخذه بها أو يرداه لأنه قد يحصل البائع على ما ادعاه من القدر من الشفيع والمشتري فلذلك عرض عليهما وإذا كان كذلك فللمشتري والشفيع أربعة أحوال :

أحدهما : أن يرضيا جميعاً به فيلزم المشتري الألف وللشفيع أن يأخذ منه الشقص بالألف .

والحالة الثانية : أن يرداه جميعاً بالألف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة .

والحالة الثالثة : أن يرضاه المشتري بالألف ويرده الشفيع بها فيلزم البيع للمشتري بالألف وتبطل شفعة الشفيع .

والحالة الرابعة : أن يرضى به الشفيع بالألف ويرده المشتري فيكون رد المشتري باطلاً لما فيه من إسقاط حق الشفيع ويصير البيع لازماً للمشتري ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص منه بالألف فلورده الشفيع يعيب رده على المشتري ورجع عليه بالثمن لأن عهده عليه وللمشتري حينئذ أن يفسخ البيع .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِسِلْعَةٍ فَهِيَ لَهُ بِقِيَمَةِ السِّلْعَةِ » .

قال الماوردي : وجملة الأثمان ضربان :

ضرب له مثل كالدراهم والدينار والبر والشعير فالشفعة فيه واجبة بمثل الثمن جنساً وصفةً وقدرًا فإن بذل الشفيع قيمة الثمن وامتنع المشتري أو طلب المشتري قيمة الثمن وامتنع

الشفيع فالقول قول من امتنع من القيمة ودعا إلى المثل إلا أن يتراضيا جميعاً بالقيمة ويعدلا عن الثمن.

والضرب الثاني: ما لا مثل له كعبد أو ثوب فالشفعة واجبة بقيمة الثمن وقال الحسن البصري: إذا لم يكن للثمن مثل فلا شفعة فيه وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن وضع الشفعة لدفع الضرر يوجب أخذها بكل ثمن، وفي إبطالها بما لا مثل له ذريعة إلى أن يقصد المتبايعان إبطالها بما لا مثل له. فإن اختلفا في قيمتها وهناك بينة عمل عليها، وإن عدما البينة كان القول قول المشتري مع يمينه لما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ تَزَوَّجَ بِهَا فَهِيَ لِلشَّفِيعِ بِقِيَمَةِ الْمَهْرِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا تزوجها على شقص أصدقها وجبت فيه الشفعة، وهكذا لو خالها عليه وقال أبو حنيفة لا شفعة فيه استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه مملوك بغير مال فلم تجب فيه الشفعة كالهبة والميراث.

والثاني: أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد وليس بين الشفيع وبينها ما يوجب تقويم بضعها.

ودليلنا عموم قوله ﷺ: «الشَّفَعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ» ولأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع، ولأنه عقد يجري فيه الرد بالعيب فوجب أن تثبت فيه الشفعة كالبيع ولأنه معنى وضع لدفع الضرر عن الملك فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب.

ولأنه معنى يوجب زوال اليد المستحدثة عن المشتري فوجب أن يستحق زوال اليد عن الصداق كالأستحقاق ولأن كل عقد استحق فيه إقباض الشقص استحق به إقباضه شفعة كالبيع ولأن كل قبض وجب في عقد البيع وجب في عقد الصداق كالقبض الأول وبيانه أن في البيع قبضين:

قبض المشتري من البائع وقبض الشفيع من المشتري ثم وجب في الصداق قبض الزوجية من الزوج فوجب قبض الشفيع من الزوجة.

وأما الجواب عن قوله: إنه مملوك بغير مال، فهو أن البضع في حكم الأموال لأمرين: أحدهما: أنه يعاوض عليه بمال.

والثاني أنه مقوم في اغتصابه بالمال، وما لم يكن مالاً لم يقوم في استهلاكه بالمال ثم المعنى في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل فلم تجب فيه الشفعة والصداق مملوك ببدل فوجبت فيه الشفعة.

وأما الجواب عن قوله: إن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد: فهو أنه غير مسلم لأن المغتصبة مقومة البضع عندنا على غاصبها، والمشهود بطلاقها مقومة البضع على الشهود إذا رجعوا للزوج دونها فصار بضعها مقوماً في غير عقد وشبهة في حقها، وحق غيرها فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها.

فصل: فإذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخلف فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه مأخوذ بمهر المثل، وقال مالك وابن أبي ليلى يؤخذ بقيمتها لا بمهر المثل، وحكي نحوه عن الشافعي رضي الله عنه في القديم؛ لأن المهور قد يزداد فيها وينقص فخالفت البيوع. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: وجود هذا المعنى في الأثمان لجواز الزيادة والنقصان ثم لم يمنع أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن كذلك لا يمنع في الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع.

والثاني: أن ما لا مثل له من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص كالعبد والثوب كذلك البضع الذي لا مثل له يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص.

فصل: فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل فسواء كان قيمة الشقص بإزاء مهر المثل أو كان زائداً عليه، أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً، وقيمة الشقص مائة دينار، ولو كان مهر المثل مائة دينار، وقيمة الشقص ديناراً. أخذ بمائة دينار، فعلى هذا لو اختلفا في مهر المثل ترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلها ويسقط تنازعهما فإن تعذر ذلك على الحاكم لموتها، أو لتغير حالها، أو لاختلاف ذلك في أهلها وعشائرها، وأمكن ما قالاه، فالقول قولها مع يمينها لاختلافهما في الثمن.

فصل: ثم يتفرع على ما مهدنا من هذا الأصل ثلاثة فروع:

أحدها: أن يتزوجها على شقص من دار، ويأخذ منها ديناراً فيصير الشقص في مقابلة بضع ودينار، فيكون ما قابل الدينار بيعاً، وما قابل البضع صداقاً، فيخرج على قولين من اختلاف قوليه في العقد إذا جمع بيعاً وصداقاً:

أحدهما: باطل فيهما ولا شفعة فيه.

والثاني: جائز فيهما فعلى هذا يأخذ الشقص بمهر المثل وبيد دينار لأن الصداق من الشقص مأخوذ بمهر المثل والمبيع منه مأخوذ بالدينار الذي هو الثمن، فلو قال الشفيع أنا أخذ المبيع من الشقص دون الصداق كان له ذلك لأن كل واحد منهما عقد يختص بحكم وإن جمعتهما صفقة فعلى هذا ينظر قدر مهر المثل فإذا كان خمسة دنانير ضم إليها دينار الثمن

وقسم الشقص على ستة أسهم فيكون المبيع منه بالدينار السدس، فيأخذ الشفيع سدس الشقص بدينار وهو القدر المبيع منه. ولو قال أخذ الصداق من الشقص دون المبيع أخذ خمسة أسداسه بمهر المثل وهو خمسة دنانير.

فصل: والفرع الثاني أن يتزوجها على شقص من دار ودينار فيصير الصداق شقصاً وديناراً فيأخذه الشفيع بحصته من مهر المثل وهو أن يقوم الشقص فإن كانت قيمته ثلاثة دنانير صار الصداق كله أربعة دنانير فيكون الشقص في مقابلة ثلاثة أرباع الصداق فيأخذه بثلاثة أرباع مهر المثل زائداً كان أو ناقصاً.

فصل: والفرع الثالث مركب من الفرعين الماضيين وهو أن يتزوجها على شقص من دار وعبد على أن يأخذ منها ثوباً فيكون ما قابل الثوب من الشقص والعبد بيعاً، وما قابل البضع صداقاً فيخرج على ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: أنه باطل فيهما جميعاً، ولا شفعة ويرانان ولها مهر المثل.

والقول الثاني: أنه جائز فيهما جميعاً فعلى هذا تسقط الشفعة في العبد ويستحق في الشقص حصته من مهر المثل، وقيمة الثوب: وهو أن ينظر قيمة الشقص فإذا كانت عشرة نظر قيمة العبد فإذا كانت خمسة علم أن الشقص في مقابلة ثلثي الصداق وثلثي الثوب فيأخذه الشفيع بثلثي مهر المثل وبثلثي قيمة الثوب فلو قال الشفيع أريد أن أخذ منه المبيع دون الصداق نظر قدر ثلثي مهر المثل فإذا كانت عشر نظر قيمة ثلثي الثوب فإذا كانت خمسة علم أن المبيع من الشقص الثلث والصداق منه ثلثان فيأخذ ثلث الشقص بقيمة ثلثي الثوب. ولو أراد أخذ الصداق أخذ ثلثي الشقص بثلثي مهر المثل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيَمَةِ الشَّقْصِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار لم يخلو حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده فإن كان بعد الدخول فلا رجوع له بشيء منه وإن كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، ثم لا يخلو حال الشفيع من ثلاثة أحوال:

أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة بشفعته فللزوجة أن يرجع عليها بنصفه لبقائه في يدها، ولا شفعة على الزوج في النصف الذي ملكه بالطلاق لأنه ملكه بغير بدل.

والحالة الثانية: أن يكون الشفيع قد عفا عن شفيعته فيه، فللزواج أن يرجع عليها بنصفه.

والحالة الثالثة: أن يكون الشفيع على حقه لعذر استدأ به لم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج فأيهما أحق بالشفيع فيه وجهان:

أحدهما: أن الزوج أحق من الشفيع؛ لأنه حق ثابت بنص كتاب مقطوع به، وحق الشفيع ثبت استدلالاً بخبر الواحد، فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك مخيراً في أخذ النصف الباقي بنصف مهر المثل.

والوجه الثاني وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين: أحدهما: أن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل. والثاني: أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق.

فعلى هذا يعرض على الشفيع، فإن أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته وإن تركه رجع الزوج بنصفه وقد زعم بعض أصحابنا أن تخريج هذين الوجهين من اختلافهم في نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك فإن قيل بالطلاق، كان أحق من الشفيع وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق.

فصل: ويتفرع على هذين الوجهين أن يشتري رجل شقصاً من دار بألف ثم يفسل المشتري قبل دفع الثمن، ويحضر البائع ليرجع بعين حال والشفيع ليأخذه بشفيعته فأحد الوجهين: أن البائع أحق من الشفيع على الوجه الذي يجعل الزوج أحق من الشفيع فعلى هذا إذا رجع البائع بشقصه فلا شفعة عليه في تملكه لأنه استحداث فسخ وليس باستئناف عقد.

والوجه الثاني: أن الشفيع أحق من البائع لتقدم حقه على الوجه الذي يجعل الشفيع أحق من الزوج فعلى هذا إذا أخذه الشفيع بمثل ثمنه، فهل يقدم به البائع على جميع الغرماء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقدم به لأنه بدل من عين ماله التي كان أحق بها، والوجه الثاني: أنه وجميع الغرماء فيه سواء لفوات العين التي هو أخص بها.

فصل وإذا طلق الزوج زوجته ثم أمتعها شقصاً من دار بما وجب لها من متعة الطلاق وجبت فيه الشفعة بمتعة المثل لا بمهر المثل، لأن الطلاق يوجب متعة ولا يوجب مهراً.

فصل وإذا استأجر داراً أو دابة بشقص من دار وجبت فيه الشفعة بأجرة المثل لأن الشقص في مقابلة المنفعة وقيمتها أجرة المثل.

ولو قال من جاءني بعبدى الأبق فله هذا الشقص فلا شفعة قبل المجيء بالعبد لأنه باق على ملكه، فإذا جيء بالعبد ملك الشقص عليه ووجبت الشفعة فيه بأجرة مثل المجيء بالعبد.

فصل: وإذا تباع الرجلان شقصاً فعفا الشفيع عن شفعبته فلا شفعة فيه بالإقالة لأنها رفع للعقد وليست باستئناف عقد ولو لم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا كان للشفيع إبطال الإقالة لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص شفعة البيع.

ولو كان مشتري الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فللشفيع إبطال الوقف، وأخذ الشقص بالشفعة ولو كان المشتري قد رهنه للشفيع إبطال الرهن، وأخذ الشقص، ولو كان أجره، فله أخذه بالشفعة ثم له الخيار في إمضاء الإجارة أو فسخها ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن فإذا أمضاها الشفيع فالأجرة للمشتري دون الشفيع لأنه عقدها في ملكه، ولو كان المشتري قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيراً بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشتري الثاني، وبين فسخه وأخذه من المشتري الأول.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِثَمَنِ إِلَى أَجَلٍ قِيلَ لِلشَّفِيعِ إِنْ شِئْتَ فَعَجِّلِ الثَّمْنَ وَتَعَجَّلِ الشُّفْعَةَ وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى شقصاً بثمن مؤجل، وحضر الشفيع مطالباً ففیه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك: أن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن في ذمته إن كان ثقة، وإن كان غير ثقة أقام ضميناً ثقة. قال الشافعي رضي الله عنه: وهذا أشبه بصلاح الناس. ووجه هذا القول شيثان:

أحدهما: أن الشفيع يدخل مدخل المشتري في قدر الثمن وصفاته، والأجل وصفاته فاقتضى أن يأخذ بمثل الثمن وأجله.

والثاني: أن تعجيل المؤجل زيادة في القدر بتفاضل الأثمان وليس للمشتري أن يستزيد وتأخير الشفيع دخل له عن حقه، وليس للمشتري دفع الشفيع.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد وهو قول أبي حنيفة: أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل. . ويقال له أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الأجل، فتدفع الثمن وتأخذ الشقص، ووجه هذا القول شيثان: أحدهما: أن

أخذ الشفعة باستحقاق الأجل يدخل في عقود المراضاة ولا يدخل في الاستحقاق ما لم يكن مراضاة.

والثاني: أن رضا البائع بذمة المشتري لا يوجب على المشتري أن يرضى بذمة الشفيع، ولذلك حل دين الميت لأن رضا ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين للمشتري وللشفيع أربعة أحوال:

أحدهما: إن تعجل الشفيع الثمن فيجبر المشتري على تسليم الشقص على القولين معاً لأنه قد تعجل مؤجلاً وأمن خطراً.

والحالة الثانية: أن يرضى المشتري بتسليم الشقص وتأجيل الثمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يعفو على القولين معاً لأنه قد يتعجل منافع الشقص، ولا يستضر بتعجيل الثمن فإن لم يفعل وانتظر بأخذه حلول الأجل بطلت شفيعته على قوله في القديم، وفي بطلانها على الجديد وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي الفياض: أنه على شفيعته إلى حلول الأجل؛ لأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطلب مقدراً به.

والوجه الثاني: وهو الأصح أن شفيعته قد بطلت؛ لأن طلبه قدر بمدة الأجل رفقاً بالمشتري فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع.

والحالة الثالثة: أن يدعوا المشتري إلى تعجيل الثمن وتسليم الشقص فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معاً لأن تعجيل المؤجل استزادة في الثمن والمشتري ممنوع من الاستزادة فيه. فلو قال المشتري أنا أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لأمرين:

أحدهما: أنه مفض إلى الربا، والثاني أن ما استحق تأجيله لم يلزمه تعجيله.

والحالة الرابعة: أن يطالب الشفيع بالشقص مؤجلاً ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل فهي مسألة القولين: فعلى قوله في القديم: يجب إلى ذلك إن كان ثقة أو يضمنه غير ثقة. فعلى هذا لو مات المشتري حل ما عليه من الثمن وإن لم يحل ما على الشفيع منه وكان باقياً إلى أجله، ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن، وللمشتري أن يتعجله وما عليه باق إلى أجله.

ولو كان المشتري قد دفع بالثمن رهناً لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهناً؛ لأن الرهن وثيقة في الثمن وليس من جملة الثمن، وعلى قوله في الجديد يمنع من الشقص إلى حلول الأجل، والمشتري يمكن من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم

يستهلكه؛ لأن تعلق حق الشفيع به لا يزيل ملك المشتري عنه ولا يمنع من التصرف في ملكه إلا بما يفضي إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف وليس البيع استهلاكاً لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأي العقدين شاء.

فلومات المشتري حل ما عليه من الثمن وكان للشفيع أن يصير إلى حلول الأجل ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الأجل لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الأول.

فصل: ولو كان الثمن منجماً كان على القولين أيضاً:

أحدهما: الشفيع يأخذ الشقص بثلث منجم إلى آجاله.

والقول الثاني: ينتظر حلول النجوم ثم يأخذه بثلثه، فلو حل نجم فقال أنا أدفع ما حل فيه وأخذ من الشقص بحصته منع لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري وقيل له: إما أن تعجل الكل أو تنتظر حلول الأجل ولا يبطل حقه من الشفعة بتأخير الأخذ إلى حلول النجوم كلها لأنه لما منع من أخذ حصته بأجل لم يلزمه دفع ما حل فصار معذوراً بالتأخير.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ وَرِثَهُ رَجُلَانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ ابْنَانِ فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَأَرَادَ أَخُوهُ الشُّفْعَةَ دُونَ عَمِّهِ فَكِلَاهُمَا سَوَاءٌ لِأَنَّهُمَا فِيهَا شَرِيكَانِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا أَصَحُّ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْهِ إِنَّ أَخَاهُ أَحَقُّ بِنَصِيبِهِ (قال المزني) وَفِي تَسْوِيَتِهِ بَيْنَ الشُّفْعَتَيْنِ عَلَى كَثْرَةِ مَا لِلْعَمِّ عَلَى الْأَخِ قِضَاءً لِأَحَدِ قَوْلَيْهِ عَلَى الْأَخْرِ فِي أَخْذِ الشُّفْعَاءِ بِقَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ فِي الْمُعْتَقَيْنِ نَصِيبَيْنِ مِنْ عِبْدٍ أَحَدُهُمَا أَكْثَرُ مِنَ الْأَخْرِ فِي أَنْ جَعَلَ عَلَيْهِمَا قِيمَةً الْبَاقِي مِنْهُ بَيْنَهُمَا سَوَاءٌ إِذَا كَانَا مُوسِرَيْنِ قَضَى ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ عَلَى مَا وَصَفْنَا».

قال الماوردي: وصورتها في دار بين رجلين إما أخوين، أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهما على أربعة أسهم للباقي من الأخوين المالكين سهمان ولكل واحد من الميت سهم واحد فباع أحد الابنين حقه وهو سهم واحد على أجنبي فالشفعة مستحقة فيه وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم فيه قولان:

أحدهما: وهو أحد قولييه في القديم أن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين: أحدهما: أنهما اشتركا في سبب ملكه وتميز العم عنهما بسببه فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم المنفرد بسببه، والثاني: أن ملك الأخوين كان مجتمعاً في حياة الأب وقد يجري عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب، ألا ترى لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين معاً ولم يتعلق بسهم العم.

والقول الثاني: قاله في الجديد، وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين العم والأخ
لأمرين:

أحدهما: لما تساويا في الاشتراك وجب أن يتساويا في الاستحقاق كالمختلفي
الأسباب.

والثاني: أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشاركها
في شفعتها فاقضى أن يشاركهما في شفعتهما.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين: فإن قيل الأخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم، فإن عفا
الأخ عنهما احتمل استحقاق العم لها وجهان:

أحدهما: لا حق له فيها لخروجها عن استحقاقها.

والوجه الثاني: يستحقها لخلطته وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه.

وإن قيل: إنها بينهما فقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في كيفية استحقاقهما لها
على قولين:

أحدهما: قاله في القديم: إنها بينهما نصفين بالسوية وبه قال أبو حنيفة لأمرين:

أحدهما: أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملكا أحد الشريكين
سهماً من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسعة الباقية، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة
الباقية فاقضى أن يتساوى الشريكان فيها وإن تفاضلا في المال اعتباراً بأعداد الرؤوس لا
بقدر الأملاك كالعبد المشترك بين ثلاثة يملك أحدهم نصفه والآخر ثلثه والآخر سدسه إذا
أعتق صاحب النصف والسدس حقوقهما معاً قوم الثلث عليهما نصفين وعتق بينهما بالسوية
كذلك الشفعة.

والثاني: أن استحقاق الشفعة لدفع الضرر بها، وقد يستضر صاحب الأقل كاستضرار
صاحب الأكثر فوجب أن يساوي صاحب الأقل فيها صاحب الأكثر، فعلى هذا تصير الدار
بينهما على ثمانية أسهم: خمسة منها للعم: منها أربعة أسهم بقديم ملكه وسهم لشفعته
وثلاثة أسهم للأخ منها سهمان بقديم ملكه وسهم لشفعته.

والقول الثاني: قاله في الجديد وهو الصحيح: أنها بينهما على قدر ماليهما اعتباراً
بالأملاك لا بالملك وبه قال مالك، لأمرين:

أحدهما: أن منافع الملك تتوزع على قدره كالأرباح في التجارة والنتاج في الحيوان.

والثاني: أن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم
مثل مؤونة المقاسمة، والمهاياة، ونقصان القيمة بعد القسمة، وهذا يقل ويكثر بقلة الملك

وكثرته فوجب أن تنقسم على الأملاك دون الملاك، وأما سوء المشاركة فظلم يمكن دفعه بالسلطان، وفي هذا انفصال فعلى هذا تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب النصف سهمان ولصاحب الربع سهم واحد وتصير جميع الدار بينهما أثلاثاً.

فصل: فأما المزني فإنه اختار من القولين الأولين أن تكون الشفعة بينهما، وهو أصح القولين ثم اختار من القولين الآخرين، أن تكون بينهما نصفين: استدلالاً بما ذكرنا من العتق وقد تفصل عنه بأن العتق استهلاك، ألا ترى أن صاحب الحصاة المقومة من العبد لورضي باسترقاق حصته ورضي العبد بها لم يجز وأعتقت على الشريك، ولورضي الشريك بترك شفخته جاز فافترقا والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ رَزَّ الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذُوا مَا كَانَ يَأْخُذُهُ أَبُوهُمْ بَيْنَهُمْ عَلَى الْعَدَدِ امْرَأَتُهُ وَابْنُهُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ (قال المزني) وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قُلْتُ أَيْضاً».

قال الماوردي: أما الشفعة فموروثة تنتقل بموت الشفيع قبل عفوه إلى ورثته.

وقال أبو حنيفة: الشفعة غير موروثة وقد بطلت بموت الشفيع، استدلالاً بأنه خيار موضوع لاستخلاف مال فوجب أن يبطل بالموت قياساً على خيار البدل والقبول، ولأن الشفيع يستحق بشفخته دفع الضرر عن ماله كالزوج الذي يستحق باللعان دفع الضرر الداخل عليه في نسبه، ثم ثبت أن اللعان يبطل بالموت ولا يصير موروثاً فوجب أن تبطل الشفعة بالموت ولا تصير موروثة.

وتحريره قياساً: أن ما وضع لدفع الضرر من الخيار إذا لم ينتقل إلى مال بطل بالموت كاللعان، قال: ولأن ملك الورثة مستحدث بعد وجوب الشفعة وحدوث الملك بعدها يمنع من إيجابها كمن استوهب ملكاً بعد وجوب الشفعة لم يستحق به شفعة، قال: ولأن الحقوق الموروثة إذا عفا عنها المريض كان عفوه مردوداً كالديون فلما كان عفو المريض عن الشفعة صحيحاً وليس للورثة فيه اعتراض، دل على أنه غير موروث، قال: ولأن ما ورثت بالأسباب والأنساب انتقل إرثه عند عدمهم إلى بيت المال فلما لم يجز للإمام أن يأخذ بالشفعة لبيت المال، دل على أن الشفعة غير موروثة ميراث الأموال.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فكان على عمومه ولأنه حق يلزم في البيع فوجب أن يكون موروثاً كالرد بالعيب ولأن الشفعة من حقوق الملك فوجب أن تكون موروثة مع الملك كطرق الأملاك ومرافقتها، والرهن في الديون، وضمائنها ولأن الموت يسقط التكليف، وما سقط به التكليف لم تبطل به الشفعة كالجنون، ولأنه قبض استحق في عقد بيع فوجب أن يكون كالقبض في البيع.

فأما الجواب عن قياسهم على خيار البدل والقبول فهو أنه منتقض بخيار الرد بالعيب ثم خيار البدل والقبول يجوز أن يورث لولا أنه مستحق على الفور فكان بطلان ميراثه لتراخي زمانه لاستحالة إرثه، ثم المعنى في خيار القبول أنه لما لم يجز أن يستتبع المبدول له من يقبل عنه لم ينتقل إلى وارثه ولما جاز أن يستتبع الشفيع من يطالب عنه انتقل إلى وارثه.

وأما الجواب عن قياسهم على اللعان فهو ما ذكرنا أن النيابة في اللعان لا تصح وليس المنع من أخذ العوض عن الشفعة بمانع من أن يورث كالرد بالعيب لا يجوز أخذ العوض عنه ويجوز أن يورث.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ملك الورثة طارىء فهو أنهم ليس يملكونها لأنفسهم بالطارىء من ملكهم وإنما ينتقل إليهم ميراثاً عن ميتهم فقاموا فيه مقامه كمن وصى له بابنه المملوك فمات قبل قبوله وترك ابناً آخر فقبل بعد موت أبيه الوصية بأخيه عتق عليه وإن كان الأخ لا يعتق أخيه لأنه قبله نيابة عن أبيه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الحقوق الموروثة ترد عفو الموصى عنها كالديون فهو أن أصحابنا قد اختلفوا في ذلك فكان بعضهم يجعل للوارث إبطال عفوه فعلى هذا سقط السؤال وقال الأكثرون منهم وهو الصحيح أن عفوه ماض ولا اعتراض عليه للوارث لأنهم إنما يعترضون عليه فيما استقر عليه ملكه من الأملاك ولم يستقر له ها هنا ملك، وإنما هو سبب يفضي إلى الملك، فصار كقبض الهبة الذي يملك به الهبة ولورده المريض لم يعترض الورثة عليه وإن جاز أن يقوموا في القبض مقامه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما كان موروثاً صار لبيت المال عند عدم الورثة فهو أن لأصحابنا فيه وجهان:

أحدهما: أنه موروث لبيت المال ويستحق الإمام أخذه بالشفعة لكافة المسلمين إذا رأى ذلك صلاحاً.

والوجه الثاني: لا شفعة فيه وقد بطلت لأن الشفعة تجب لدفع الضرر بها فبطلت الشفعة وليس كذلك الوارث، لأنه يختص بالتصرف فلحقه الضرر فاستحق الشفعة. والله أعلم بالصواب.

فصل: فإذا استحق ميراث الشفعة على ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده، فإن كان موته قبل البيع فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم موته على البيع ثم تكون بين جميع من ملك ميراث الحصة وفيها قولان:

أحدهما: أنها بينهم على عدد رؤوسهم، الزوجة والابن فيها سواء على ما حكاه المزمري عن الشافعي رضي الله عنه.

والقول الثاني: أنها مقسطة بينهم على قدر موارثهم للزوجة ثمنها وللابن الباقي وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط حق من لم يعف، وكان لمن بقي من الورثة ولو كان واحداً يأخذ جميع الشفعة كالشركاء إذا عفا بعضهم عاد حقه إلى من بقي وإن مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ويستوي فيها الوارث بنسب وسبب وهي بينهم على قدر موارثهم للزوجة الثمن والباقي للابن قولاً واحداً لأنهم ليس يأخذونها بأنفسهم وإنما يرثونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر موارثهم ويكون تأويل ما نقله المزمري عن الشافعي رضي الله عنه أن امرأته وابنه في ذلك سواء يعني في استحقاقها لجميع الورثة لا يختص بها بعضهم دون بعض وكان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين ويجعل ما نقله المزمري أحد القولين. فعلى هذا لو أن بعض الورثة عفا عن حقه من الشفعة فهل يرجع ذلك على باقي الورثة على قولين حكاهما المروزي:

أحدهما: يرجع على من بقي كالشركاء إذا عفا أحدهم فعلى هذا لو أن أحد الورثة حضر مطالباً قضى له بجميع الشفعة.

والقول الثاني وهو الأصح: أنه لا يرجع على من بقي لأن جميعهم شفيع واحد وليس كالشركاء الذي كل واحد منهم شفيع كامل فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له شيء حتى يجتمعوا فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بعفوه شفعة من بقي؟ على الوجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف لأنها شفعة واحدة عفى عن بعضها فصار كالشفيع إذا عفا عن بعض شفيعته سقط جميعها.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حامد الإسفراييني أن من لم يعف عن شفيعته يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يكون عفوه غيره مبطلاً لحقه بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفيعته لأن الواحد كان له أخذ جميعها فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها وليس كذلك أحد الورثة لأنه لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه ولأن العافي عن البعض مختار للعفو فجاز أن يسري عفوه في جميع حقه، وليس الباقي من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفوه غيره في حقه.

فصل: وإذا ابتاع رجل شقصاً من دار فيها شفعة ثم مات وعليه دين يحيط بالتركة ثم بيع من الدار شقص فيه الشفعة فعليهم الشفعة فيما ابتاعه ميتهم ولهم الشفعة فيما بيع في

خلطتهم ولا يكون إفلاس ميتهم مانعاً من استحقاقها لأن لهم قضاء الديون واستيفاء الشقص فإن تعجل شفعتهم فأخذ حصتهم بالشفعة قبل أن يأخذوا ما استحقوه بطلت الشفعة فيه لزوال ملكهم الذي استحقوا الشفعة به وكان لشفيعهم أن يأخذه بشفعته أيضاً، وإن تعجلوا أخذ ما بيع في خلطهم وقبل أن تؤخذ حصتهم بالشفعة جاز ولا يمنع منها ما وجب من الشفعة في حصتهم ثم لشفيعهم أن يأخذ حصتهم بشفعته فإن أخذها بالشفعة كان له أن يأخذ منهم ما أخذوا بالشفعة وإن عفا عن الشفعة في حصتهم كان له أن يشاركهم فيما أخذ بالشفعة لاشتراكهم في الملك.

فصل: ولو مات رجل وترك داراً وعليه دين يحيط ببعضها فبيع منها بقدر دينه لم يكن لورثته أن يأخذوا المبيع منها بالشفعة لأمرين:

أحدهما: أنهم لم يكونوا شركاء لميتهم.

والثاني: أنهم كانوا قادرين على استيفاء ملكه بقضاء الدين من أموالهم ولو كان ميتهم وصى ببيع بعضها في وصيته لم يكن لهم فيه شفعة لما ذكرنا من التعليل الأول، أنهم لم يكونوا شركاء لميتهم. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ حَضَرَ أَحَدُ الشُّفَعَاءِ أَخَذَ الْكُلَّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فَإِنْ حَضَرَ ثَانٍ أَخَذَ مِنْهُ النُّصْفَ بِنُصْفِ الثَّمَنِ فَإِنْ حَضَرَ ثَالِثٌ أَخَذَ مِنْهُمَا الثُّلُثَ بِثُلُثِ الثَّمَنِ حَتَّى يَكُونُوا سَوَاءً».

قال الماوردي: وصورتها في دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حقه على غير شركائه فالشفعة فيها واجبة لشركائه الثلاثة فلهم ثلاثة أحوال:

حال يكونوا حاضرين، وحال يكونوا غائبين، وحال يحضر بعضهم، ويغيب بعضهم فأما الحال الأولى: وهو أن يكونوا جميعاً حاضرين فلا يخلو حالهم من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يظالبوا جميعاً بالشفعة فيكون الشقص المبيع بينهم أثلاثاً بالسوية.

والقسم الثاني: أن يعفوا جميعاً عن الشفعة فتبطل شفعتهم ويبقى الشقص على المشتري. والقسم الثالث: أن يعفوا بعضهم ويطلب بعضهم فيسقط حق العافي، وللمطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفعته فلو عفا اثنان من الثلاثة كان للثالث أن يأخذ جميع الشقص بشفعته وليس له أن يأخذ بعضها فيأخذ منه قدر حصته لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري.

فلو قال أحد الثلاثة قد عفوت عن جميع حقي، وقال آخر قد عفوت عن نصف حقي كان عفواً عن جميعه ولم يتبعض العفو وكان للثالث أن يأخذ الشقص كله لعفو شريكه. ولو

قال أحد الثلاثة قد سلمت حقي لأحدكما دون الآخر كان تسليماً لهما معاً لأنه عفو لا هبة ولو كان الشقص قد أخذه اثنان من الثلاثة لغيبة الثالث عنهما ثم قدم الثالث فعفا عن أحدهما وأخذ حقه من الآخر كان له ذلك .

والفرق بينهما أن يكون ها هنا عافياً وهناك واهباً والعفو عن الشفعة يصح وهبتها لا تصح .

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يكونوا جميعاً غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة حتى يقدموا ما لم يكن منهم عفو، فإن ادعى المشتري على أحدهم العفو عن شفخته لم تسمع دعواه لأن للآخرين أن يأخذوا الجميع فلم يكن لدعواه معنى .

ولكن ولو ادعى شريكان على الثالث منهما العفو سمعت دعواهما عليه لما فيه من توفر حقه عليهما، وحلف لهما ولم تسمع شهادة المشتري عليه بالعفو لما فيها من منعه عن مطالبته، ولو ادعى المشتري العفو على الثلاثة كلهم كان له إحلافهم لأنهم لو نكلوا ردت اليمين عليه، وسقط حقه من الشفعة فإن حلف أحد الثلاثة، ونكل اثنان منهم لم ترد أيمانها على المشتري بنكلولهما لأن عفو بعض الشفعاء لا يوجب الترك على المشتري، ويأخذه من لم يعف ثم لا يقضي للحالف بالشفعة في الكل إلا أن يحلف أن شريكه قد عفا، فإذا حلف، أخذ كل الشقص، وإن نكل أخذ منه قدر حصته وأخذ الناكلان منه قدر حصصهما .

فصل: وأما الحال الثالثة وهو أن يحضر بعضهم ويغيب بعضهم فهي مسألة الكتاب وصورتها أن يكون أحد الثلاثة حاضراً، وقد غاب الآخران فللحاضر أن يأخذ جميع الشقص بالشفعة وليس له أن يقتصر منه على قدر حصته لأنه ممنوع في حق المشتري من تفريق صفقته، فإن امتنع الحاضر من أخذ الكل، وانتظر بالشفعة قدوم شريكه ليأخذوها بينهم بالحصص ففي بطلان شفخته بذلك وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن شفخته لا تبطل بذلك ليكفي غرم الثمن فيما ينتزع من يده فعلى هذا إن قدم شريكه فطلبا الشفعة كانت بينهما أثلاثاً .

وإن عفا قيل للأول الحاضر: ليس لك تفريق الصفقة على المشتري وأنت بالخيار بين أخذ الكل أو تركه .

والوجه الثاني: وهو الأظهر أن شفخته قد بطلت لأنه كان قادراً على الأخذ بها فكف فعلى هذا إن قدم الغائبان اشتراكاً في الشفعة بينهما وإن عفا سقطت الشفعة عن المشتري ولا حق فيها للأول لبطلان شفخته .

فإذا وضع ما ذكرناه وأخذ الأول الحاضر كل الشقص بالشفعة ثم قدم ثانياً كان له أن يرجع على الأول بنصف ما بيده من الشقص بنصف الثمن ليكونا في الشقص سواء فإن رضي الثاني أن يقتصر من الأول على ثلث ما بيده من الشقص وهو قدر حصته عند اشتراكهم، وامتنع الأول إلا أن يساويه بالنصف أو يعفو ففیه وجهان :

أحدهما: أن القول قول الأول ويمنع الثاني مما سأل ويقال له: إما أن تأخذ النصف أو تعفو كما يمنح الأول مع المشتري من ذلك، والوجه الثاني أن القول قول الثاني وله أن يقتصر على الثلث ويجبر الأول عليه بخلاف الأول مع المشتري ولأن للمشتري صفقة يمنح من تفريقها عليه وليس للأول صفقة تفرق عليه وإنما هو عفو عن بعض ما استحق له فإذا وضع ما ذكرناه وأخذ الثاني من الأول نصف الشقص بنصف الثمن ثم قدر الثالث كان له أن يأخذ من كل واحد من الأول والثاني ثلث ما بيده بثلث الثمن وهو سدس الكل فيصير الشقص حينئذ بينهم أثلاثاً، وعهدة جميعهم على المشتري لأن الشفعة مستحقة لجميعهم، وليس أخذ بعضهم من بعض ما يدل على استحقاق الشفعة على المأخوذ منه. فعلى هذا لو أن الثالث عفا عن شفته استقرت للأول والثاني نصفين ولو عفا الثاني وطالب الثالث جعلت بينهما نصفين.

فصل: وإذا أخذ الشقص أحد الشفعاء الثلاثة عند غيبة الآخرين ثم قدم أحد الغائبين فصالح الحاضر على ثلث الشقص وسلم له بالثلثين فذلك جائز فإذا قدم الغائب الآخر ففیه وجهان :

أحدهما: أنه يرجع على الأول الذي بيده الثلثان فيأخذ نصف ما بيده وهو الثلث فيصير الشقص بينهم أثلاثاً ليكونوا في الشفعة سواء ولا يكون لعفو الأول من القادمين أثر غير تأخير حق الثاني على الحاضر.

والوجه الثاني: وهو قول ابن سريج ومحمد بن الحسن أن الشقص يكون بينهم على ثمانية عشر سهماً: أربعة منها للعافي وسبعة لكل واحد من الآخرين، ووجه ذلك أن العافي لما صالح على الثلث صار تاركاً لثلث حقه؛ لأنه كان مستحقاً للنصف فاقتصر على الثلث فصار الشقص بينهم ثلاثة أسهم: سهم للعافي وسهمان للحاضر الأول فلما قدم الثالث استحق ثلث ما بيد العافي وهو ثلث السهم ضم إلى السهمين اللذين مع الأول تصير سهمين وثلثاً فيكون بينهما فيصير لكل واحد منهم سهم وسدس فتضرب في مخرج السدس وهو ستة لتصح السهام فيكون ثمانية عشر سهماً كان للعافي ثلاثة أسهم من ثلاثة تضرب له في ستة فيكون له أربعة أسهم من ثمانية عشر سهماً، وكان لكل واحد من الآخرين سهم وسدس من ثلاثة تضرب له في ستة فيكون له سبعة أسهم وللآخر مثلها.

وكلا الوجهين عندي مدخول، والصحيح أن يكون الشقص بينهم على تسعة أسهم :
سهما للعافي وثلاثة أسهم للآخر وأربعة أسهم للمعفو عنه ووجه ذلك أن العافي لما صالحه
على الثلث صار الشقص بينهما على ثلاثة أسهم ، سهم للعافي وسهما للمعفو عنه ، فإذا
قدم الغائب الآخر فله أن يرجع على العافي بثلاث ما بيده لأن له ثلث الشفعة فيكون له ثلث
سهم ويرجع على المعفو عنه بثلاث ما بيده ، من السهمين فيكون لثني سهم فيصير جميع ما
أخذه منهما سهماً واحداً ، ويبقى على للعافي ثلاثة أسهم وعلى المعفو عنه سهم وثلث
فاضرب ذلك في مخرج الثلث وهو ثلاثة فيكون تسعة أسهم للعافي سهما لأنه له ثلثي سهم
في ثلاثة وللآخر منها ثلاثة أسهم لأنه له سهماً في ثلاثة وللمعفو عنه أربعة أسهم لأن له سهماً
وثلثاً في ثلاثة ولم يجز أن يكون الأخير مساوياً للمعفو عنه لأنه غير المقصود بالمحاباة
والعفو . والله تعالى أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَجِمَهُ اللَّهُ : « فَإِنْ كَانَ الْإِثْنَانِ اقْتَسَمَا كَانَ لِلثَّلَاثِ نَقْضُ

قِسْمَتَهُمَا » .

قال الماوردي : وهذا كما قال . إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء فحضر اثنان فأخذ
الشقص بينهما لغية الثالث منعا من قسمته ؛ لأن في الشقص حقاً لشريكهما الغائب مع
السهم الذي له بقديم ملكه فإن اقتسماه كانت القسمة باطلة لما ذكرنا ، فلو حضر الغائب فعفا
عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة ، لفسادها ، ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما
كان لهما بقديم الملك وما أخذه بحادث الشفعة لم يمنعا من ذلك لحق الغائب .

وهكذا لو أراد أن يبيعا ما أخذه بالشفعة دون ما كان لهما بقديم الملك لم يمنعا ،
وإنما كان كذلك لأن الغائب قادر على أخذه بأي العقدين شاء ، فإذا قدم الغائب وقد باع
الحاضران ما أخذه بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذ بالشفعتين ، وبين أن يأخذه بالأولى
ويعفو عن الثانية ، وبين أن يأخذ بالثانية ، ويعفو عن الأولى . فإن أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ
بالأولى ثلث الشقص وبطل البيع فإن أحب أن يأخذ بشفعته الثانية صح ، وأخذ بالثانية نصف
الباقى وهو ثلث الشقص ؛ لأنه أخذ شفعتين فيحصل له ثلثا الشقص بالشفعتين .

وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ويعفو عن الأولى صح البيع في الجميع ، وأخذ نصف
الشقص كله ؛ لأنه أخذ شفعتين ، وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الأولى ويعفو عن الثانية أخذ ثلث
الشقص لأنه أخذ ثلث الشفعة ، فإن أحب أن يأخذه بشفعته الثانية صح البيع في الكل ، وكان
له أخذ الجميع بها لأنه شفيح واحد . وإن أراد أن يأخذه بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بشفعته
الأولى وبطل فيه البيع وصح في ثلثيه فيما كان لهما بقديم الملك . فإن أحب أن يأخذه
بشفعته الثانية صح .

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ سَلَّمَ بَعْضُهُمْ لَمْ يَكُنْ لِبَعْضٍ إِلَّا أَحَدُ الْكُلِّ أَوْ التَّرْكَ».**

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجوز للشفعاء أن يفرقوا صفقة المشتري عليه لأنه لا يجوز أن يدفعوا عن أنفسهم ضرراً بإدخال مثله من الضرر، فإذا عفا أحد الشفعاء الثلاثة كان للآخرين أن يأخذوا جميع الشقص أو يعفوا عنه. ولو عفا اثنان فكان للآخر أن يأخذ جميعه، أو يعفو عنه، فلو أخذها الحاضر من الثلاثة ثم ردها بعيب كان لمن قدم من الغائبين أن يأخذ الكل أو يذر لأن رد الحاضر بالعيب كالعفو عن الشفعة، فلو كان الشفيع واحداً أخذ جميع الشقص، أو يعفو عنه وقد ذكرنا ما يكون عفواً. فأما إن ضمن الشفيع عن المشتري ثمن الشقص للبائع بأمر المشتري صح الشراء، ولزم الضمان، وكان الشفيع على شفيعته، ولا يكون ضمانه للثمن تسليماً للشفعة، وهكذا لو ضمن الشفيع عن البائع درك المبيع للمشتري بأمر البائع، أو بغير أمره صح الشراء، ولزم الضمان وكان الشفيع على شفيعته، ولا يكون ذلك تسليماً للشفعة.

وهكذا لو شرط البائع خيار الشفيع، فاختار الشفيع إمضاء البيع، كان له الشفعة، وقال أبو حنيفة لا شفعة للشفيع في هذه المواضع الثلاثة، ويكون ذلك تسليماً منه لها؛ لأن البيع به قد تم فكان هو البائع. وهذا خطأ لأن شفعة الشفيع مستحقة بتمام البيع فإن فعل ما يتم به البيع كان أولى أن تجب له الشفعة فعلى هذا لو ضمن الثمن، فطالبه البائع به، فغرمه له، ثم أخذ الشقص بالشفعة نظر: فإن كان ضمانه للثمن بأمر المشتري، فقد برىء الشفيع مما استحقه المشتري عليه بالثمن لأنه قدم تعجيله عنه إلى البائع، وإن كان ضمانه للثمن بغير أمر المشتري لم يبرأ بما استحقه المشتري عليه من الثمن؛ لأنه تطوع بغرمه للبائع ويحكم بدفعه ثانية إلى المشتري، وإن كان الشفيع ضمن للمشتري درك المبيع ثم أخذ منه الشقص بشفيعته ثم استحق من يده لم يرجع على المشتري بعهدته، لأن المشتري إذا استحق من يده أن يرجع على الشفيع بعهدته.

فصل: فإذا وكل الشفيع في الشراء فاشترى لموكله وجبت له الشفعة فيما اشتراه وب قال أبو حنيفة ولو وكل في البيع فباع لموكله وجبت له الشفعة فيما باعه، وقال أبو حنيفة لا شفعة له فأوجبها فيما اشتراه ولم يوجبها فيما باعه. وهذا خطأ لثلاثة أمور:

أحدها: أن البيع يتم ببائع ومشتري، ثم لم يمنع كونه مشترياً لغيره من ثبوت شفيعته، ويجب أن لا يمنع كونه بائعاً لغيره من ثبوت شفيعته. والثاني: أن وجوب الشفعة بعد إبرام البيع فلم يعتبر ما تقدم كالعفو، والثالث: أن يبيعه حرص منه على ثبوت شفيعته فإذا ثبت هذا

وكانت دار بين شريكين فوكل أحدهما شريكه أن يبيع نصف حصته مع نصف حصة نفسه، فباع الوكيل نصف الدار صفقة ربيعاً لنفسها، وربعها لموكله، فللوكيل أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما باعه لموكله وهو الربع، وللموكل أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما باعه وكيله، وليس لشريك ثالث إن كان أن يفرق الصفقة بشفعته فيأخذ إحدى الحصتين دون الأخرى لأن البائع واحد، وقيل: إما أن تأخذ الكل بشفعتك أو تذر.

فصل: وأما ولي اليتيم ووصي الميت إذا باعا الولاية ما هما شفيعان فيه ففي شفعتهما وجهان:

أحدهما: أن الشفعة لهما فيه كالوكيل.

والوجه الثاني: أن لا شفعة لهما بخلاف الوكيل، والفرق بينهما وبين الوكيل أن الوكيل ينوب عن حي جائز التصرف يقدر على استدراك ظلامته.

فصل: فإذا اشترى العامل في القراض شقصاً من دار للعامل فيه حصة بقديم ملك ولرب المال فيها حصة بقديم ملك، فللعامل، ولرب المال أن يأخذ الحصة المشترية في القراض بشفعتهما لأن مال القراض يتميز عن أموالهما. فإن عفوا عنها ثم اشترى العامل من الدار حصة ثانية فشفعته الثانية أثلاثاً: ثلثها لرب المال، وثلثها للعامل، وثلثها في القراض. فلو كان في الدار حصة رابعة لأجنبي؛ كان له ثلث الشفعة؛ ولأنهم ثلاثة ثم يكون الثلثان الباقيان على ثلاثة أضرب: ثلث لرب المال، وثلث للعامل، وثلث في القراض. فتتميز شفعة الحصة على تسعة أسهم، ثلاثة منها وهي الثلث للأجنبي والستة الباقية أثلاثاً كل ثلث منها سهمان لما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ أَصَابَهَا هَدْمٌ مِنَ السَّمَاءِ إِمَّا أَخَذَ الْكُلَّ بِالثَّمَنِ وَإِمَّا تَرَكَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى شقصاً من دار فانهدمت بجائحة أو جناية، أو شقصاً من أرض فأخذ السيل بعضها فالذي نقله المزني ها هنا وقاله في القديم وفي كتلب التفليس من كتبه الجديدة: أن الشفيع مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يدع. وقال الشافعي رضي الله عنه في القديم إن الشفيع يأخذ الباقي بحصته من الثمن، واختلف أصحابنا في اختلاف هذين النقلين على خمسة مذاهب:

أحدها: وهو قول أبي الطيب بن أبي سلمة، وأبي حفص بن الوكيل: أن المسألة لاختلاف النقلين على قولين:

أحدهما: أن يأخذ الباقي بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهب عينه في يد البائع

بجائحة، أو جناية كان للمشتري إذا اختار الإمضاء أن يأخذه بجميع الثمن كذلك حال الشفعة.

والقول الثاني: أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن لأن ما تناولته الصفقة بالثمن مقسط على أجزائه كما لو اشترى مع الشقص سيفاً أخذ بحصته من الثمن.

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي: أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن قولاً واحداً ونسباً إلى المزني الغلط فيما نقله في هذا الموضع لأنه لا يعرف للشافعي في شيء من منصوصاته، وإنما رد على أهل العراق قولهم: إن ما انهدم بغير فعله أخذ بجميع الثمن، وما انهدم بفعله، أو فعل غيره أخذ بحصته من الثمن، فغلط المزني في نقول الشافعي إلى قول أهل العراق.

كما غلط من قول الشافعي إلى قول مالك فيما حكاه في كتاب الأيمان والنذور: إذا حلف على غريمه أن لا يفارقه حتى يستوفي حقه منه، فأخذه منه بحقه عوضاً إن كان بقيمة الحق أو أكثر لم يحنث وإن كان أقل حنث، فغلط وإنما ذلك قول مالك، كذلك ها هنا وفرق بين الشفعة والفلس بفرض مضى في كتاب الفلس.

والمذهب الثالث، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: بأنه محمول على اختلاف حالين، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا ذهب الأثار وكانت أعيان الآلة والبناء باقية، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن إذا كانت أعيان الآلة والبناء تالفة.

والوجه الرابع: أنه محمول على اختلاف حالين من غير هذا الوجه. فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا هدمه بفعل آدمي، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن، إذا كان هدمه بجائحة سماوية؛ لأنه في هدم الآدمي قد يرجع عليه بأرش النقص، فلذلك أخذها بجميع الثمن، وفي جائحة السماء ليس يرجع بأرش النقص، فلذلك أخذها بحصته من الثمن وهذا المذهب ضد ما عليه أهل العراق.

والمذهب الخامس: أنه على اختلاف حالين من غير هذا الوجه، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا كانت الفرصة باقية وإن تلفت الآلة، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن إذا ذهب بعض الفرصة بسيل أو غرق لأن العرصة مقصورة والآلة تتبع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَاسَمَ وَبَنَى قَبِيلَ لِشَفِيعٍ إِنْ شِئْتَ فَخُذْ بِالثَّمَنِ وَبِقِيمَةِ الْبِنَاءِ الْيَوْمَ أَوْ دَعُ لِأَنَّهُ بَنَى غَيْرَ مُتَعَدِّ فَلَا يَهْدُمُ مَا بَنَى، (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا عِنْدِي غَلَطٌ وَكَيْفَ لَا يَكُونُ مُتَعَدِّياً وَقَدْ بَنَى فِيمَا لِشَفِيعٍ فِيهِ شَرِكٌ مُشَاعٌ وَلَوْلَا أَنْ لِشَفِيعٍ فِيهِ

شُرْكَاءَ مَا كَانَ شَفِيعاً إِذْ كَانَ الشَّرِيكَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ لِأَنَّهُ شَرِيكَ فِي الدَّارِ وَالْعَرَصَةِ بِحَقِّ مُشَاعٍ فَكَيْفَ يُقَسَّمُ وَصَاحِبُ النَّصِيبِ وَهُوَ الشَّفِيعُ غَائِبٌ وَالْقَسْمُ فِي ذَلِكَ فَاسِدٌ وَبَنَى فِيمَا لَيْسَ لَهُ فَكَيْفَ يَبْنِي غَيْرَ مُتَعَدِّ وَالْمُخْطِئُ فِي الْمَالِ وَالْعَامِدُ سَوَاءٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَلَا تَرَى لَوْ أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى عَرَصَةً بِأَمْرِ الْقَاضِي فَبَنَاهَا فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ أَنَّهُ يَأْخُذُ عَرَصَتَهُ وَيَهْدِمُ الْبَانِي بِنَاءَهُ وَيَقْلَعُهُ فِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَالْعَامِدُ وَالْمُخْطِئُ فِي بِنَاءِ مَا لَا يَمْلِكُ سَوَاءً» .

قال الماوردي : وصورة هذه المسألة في رجل اشترى شقصاً من دار وقاسم عليه وبني في حصته ، وحضر الشفيع مطالباً بشفعته . قال الشافعي رضي الله عنه قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بشئنه وبقيمة البناء قائماً ولا يجبر المشتري على قلعه لأنه بناء غير متعد .
وهكذا عمارة الأرض للزرع وإن كانت آثاراً .

قال المزني : هذا غلط من الشافعي رضي الله عنه لأن القسمة إن وقفت مع الشفيع فقد بطلت شفيعته وصحت القسمة ، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة فلم يجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة .

وهذا الذي اعترض به المزني على الشافعي رضي الله عنه من تنافي بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه :

أحدها : أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلاً ، فيطالب المشتري الوكيل بمقاسمته على ما اشترى فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله في المقاسمة ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل في طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفيعته بعد القسمة ويكون المشتري غير متعد في البناء .

والوجه الثاني : أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل في القسمة فيأتي المشتري الحاكم فيسأله أن يقاسمه عن الغائب فيجوز للحاكم مقاسمة المشتري إذا كان الشريك بعيداً لغبية ، وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة لأن الحاكم لا يأخذ بالشفعة إلا لمولى عليه ، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمته الحاكم عنه والمشتري غير متعد بينائه .

والوجه الثالث : أن يذكر المشتري للشفيع ثمناً موفوراً فيعفو عن الشفعة لوفور الثمن ويقاسم المشتري غير متعد بينائه لأنه بالكذب متعد في قوله لا في قسمته وبنائه ، فصار كرجل ابتاع داراً بعبد قد دلسه بعيب ثم بنى ووجد البائع بالعبد عيباً فعليه إذا رد العبد واسترجع الدار أن يدفع إلى المشتري قيمة البناء قائماً لأنه بنى غير متعد في فعله وإن دلس كان كاذباً في قوله .

والوجه الرابع: أن ينكر المشتري الشراء، ويدعي الهبة، فيكون القول قوله مع يمينه، ولا شفعة عليه في الظاهر، فيقاسمه الشريك ثم يبني، وتقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء فالشفعة واجبة مع صحة القسمة ولا يكون متعدياً بالبناء مع جحوده للشراء لأنه تعدى في القول دون الفعل.

والوجه الخامس: أن يكون الشفيح طفلاً أو مجنوناً، فيمسك الولي عن طلب الشفعة، ويقاسم المشتري ثم يبلغ الطفل، ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ولا يكون إمساك الولي عن الشفعة مبطلاً للقسمة ولا مقاسمته مبطلاً للشفعة.

فصل: فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة، وبطل اعتراض المزني بها لم يجبر المشتري على قلع بنائه، وقيل للشفيع: إن شئت فخذ الشقص بثمنه، وقيمة البناء، وقال أبو حنيفة: يجبر المشتري على قلع بنائه، ولا قيمة له على الشفيح استدلالاً بأن حق الشفيح أسبق من بنائه فصار كالأستحقاق بالغصب، وهذا خطأ لأن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص. ألا تراه يملك النماء ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعة عليه ولأن من بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجباً لتعديده، ونقض بنائه كالموهوب له إذا بنى ورجع الواهب في هبته ولأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلم يجز أن يزال بالضرر وفي أخذ المشتري وعدم بنائه ضرر.

فأما الجواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهو تعدي الغاصب بتصرفه في غير ملكه وليس المشتري متعدياً لتصرفه في ملكه.

فصل: فلو قال الشفيح أنا أخذ من الشقص ما لا بناء فيه بحصته من الثمن لم يجز لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري، ولو قال أنا أخذه بجميع الثمن لم يجبر لأمرين:

أحدهما: أنه متطوع بهبة لا يلزمه قبولها.

والثاني: أنه يلزم بتركه بما استضر بها. فلو قال أنا أقر بناءه في الأرض لم يجبر لأمرين: أحدهما: أنها عارية يستحق الرجوع فيها. والثاني: أنه إقرار ببناء في غير ملكه قد يلحقه فيه ضرر.

فصل: وإذا أخذ الشفيح بشفيعته شقصاً من دار بقضاء قاض، أو بغير قضاء قاض فبني فيه وغرس ثم استحق ذلك من يده، فإن الشفيح مأخوذ بقلع بنائه، وغرسه لأنه بنى في غير ملكه ثم ينظر فإن كان الاستحقاق للمبيع ولحق الشفيح رجع بالثمن على المشتري ولم يرجع عليه بما نقص من قيمة البناء والغرس لأنه لو لم يستحق المبيع لكان مأخوذاً بقلع بنائه في

حق نفسه وإن كان الاستحقاق للمبيع وحده دون حق الشفيع فللشفيع أن يرجع بما نقص من بنائه وغرسه على المشتري ويرجع المشتري به على البائع . وقال أبو حنيفة : لا يرجع به على أحد وإنما يرجع بالثمن وحده على قابضه لأنه قلعه بحق . وهذا خطأ ؛ لأن البائع بقبضه متعد ، دون الشفيع ، فوجب أن يكون الضرر بنقض البناء والغرس راجعاً على البائع المتعدي دون الشفيع لأنه لا يلحق الضرر من ليس بمتعد ويزال عن المتعدي والله أعلم .

فصل : فأما إذا كان المبيع شقصاً من أرض فزرعها الشفيع ثم حصل الاستحقاق نظر ، فإن كان الاستحقاق لجميع الأرض من المبيع وحق الشفيع أخذ الشفيع بقلع زرعه ولم يرجع على المشتري بنقضه لأنه غاصب لما كان بيده وظالم لما أخذه بشفعته ، وإن كان الاستحقاق للشقص المبيع وحده وجب إقرار زرعه إلى وقت حصاده لأن بقاء الزرع غير متأبد بخلاف البناء المتأبد وليس من الشفيع تعدي مقصود يؤخذ لأجله بقلع زرعه لكن عليه لمستحق الشقص أجرة مثله من وقت زرعه إلى وقت حصاده وهل يرجع على المشتري بما غرمه من الأجرة من وقت الزرع إلى وقت الحصاد على قولين :

أحدهما : يرجع الشفيع به على المشتري ويرجع المشتري به على البائع كما قلنا فيما نقص بقلع البناء .

والقول الثاني : لا رجوع للشفيع بشيء منه بخلاف البناء ، والفرق أن البناء استهلك عليه بالقلع فيرجع عليه بغرمه ، وفي الزرع هو المستهلك لمتاع المدة فلم يرجع بأجرتها .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : «وَلَوْ كَانَ الشَّقْصُ فِي النَّخْلِ فَزَادَتْ كَانَتْ لَهُ أَخْذُ زَائِدِهِ» .

قال الماوردي : أما النخل فلا يخلو حال مبيعها من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تباع مفردة عن الأرض فلا شفعة فيها فكذلك سائر الأشجار كالأبنية التي إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة لأنها مما ينقل عن الأرض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع .

والقسم الثاني : أن تباع النخل مع الأرض فتجب فيها الشفعة تبعاً للأرض بخلاف الزرع لأنه لا يتبع الأرض في البيع ويتبعها النخل ، والفرق بينهما أن أفراد الزرع في الأرض غير مستدام ، وإفراد النخل والشجر مستدام . وأوجب أبو حنيفة الشفعة في الزرع تبعاً للأرض لاتصاله بها ، وما ذكرناه من الفرق كاف .

والقسم الثالث : أن يباع النخل مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من بياض

مختصر الشفعة من الجامع من ثلاثة كتب متفرقة
الأرض ففي وجوب الشفعة فيها وجهان، وكذلك بيع البناء مع قراره دون الأرض على هذين
الوجهين:

أحدهما: فيه الشفعة لأنه فرع لأصل ثابت.

والوجه الثاني: أنه لا شفعة فيه، لأن قرار النخل يكون تبعاً لها فلما لم تجب الشفعة
فيها مفردة لم تجب فيها وفي تبعها، فإذا تقرر هذا وكان البيع شقصاً من أرض ذات نخل
وشجر فزادت بعد البيع وقبل أخذ الشفيع لغيبته، أو عذر لا تبطل به الشفعة لم يخل حال
الزيادة من أحد أمرين: إما أن تكون مثمرة أو غير مثمرة، فإن كانت الزيادة غير مثمرة
كالفسيل إذا طال وامتلأ والغرس إذا استغلظ واستوى فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته لأن ما
لا يتميز من الزيادة تبعاً لأصله.

وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثة فلا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن
تكون مؤبرة، أو غير مؤبرة فإن كانت مؤبرة فلا حق فليها للشفيع. وهي ملك للمشتري لأن ما
كان مؤبراً من الثمار لا يتبع أصله وعلى الشفيع أن يقرها على نخله إلى وقت الجذاذ، وإن
كانت الثمرة غير مؤبرة ففي استحقاق الشفيع لها قولان:

أحدهما: يستحقها لاتصالها كما يدخل في البيع تبعاً وهذا قوله في القديم.

والقول الثاني: لا يستحقها وتكون للمشتري لتميزها عن الأصل كالمؤبرة وهذا قوله
في الجديد ويكون الفرق بين الشفعة والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مراعاة، فجاز أن
يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً للقدرة على استبقائها بالعقد، والشفعة استحقاق ملك بغير
مراعاة فلم يملك بها إلا ما تناوله العقد. وهذا الحكم في كل ما استحق بغير مراعاة
كالشفعة، والتفليس، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة وهل يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً
لأصلها على ما ذكرنا من القولين.

فصل: فأما إذا كانت النخل عند ابتياع الشقص منها مثمرة نظر.

فإن كانت مؤبرة لم تدخل في البيع إلا بشرط، وإذا شرطت فيه لم يكن للشفيع فيها
حق وأخذ الشقص من النخل دون الثمر بحصته من الثمن كمن اشترى شقصاً وعبداً.

وقال أبو حنيفة يأخذها معاً بجميع الثمن وفيما ذكرنا دليل عليه.

وإن كانت الثمرة غير مؤبرة دخلت في البيع تبعاً ثم لا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة
من أن تكون باقية على حالها غير مؤبرة، أو قد تأبرت.

فإن كانت غير مؤبرة أخذها الشفيع مع الشقص بجميع الثمن قولاً واحداً لأن العقد
يتناولها تبعاً وهي في الحال تبع فجرت مجرى النخل، وإن تأبرت عند الأخذ بالشفعة ففيه
وجهان:

أحدهما: لا حق فيها للشفيع لتمييزها عما يكون تبعاً فعلى هذا يأخذ الشفيع الشقص من النخل بحصته من الثمن.

والوجه الثاني: أن الشفيع يأخذها مع الشقص تبعاً وقت العقد لاتصاله فلم يسقط حق الشفيع منه عند انفصاله كالبناء إذا انهدم، ولا فرق على الوجهين بين أن تكون الثمرة على نخلها، أو مجدودة، وقال أبو حنيفة: إن جذت فلا حق له فيها لانفصالها، وإن كانت على نخلها أخذها بشفعته مؤبرة وغير مؤبرة وتوجيه القولين دليل عليه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَا شُفْعَةَ فِي بَثْرِ لَا بِيَاضَ لَهَا لِأَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الْقَسْمَ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ما سوى العقار والأرضين لا شفعة فيه، وهو قول عطاء، وإن العقار ضربان:

ضرب يقسم جبراً ففيه الشفعة وفاقاً، وضرب لا يقسم جبراً، ففيه الشفعة عند أبي العباس بن سريج وبه قال مالك وأبو حنيفة خوفاً من سوء المشاركة واستدامة الضرر به ولهذا القول وجه. ومذهب الشافعي لا شفعة فيه للأمن من مؤونة القسمة.

وعليه يكون التفريع: فمن ذلك البثر المشتركة إذا بيع شقص منها فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن يكون حولها بياض لها أم لا فإن كان حولها بياض لها فعلى ضربين: أحدهما: أن تكون واسعة يحتمل القسمة كالأرض التي يحفر فيها بثر وهي محتملة للقسمة فالشفعة واجبة في البثر تبعاً للأرض كما تجب في النخل تبعاً للأرض لأن البثر إذا حصلت في حصّة أحدهما أمكن للأخر حفر مثلها في حصته.

والضرب الثاني: أن يكون البياض ضيقاً لا يحتمل القسمة لأنه حريم للبثر لا يمكن أن يفرد عنها على حسب اختلاف الفقهاء في قدر الحريم فيكون حكمها حكم البثر التي ليس حولها بياض لها لأنه لقلته وتعذر إفراده عنها تبع لها، وإذا اتسع صارت البثر تبعاً له، وإذا كان كذلك ولم يكن حول البثر بياض أو كان يسيراً لا يحتمل القسم فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن تكون واسعة أو ضيقة، فإن كانت ضيقة لا تحتمل القسم فلا شفعة فيها على مذهب الشافعي رضي الله عنه. وقد روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه: «أَنَّه لَا شُفْعَةَ فِي بَثْرِ وَلَا فَحْلٍ وَالْأُرُقُ تَقْطَعُ كُلَّ شُفْعَةٍ.» يعني بالفحل: فحل النخل يكون للرجل في أرض غيره من غير شرك في الأرض، والأرُق المعالم.

وإن كانت البئر واسعة تحتمل القسمة كأبار البادية فلها حالتان: إحداهما: أن تكون يابسة لم يوصل إلى الماء فالشفعة فيها واجبة لأنه إذا قسمت، وصار كل واحد منهم أمكن أن يحجزها ويحفرها بئراً.

والحالة الثانية: أن يكون فيها ماء قد وصل الحفر إليه فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون ينبوع الماء من جميعها، وخارج من سائر قرارها، فالشفعة فيها واجبة لأنها إذا قسمت وجعل بين الحصتين حاجزاً كانت بئراً مفردة.

والضرب الثاني: أن يكون ينبوع الماء في جانب منها فلا شفعة فيها لأنه وإن أمكن قسمتها لسعتها فقد يحصل ينبوع الماء في جانبها لإحدى الحصتين فتصير إحدى الحصتين بئراً، والأخرى غير بئر فلم يصح القسم ولم تجب الشفعة.

فصل: ومن ذلك الحمام، فإن كان واسعاً ذا بيوت إذا قسم حصل في كل حصة بيوت يمكن أن يصير حماماً وكان أتونه واسعاً إذا قسم بين الحصتين اتسعت كل حصة بما صار لها من الأتون واكتفى به قسم جبراً ووجبت فيه الشفعة وإن كان ضيقاً تقل بيوته إذا قسمت عن كفاية حمام ويصفر أتونه عن القسمة وتزول عنه المنفعة كالذي نشاهده في وقتنا من أحوال الحمامات فلا شفعة فيه على مذهب الشافعي رضي الله عنه فإن قيل: فإذا كانا حمامين فقد يصير أحد الحمامين لأحد الشريكين فهلا وجبت فيها الشفعة؟ قلت: إنما تعتبر القسمة بحال كل واحد منهما على الانفراد ولا يلزم في القسمة عندنا أن ينفرد أحدهما بأحد الحمامين والآخر بالآخر إلا عن تراض.

فصل: ومن ذلك الرحاء فلا شفعة فيه إن بيع منفرداً عن أرضه، كما لا شفعة في البناء منفرداً، وإن بيع مع أرضه فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون الأرض ضيقة كبيوت الأرحاء التي لا سعة فيها لغير الرحاء فلا شفعة فيها على مذهب الشافعي رضي الله عنه لأنها لا تنقسم جبراً.

والضرب الثاني: أن تكون الأرض واسعة يختص الرحا بموضع منها كأرحاء البصرة في أنهارها، فقد اختلف أصحابنا في إطلاق بيع الأرض هل يوجب دخول الرحاء فيه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن تدخل فيه علواً، وسفلاً فعلى هذا تجب فيه الشفعة تبعاً للأرض كالبناء.

والوجه الثاني: لا يدخل فيه العلو، ولا السفلى. فعلى هذا لا شفعة فيه إن شرط في البيع كالزراع، ويأخذ الأرض بحصتها من الثمن.

والوجه الثالث: يدخل فيه السفل دون العلو فعلى هذا تجب الشفعة في السفل دون العلو. فأما بيت الرعاء، فداخل في البيع على الوجوه كلها والشفعة فيه واجبة كسائر الأبنية.

فصل: ومن ذلك الدولار في الأرض فإن أفرد بالبيع فلا شفعة فيه، وإن بيع مع الأرض فاختلف أصحابنا: هل يقتضي إطلاق البيع دخوله فيه تبعاً له على ثلاثة مذاهب: أحدها: أنه يدخل فيه تبعاً كالبناء لاتصاله فعلى هذا تجب الشفعة فيه. والثاني: أنه لا يدخل فيه لتميزه فعلى هذا لا شفعة فيه.

والثالث: إن كان كبيراً لا يمكن نقله على حاله صحيحاً دخل في البيع وجبت فيه الشفعة تبعاً، وإن كان صغيراً يمكن نقله على حاله صحيحاً لم يدخل في البيع ولم تجب فيه الشفعة.

فصل: ومن ذلك المعدن: وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون جارياً كمعادن القار، والنفط فيكون حكمه حكم البئر والعين. إن كان ضيقاً لا يصير ما قسم معدناً فلا شفعة فيه، وإن كان واسعاً نظر، فإن كان ينبوعه في أحد جوانبه فلا شفعة فيه، وإن كان ينبوعه من جميع جوانبه ففيه الشفعة. ثم ينظر: فإن كان ما ينبع منه يجتمع فيه، ولا يخرج منه فهل يكون ما اجتمع فيه وقت العقد داخلاً في البيع، ومأخوذاً بالشفعة على وجهين:

أحدهما: يدخل فيه كاللبن في الضرع، ويؤخذ بالشفعة؛ لأنه يتبع لما فيه الشفعة كالثمرة غير المؤبرة.

والوجه الثاني: لا يدخل في البيع كالولد المنفصل، والثمرة المؤبرة لظهوره كامل المنفعة. فإن شرط في العقد دخل فيه، ولم تجب فيه الشفعة.

وإن كان ما ينبع جارياً لا يجتمع فيه فعلى قول أبي إسحاق لا يملك إلا بالإجارة والأخذ، وإذا خرج عن معدنه لم يمنع الناس منه، وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة أنه مملوك قبل إجارته، وله منع الناس منه، فإذا خرج عن معدنه فعلى هذا هل يكون داخلاً في البيع إذا كان ظاهراً وقت العقد على ما ذكرنا من الوجهين؟

والضرب الثاني: أن يكون المعدن جامداً كمعادن الصفر والنحاس فكل ما دخل فيه داخل في البيع؛ لأنه تربة المعدن فصار كالأرض ثم ينظر فإن كان قسمته ممكناً، وتصير كل حصة منه إذا قسمت معدناً وجبت فيه الشفعة وإن كان بخلافه فلا شفعة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَجِمَهُ اللَّهُ: «وَأَمَّا الطَّرِيقُ الَّتِي لَا تَمْلُكُ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا وَلَا بِهَا».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في مراد الشافعي بذلك فقال أبو علي بن أبي هريرة،

وأبو حامد الإسفراييني أراد به أبا حنيفة في الدار أن تكون على طريق نافذة فلا شفعة في حقها من الطريق من مسلك أو فناء، وهذا إجماع، لأنه غير مملوك العين وإنما هو مستحق المنفعة ولا شفعة بهذا الطريق فيما جاور أو قابل بخلاف قول أبي حنيفة؛ لأنه لما لم يستحق فيه الشفعة فأولى أن لا يستحق به الشفعة، وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي الطبري: أراد به مالكا في الدار يكون لنا طريق مستحق في دار أخرى من غير ملك في التربة فلا شفعة في هذا الطريق وحدها؛ لأنها منفعة مستحقة وليست عيناً مملوكة، ولا شفعة بهذا الطريق فيما هو مستحق فيه من الأرض ولا لهذه الأرض شفعة فيما يستحق له بهذا الطريق، بخلاف قول مالك فإنه جعل الشفعة بهذا الطريق واجبة لكل واحدة من الدارين في الأخرى وبه قال أبو العباس بن سريج استدلالاً برواية أبي سلمة عن جابر قال: «إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يُقَسِّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ». فدل على أن ما لم تصرف فيه ففيه الشفعة، ولأنه قد يتأذى بسوء الاستطراق كما يتأذى بسوء الاشتراك فاقضى أن يستحق الشفعة بها كما يستحق بأحدهما وهذا خطأ، لرواية أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا قُسِّمَتِ الْأَرْضُ وَحُدَّتِ الْأَرْضُ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا» ولأن المنافع المستحقة في الأملاك لا توجب الشفعة كالإجارة.

ولأن تمييز الأملاك يمنع من استحقاق الشفعة كصرف الطرق ولأن ما لا يملك فيه الشفعة فأولى أن لا تملك به الشفعة.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ» فهو أنه ليس ارتفاع الشفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق دليلاً على ثبوت الشفعة بوقوع الحدود وبقاء الطرق وإنما يحتاج إلى طلب الدلالة عليه، وقد روي أنه قال: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» فنستعمل الخبرين فنقول إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة بالخبر الأول، وإذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق فلا شفعة بالخبر الثاني كما روي أنه قال: «مَنْ مَسَّ فَرَجَهُ أَوْ أُنْثِيَّتَهُ تَوْضَاءً».

وروي «مَنْ مَسَّ فَرَجَهُ تَوْضَاءً» وقد قيل: إنما ذكر صرف الطرق لثلاثي يقول قائل: إن الطريق المملوكة تبطل الشفعة فيها لبطلانها في المحدود عنها، فأثبت الشفعة في الطريق مع بطلانها في الأصل، وأما التأذي بسوء الاستطراق فليس مجرد الأذى علة في استحقاق الشفعة ما لم ينضم إليه الخوف من مؤونة القسمة، وقد مضى ذلك في غير موضع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَمَّا عَرَصَةُ الدَّارِ تَكُونُ مُحْتَمِلَةً لِلْقَسْمِ وَلِلْقَوْمِ طَرِيقٌ إِلَى مَنَازِلِهِمْ فَإِذَا بَاعَ مِنْهَا شَيْءٌ فَفِيهِ الشُّفْعَةُ».

قال الماوردي: وصورتها في عرصه تحيط بها دور وهي مشتركة بين أرباب الدور مرفوعة بين أهلها بخلاف الطريق النافذة لبيع كل واحد منهم لحصته جائز والبناء فيها شائع فإذا باع أحدهم داره مع حصتها من العرصه فقد قال مالك وأبو العباس بن سريج إن الشفعة واجبة في الدار المحوزة وفي حصتها من العرصه كالمسألة الماضية، وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه لا شفعة فيها، وإن كانت واسعة تحتل القسمة وينتفع كل واحد منهم بحصته من العرصه فلا يخلو حال الدار المبيعة من أن يكون لها طريق من غير العرصه أم لا فإن كان لها طريق من غير العرصه وجبت الشفعة لحصتها من الثمن ويكون المشتري بدخوله على هذه الحالة مؤثراً لتفريق صفته وقد سقط حق المشتري من استطراق العرصه لزوال ملكه بالشفعة عما اشتراه من العرصه وإن لم يكن للدار المبيعة طريق من غير العرصه ففي وجوب الشفعة في العرصه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا شفعة فيها وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه لأن ما لا تستغني الدار عنه فهو من مرافقها التي لا يصح إفرادها عنها، ولأنه لا يجوز أن يزال الضرر عن الشركاء بإدخال ما هو أعظم منه على المشتري.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الشفعة واجبة في العرصه ويطل استطراق المشتري فيها لأنه دخل على علم واختيار فصار هو المضر بنفسه.

والوجه الثالث: أن الشفعة في العرصه واجبة وحق الاستطراق فيها ثابت بغير ملك في التربة لزوال الضرر عن الفريقين، وعلى الوجه الذي قبله يكون البيع جائزاً فعلى هذا لو أخذت حصة الدار من العرصه بالشفعة واستحق المشتري الاستطراق إلى داره في العرصه نظر في أخذ الحصة فإن أخذها جميع الشركاء في العرصه فله حق الاستطراق على جميعهم حتى لو اقتسموا كان له أن يستطرق حصة من شاء منهم وإن أخذ الحصة أحدهم ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لم يستحق الاستطراق في حصة غير الآخذ منه بالشفعة دون غيره من الشركاء حتى لو اقتسموا لم يكن له استطراق حصة غيره ولأن طريق الدار صار في حصته.

والوجه الثاني: أنه يستحق الاستطراق على جميعهم لأن حقه منفعة شائعة في جميع العرصه فلم يصح إجارتها بالقسمة والله أعلم.

فصل: فأما إذا اتسعت العرصه عن استطراق الشركاء لو اقتسموا فكان نصفها لو اقتسموه كافياً لاستطراقهم فالشفعة في الفاضلة من العرصه من استطراقهم واجبة وجهاً واحداً ولا يتملك المشتري في استطراقها وفي وجوبها في المستطرق ثلاثة أوجه على ما ذكرنا. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْلِيَّ الْيَتِيمِ وَأَبِي الصَّبِيِّ أَنْ يَأْخُذَا بِالشُّفْعَةِ لَمَنْ يَلِيَانِ إِذَا كَانَتْ غَبْطَةً فَإِنْ لَمْ يَفْعَلَا فَإِذَا وَلِيَا مَالَهُمَا أَخْذَاهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال:

اعلم أن الصبي والمجنون إذا وجبت لهما الشفعة لم يخل حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون في أخذها لهما حظ وغبطة فعلى وليهما أن يأخذها لهما وقال ابن أبي ليلى لا يجوز للولي أن يأخذها لهما لأنها موقوفة على شهوات النفوس. وهذا خطأ لأن الولي مندوب إلى فعل ما عاد بصلاح من يلي عليه في استيفاء حقوقه كالديون والرد بالعيب وليس إذا كان الأخذ بالشفعة موقوفاً على شهوات النفوس ما يوجب امتناع الولي منه إذا كان فيه صلاح له كسراء الأملاك هو موقوف على الشهوات وللمولى أن يشتري له منها ما كان فيه الصلاح، فإذا تقرر هذا فللولي حالتان:

حالة يأخذ الشفعة وحالة يردها، فإن أخذها لزمّت الأولى عليه وصارت ما كان له ولم يكن له إذا صار رشيداً أن يرد كما لا يرد ما اشتراه إذا كان له فيه غبطة وإن عفا الولي عنها ولم يأخذها فللمولى عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذها، وقال أبو حنيفة، قد بطلت شفيعته برد الولي وليس له أخذها إذا بلغ لأن عفو من له الأخذ يبطلها كالشريك.

وهذا فاسد لأن عفو الولي عن الحقوق الثابتة مردود كالإبراء والرد بالعيب وإن كان من الملك قاضياً.

فصل: والقسم الثاني: أن لا يكون للمولى عليه حظ في أخذ الشفعة إما لزيادة الثمن وإما لأن صرف ذلك في غيره من أموره أهم فلا يجوز للولي أن يأخذها كما لا يجوز أن يشتري له ما لا حظ له في شرائه ولا يصير الشقص للولي بخلاف الشراء.

والفرق بينهما: أن الولي لما جاز له أن يشتري لنفسه ما اشترى لمن يلي عليه جاز أن يصير له الشراء عند بطلانه لمن يلي عليه ولما لم يجز أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما يأخذ منه لمن يلي عليه لم يجز أن تصير له الشفعة عند بطلانها لمن يلي عليه.

فإذا تقرر أن الشفعة مردودة والولي من أخذها ممنوع فبلغ المولى عليه رشيداً فأراد أخذ الشفعة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المرزوي وأبي علي بن أبي هريرة أن شفيعته قد بطلت بترك وليه وليس له أخذها بعد رشده لأنه لما قام أخذ الولي مقام أخذه ولم يكن له الرد قام رد الولي مقام رده ولم يكن له الأخذ كالرد بالعيب طرداً وكالقصاص عكساً لما لم يكن للولي أخذه لم يؤثر فيه رده.

والوجه الثاني: أن شفعتة باقية لا تبطل بترك وليه، وله أخذها بعد رشده لأن اعتبار الحظ في الأخذ بالشفعة إنما يكون لمن أخذها لغيره كالولي ولا يعتبر فيمن أخذها لنفسه ألا ترى أن الشفيع لو أخذ لنفسه ما لا حظ له في أخذه جاز فلذلك منع الولي من أن يأخذها عند عدم الحظ في أخذها لأنه وال ووجود الحظ معتبر في أخذه وجاز للمولى عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذها مع عدم الحظ في أخذها لأنه مالك ووجود الحظ غير معتبر في أخذه.

فصل: والقسم الثالث: أن يستوي حظ المولى عليه في أخذ الشفعة وتركها ففي أخذ الولي لها ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز أن يأخذها ما لم يظهر الحظ في أخذها لأن وجود الحظ معتبر فيه.

والوجه الثاني: أنه يجب عليه أن يأخذها لأن الأخذ بالشفعة أحظ ما لم يظهر ضرر.

والوجه الثالث: أنه مخير بين أخذها وتركها لاستواء الحالين فعلى هذا إن قلنا بوجود أخذها عليه وأنه مجبر فتركها للمولى عليه أذا بلغ رشيداً أن يأخذها وإن قلنا بمنعه من أخذها فهل للمولى عليه أن يأخذها بعد رشده على ما ذكرنا من الوجهين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ اشْتَرَى شَقْصًا عَلَى أَتْنَمَا جَمِيعًا بِالْخِيَارِ فَلَا شُفْعَةَ حَتَّى يُسَلَّمَ الْبَائِعُ (قَالَ) وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِعِ فَقَدْ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ وَفِيهِ الشُّفْعَةُ».

قال الماوردي: اعلم أن ما يثبت من الخيار في البيع على أربعة أقسام:

خيار عقد، وخيار شرط، وخيار رؤية، وخيار عيب:

أما القسم الأول فهو خيار العقد وهو خيار المجلس فلا يستحق فيه الشفعة إلا بعد نقضه بالافتراق عن تمام وإمضاء، وسواء قيل إن الملك منتقل بنفس العقد أو بالافتراق مع تقديم العقد لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشتري فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع، فإذا افتراق عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة، وبماذا يصير الشفيع مالكا لها على ثلاثة أقاويل من اختلاف أقاويله في انتقال الملك:

أحدهما: أن يكون مالكا لها بنفس العقد وإن منع من الأخذ إلا بالافتراق وهذا على القول الذي يقول فيه إن الملك منتقل بنفس العقد.

والقول الثاني: أن يكون مالكا للشفعة بافتراقهما عن تراض وهذا على القول الذي يقول فيه إن الملك لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق.

والقول الثالث: أن ملك الشفعة كان موقوفاً على إبرام العقد وإمضائه فتمامه يدل على

تقديم ملكها بالعقد وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد وهذا على القول الذي يقول فيه : إن الملك موقوف مراعاةً .

فإذا أخذ الشفيع ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل يثبت له بعد الأخذ خيار المجلس أم لا على وجهين لأصحابنا :

أحدهما : أنه له خيار المجلس لأنه تملكه بمعاوضة كالبيع .

والوجه الثاني : وهو أصح أنه لا خيار له لأن الشفعة موضوعة لدفع الضرر بها كالرد بالعيب الذي لا يملك فيه بعد الرد خيار، وليس كالبيع الموضوع للمعاينة وطلب الأرباح .

فصل : وأما القسم الثاني وهو خيار الشرط فهي مسألة الكتاب، وله ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشتري .

والحال الثاني : أن يكون مشروطاً للبائع دون المشتري .

والحال الثالث : أن يكون مشروطاً للمشتري دون البائع ، فإن كان الخيار مشروطاً

للبيع والمشتري أو مشروطاً للبائع دون المشتري فلا حق للشفيع في الأخذ بالشفعة ما لم تنقضى مدة الخيار لما ذكرنا في خيار المجلس فإذا تم البيع بينهما بتقضي مدة الخيار واستحق الشفيع حينئذ الأخذ بالشفعة بماذا يصير مالكا لها على ما مضى من الأقاويل الثلاثة .

وإن كان الخيار مشروطاً للمشتري دون البائع فقد روى المزني ها هنا أن للشفيع أخذه

بالشفعة .

ورواه الربيع أيضاً قال الربيع وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع في أخذه إلا بعد أن

تنقضي مدة الخيار .

وجملته أنه يترتب على اختلاف أقاويله في انتقال الملك فإن قيل : إنه لا ينتقل إلا

بالعقد وانقضاء مدة الخيار أو أنه موقوف مراعاةً فلا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار لأن

الشفيع يملك عن المشتري فامتنع أن يملك ما لم يملك المشتري ، وإن قيل إن الملك قد

انتقل بنفس العقد ففيه قولان :

أحدهما : وهو رواية المزني أن فيه الشفعة لأنه علقه البائع عنه منقطعة وخيار المشتري

فيه كخياره في الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الأخذ .

والقول الثاني : وهو رواية الربيع : أنه لا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار ولأن

المشتري لم يرض بدخوله في عهدة العقد فخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن

الذي قد يحصل له من جهة الشفيع ، ثم يتفرع على هذا ثلاثة فروع :

فالفرع الأول: أن يتفق البائع والمشتري على اشتراط الخيار لهما في العقد ويكذبهما الشفيع ويدعي أن العقد وقع ناجزاً من غير خيار شرط فيكون القول قول البائع والمشتري واليمين واجبة على المشتري منهما دون البائع لأن انتزاع الملك من يده فيحلف له لأن الأصل بقاءه على ملكه ويده ولا شفعة للشفيع بعد يمين المشتري إلا بانقضاء مدة الخيار، وهكذا لو كان البائع غائباً فادعى المشتري اشتراط خيار الثلاث لهما أو للبائع وحده وأكدبه الشفيع كان القول قول المشتري مع يمينه ولا شفعة إلا بانقضاء مدة الخيار.

والفرع الثاني: أن يدعي البائع اشتراط خيار الثلاث وينكره المشتري والشفيع فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: القول قول البائع ولا شفعة وعلى قول محمد بن الحسن القول قول المشتري وفيه الشفعة وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه أنهما يتحالفان كما يتحالفان في اختلاف الثمن فإذا تحالفا ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان: أحدهما: قد بطل بتحالفهما ولا شفعة فيه.

والوجه الثاني: أنه لا يبطل إلا بفسخ الحاكم فعلى هذا يكون المشتري بالخيار بين إمضاء البيع بخيار الثلاث للبائع وبين فسخه وخياره، وهذا على الفور لأنه خيار حكم فإن اختار المشتري فسخه بطل البيع ولا شفعة فيه وليس للشفيع أن يجبر المشتري على إمضاء البيع بخيار الثلاث لأنه إجبار على التزام عقد، وإن اختار المشتري إمضاء البيع بخيار الثلاث للبائع ثبت للبائع خيار الثلاث فإن اختار فيها فسخ البيع انفسخ ولا شفعة فيه وإن اختار فيها إمضاء البيع فللمشتري أخذ الشقص بثمنه ثم للشفيع أخذه من يده بمثل ثمنه.

والفرع الثالث: أن يدعي المشتري اشتراط خيار الثلاث وينكره البائع والشفيع فإن قيل إن للشفيع أن يأخذه بالشفعة في خيار المشتري فلا تحالف بين البائع والمشتري وللشفيع أخذه بالشفعة. وإن قيل: إنه لا حق للشفيع فيه إلا بانقضاء خيار المشتري تحالف البائع والمشتري على الخيار فإذا تحالفا فقد بطل البيع في أحد الوجهين ولا شفعة فيه.

والوجه الثاني: لا يبطل إلا بفسخ الحاكم فعلى هذا يكون للبائع الخيار على الفور في إمضاء البيع بخيار الثلاث للمشتري أو فسخه فإن فسخه فقد بطل البيع ولا شفعة فيه.

وإن أمضاه ثبت خيار الثلاث للمشتري فإن فسخ البيع فيها فلا شفعة فيه وإن أمضاه أخذه الشفيع منه.

فصل: وأما القسم الثالث وهو خيار الرؤية: أن يعقدا بيع العين الغائبة ففي البيع

قولان:

أحدهما: باطل ولا شفعة فيه.

والقول الثاني: جائز ثم للشفيع في رؤية الشقص المبيع حالتان:
أحدهما: أن يكون قد رآه فلا يجوز أن يأخذه إلا بعد رؤية المشتري له لأن العقد قبل
رؤيته غير لازم له سواء قيل: إن خياره جار مجرى خيار البدل والقبول أو جار مجرى خيار
المجلس لأن كل واحد من الخيارين لا يملك الشفيع فيه الشفعة إلا بعد انقضائه على
الصحة.

والحالة الثانية: أن يكون الشفيع لم ير الشقص المبيع فهل يجوز له أخذه قبل الرؤية
أم لا على قولين مبنيين على اختلاف قوله في جواز البيع على خيار الرؤية:

أحدهما: لا يجوز له أخذه قبل الرؤية على قوله في المنع من بيع خيار الرؤية لأنه يحل
في أخذه بالشفعة محل المشتري وسواء رضي المشتري بأخذه قبل الرؤية أو لم يرض كما
يبطل شراء المشتري على هذا القول سواء رضي البائع أو لم يرض.

والقول الثاني: أن أخذ الشفيع قبل الرؤية جائز على قوله أن البيع بخيار الرؤية جائز
فعلى هذا يكون المشتري بالخيار بين تسليم الشقص إليه قبل رؤيته وبعد أن يصفه له كما
يصفه البائع للمشتري وبين أن يمنعه حتى يراه فيسقط خياره بالرؤية لأن المشتري لا يلزمه
تسليم شقص ثبت للشفيع فيه خيار الرؤية.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو خيار العيب: فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون في الشقص.

والثاني: أن يكون في الثمن، فإذا كان العيب في الشقص فالخيار فيه للمشتري
وللشفيع أن يأخذ منه بعيه ويمنعه من رده لأن رد المشتري له بالعيب إنما هو لاستدراك الغبن
وهو يستدركه من الشفيع بالوصول إلى جميع الثمن فعلى هذا لو حضر الشفيع وقد رده
المشتري بالعيب كان للشفيع إبطال رده واسترجاع الشقص من بائعه لأن الرد بالعيب قطع
للعقد وليس برافع للأصل فلم يكن للمشتري إبطال حق الشفيع كما لو باعه وأراد الشفيع
إبطال بيعه كان له ليتوصل به إلى شفيعته، فلو كان المشتري عند ظهوره على عيب الشقص
صالح البائع على أرشه وحضر الشفيع مطالباً بالشفعة فله أخذه بالباقي من الثمن بعد إسقاط
الأرش إن قيل بجواز أخذ الأرش صلحاً مع بقاء العين في أحد الوجهين وإن قيل إنه لا يجوز
في الوجه الثاني أخذه الشفيع بجميع الثمن.

فأما إن كان العيب في الثمن فسيأتي في تفريع المزني.

فصل: فأما ثبوت الخيار في الشقص الذي يملك به الشفعة فإن كان خيار عيب لم
يمنع من أن يملك به الشفعة لبقائه على ملك مشتريه ما لم يرده وإن كان خيار رؤية لم يملك

به المشتري الشفعة سواء قيل بصحة البيع أو بفساده لأنه إما أن يكون غير مالك إن بطل البيع أو غير مستقر الملك إن صح فأما البائع فإنه يملك به الشفعة إن قيل ببطان البيع وفي ملك الشفعة به مع صحة البيع وجهان مبنيان على اختلافهم في لزوم البيع في خيار الرؤية قبل وجود الرؤية، وأما خيار المجلس فلا يملك البائع فيه شفعة بالشقص الذي هو في مجلس بيعه وخياره سواء قيل: إن ملكه قد انتقل بالعقد، أو قيل: إنه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار لأنه إن قيل بزوال ملكه فلا شفعة له بما زال ملكه عنه، وإن قيل ببقاء ملكه فبيعه رضى منه بإسقاط شفعته، وأما المشتري فإن فسخ العقد فلا شفعة له بما لم يستقر ملكه عليه وإن تم له البيع.

فإن قيل: إنه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار فلا شفعة له لأنه كان غير مالك.

وإن قيل بانتقال الملك إليه بالعقد أو قيل بوقوفه ومراعاته ففي استحقاق الشفعة به وجهان:

أحدهما: له الشفعة به لدخوله في ملكه، والوجه الثاني: لا شفعة له به لأن ملكه غير مستقر لا يجوز أن يعاوض عليه فلم يجوز أن يملك به.

وأما خيار الثلاث: فإن كان لهما فحكمه حكم خيار المجلس وكذا إن كان الخيار للمشتري وحده ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا شفعة لواحد منهما: أما البائع فلما في بيعه من الرضا بإسقاط حقه، وأما المشتري فلعدم ملكه أو لعدم استقراره.

والوجه الثاني: أنها للبائع لأن في اشتراط الخيار لنفسه تمسكاً بما تعلق به من حقوقه.

والوجه الثالث: أنه موقوف مراعاة فإن تم البيع بينهما فالشفعة للمشتري.

وإن انفسخ فالشفعة للبائع اعتباراً بما يفضي إليه أحوالهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ مَعَ الشُّفْعَةِ عَرَضٌ وَالثَّمْنُ وَاحِدٌ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الشُّفْعَةَ بِحَصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا بيع الشقص عرض بثمان واحد وجبت الشفعة في الشقص دون ما ضم إليه من العرض وسواء كان العرض المضموم إليه مما ينتفع به في الشقص أم لا، وقال مالك إن كان العرض المضموم إليه مما يستعمل في الشقص المشترك بقرة الدولار والحرث والعبد العامل في الأرض وكالدلو والحبل أخذ بالشفعة مع الشقص تبعاً كما ضم إليه في العقد تبعاً كالنخل والبناء.

وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ»، فاقترضى نفي الشفعة عما قسم ولأن ما لا تجب فيه الشفعة بانفراده لا تجب فيه الشفعة بانضمامه مع غيره عند انفصاله قياساً على غير العوامل من البقر والعييد ولأن ما لا تجب فيه الشفعة مع فقد العمل لم تجب فيه الشفعة مع وجود العمل قياساً على المفرد بالعقد.

فأما الجواب عن قياسه على النخل والبناء فالمعنى فيه أنه لما دخل النخل والبناء تبعاً في البيع وجبت فيه الشفعة تبعاً ولما لم تدخل البقرة والعبد في البيع لم تجب فيه الشفعة.

فصل: فإذا ثبت وجوب الشفعة في الشقص وحده دون العبد المضموم إليه فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن لأن الصفقة إذا جمعت شيئين يقسط الثمن عليهما كما لو استحق أحدهما أو رد بعيب.

واعتبار أخذه بالحصة أن يقوم الشقص يوم العقد فإن كانت قيمته ألفاً قوم العبد فإن كانت قيمته خمسمائة علم أن الشقص في مقابلة ثلثي القيمة فيأخذه الشفيع بثلثي الثمن زائداً كان الثمن أو ناقصاً ثم لا خيار للمشتري في رد العبد بتفريق الصفقة عليه لأنه لما ضم ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة كان هو العالم بتفريقها والرضى به ومن دخل على علم بعيب لم يملك الرد به.

فصل: وأما إذا اشترى الرجل شقصين من دارين في صفقة واحدة بثمن واحد لم يخل مستحق الشفعة فيها من أن يكون واحداً أو اثنين فإن كان مستحقها اثنين لكل شقص منهما شفيع وكان كل واحد منهما مخيراً في أخذ ما في شفيعته بحصته من الثمن أو تركه فإن أخذ أو تركا أو أخذ أحدهما وترك الآخر فكله جائز وإن كان مستحق الشفعة فيها واحداً ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الأظهر من المذهب أن يأخذهما أو يتركهما وليس له تفريق الصفقة بأخذ أحدهما لاستحقاق الشفعة فيهما كما ليس له تفريقها بأخذ البعض.

والوجه الثاني: أنه يجوز له أن يأخذ أي الشفيعتين شاء لتمييزه وأن الشفعة موضوعة لإزالة ضرره وربما كان ضرره بأحدهما أكثر ويلحقه بأخذ الآخر ضرر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَعَهْدَةُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ وَعَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ وَهَذِهِ مَسَائِلُ أُجِبَتْ فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ».

قال الماوردي: أما العهدة فمشتقة من العهد لما عليه من الوفاء بموجبه قال الله تعالى:

﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل: ٩١] فلاجل ذلك سمي ضمان الدرك عهدة ثم يسمي كتاب الشراء عهدة لأنه قد يتضمن ذلك .

واختلف الفقهاء في عهدة الشفيع فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع .

وقال ابن أبي ليلى عهدة الشفيع على البائع .

وقال أبو حنيفة: إن كان الشفيع قد قبضه من المشتري فعهدته على المشتري وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشتري وكانت عهدته على البائع .

فأما ابن أبي ليلى فاستدل بأن البائع أصل و المشتري فرع فكان الرجوع إلى البائع أولى من المشتري لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل .

قال: ولأن المشتري يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء على الشفيع ثم ثبت في شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل كذلك استحقاق الشفيع .
وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع أن يفسخ عقد المشتري بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده فيه لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك .

ودليلنا: هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشتري بدليل أنه لو تركه لكان مقراً على ملك المشتري ولو حدث منه نماء لكان للمشتري فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري وتحريره قياساً: أن انتقال الملك بالعرض يوجب تملك المعوض فوجب أخذه بالعهدة كالبائع ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق في الرد بالعيب كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقاً على المشتري دون البائع وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشتري دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياساً:

أحدهما: أنه أحد نوعي ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشتري دون البائع قياساً على الرد بالعيب .

والثاني: أن من استحق عليه الثمن في الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن في الاستحقاق بالعيب قياساً على المشتري لو كان بائعاً .

فأما الجواب عن استدلال ابن أبي ليلى: بأن البائع أصل والمشتري فرع فمنتقض بالمشتري لو باع على الشفيع ثم نقول إن المشتري وإن كان فرعاً للبائع فهو أصل للشفيع .

وأما الجواب عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه من المشتري وبين تركه عليه صار مالكاً عنه لا عن البائع ولما لم يكن للموكل خيار في أخذه من الوكيل وتركه عليه صار مالكاً عن البائع دون الوكيل.

والثاني: أنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشتري دون البائع صار مالكاً عنه لا عن البائع ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكاً عنه لا عن الوكيل.

وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة: بأنه لما ملك إزالة ملكه دفع عقده فمن وجهين:

أحدهما: أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ولا يملك دفع عقده فكذلك قبل القبض.

والثاني: أنه بالعقد ملك الشفعة وفي رفعه إبطال الشفعة.

فصل: فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشتري له أو من ينوب عنه ففيه وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: ليس له ذلك لأنه يحل محل المشتري في الأخذ بالثمن ولا يجوز شراء ما لم يقبض فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض، فعلى هذا يأخذ الحاكم المشتري بالقبض فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه فإن كان المشتري غائباً وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه.

والوجه الثاني: وهو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشتري لأن الشفيع يأخذه جبراً بحق وإن كره المشتري فجاز وإن كان قبل قبضه كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض ويبرأ البائع من ضمانها بقبض الشفيع لأنه يأخذها بحق توجه على المشتري وبالوجه الأول قال أبو إسحاق المروزي والله أعلم بالصواب.

فروع المزني رحمة الله عليه

قال المزني رحمه الله: هذه مسائل أجبت فيها على معنى قول الشافعي رضي الله عنه.

مسألة: قَالَ الْمَزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا تَبَرَّأَ الْبَائِعُ مِنْ عُيُوبِ الشُّفْعَةِ ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ كَانَ لَهُ الرَّدُّ عَلَى الْمُشْتَرِي».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقوله إذا تبرأ من عيوب الشفعة يعني من عيوب الشقص الذي فيه الشفعة فعبر عنه بما يؤول إليه ويستحق فيه وأراد بالبراءة ما يصح على ما

ذكرناه في البيوع وجملته أنه لا يخلو حال المشتري والشفيع في العيب الموجود في الشقص من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكونا عالمين فيعلم المشتري به عند العقد أو قبله بالوقوف عليه أو البراءة إليه ويعلم الشفيع به عند الأخذ فليس لواحد منهما رد الأرش وهو لازم لكل واحد منهما بعلمه.

والحالة الثانية: أن يكونا جاهلين به فالشفيع فيه بالخيار بين إمساكه ورده، فإن أمسكه فلا يقال للمشتري على البائع وإن رده على المشتري دون البائع فإذا صار إلى المشتري فهو بالخيار بين إمساكه ورده

والحالة الثالثة: أن يعلم به الشفيع ولا يعلم به المشتري فلا رد للشفيع مع علمه به وهو لازم له بأخذه ولا شيء للمشتري على البائع فإن عاد الشقص إلى المشتري بميراث أو هبة هل يستحق رده على البائع بعينه أم لا على وجهين ذكرناهما في البيوع.

والحالة الرابعة: أن يعلم به المشتري دون الشفيع وهي مسألة الكتاب فالشفيع لعدم علمه بالخيار فيه بين إمساكه ورده فإن رده فهو لازم للمشتري لعلمه بعينه ولا رد له فلو ادعى المشتري علم الشفيع بعينه عند أخذه وأنكر الشفيع فالقول قول الشفيع مع يمينه وله الرد فإن شهد البائع على الشفيع بعلمه بالعيب قبلت شهادته إن كان قد برىء كالمشتري مع عيبه لأنه لا يدفع بها عن نفسه ولم تقبل إن لم يبرأ إليه من عيبه لأنه يدفع بها عن نفسه.

فصل: فإذا ظهر المشتري على عيب في الشقص قبل أخذ الشفيع فأمسك عن رده انتظاراً للشفيع نظر: فإن كان الشفيع غائباً لم يلزمه انتظاره وبطل بالإمسك خياره، وإن كان حاضراً لزمه انتظاره ولم يبطل بالإمسك خياره لأن حضور الشفيع مع تعلق حقه بالشقص عذر في الإمساك ولا يكون عذراً إن كان غائباً.

مسألة: قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِنْ اسْتُحِقَّتْ مِنَ الشَّفِيعِ رَجْعٌ بِالسُّمْنِ عَلَى الْمُشْتَرِي وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عهدة الشفيع على المشتري دون البائع.

فإذا استحق الشقص من يد الشفيع فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يستحق في يده بتصديقه من غير بينة تشهد به فيلزمه تسليم الشقص بتصديقه وليس له أن يرجع على المشتري بدركه لأن قوله مقبول على نفسه وغير مقبول على غيره.

والحالة الثانية: أن يستحق من يده ببينة يكذبها فينتزع من يده بالبينة وإن أكذبها ولا يرجع على المشتري بالدرك لتكذيبها لما يتضمن تكذيبها من براءة المشتري ويعلم المستحق والله أعلم.

والحالة الثالثة: أن يستحق من يده ببينة لا يكذبها فإذا انتزع من يده رجوع بدركه على المشتري فإن غاب المشتري وحضر البائع فصالحه الحاكم بالثمن على المشتري فصار ديناً عليه ثم حكم به على البائع للمشتري وصار ديناً له ثم قبضه من البائع للمشتري ودفعه عن المشتري إلى الشفيع.

مسألة: قال المزني رَحِمَهُ اللهُ: وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَاهَا بِدَنَانِيرٍ بِأَعْيَانِهَا ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِوَزْنِهَا فَاسْتُحِقَّتِ الدَّنَانِيرُ الْأُولَى فَالشَّرَاءُ وَالشَّفْعَةُ بَاطِلٌ لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ بِعَيْنِهَا تَقُومُ مَقَامَ الْعَرَضِ بِعَيْنِهِ فِي قَوْلِهِ وَلَوْ اسْتُحِقَّتِ الدَّنَانِيرُ الثَّانِيَةُ كَانَ عَلَى الشَّفِيعِ بِدَلُّهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن الشفيع يأخذ الشقص بمثل الثمن فإذا كان الثمن دنانيراً أخذته بمثل تلك الدنانير في الصفة والقدر فإن بذل عن الدنانير دراهم لم يلزم المشتري قبولها فإن تراضيا عليها جاز وكان بيعاً مستجداً تبطل معه الشفعة وإن امتنع ألا يأخذ إلا مثل دنانيره فدفعت إليه الشفيع مثلها ثم استحققت دنانير المشتري في يد البائع فلا يخلو أن تكون معينة بالعقد أو غير معينة، فإن كانت معينة لتبايعهما عليها بأعيانها بطل البيع باستحقاقها كما يبطل باستحقاق ما تعين بالعقد من عروض وسلع.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل البيع بناء على أصله في أن الدراهم والدنانير لا يتعينان بالعقد وإن عينا وقد مضى الكلام معه في كتاب البيوع أنهما يتعينان في العقود وإذا ثبت بطلان البيع بتعيينهما بالعقد بطلت الشفعة واسترجع الشقص من يد الشفيع لأنه يملكها عن المشتري فإذا بطل ملك المشتري بطل ملك الشفيع، وإن كانت الدنانير غير معينة لم يبطل البيع باستحقاقها لها لمساواة غيرها لها، وأخذ المشتري بمثلها والشفيع على شفيعته لصحة البيع الذي استحقها به.

فصل: ولو استحققت دنانير الشفيع من يد المشتري فلا يخلو أن يكون قد عينها عند أخذ الشفعة أو لم يعينها، فإن لم يعينها لم تبطل شفيعته باستحقاقها فإن أحضر بدلها كان على شفيعته وإن أعسر بدلها بطلت شفيعته بإعساره، وإن كان قد عينها عند شفيعته بأن قال قد أخذت الشقص بهذه الدنانير ففي تعيينها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أنها لا تتعين في الشفعة لأنه يملكها استحقاقاً فعلى هذا هو على شفيعته إن أتى بديلها فإن أعسر بالبدل بطلت شفيعته.

والوجه الثاني: حكاه أبو حامد الإسفراييني أنها تتعين في الشفعة لأنها ملحقة بعقد البيع لاستحقاق الثمن فيها فعلى هذا قد صار بتعيينها مبطلاً لشفعته بغيرها.

مسألة: قال المزني رَحِمَهُ اللهُ: وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِيِّ بَعْدَ التَّفَرُّقِ فَهِيَ هِبَةٌ وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَحْطَّ.

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى من رجل شقصاً بألف درهم ثم إن البائع حط عن المشتري من الثمن مائة درهم فقد اختلف الفقهاء في وضع الحط له عن الشفيع على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول ابن أبي ليلى: أن الحطيطة يختص بها المشتري ولا توضع عن الشفيع ويأخذ الشقص بكل الألف، وسواء حط قبل التفريق أو بعده.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة: أن الحطيطة موضوعة عن الشفيع كوضعها عن المشتري ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن وهو تسعمائة وسواء حط قبل التفريق أو بعده.

والمذهب الثالث: وهو ما قاله الشافعي رضي الله عنه: أن الحطيطة إن كانت قبل التفريق فهي موضوعة عن الشفيع ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن وهو تسعمائة وإن كانت بعد التفريق اختص بها بالمشتري وأخذ الشفيع بكل الألف.

فأما ابن أبي ليلى: فاستدل بأن ما وجب بالعقد لم يلحق به ما حدث من بعد كالحادث بعد التفريق.

واستدل أبو حنيفة بأن ما اختص بالعقد كان ملحقاً به كالحادث قبل الافتراق. والكلام مع أبي حنيفة أحص لأن ابن أبي ليلى نبه على أصله في إبطال خيار المجلس والدلالة عليه هو أن ما سقط من الثمن بالإبراء بعد التزام المبيع لم يسقط في حق الشفيع قياساً على الإبراء من الجميع ولأن ما حصل بين متعاقدي المبيع من التبرع لا يتعدى إلى الشفيع كالتبرع بالزيادة في الثمن ولأن كل عقد لا يلحقه الزيادة لم يلحقه النقصان قياساً على ما بعد القبض ولأنه لو اشترى بالشقص ألف درهم وأعطاه بها ديناراً، وقيمة الألف مائة دينار أخذ الشفيع بالألف كلها كذلك في الإبراء من بعضها، فأما الجواب عن جمعها بين ما قبل التفريق وبعده فهو أن العقد يلزم بالتفرق وانقضاء الخيار فلم يصح الجمع بين ما قبل اللزوم وبعده.

فصل: فإذا ثبت أن الحطيطة قبل التفريق راجعة إليهما بعد التفريق مختصة بالمشتري فكذلك خيار الثلاث هي راجعة إليهما قبل انقضاء الثلاث ومختصة بالمشتري بعد انقضاء الثلاث وهكذا حكم الحطيطة في الإقالة وبيع المرابحة إن كانت قبل انقضاء الخيارين فهي

موضوعه من الثمن في حق الفريقين، وإن كانت بعد انقضاء الخيارين فهي مختصة بالمشتري وحده والله أعلم.

قَالَ الْمُرْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ اشْتَرَى شَقْصًا لَهُ فِيهِ شُفْعَةٌ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَعَلَى الْمُنْكَرِ الْيَمِينِ فَإِنْ نَكَلَ وَحَلَفَ الشَّفِيعُ قُضِيَتْ لَهُ بِالشُّفْعَةِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة فذهب البغداديون إلى أنها مصورة في شقص مشترك انتقل إلى ملك رجل ثم اختلف مالكة والشفيع فقال الشفيع ملكته بيع فلي شفعتة وقال المالك ملكته بهبة أو ميراث فلا شفعة لك فيه فالقول فيه قول مالكة الذي هو في يده مع يمينه ولو أن من كان الشقص في ملكه صدق الشفيع على الابتياح لم يقبل قوله ولم تسمع شهادته عليه لأنه شاهد على فعل نفسه ومقر في ملك غيره، وإذا كان القول قول المالك مع يمينه نظر في جوابه للشفيع فإن كان قد أجابه عند ادعاء الشفعة بأن لا شفة لك فيه كان جواباً مقنعاً وأحلف بالله تعالى أنه لا يستحق فيه شفعة وإن كان قد أجابه بأن قال لم اشتره ففي يمينه وجهان:

أحدهما: أنه يحلف بالله أنه لم يشتره لتكون اليمين موافقة للجواب.

والوجه الثاني: أنه يحلف أنه لا يستحق فيها شفعة لأنها المقصودة بالدعوى فإن حلف برىء من الشفعة وإن نكل ردت اليمين على الشفيع وأحلف إن كان المالك قد أنكره الشفعة بالله تعالى أنه استحق الشفعة فيه بالشراء الذي ادعاه.

وإن كان المالك قد أنكره الشراء أحلف الشفيع أنه لقد اشتراه وهل يلزمه أن يقول في يمينه وأنه استحق الشفعة فيه أم لا على وجهين

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروري أنه لا يلزمه وإن أحلفه الحاكم عليه كان استحباً لأن هذا من حقوق المالك فلما لم يطالبه به لم يلزمه.

والوجه الثاني: أنه لازم لأن نقل الأملاك لا تجوز بالأمر المحتمل، وقد يجوز أن يكون قد عفا بعد الشراء، فإذا حلف على ما وصفنا حكم له بالشفعة، وفي الثمن ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يؤخذ منه ويدفع إلى المالك لئلا يؤخذ الشقص من يده بغير بدل.

فصل: وذهب البصريون إلى أن المسألة مصورة في أن صاحب اليد في الشقص المشترك قال عند ادعاء الشفعة عليه: أنا وكيل الغائب فيه ولم أملكه عنه، فيكون القول قوله مع يمينه، ؛ لأمرين من بد وإنكار، فإن حلف برىء من الشفعة فيه، وإن نكل ردت اليمين على الشفيع، فإن حلف حكم له بالشفعة ولا يكون ذلك حكماً على الغائب بنقل ملكه إلى الشفيع وإنما يكون رفعاً لبد الحاضر، ثم في الثمن وجهان:

أحدهما: يقبض من الشفيع ويوضع في بيت المال حتى يحضر الغائب؛ لئلا يتصرف فيه الشفيع بغير بدل.

والوجه الثاني: يقر في ذمة الشفيع إلى قدوم الغائب ويمكن من التصرف في الشقص بما لا يؤدي إلى استهلاكه، وإن باعه لم يمنع من بيعه، لأن الغائب على حقه فيه مع بقاء عينه، وهل يؤخذ بكفيل فيما حصل له عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يؤخذ به حفظاً لحق الغائب.

والثاني: لا يؤخذ به؛ لأننا على غير يقين من استحقاقه، وما ذهب إليه البصريون أشبه بصورة المسألة لما ذكره المزني بعده.

مسألة: قَالَ الْمُرْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَقَامَ الشَّفِيعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَقَامَ ذَلِكَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا أودَعَهُ إِيَّاهَا قُضِيَتْ لَهُ بِالشَّفْعَةِ وَلَا يَمْنَعُ الشَّرَاءُ الْوُدِيعَةَ».

قال الماوردي: وصورتها أن يقول لصاحب اليد على الشقص عند ادعاء الشفعة عليه أنا وكيل لصاحبه مستودع في حفظه، فيقيم الشفيع البينة عليه بالشراء، وقيم صاحب اليد البينة بأنه وكيل المستودع، ولا تتعارض البينتان، ويحكم ببينة الشفيع؛ لأنه لا يمتنع أن يكون وكيلًا مستودعًا ثم يصير مشترياً مالكاً، فإن أراد صاحب اليد أن يقيم البينة على أنه لم يشتر لم يجز؛ لأنها بينة على نفي مجرد.

مسألة: قَالَ الْمُرْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ بَاعَا مِنْ رَجُلٍ شَقْصًا فَقَالَ الشَّفِيعُ أَنَا أَخَذْتُ مَا بَاعَ فُلَانٌ وَأَدْعُ حِصَّةَ فُلَانٍ فَذَلِكَ لَهُ فِي الْقِيَاسِ قَوْلُهُ وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى رَجُلَانِ مِنْ رَجُلٍ شَقْصًا كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّةَ أَيُّهُمَا شَاءَ».

قال الماوردي: وهما مسألتان:

إحداهما: متفق عليهما، والأخرى مختلف فيها، فأما المتفق عليهما فهي في شقص لرجل واحد باعه صفقة على رجلين فللشفيع أن يأخذ الشقص كله منهما وله أن يأخذ حصة أحدهما ويعفو عن الآخر؛ لأنهما عقدان، وأما المختلف فيها فهي في شقص لرجلين باعاه صفقة على رجل واحد بضمن واحد فعند الشافعي أن الشفيع بالخيار بين أن يأخذ من المشتري جميع الشقص، وبين أن يأخذ منه حصة أحد الباعين دون الآخر، وقال أبو حنيفة لا يجوز للشفيع أن يفرق صفقة المشتري، وله أن يأخذ الكل أو يدعه كما لو كان البائع وحداً، وهذا خطأ؛ لأنه عقد اجتمع في أحد طرفيه عقدان فوجب أن يكون في حكم العقدین

كما لو كان المشتري اثنين، ولأن اجتماع الباعين في عقد كافتراقهما في عقدين، ألا ترى أنه لو كان لكل واحد منهما عبد فباعهما في عقد واحد بثمن واحد لم يجز؛ للجهاالة بثمن كل واحد منهما، ولو كان لرجل واحد للعلم بثمنهما، فعلى هذا لو كان الشقص لرجلين فباعه معاً في عقد واحد على رجلين فحكم هذا العقد حكم أربعة عقود، فيكون للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالعقود الأربعة، وله أن يأخذ ثلاثة أرباعه بثلاثة عقود، نصفه من أحد المشتريين بعقدين وربعه من الآخر بعقد واحد، وله أن يأخذ النصف بعقدين من أحد المشتريين أو من المشتريين، وله أن يأخذ الربح بعقد واحد من مشتري واحد، وهكذا لوباع مالك الشقص بعضه على رجل في عقد ثم باع باقيه في عقد كان الشفيع مخيراً في أخذ كل الشقص بالعقدين وفي أخذ إحدى الحصتين سواء كان المشتري واحداً أو اثنين.

مسألة: قَالَ الْمُرْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ زَعَمَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَأَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَامَ الْبَائِعَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهُ بِأَيَّهَا بِأَلْفَيْنِ قُضِيَ لَهُ بِأَلْفَيْنِ عَلَى الْمُشْتَرِي وَلَا يَرْجَعُ عَلَى الشَّفِيعِ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ أَنَّهُ اسْتَوْفَى جَمِيعَ حَقِّهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى شقصاً وأخذ الشفيع من يده بألف ذكر المشتري أنها قدر ثمنه ثم إن البائع ادعى على المشتري أن الثمن ألفان فلا يخلو حال البائع والمشتري من أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن يصدقه المشتري على الألفين من غير أن تقوم له بينة فيلزم المشتري بتصديقه دفع الألف الثانية إلى البائع، وليس له أن يرجع بها على الشفيع إن أكذبه؛ لأن إقراره مقبول على نفسه ومردود على غيره، ثم إن كان المشتري قد عقد الشراء بنفسه لم يكن له إخلاف الشفيع إذا أكذبه؛ لأنه قد أكذب بقوله الأول دعواه الثانية، وإن كان قد استتاب فيه وكيلاً آخر بالثمن عن قوله ففي إخلاف الشفيع وجهان:

أحدهما: يستحق إخلافه لإمكان ما قاله.

والوجه الثاني: لا يستحق إخلافه كما لو تولى عقده.

فصل: والحالة الثانية أن يكذب المشتري للبائع في ادعاء الألفين ولا يكون للبائع بينة، فمذهب الشافعي أنهما يتحالفان، وقال أبو حنيفة يكون القول قول المشتري مع يمينه؛ لأن الشقص لاستحقاقه بالشفعة يصير مستهلكاً، ومن مذهبه أن استهلاك المبيع يجعل القول عند الاختلاف قول المشتري، وقد تقدم الكلام معه، وإذا كان الواجب تحالفهما لم يخل حال الشفيع من أن يكون مصدقاً للبائع أو مكذباً له، فإن كان مصدقاً له جاز أن يشهد له على المشتري إن كان عدلاً؛ لأنه يستضر بها ولا ينتفع، وليس للمشتري أن يرجع بها على الشفيع

إذا غرمها؛ لأنه لا يدعيها وإن تعذر غرم المشتري لها بغية أو عسر فهل يستحق البائع أخذها من الشفيع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحق أخذها منه وإن صدقه عليها؛ لوجوبها على غيره وإقرار الشفيع بها لغيره.

والوجه الثاني: يستحق أخذها منه؛ لأن عقد البيع منتقل إليه وثمنه مستحق عليه، وإن كان الشفيع مكذباً للبائع تحالف البائع والمشتري ولم تبطل الشفعة لتحالفهما، سواء قيل إن العقد يبطل بالتحالف أو لا يبطل؛ لاستقرار الشقص على ملك الشفيع بالأخذ بخلاف ما مضى من تحالفهما قبل الأخذ، ثم هل يستحق البائع إحلاف الشفيع أم لا؟ على وجهين في وجوب غرمه إن صدق.

فصل: والحالة الثالثة: أن يكذب المشتري ويقيم البائع البينة فيحكم بها على المشتري دون الشفيع، وقال أبو حنيفة: إن كان الشفيع قد أخذ الشقص من يد البائع حكم بها على الشفيع دون المشتري، وإن كان قد أخذه من يد المشتري حكم بها على المشتري دون الشفيع بناء على أصله في عهدة المبيع وقد مضى الكلام معه في أصله، فإذا حكم بها على المشتري لم يرجع المشتري بها على الشفيع؛ لأنه مقر أنه مظلوم بها وأن الشفيع برىء منها، وإن تعذر أخذها من المشتري لم يجز أن تؤخذ من الشفيع إن كان مكذباً؛ لأن البينة بها قائمة على غيره، وهل يؤخذ منه إن كان مصداقاً؟ على ما مضى من الوجهين.

فصل: والحالة الرابعة: أن يصدق المشتري ويقيم البائع البينة فتؤخذ الزيادة من المشتري ولا يرجع المشتري بها على الشفيع إن كان قد عاقد بنفسه.

وقال أبو حنيفة رجع بها المشتري على الشفيع؛ لأنها بينة للبائع على المشتري وبينة للمشتري على الشفيع وهذا خطأ؛ لأن إقراره أثبت من بينته وقد أقر مبتدئاً باستيفاء حقه فصار مكذباً لبينته، وإذا كان كذلك لم يرجع المشتري بها على الشفيع مع إنكاره إن كان عاقد بنفسه، وهل يرجع بها إن كان مستنبأً؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يرجع بها؛ لأنه لم يتقدم منه تكذيب لبينته. والوجه الثاني: لا يرجع بها؛ لأنه قد أقر باستيفاء حقه، وهذا قول أبي حامد المروزي وهو الظاهر من قول المزني.

فصل: ولو ادعى على البائع رد الثمن على المشتري وهو غائب جاز لجواز القضاء على الغائب أن يؤخذ الثمن من الشفيع للمشتري بعد إحلافه للمشتري بالله تعالى إنه لعلى حقه من الشفعة، ويدفع عن المشتري إلى البائع بعد إحلافه للمشتري بالله أن الثمن باق

مختصر الشفعة من الجامع من ثلاثة كتب متفرقا عليه، فإن قَدِمَ المشتري فأقام البينة على البائع بقبض الثمن أو على الشفيع بالعفوعن الشفعة حكم له بما توجه بيته .

والوجه الثاني : أنه يوضع في بيت المال ما لم يدعه المالك ثمناً .

والوجه الثالث : أنه يقر في ذمة الشفيع ما لم يأت المالك مطالباً .

قَالَ الْمُزَنِّي رَحِمَهُ اللَّهُ : «وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَبْدًا فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ ثُمَّ أَصَابَ الْبَائِعُ بِالْعَبْدِ عَيْبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ» .

قال الماوردي : وصورتها في رجل اشترى شقصاً بعدد فيستحق الشفيع أخذه بقيمة العبد ثم يظهر البائع على عيب في العبد فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون ظهور العيب بعد أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد فهذا أيضاً على ضربين أحدهما أن يمكن رد العبد فيستحق البائع رده على المشتري ثم قد فات بأخذ الشفيع استرجاع الشقص كما لو باعه لم يستحق البائع استرجاعه من المشتري الثاني ، وإذا فات الرد بما ذكرنا رجع البائع بقيمة الشقص على المشتري في أقل ما كان قيمته من وقت عند البيع أو قبض المشتري ، وقد استوفى البائع حقه ، وهل يستحق المشتري أخذ الشفيع بما غرمه من قيمة الشقص أم لا على وجهين :

أحدهما : ألا يستحق عليه إلا قيمة العبد الذي كان ثمناً وقد استوفاه ويستحق الرجوع بما استحدث غرمه من قيمة الشقص .

والوجه الثاني : أنه يستحق عليه قيمة الشقص لأن الشفيع يدخل مدخل المشتري ، ويأخذه منه بما قام عليه ، فعلى هذا يتقاضان في قيمة الشقص بما أخذه المشتري من قيمة العبد فإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشتري بالفاضل من قيمة العبد وإن كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشتري على الشفيع بالفاضل من قيمة الشقص وإن كانتا سواء فلا تراجع بينهما .

فصل : والضرب الثاني : أن يفوت رد العبد إما لموته أو لحدوث عيب به فيستحق البائع بفوات رده الرجوع بأرش عيبه فإذا رجع على المشتري به نظر في الشفيع فإن كان قد أخذ الشقص بقيمة العبد سليماً من عيب فلا رجوع للمشتري عليه بشيء ، وإن كان قد أخذه بقيمة العبد معيباً رجع عليه المشتري بأرش العيب وجهاً واحداً لأنه من تمام الثمن .

فصل : والضرب الثاني في الأصل : أن يكون ظهور البائع على العيب قبل أخذ الشفيع ففي أحقهما بالشفعة وجهان من اختلاف الوجهين في الشقص إذا كان صداقاً وتنازعه الشفيع والزوج المطلق قبل الدخول :

أحد الوجهين: أن البائع أحق إذا قيل إن الزوج هناك أحق فعلى هذا تبطل الشفعة.
والوجه الثاني: أن الشفيع أحق إذا قيل إنه بالصدقا أحق فعلى هذا يرجع البائع على
المشتري بقيمة الشقص ثم فيما يأخذه الشفيع به وجهان:

أحدهما: أنه يأخذه بقيمة العبد الذي كان ثمناً.

والوجه الثاني: أنه يأخذه بقيمة الشقص الذي صار معروفاً.

قَالَ الْمُزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ اسْتُحِقَّ الْعَبْدُ بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ وَرَجَعَ الْبَائِعُ فَأَخَذَ شَقْصَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن استحقاق الثمن يوجب إبطال البيع، وبطلان البيع
يوجب بطلان الشفعة، وبطلان الشفعة يوجب استرجاع الشقص فصار استحقاق الثمن مخالفاً
لظهور العيب به الموجب لفسخه دون إبطاله.

قَالَ الْمُزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ صَالَحَهُ مِنْ دَعْوَاهُ عَلَى شَقْصٍ لَمْ يَجْزُ فِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ
إِلَّا أَنْ يُقَرَّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالِدَّعْوَى فَيَجُوزُ وَلِلشَّفِيعِ أَخَذُ الشُّفْعَةِ بِمِثْلِ الْحَقِّ الَّذِي وَقَعَ بِهِ
الصُّلْحُ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ».

قال الماوردي: والصلح ضربان صلح عن إنكار فهو باطل ولا شفعة فيه، وصلح عن
إقرار فهو جائز والشفعة فيه واجبة وهو ضربان:

أحدهما: أن يدعي رجل شقصاً في يد رجل فيصالحه منه بعد إقراره به على ألف أو
عبد فيصير المدعى عليه مشترياً للشقص بالألف أو بالعبد فللشفيع أن يأخذه من المدعى عليه
بمثل الألف أو بقيمة العبد.

والضرب الثاني: أن يدعي رجل على رجل ألفاً أو عبداً فيصالحه منه بعد إقراره به
على شقص فيصير المدعى مشترياً للشقص بالألف أو بالعبد فللشفيع أن يأخذه من المدعى
بمثل الألف أو بقيمة العبد والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ «وَلَوْ أَقَامَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ
هَذِهِ الدَّارِ شَقْصاً وَأَرَادَ أَخَذَ شَقْصَ صَاحِبِهِ بِشَفْعَتِهِ فَإِنْ وَقَّتِ الْبَيِّنَةُ فَالَّذِي سَبَقَ بِالْوَقْتِ لَهُ
الشُّفْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَوْقَّتْ وَقَّتْنَا بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ اشْتَرَا مَعَا وَحَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجلين اشتريا داراً في عقدين من رجل أو من رجلين ثم
اختلفا فقال كل واحد منهما أنا سبقتك بالعقد فلي الشفعة عليك فلا يخلو حالهما من أحد
أمرين:

إما أن يكون لهما بينة أو لا يكون لهما بينة. فإن لم يكن لهما بينة تحالفا على ما تداعيها، والمسبوق بالدعوى مقدم في اليمين فيحلف بالله تعالى أنه لا يعلم أن صاحبه ملك قبله فتكون يمينه على العلم لنفي ما ادعاه صاحبه من تقدم ملكه؛ لأنه منكر ويستحلف الثاني بمثل هذه اليمين التي حلف بها الأول لدعواه على الثاني مثل ما ادعاه الثاني على عليه وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الأول في هذه اليمين الموضوعية لنفي الدعوى من أحد أمرين:

إما أن يحلف بها أو ينكل عنها. فإن حلف بها فقد برىء ما ادعى عليه وسقطت الشفعة فيما ملكه ثم يستأنف إحلاف الثاني للأول بمثل هذه اليمين وتسقط الشفعتان، وإن نكل الأول عن اليمين رد اليمين على المدعي السابق بالدعوى ليحلف على إثبات ما ادعاه قطعاً بالله لقد ملك قبل صاحبه فإذا حلف حكم له بالشفعة، وتسقط دعوى الناكل؛ لأن ملكه قد أُجِدَّ بالشفعة فلم يبق له بعد زوال ملكه حق في استحقاق الشفعة به ولو كان المقدم باليمين حلف ونكل بعده الثاني ردت يمينه على الأول ليحلف بها إثباتاً لما ادعاه قطعاً بالله لقد ملك قبل صاحبه ولا يكتفي باليمين الأولى؛ لأن الأولى لنفي ما ادعى عليه، والثانية لإثبات ما ادعاه ولذلك كانت الأولى على العلم والثانية على البت فهذا أحكم أيمانها عند عدم البينة.

فصل: وإذا كان لهما بينة فلا يخلو حالهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون فيها بيان لإثبات الشفعة، والثاني: أن يكون فيها بيان لإسقاط الشفعة. والثالث: أن لا يكون فيها بيان لإثبات ولا لإسقاط الشفعة، والرابع: أن يتعارض الإثبات والإسقاط.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون فيها بيان لإثبات الشفعة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في المحرم ويقيم الآخر البينة أنه اشترى في صفر فتكون الشفعة للأسبق منهما شراء لتقدم ملكه.

والضرب الثاني: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في المحرم وأن صاحبه اشترى في صفر فيحكم له بالشفعة وإن انفرد بإقامة البينة لثبوتها بتقدم ملكه على ملك صاحبه.

والضرب الثالث: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى قبل صاحبه من غير أن يشهد بوقت العقدتين. فقد قال أبو علي بن أبي هريرة: لا يحكم بهذه البينة ما لم يعين وقت العقدتين؛ لجواز الاشتباه. وهذا خطأ منه؛ لأن تعيين الوقت لا يفيد أكثر من تعيين أحد العقدتين بأنه أسبق من الآخر فإن أشهد بأن أحدهما أسبق من الآخر أجزاء وإن لم يعين الزمان وإنما يلزم تعيين ما يتعلق به الحكم إذا كان الاجتهاد فيه مدخل كالذي يكون فيه الجرح والتعديل.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون فيها بيان لإسقاط الشفعة فهو أن يقيم كل واحد منهما

بينة أنه عقد الشراء في وقت مثل وقت صاحبه مثل أن تشهد بيينة كل واحد منهما أنه اشترى مع زوال الشمس من غرة المحرم فتدل البينتان على سقوط الشفعة في العقدين لوقوعهما معاً وأنه ليس ثبوتها مع التساوي لأحدهما بأولى من ثبوتها عليه فسقطتا لتعارضهما.

وأما القسم الثالث: وهو أن لا يكون فيها بيان الإثبات والإسقاط فقد تكون من أحد

ثلاثة أوجه:

أحدها: أن لا يكون في واحد من البينتين تاريخ، والثاني أن تؤرخ أحدهما دون الأخرى، والثالث: أن تؤرخ كل واحدة من البينتين إلى وقت يمكن أن يتقدم فيه أحد العقدين على الآخر، ويمكن أن يقعا معاً مثل أن يقيم كل واحد منهما البيينة أنه اشترى في غرة المحرم، فغترته يوم كامل تسع لتقدم أحد العقدين على الآخر، واحتمال أن يكون كل واحد منهما هو السابق ويحتمل أن يقع العقدان في حال معاً، فلم يكن في البينتين في هذه الأحوال الثلاث بيان لإثبات الشفعة وإسقاطها فوجب أن تلغى البينتان لعدم البيان فيهما، ويرجعان إلى التداعي والتحالف على ما مضى.

وأما القسم الرابع: وهو أن تتعارض البينتان في الإثبات والإسقاط فهو أن يقيم أحدهما البيينة أنه اشترى في المحرم وأن صاحبه اشترى في صفر ويقيم الآخر البيينة أنه اشترى في المحرم، وأن صاحبه اشترى في صفر، أو يقيم أحدهما البيينة أنه اشترى في أول يوم المحرم، وأن صاحبه اشترى في ثانيه ويقيم الآخر البيينة أنه اشترى في ثالث المحرم، وأن صاحبه اشترى في رابعه فكل هذا تعارض، وإن اختلفا في الأزمنة لأن كل واحدة من البينتين تشهد بتقدم أحد العقدين على الآخر، وكان في تعارضهما في هذا الموضع ثلاثة أقاويل:

أحدها: يسقطان، ويتراجعان إلى اليمين والتحالف، والقول الثاني: يوقفان إلى أن يظهر فيهما بيان، ويمنعان من التحالف حتى يقع بيان، والقول الثالث: الإقراع بين البينتين فأيهما قرعت حكم بها وفي إحلاف من قرعت بيئته قولان:

أحدهما: يحلف إن قيل: إن القرعة دخلت ترجيحاً للدعوى، والقول الثاني: لا يحلف إن قيل: إن القرعة دخلت ترجيحاً للبيينة.

مسألة: قَالَ الْمُرْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَنَّ الْبَائِعَ قَالَ بَعْتُ مِنْ فُلَانٍ شِقْصِي بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَأَنَّهُ قَبَضَ الشَّقْصَ فَأَنْكَرَ ذَلِكَ فُلَانٌ وَأَدَّعَاهُ الشَّفِيعُ فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَدْفَعُ الْأَلْفَ إِلَى الْبَائِعِ وَيَأْخُذُ الشَّقْصَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى بيع شقصه على رجل فأنكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقاً البائع، ومطالباً للشفعة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشتري .
والضرب الثاني: أن يكون مقرأً بقبضه، فإن كان مع ادعاء البيع مدعياً بقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة؛ لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فحكم عليه بإقراره فإن ردت دعواه ففي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على الإنكار وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ليس له إحلافه لأن قصده حصول الثمن، وقد حصل له. وسواء حصل له من مشتراً أو شفيع، ولأنه لا يؤمن من أن أحلف أن يحكم بفسخ البيع وفيه إبطال لحق الشفيع.

والوجه الثاني: له إحلافه؛ لاستحقاق اليمين عليه بإنكاره، ولما فيه من البغية بوصول الملك إلى مستحقه، ولا يبطل بيمينه حق الشفيع. فإذا قضى للشفيع بالشفعة لزمه دفع الثمن إلى البائع، ويكون عهدة الشفيع ها هنا على البائع دون المشتري؛ لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم يلزمه عهده.

فصل: وإن كان البائع مع ادعاء البيع مقرأً بقبض الثمن من المشتري ففي الشفعة وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج وطائفة: أنها باطلة لأن الشفعة لا تستحق إلا بيمين، وليس واحد من البائع والمشتري مستحقاً لقبض الثمن، أما البائع فلاقراره بقبضه، وأما المشتري فلاإنكاره لاستحقاقه. فعلى هذا لا مخاصمة بين البائع والمشتري في الثمن، وللشفيع مخاصمة المشتري في الشفعة، وإحلافه على إنكار الشراء؛ لما في إنكاره من إبطال الشفعة عليه.

والوجه الثاني: وهو قول كثير من أصحابنا: أن الشفعة واجبة؛ لأن البائع مقر باستحقاقها من يده فيحكم بها للشفيع، وفي الثمن وجهان:

أحدهما: يوقف في ذمة الشفيع؛ لأن البائع لا يستحقه والمشتري لا يدعيه.

والوجه الثاني: يقبض منه لأنه لا يجوز أن يملك الشفعة من غير بدل فعل هذا إذا قبض منه الثمن ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون موقوفاً للمشتري في بيت المال.

والوجه الثاني: يدفع إلى البائع ويسترجع من البائع ما أقر بقبضه من المشتري فيكون هو الموقوف للمشتري في بيت الجبال.

فصل: وإذا بيع شقص من دار فجاء الشريك فيها مدعياً ملك المبيع منها ولم يكن له

بينه فحلف من هي في يده، ثم جاء يطلب الشفعة فلا شفعة له؛ لأنه وإن كان صادقاً في الدعوى فهو على ملكه بغير شفعة، وإن كان كاذباً فهو مقر ببطلان البيع والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الْمُزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا كَانَ لِلشَّقْصِ ثَلَاثَةُ شُفَعَاءَ فَشَهِدَ اثْنَانِ عَلَى تَسْلِيمِ الثَّلَاثِ فَإِنْ كَانَا سَلَمًا جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّهُمَا لَا يُجْرَانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا وَإِنْ لَمْ يَكُونَا سَلَمًا لَمْ تَجْزِ شَهَادَتُهُمَا لِأَنَّهُمَا يُجْرَانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَا سَلَّمَهُ صَاحِبُهُمَا».**

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا وجبت الشفعة لثلاثة شفعا فادعى المشتري على أحد الثلاثة أنه عفا عن الشفعة نظر: فإن كانا حضر الشفيعان الآخران مطالبين بالشفعة فلا خصومة بين المشتري والشفيع العافي، وخصمه في العفو، وشريكاه في الشفعة؛ لأن المشتري لا يعلق له بعفوه حق لرجوعه على شريكه، وإن غاب الشفيعان الآخران، أو عفا صار المشتري خصماً للعافي فإن عدم العافي بينة تشهد له بعفوه جاز أن يحلفه، وإن كان له بينة سمعت وهي: شاهدان أو شاهد ويمين؛ لأنها بينة تتعلق بمال فإن شهد على العافي شريكاه في الشفعة نظر فيها. فإن كانا قد عفاوا عن شفعتهما جازت شهادتهما لبراءتهما من تهمة، وسلامتهما من جر منفعة، وإن لم يكونا قد عفاوا ردت شهادتهما؛ لما فيها من اتهامهما بجر الزيادة إلى أنفسهما، لأن أحد الشركاء إذا عفا توفر حقه على من بقي فلو عفا الشريكان في الشفعة بعد رد شهادتهما لم يسمع بعد عفوهما؛ لأن الشهادة إذا ردت لتهمة لم تسمع بعد زوال التهمة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ ادَّعَى الشَّفِيعُ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى الشَّقْصَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ مِنْ صَاحِبِهِ الْغَائِبِ وَدَفَعَ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ وَأَقَامَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ عَلَيْهِ أَخَذَ بِشَفَعَتِهِ وَنَفَذَ الْحُكْمَ بِالْبَيْعِ عَلَى صَاحِبِهِ الْغَائِبِ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا قَوْلُ الْكُوفِيِّينَ وَهُوَ عِنْدِي تَرْكٌ لِأَصْلِهِمْ فِي أَنَّهُ لَا يُقْضَى عَلَى غَائِبٍ وَهَذَا غَائِبٌ قُضِيَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ بَاعَ وَقَبِضَ الثَّمَنَ وَأَبْرَأَ مِنْهُ إِلَيْهِ الْمُشْتَرِي وَبِذَلِكَ أُوجِبُوا الشَّفَعَةَ لِلشَّفِيعِ».**

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة، وإنما أعادها المزني ليتكلم بها على أهل العراق. فإن غاب ملك الشقص تاركاً حقه في يد نائب عنه، فادعى الشفيع على الغائب الحاضر أنه اشترى حصة الغائب، وأنكر صاحب اليد الشراء حلف ما لم تقم بينة عليه. فإن قامت عليه بينة به حكم عليه بالشراء، وعلى الغائب بالبيع، وللشريك الشفعة، وهذا قول وافقه أبو حنيفة وأهل العراق مع إنكارهم القضاء على الغائب فاعترض عليهم المزني بأنهم تركوا أصولهم وناقضوا أقوالهم على غائب ينكرون القضاء عليه فاختلف أصحابنا في صحة ما اعترض به المزني عليهم من مناقضة أصلهم.

فقال طائفة: إن اعتراض المزني غير متوجه عليهم وليس ذلك نقضاً لأصلهم لأنهم لا يقضون على غائب ما لم يتصل بحاضر يتعلق عليه الحكم وهذا قضاء على المشتري الحاضر، وعلى البائع الغائب، فنفذ القضاء عليه مع غيبته لنفوذه على المشتري بحضوره مع أن أبا حنيفة يجعل المشتري وكيلاً للشفيع في تملك الشقص له من البائع وهو يرى القضاء على وكيل الغائب.

وقالت طائفة أخرى منهم أبو الفياض أن هذا نقض لأصلهم على ما ذكره المزني في الاعتراض عليهم؛ لأن دعوى الشفيع للمشتري عقد البيع كدعوى المشتري ودعوى المشتري عندهم مردودة؛ لأنها دعوى على غائب فإذا ردوا دعوى المشتري، وامتنعوا من القضاء له بالشراء على الغائب لزمهم أن يردوا دعوى الشفيع ويمنعوا من القضاء له على الغائب، وإن أجازوها للشفيع لزم إجارتها للمشتري.

مسألة: قَالَ الْمُزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ اشْتَرَى شَقِصًا وَهُوَ شَفِيعٌ فَجَاءَ شَفِيعٌ آخَرَ فَقَالَ لَهُ الْمُشْتَرِي خُذْهَا كُلَّهَا بِالثَّمَنِ أَوْ دَعْ وَقَالَ هُوَ بَلْ أَخَذُ نِصْفَهَا كَانَ ذَلِكَ لَهُ لِأَنَّهُ مِثْلُهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ شَفِعَتَهُ لِغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا كان للشقص شفيعان فاشتراه أحدهما، وحضر الآخر مطالباً بالشفعة، فله أخذ نصف الشقص من شريكه المشتري في شفעתه، وقال أبو حنيفة شفعة المشتري باطلة فيما اشتراه، ولا تثبت له شفעתه على نفسه ولشريكه أخذ جميع الشقص من يده وليس له تبيع الصفقة عليه بأخذ النصف منه.

وحكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج ووجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه وموافقاً لأصحابه.

ودليل أبي حنيفة أن عقد البيع يتم ببائع ومشتري، فلما لم تجب للبائع شفعة فيما باع، لم يجب للمشتري شفعة فيما اشترى، وتحريره قياساً أن أحد المتبايعين قد أسقط شفעתه فيما ملك عقده بالبيع قال: والإنسان لا يثبت له على نفسه حق ألا ترى أن جناية السيد على عبده هدر؛ لأنها مأخوذة منه، فلم يجوز أن تثبت للمشتري شفعة على نفسه، وتثبت الشفعة عليه لغيره.

ودليلنا رواية أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَرِكٍ رَبْعَةٌ أَوْ غَيْرُهُ لَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَعْزِضَ عَلَى شَرِيكِهِ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ فَإِنْ بَاعَ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يُؤْذَنَ»^(١).

فجعل أخذ الشريك بالشرء صحيحاً، ولو أبطل شففته بالشرء لكان غروراً، ويخرج الأمر عن أن يكون مقيداً، ولأنه لما جاز للشريك أن يملك المبيع بالخلطة دون الشرء، فأولى أن يملكه بالخلطة، والشرء؛ لأنهما أقوى سبباً وأثبت تملكاً، ولأن الشريك قد يملك بالشرء تارة، وبالشفعة أخرى، فلما كان لو ملك كل الشقص بالشفعة لم يكن لشريكه فيها إبطال حقه منها وجب إذا ملك بالشرء أن لا يستحق الشريك إبطال حقه منها.

وتحريره قياساً أن كل من ملك بالشفعة، لم يملك عليه الشفعة كما لو ملك بالشفعة، فأما الجواب عن قياسه على البائع فهو أن البائع تارك والتارك لا شفعة له، والمشتري طالب والطالب له الشفعة.

وأما الجواب عن قوله إن الإنسان لا يثبت له حق على نفسه فهو أنه لم يملك بالشرء الشفعة على نفسه وإنما أسقط بالشرء الشفعة عن نفسه، كما أنه لو ملك الولاء الذي عليه أسقط الولاء عن نفسه ولم يملك به ولاية نفسه.

فصل: فإذا ثبت أن شريك المشتري في الشفعة لا يستحق إلا النصف بالشفعة فله حالتان: حالة عفو، وحالة طلب. فإن عفا استقر ملك الشقص كله للمشتري بالشرء وحده دون الشفعة، وإن طلب نظر: فإن طلب الكل لم يملك إلا النصف وإن طلب النصف، وبذل له المشتري الكل لم يلزمه إلا أخذ النصف كما لو أخذ أحد الشفيعين الكل بحضوره ثم قدم الغائب فبذل له الحاضر الكل لم يلزمه إلا أخذ النصف، وليس له أن يلزم شففته غيره، ويخالف عفو أحد الشفيعين عن حقه في وجوب أخذ الباقي منهما للكل وتركه؛ لأن العافي لم يملك بشففته ما يملكه غيره والأخذ بشففته قد ملك ما يملكه غيره.

فإن قيل فهذا تفريق لصفقته؟ قيل: إنما هو تفريق لها بالشفعة دون البيع وليس ذلك بممتنع كالشفيعين.

فصل: وإذا كان للشقص ثلاثة شفعاء فاشترى اثنان منهم، ثم غاب أحد المشتريين وحضر الشفيع الذي لم يشتر فطالب الحاضر من المشتريين بالشفعة فله أن يأخذ من النصف الذي اشتراه نصفه، وهو الربع لأنهما شفيعان حضراً من جملة ثلاثة غاب أحدهم، فإذا حضر الغائب من المشتريين، لم يخل حاله وحال المشتري الأول الذي كان حاضراً من أربعة أحوال:

أحدها: أن يعفو كل واحد منهما عن شفعة صاحبه فليستحق الشفيع الذي لم يشتر بعد أخذه من الأول نصف ما اشتراه، وهو الربع، وأن يأخذ من المشتري الثاني نصف ما اشتراه أيضاً وهو الربع، فيصير معه نصف الشقص بالشفعتين، ويبقى لكل واحد من المشتريين الربع بالشرء وحده.

والحالة الثانية: أن يطالب كل واحد من المشتريين الربع بالشراء لصاحبه بالشفعة فيكون للمشتري الثاني أن يأخذ من المشتري الأول ثلث ما بيده من الربع الباقي، وهو نصف السدس؛ لأنه أخذ ثلثه، ويأخذ من الشفيع أيضاً ثلث ما بيده من الربع المأخوذ بالشفعة، وهو نصف السدس لأنه أخذ ثلثه ثم للمشتري الأول، وللشفيع أن يأخذ كل واحد منهما من المشتري الثاني ثلث النصف بالشراء وهو السدس، وقد أخذ السدس بالشفعة فيصير معه الثلث ويبقى مع المشتري الأول السدس بالشراء وقد أخذ السدس بالشفعة فيصير معه الثلث ويصير مع الشفيع الذي لم يشتر السدسان وهو الثلث بالشفعتين فيصير الشفيع بينهما أثلاثاً.

والحالة الثالثة: أن يعفو الأول دون الثاني فيكون للثاني أن يأخذ من الأول ثلث الربع الباقي بيده وهو نصف السدس ثم يأخذ الشفيع من الثاني نصف النصف الذي اشتراه وهو الربع فيصير مع الشفيع سدس الربع مأخوذ بالشفعتين ويصير مع المشتري الثاني ربع وسدس بالشراء والشفعة، فالربع مملوك بالشراء، والسدس مأخوذ بالشفعة ويبقى مع المشتري الأول السدس بالشراء وحده.

والحالة الرابعة: أن يعفو الثاني دون الأول فيكون للأول أن يأخذ من الثاني ثلث النصف الذي اشتراه وهو السدس، ويأخذ الشفيع مثل ذلك فيبقى مع المشتري الثاني السدس بالشراء وحده، ويصير مع المشتري الأول ربع وسدس بالشراء والشفعة، فالربع مملوك بالشراء، والسدس مأخوذ بالشفعة ويصير مع الشفيع ربع، وسدس بالشفعتين. فلو عفا الثاني عن الأول، وعفا الشفيع عن الثاني أخذ الأول من الثاني الربع بالشراء وحده، ويصير مع الأول النصف بالشراء والشفعة على السواء، ويصير مع الشفيع الربع وحده بالشفعة الأولى.

مسألة: قَالَ الصَّرْفِيُّ رَجِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ شَجَّهَ مُوضِحَةً عَمْدًا فَصَالِحَهُ مِنْهَا عَلَى شَقْصٍ وَهَمَّا يَعْلَمَانِ أُرْشَ الْمَوْضِحَةَ كَانَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالْأُرْشِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا شج رجل رجلاً موضحة فصالحه منها على شقص من دار فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يجب فيها قوداً إما لأنها خطأ محض، وإما لأنها خطأ محض، وإما لأنها خطأ شبه العمد، وإما لأنها عمد ممن لا يجري عليه قوداً كالوالد على ولده والحر على عبده فالواجب في الموضحة في هذه الأحوال كلها الدية، ولا يخلو حالهما من أن يعلما قدر الدية أو جهلاه فإن جهلاه كان الصلح باطلاً لأن جهالة البديل تقتضي فساد العقد، ولا شفعة مع بطلان الصلح.

وإن علماه نظر فإن قدرت ورقاً أو ذهباً نظر.

فإن جهلاً تخفيفها في الخطأ أو تغليظهما في شبه العمد بطل الصلح والشفعة، وإن علماً تخفيفها في الخطأ بالاعتصار على ديتهما وهو ستمائة درهم لا يزداد عليها، وخمسون ديناراً من الذهب لا يزداد عليها، أو علماً تغليظها في شبه العمد بزيادة الثلث في الورق، والذهب صح الصلح، ووجبت الشفعة في الشقص المأخوذ بدية الموضحة من الدراهم إن قدرت بها تخفيفاً أو تغليظاً، أو من الدنانير إن قدرت بها تخفيفاً أو تغليظاً.

وإن كانت الدية إبلاً وهي خمس من الإبل أخماس في تخفيف الخطأ أو أثلاث في تغليظ شبه العمد نظر: فإن جهلاً قدرها أو علماً القدر وجهلاً وصفها، أو علماً القدر والصفة وجهلاً جنسها لأنها مستحقة من جنس إبل الجاني وعاقلته، فالصلح والشفعة باطلان.

وإن علماً القدر والصفة والجنس ففي صحة الصلح وجهان:

أحدهما: أن الصلح باطل ولا شفعة فيه لأنها غير موصوفة الألوان ولا مضبوطة في السمن والهزال فلم يجز أن يكونا بدلاً في عقد.

والوجه الثاني: أن الصلح جائز والشفعة فيه واجبة لثبوتها في الذمة على صفة يستحق بها ويأخذها الشفيع بقيمتها في أقل أوصافها التي توجب قبولها فلا يقوم سمانها وخيارها، لأن الجاني لا يجبر على قبولها ولا يقوم مهازيلها ومعيبها، لأن المجني عليه لا يجبر على قبولها.

والضرب الثاني في الأصل: أن تكون الموضحة موجبة للقود في العمد المحض فيصلحه من القود على شقص، فإن قيل: إن جنابة العمد توجب أحد أمرين من قود، أو عقل فالكلام فيه على ما مضى من علمها بقدر الدية أو جهلها به، وإن قيل إن جنابة العمد توجب القود وحده صح الصلح منه على الشقص المأخوذ عنه مع العلم بقدر الدية، والجهل به لأنه مأخوذ عن القود المصالح الذي يصح أخذ البديل عنه ثم للشفيع حينئذ أن يأخذه ببديل القود من الدية فإن اختلفا في جنس الدية عينه الحاكم باجتهاده في أخذ أجناسها مغلظة في العمد.

فصل: فأما إذا حضر رجل مغنماً فأعطاه الإمام لحضوره شقصاً من دار، وطالبه الشفيع بالشفعة لم يخل حاضر المغنم من أن يكون قد أخذه برضخ أو سهم فإن كان قد أخذه رضخاً فلا شفعة فيه، لأن الرضخ بحضوره تبرع كالهبات، وإن أخذه بسهم مستحق ففي ثبوت الشفعة فيه وجهان:

أحدهما: لا شفعة فيه، لأن الغنائم مستفادة بغير بدل فأشبهت إحياء الموات.

والوجه الثاني: أن الشفعة فيه ثابتة، لأنه قد اعتاضه عن حضور وعمل فأشبهه العوض في الإجراءات فعلى هذا يأخذه الشفيع بقدر سهمه من المغنم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِّي رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ اشْتَرَى ذِمِّي مِنْ ذِمِّي شِقْصًا بِخَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ وَتَقَابُضًا ثُمَّ قَامَ الشَّفِيعُ وَكَانَ نَصْرَانِيًّا أَوْ نَصْرَانِيَّةً فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَسَوَاءٌ لَا شَفْعَةَ لَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ لِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخَنْزِيرَ لَا قِيمَةَ لَهُمَا عِنْدَهُ بِحَالٍ».

قال الماوردي: إذا تباع الذميان شقصاً بخمر أو خنزير وتقابضاً فلا شفعة فيه للمسلم ولا ذمي وقال أبو حنيفة: الشفعة واجبة للمسلم بقيمة الخمر: والذمي مثله بناء على أصله في أن للخمر ثمناً في حق الذمي، وغرمًا في استهلاكه عليه بالغضب، ودليلنا ما قدمناه من الكلام عليه في كتاب الغصب من تحريم ثمنه وسقوط غرمه في حق الذمي، والمسلم على السواء.

ولأن كل بيع لو عقده مسلم سقطت فيه الشفعة وجب إذا عقده ذمي أن يسقط فيه الشفعة فكما لو عقده بميتة، أو دم، ولأن كل من سقطت الشفعة في عقده بالميتة، والدم، سقطت الشفعة في عقده بالخمر والخنزير كالمسلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِّي رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ فِي الشَّفْعَةِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لا خلاف بين الفقهاء أن الشفعة تجب للمسلم على الذمي كجوبها له على المسلم، وتجب للذمي على الذمي كجوبها للمسلم على المسلم واختلّفوا في وجوبها للذمي على المسلم.

فمذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وجمهور الفقهاء إلى وجوب الشفعة للذمي على المسلم كجوبها للمسلم على المسلم، وحكي عن الحسن البصري، وعامر الشعبي، وعثمان البتي والحارث العكلي أنهم قالوا لا شفعة للذمي على المسلم وبه قال أحمد بن حنبل استدلالاً بقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» [النساء: ١٤١] وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا شَفْعَةَ لِلذَّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ»^(١) ولأنه لما امتنعت دار الإسلام من إحياء الذمي للموات فأولى أن يمنع الإسلام من شفعة الذمي في الأملاك.

ودليلنا عموم قوله ﷺ: «الشَّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ» ولأن ما جاز أن يملك به المسلم من

(١) منكر أخرجه البيهقي في السنن ١٠٨/٦ بلفظ: «لا شفعة لنصراني» وابن عدي في الكامل ٢٥٢٠/٧ والخطيب في التاريخ ٤٦٥/١٣، وقال البيهقي: قال ابن عدي: أحاديث نائل مظلمة جداً، وخاصة إذا روى عن الثوري، ثم رواه من طريق آخر عن سفيان عن حميد الطويل عن الحسن البصري قوله: «موقوفاً عليه». قال البيهقي: وهو الصواب، وكذلك قال الدارقطني فيما رواه الخطيب عنه وقال: وهو الصحيح.

المعاوضات جاز أن يملك به الذمي كالبیاعات، ولأن من ملك بالبيع ملك بالشفعة كالمسلم، ولأن الحقوق الموضوعة لدفع الضرر في العقود يستوي فيها المسلم والذمي كالرد بالبيع، ولأن ما تعلق بالشرك من إزاله الملك استوي فيه المسلم والذمي قياساً على عتق الذمي شركاً له في عبد.

فأما الجواب عن قوله: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] فهو أن هذا السبيل على مال المسلم لا على المسلم، وأما الجواب عن روايتهم في أنه لا شفعة لذمي على مسلم مع وهانه فهو أنه يحمل عليه إذا قال بعد إمساكه عن الطلب لم أعلم بها لكم شرعاً، وليست في ديننا شرعاً فلا شفعة له، ويحتمل أن لا يشفع في الأمان، وأما قياسهم على إحياء الموات فالمعنى فيه أنه تفويت منفعة على المسلمين بغير بدل فمنع والشفعة مأخوذة بيدل ممكن. والله أعلم.

فصل: حكى عن الشعبي أنه قال لا شفعة لبدوي على حضري، وحكى عن النخعي أنه قال: لا شفعة لغائب على حاضر وفيما مضى دليل مقنع، وقال أبو حنيفة: لا شفعة في دور مكة بناء على أصله في تحريم بيعها، وعند الشافعي يجوز بيعها، وتستحق شفعتها، ودليل بيعها ماض في كتاب البيوع والشفعة بناء عليه والله أعلم.

قَالَ الْمُزَنِّي رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَا شُفْعَةَ فِي عَبْدٍ وَلَا أَمَةٍ وَلَا دَابَّةٍ وَلَا مَا لَا يَصْلُحُ فِيهِ الْقَسْمُ هَذَا كُلُّهُ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ وَمَعْنَاهُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لا شفعة في منقول من حيوان، أو عروض. وحكى عن عطاء أن الشفعة في كل مشترك من حيوان وغيره استدلالاً برواية أبي مليكة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «الشريك شفيح والشفعة في كل شيء» وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «في العبد الشفعة» ولأنها شركة يدخل بها مضرة فوجب الشفعة فيها كالأرضين.

وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» (١).

فأثبتها في المشاع الذي تثبت فيه الحدود وتصرف عنه الطرق بالقسمة، وهذا لا يكون

(١) أخرجه الترمذي ٦٥٤/٣ كتاب الأحكام (١٣٧١)

وقال: هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري، وقد روى غير واحد عن عبدالعزيز عن ابن ربيع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلأ، وهذا أصح وأخرجه أيضاً البيهقي ١٠٩/٦ والطبراني في الكبير ١٢٣/١١ والطحاوي في معاني الآثار ١٢٥/٤ وابن عدي في الكامل

إلا في الأرض، والعقار فدل على انتفائها عما سوى الأرض والعقار. وروى ابن جريج عن ابن الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رِبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ» فأثبت جنس الشفعة في الربع والحائط، ونفاها عما سوى الربع والحائط، ولأن ثبوت الشفعة إما أن يكون للخوف من مؤونة القسم، والحيوان مما لا يقسم، أو يكون لدفع الضرر المستدام لسوء المشاركة، وهذا ضرر لا يستديم وفيه انفصال، فأما خبر ابن أبي مليكة فموقوف على ابن عباس مع انقطاع في إسناده لأن ابن أبي مليكة قيل: إنه لم يلق ابن عباس، على أنه يحمل قوله الشفعة في كل شيء من العقار، فأما الجواب عن روايتهم في العبد شفعة فهو أنه محمول على الشفعة في العبد إذا كان ثمناً في أرض أو عقار ولا يكون ابتياع ذلك بالعبد مانعاً من ثبوت الشفعة فيه والله أعلم بالصواب.