

قلت: وعن أبي يوسف: لا يضمن إلا الخلف التي أتلفها. وفي البزازية: هو المختار، وأقره الشرنبلالي وذكر ما يفيد أن السلطان ليس بقيد، وإنه ينبغي القول بتضمن القاضي أيضاً سيما في استبدال وقف ومال يتيم فليحفظ، والله أعلم.

كتاب الشفعة^(١)

مناسبتة تملك مال الغير بغير رضاه (هي) لغة: الضم،

الباقية إن شاء ويضمنه قيمة المجموع. وقال بعضهم: يمسك الباقية ويضمن الثنتين قوله: (وأقره الشرنبلالي) أي في شرحه على النظم قوله: (وذكر ما يفيد أن السلطان الخ) أي الواقع في النظم، وقدمنا عبارته آنفاً.

خاتمة: غصب السلطان نصيب أحدهم من شرب أو دار وقال لا أغصب إلا نصيبه فهو بينهم جميعاً. فصولين. لكن في التاترخانية: المختار أن غصب المشاع يتحقق: تشبث رجل بالثوب فيجذبه صاحبه فانخرق ضمن الرجل نصف الثوب. قام فانشق ثوبه من جلوس رجل عليه ضمن الرجل نصف الشق، وعلى هذا المكعب دخلت دابة زرعه فأخرجها ولم يسقها بعد ذلك لم يضمن هو المختار، وإن ساقها بعد ما أخرجها يضمن سواء ساقها إلى مكان يأمن فيه منها على زرعه أو أكثر منه، وعليه الفتوى.

ماتت دابة لرجل في دار آخر إن لجلدها قيمة يخرجها المالك والأقرب الدار. قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: الغاصب إذا ندم ولم يظفر بالمالك يمسك المغصوب إلى أن ينقطع رجاؤه فيتصدق به إن شاء بشرط أن يضمن إن لم يجز صدقته، والأحسن أن يرجع ذلك إلى الإمام لأن له تدبيراً ورأياً في مال الغيب. الكل من التاترخانية. والله تعالى أعلم، وله الحمد على ما علم.

كتاب الشفعة^(٢)

قوله: (مناسبتة الخ) أي مناسبتة للغصب، ولم يذكر وجه تقديمه عليها مع أنها مشروعة^(٣) بخلافه، وهو كثرة وقوعه، وأنه قد يدخل في العقار والمنقول، بخلافها لما قال في السعدية: إن بيان وجه تأخيرها عن المأذون يغني عنه قوله: (هي لغة الضم) قال

(١) الشفعة لغة: قال صاحب «المطالع»: الشفعة: مأخوذة من الزيادة، لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب. كأنه كان وترأ فصار شفعاً، والشافع: هو الجاعل الوتر شفعاً، والشفيع بمعنى فاعل. انظر: الصحاح ١٢٣٨/٣، المغرب ٤٤٨/١، المصباح المنير ٤٨٥/١. اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: ضم ملك البائع إلى ملك الشفيع وثبت للشفيع بالثمن الذي يبيع به رضي المتبايعان أو شرطاً. عرفها الشافعية بأنها: حق تملك قهري للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض. عرفها المالكية بأنها: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. عرفها الحنابلة بأنها: استحقاق انتزاع الإنسان حصه شريكه من مشتركيها بمثل ثمنها. انظر: الاختيار ٥٦/٢، فتح القدير: ٣٦٨/٩، المبسوط ٩٠/١٤، حاشية البيجرمي ١٤٥/٣، منح الجليل ٥٨٢/٣، الانصاف ٢٥٠/٦، الكافي ٤١٦/٢.

(٢) اتفق العلماء على أن الشفعة مشروعة لدفع ضرر الدخيل عن الأصل وإتباعه يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع. ثم اختلفوا بعد ذلك في تحقيق الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة، فقال الإمام الشافعي ومن تبعه رحمهم الله: المقصود الضرر اللاحق بالقسمة؛ لأن كل واحد من الشريكين إذا طالب شريكه بالقسمة كان عليه في ذلك من المونة والكلفة والغرامة والضيق في مرافق المنزل ما هو معلوم فإنه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها وبأي موضع شاء منها، فإذا وقعت الحدود ضاقت به الدار، وقصر على موضع منها وفي ذلك من الضرر عليه ما لا يخفاء به، فمكن الشارع بحكمة ورحمة من رفع هذه المضرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه، ولم يجعل الشارع للشخص أن يبيع نصيبه حتى يؤذن شريكه، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به كما استفيد من الحديث الذي روينا عن جابر وإن أذن في البيع، وقال لا غرض لي فيه لم يكن له الطلب بعد البيع. هذا مقتضى حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا معارض له بوجه. وهو الصواب المقطوع به. قال في أعلام الموقعين: وهذه طريقة من يرى أنه لا شفعة إلا فيما يقبل القسمة اهـ. وقال أهل مكة: إنما شرحت الشفعة لرفع الضرر اللاحق بالشركة فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان بإرث أو هبة أو وصية أو ابتاع أو نحو ذلك لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به، من الأجنبي إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه، فإنه يصل إلى حقه من الثمن، ويصل هذا إلى استبداره بالمبيع، فيزول الضرر عنهما جميعاً، وهذا مذهب من يرى الشفعة في الحيوان والطياب والشجر، والجواهر، والدرر الصغار التي لا يمكن قسمتها. واحتجوا لقولهم هذا بحديث جابر الصحيح «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم» وهذا يتناول المقول والعقار قالوا ولأن الضرر بالشركة فيما لم يقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسم، فإذا كان الشارع مريداً لرفع الضرر الأدنى، فالأعلى أولى بالرفع، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقار والعروض المنقسمة، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة لكن المشهور عن الإمام مالك رحمه الله أنها لا تجوز في كل المنقولات بل في نوع منها. والحنفية موهوماً رضوان الله عليهم يقولون: الضرر الذي قصد الشارع رفعه هو ضرر سوء الجوار والشركة في العقار والأرض فإن الجار قد يسيء الجوار غالباً فيعلي الجدار ويتبع العقار، ويمنع ضوء النهار، ويشرف على العورة، ويطلع على العترة، ويؤذي جاره بأنواع الأذى، ولا يأمن جاره بوائقه. كما قال الفقهاء. وهذا مما يشهد به الواقع. ولا يظن ظان أن ضرر الدخيل مرهوم ربما يكون وربما لا يكون؛ لأنه عجز عاقل فيمنعه عقله من الإضرار بالغير وضرر المشتري. وهو أخذ الملك منه بلا رضاه. متحقق فلا يلتزم الضرر المتحقق لدفع الضرر الموهوم، ولو كان ضرر الدخيل موجوداً لا موهوماً يمكن دفعه بالمرافعة إلى السلطان أو بالمقابلة لا يظن، فإن ضرر الدخيل ليس موهوماً بل هو غالب فإن الإنسان لا يمكنه الانتفاع بملكه مدة عمره، ولا يتأذى من جاره فنحن نرفع الضرر قبل حلوله؛ لأنه إذا نزل ربما يمكن دفعه وربما لا يمكن، فلا فائدة إذا في الاشتغال بالدفع والضرر الذي يلحق من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن، فلا يمكن رفع جميع ذلك إلى السلطان وفيه حرج، وربما يحصل في المقابلة ضرر فوق ضرر سوء الصحبة. وقد يعترض بالملوك بالإرث والهبة والوصية فإنه لا شفعة فيها مع وجود العلة، فلا يصلح ما ذكرتموه حكمة. فنقول عدم الثبوت في هذه الأشياء لقلّة وجودها وترتب الأحكام الشرعية التي يتعلق الابتلاء بها إنما هو على الحوادث التي كثر وقوعها، وأيضاً فإن الشفعة لا يخلو إما أن يثبت فيها بعض أو بغير عوض، وكل من الشقين باطل. أما بطلان الشق الأول فلأن الإرث والهبة. التي تكون بغير عوض والوصية لا تكون بإزاء المال، فالشفيع إن استحقها بالمعوض لزم الاستحقاق في الأشياء التي يكون استحقاقها بلا عوض بالمعوض هذا خلف، وأما بطلان الشق الثاني فلأن الشفيع إن استحقها بغير عوض يلزم ثبوت الشفعة بغير عوض، وهذا غير مشروع في الشفعة، وعلى وجه العموم فهو حق أوجبه الشريعة لدفع المضارة بين الناس في معاملتهم وفي صحبتهم، وفي معيشتهم. وهو على ما نرى معقول فالتناس كما قلنا أنفاً مختلفو المشارب في الصحبة ونظام المعاملة، والمجاورة، فإن سوء الجوار أشد العذاب في التقدير والترجيح.

(٣) ولم ينكر أحد ثبوتها في الشريعة الإسلامية ما نقل عن أبي بكر الأصم من إنكارها والعمل بها جارٍ من =

الزليعي: مأخوذة من الشفع، وهو الضم ضد الوتر، ومنه شفاعة النبي ﷺ للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الفائزين. يقال: شفع الرجل شفعاً: إذا كان فرداً فصار ثانياً، والشفيع يضم المأخوذ إلى ملكه فلذلك سمي شفعة اهـ.

وفي القهستاني: هي لغة فعلة بالضم بمعنى المفعول اسم للملك المشفوع بملك اهـ.

= ابتداء الإسلام للآن والأحاديث في هذا الباب كثيرة وعن جابر (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) رواه أحمد والبخاري وعنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به) رواه مسلم والنسائي وأبو داود وعن عبادة بن الصامت (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور) رواه عبد الله بن أحمد في المسند، وعن الشريد بن سويد له قال: (قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار؟ فقال: الجار أحق بصقيه ما كان) وعن عمرو بن الشريد: (وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور ابن مخرمة ثم جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا سعد اتبع مني بيتي في دارك، فقال سعد: والله ما أبتاعها فقال المسور: والله لتبتاعنها فقال سعد: والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة) قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الجار أحق بصقيه ما أعطيتها بأربعة آلاف، وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه) رواه البخاري. وروى الزهري عن أبي ثكمة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم: (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) وهذه الأحاديث كلها تدل على أصل ثبوت الشفعة. ولقائل أن يقول: قال الله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ فعلة حرمة الأكل على ما نصه تعالى هو عدم وجدان التراضي علة قطعية في تحريم التصرف في المال المأخوذ عن مالك بلا رضاه، والعلة القطعية تدل على قطعية الحكم في جميع الفروع، فكيف يعارض الآثار الظنية المروية في جواز الشفعة؟! فنقول: كثرت أخبار الأحاد والمرويات في جوازها حتى صار متواتر المعنى، وانعقد الإجماع على جوازها أيضاً فوجب الصرف إليه؛ لأن جوازها ثبت بدليلين قطعيين: الأول التواتر المعنوي في الأخبار المروية، والثاني الإجماع المتعدد فلا يعارضه العلة المنصوصة اهـ. وقد اختلفت عبارة العلماء في توجيه شرعيتها، فبعضهم يرى أن القياس يأبى جوازها؛ لأنها تملك على المشتري ملكه الصحيح بغير رضاه، فإنه نوع من الأكل بالباطل وهو ممنوع قال تعالى: ﴿يا أيها الذي آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ الآية، وقال صلى الله عليه وسلم: ﴿لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه منه﴾؛ ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره. وبعضهم يرى أنها أصل في الشرع ثابتة على وفق القياس؛ لأن دفع الضرر عن المسلم ليس أمراً غير معقول بل هو جائز على مقتضى العقل والشرع قال عليه الصلاة والسلام: ﴿لا ضرر ولا ضرار في الإسلام﴾ قال العيني في كتابه البناية شرح الهداية: إن هذا هو الأصح. وقال ابن القيم في تأييد ثبوت الشفعة على أصل الشرع والمعقول ما نصه: إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه لما فيه من الظلم له والإضرار به، فأما ما لا يتضمن ظلماً ولا إضراراً بل مصلحة له بإعطائه الثمن لشريكه دفع ضرر الشركة عنه، فليس الأصل عدمه بل هو مقتضى أصول الشريعة، فإن أصول الشريعة توجب المعارضة للحاجة والمصلحة الراجحة وإن لم يرض صاحب المال، وترك معارضة ما هنا لشريكه مع كونه قاصداً للبيع ظلم منه وإضرار بشريكه فلا يمكن الشارع منه، بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه وأن يلحق به الضرر من مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له في ذلك اهـ.

وشرعاً: (تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه) بمثله لو مثلياً، وإلا فبقيته (وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري) بشركة أو جوار. (وشرطها: أن يكون المحل

وأفاد في المغرب استعمالها في المعنيين وأنه لم يسمع من الشفعة فعل، وأما قولهم: الدار التي يشفع بها فمن استعمال الفقهاء قوله: (وشرعاً تمليك البقعة) الأولى ما وقع في الكنز وغيره «تملك» لأنه من أوصاف الشفيع، وهو مالك لا مملك، بل الأولى ما في غاية البيان أنها عبارة عن حق التملك، إذ لولا هذا المضاف كما قال قاضي زاده في تكملة الفتح لزم أن لا يكون لقوله وتستقر بالإشهاد صحة، لأن التملك لا يوجد بدون القضاء أو الرضا، وأيضاً فإن حكمها جواز الطلب وحكم الشيء يعقبه أو يقارنه، فلو حصل التملك قبل الطلب لزم تحصيل الحاصل، والمراد البقعة أو بعضها ليشمل ما إذا اشتراها أحد شفعتها كما سيأتي قوله: (جبراً على المشتري) ليس للاحتراز عما لو رضي بذلك، بل لأن الغالب عدم رضاه كما أشار إليه القهستاني. أبو السعود. وأفاد ابن الكمال أن المراد به عدم اعتبار الاختيار، لا أنه يعتبر عدم الاختيار، واحتراز بقوله على مشتريه عما ملكه بلا عوض كما بالهبة والإرث والصدقة، أو بعوض غير عين كالمهر والإجارة والخلع والصلح عن دم عمد، ودخل فيه ما وهب بعوض فإنه اشتراء انتفاء. قهستاني. وبه ظهر أنه ليس الأولى تركه بل زيادة البائع، لأنه قد يكون جبراً عليه إذا أقر بالبيع وأنكر المشتري. وفي الفتاوى الصغرى: الشفعة تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته للمشتري، ولذا تثبت إذا باع بشرط الخيار للمشتري اه. فافهم قوله: (بما قام عليه) يعني حقيقة أو حكماً كما سيأتي في الخمر وغيره. طوري. والمراد ما لزم المشتري من المؤن بالشراء، وبه يعلم ما في كلام العيني كصاحب الدرر من القصور حيث قال بما: أي بالثمن الذي قام عليه، فلو أبقى المتن على عمومه لكان أولى. أبو السعود قوله: (وسببها الخ) قال الطوري: وسببها دفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاد النار وإعلاء الجدار وإثارة الغبار اه.

والظاهر أنه سبب المشروعية، وما ذكره المصنف سبب الأخذ. تأمل. لا يقال: ما ذكر ضرر موهوم، والأخذ من المشتري ضرر محقق به. لأننا نقول: هو غالب فيرفع قبل وقوعه، وإلا فربما لا يمكن رفعه، وما أحسن ما قيل:

كَمْ مَغْشَرٍ سَلِمُوا لَمْ يُؤْذِهِمْ سَبْعٌ وَمَا نَرَى أَحَدًا لَمْ يُؤْذِهِ بِسَرٍّ
قوله: (بالمشتري) بفتح الراء قوله: (بشركة أو جوار) متعلق باتصال، وشمل الشركة في البقعة والشركة في الحقوق كما يأتي، وشمل قليل الشركة وكثيرها كالجوار، نبه عليه الإيتقاني ط قوله: (وشرطها الخ) المراد بالعقار هنا غير المنقول، فدخل الكرم والرحا والبئر والعلو وإن لم يكن طريقه في السفلى، وخرج البناء والأشجار فلا شفعة فيهما إلا

عقاراً) سفلاً كان أو علواً، وإن لم يكن طريقه في السفلى لأنه التحق بالعقار بما له

بنوعية العقار وإن بيع بحق القرار. در منتقى، ويشترط كونه مملوكاً كما علم مما قدمه ويأتي فخرج الوقف، وكذا الأراضي السلطانية لا العشرية والخراجية، إذ لا يتأني ذلك الملك كما سنذكره قبيل الباب الآتي، وكون العقد معاوضة، وزوال ملك البائع عن المبيع فلا شفعة في بيع بخيار، وزوال حق البائع فلا شفعة في شراء فاسد، وملك الشفيع لما يشفع به وقت الشراء، وعدم الرضا من الشفيع بالمبيع ولو دلالة كما يعلم ذلك كله مما يأتي قوله: (وإن لم يكن طريقه في السفلى) أي طريق العلو المبيع.

قال في الذخيرة: فإن كان طريقه في السفلى فالشفعة بسبب الشركة في الطريق^(١)،

(١) بعد أن اتفق الحنفية ومعارضوهم على ثبوت حق الشفعة اختلفوا في تحقيق الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة، وهذا ينتج طبعاً من له حق الشفعة: فلما قال الحنفية: هو ضرر سوء الجوار والشركة في العقار أثبتوا للشريك والجار حقاً. ولما قال الشافعية: هو ضرر القسمة، وقال المالكية هو ضرر الشركة لم يثبتا لغير الشريك في الملك حقاً. وما يناسب ذكره هنا قبل أن نلبي بحجة. كل فريق. بيان مقصود الفقهاء من الشركاء والجيران أشريك خاص وجار كذلك. أم مطلق شريك وجار؟ قالوا: الشركة في الشفعة على نوعين. شركة في نفس العقار المبيع. وخلطه أو شركة في حقوقه. فالشركة في نفس العقار المبيع هي أن يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت أو كثيرة، فإن كانت حصة مفرزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه، والمشارك في أرض حائط الدار يعتبر مشاركاً في نفس العقار. أما الخلطة أو الشركة في حقوق العقار المبيع فهي عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص سواء كان الطريق خاصاً بدار واحد أو بجملة دور مفتوحة أبوابها في زقاق غير نافذ، فإذا بيعت دار في زقاق غير نافذ فجميع أهله شفعاء يستوي فيه الملاصق والمقابل، والأعلى والأسفل. والشرب الخاص قيل: إن النهر الصغير الذي لا تجري فيه السفن وقيل: الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء، ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي، ولا يكون له منفذ، والعام ما يتفرق ويبقى له منفذ، وعمامة المشايخ على أنه ما كان شركاؤه لا يحصون، واختلفوا فيما لا يحصى فقدره بعضهم بخمسائة، والبعض بمائة، والبعض بأربعين، وقدره آخرون بعشرة، والأصح أنه مغرور إلى رأي المجتهدين في كل عصر. والطريق الخاص هو الذي لا ينفذ والمراد بذلك أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرق غيرهم فلو كان فيه مسجد فنافذ. أما الطريق العام فلا شفعة به لصاحب الملك المقابل للعقار المبيع، ولو تقاربت الأبواب؛ لأن التقارب لا عبرة له إلا في التقديم في الصدقة. أما الشفعة فالمعتبر فيها هو القرب واتصال أحد المالكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق سواء كان باب داره في طريق المبيع أو في غيره. والجار هو من له عقار متصل بالعقار المبيع، والملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء، أما لو كان عقار الجار منفصلاً عن العقار المبيع انفصلاً تاماً ولو بقدر شبر أو أقل فلا يكون جاراً مستحقاً للشفعة، وقيل إن كان الفاصل صغيراً بحيث لا يصح أن يكون ممرّاً ثبتت الشفعة للجوار حكماً، وإلا فلا شفعة، والأول هو المعتمد، وإن كان السفلى لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً، وهذا إذا كان ممر كل منهما منفصلاً عن الآخر أما إذا كان ممرهما واحداً فيعتبر كل منهما شريكاً للآخر في حق المرور، ومن كانت له خشبة موضوعة على حائط لا ملك له فيه أو كان شريكاً في خشبة موضوعة على حائط يعتبر جاراً ملاصقاً، وكذلك الشريك في بناء الحائط دون الأرض القائم عليها يعتبر جاراً ملاصقاً لا شريكاً؛ لأن الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول. فالحاصل أن من له حق الشفعة هم: الشريك في الملك. والشريك في حقوقه والجار، فالأول متفق عليه بين الجميع لما روي في شأنه من حديث ولما فيه من العلة التي ارتضاها كل فريق، وأما الثاني والثالث فعلى الخلاف. فالشافعية والمالكية لا يرون لهما شفعة، والحنفية يثبتونها لهما الشفعة لمحمود أبو سعدة.

من حق القرار . درر .

قلت : وأما ما جزم به ابن الكمال في أول باب ما هي فيه من أن البناء إذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار فرده شيخنا الرملي وأفتى بعدمها تبعاً للبزازية وغيرها ، فليحفظ .

وإن في السكة العظمى فبسبب الجوار ، وإن لم يأخذ صاحب العلو السفلى بها حتى انهدم العلو فعلى قول أبي يوسف بطلت ، لأن الجوار بالاتصال وقد زال ، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ . وعلى قول محمد تجب ، لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار وحق القرار باق ، وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض وباب كل إلى السكة فبيع الأوسط تثبت للأعلى والأسفل ، وإن بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أولى اهـ ملخصاً قوله : (بما له من حق القرار) لأن حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار . زيلعي . وظاهره ترجيح قول محمد المار قوله : (إذا بيع مع حق القرار) كالبناء في الأرض السلطانية أو أرض الوقف المحتكرة قوله : (فرده شيخنا الخ) اقتصر في الرد على الاستناد إلى النقل ، وكان ينبغي إيداء الفرق بينه وبين مسألة العلو للإيضاح ، ولعله أن البناء فيما ذكر ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال ، لما قالوا : إن الأرض المحتكرة إذا امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره وكذا يقال في السلطانية : إذا امتنع من دفع ما عينه السلطان ، بخلاف حق التعلي فإنه يبقى على الدوام كما مر . وبه اندفع ما ذكره ح من أن تعليلهم إلحاق العلو بالعقار بأن له حق القرار يؤيد ابن الكمال اهـ . فتأمل قوله : (تبعاً للبزازية وغيرها) ففي البزازية : ولا شفعة في الكردار : أي البناء ، ويسمى بخوارزم حق القرار لأنه نقله كالأراضي السلطانية التي حازها السلطان لبيت المال ويدفعها مزارعة إلى الناس بالنصف فصار لهم فيها كردار كالبناء والأشجار والكبس بالتراب فبيعه باطل ، وبيع الكردار إذا كان معلوماً يجوز لكن لا شفعة فيه اهـ ملخصاً . ونحوه في النهاية والذخيرة .

وفي التاترخانية عن السراجية : رجل له دار في أرض الوقف فلا شفعة له ، ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره اهـ .

مَطْلَبٌ فِي الْكَلَامِ عَلَى الشُّفْعَةِ فِي الْبِنَاءِ نَحْوِ الْأَرْضِ الْمُخْتَكِرَةِ

هذا ، وقد انتصر أبو السعود في حاشية مسكين لابن الكمال وجزم بخطأ من أفتى بأنه لا شفعة في البناء في الأرض المحتكرة كالطوري ، إذ لا سند له في فتواه ، ثم استدل بما في شرح المجمع الملكي : لو بيع النخل وحده أو البناء وحده فلا شفعة لأنهما لا قرار لهما بدون العرصه . قال : فتعليله كالصريح في ثبوت الشفعة في البناء في المحتكرة لما له من حق القرار اهـ . واستدل قبل هذا أيضاً بما هو دليل عليه لا له كما تعرفه . وأما ما في

(وركنها: أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين) عند وجود سببها وشرطها.
 (وحكمها: جواز الطلب عند تحقق السبب) ولو بعد سنين (وصفتها أن
 الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ) فيثبت بها ما يثبت بالشراء كالرد بخيار رؤية وعيب
 (تجب) له لا عليه (بعد البيع) ولو فاسداً انقطع فيه حق المالك كما يأتي، أو بخيار
 للمشتري.

شرح المجمع، فلا دليل فيه أيضاً، لأن التعليل المذكور لبيان الفرق بين بيع البناء أو النخل
 وحده وبين بيعه مع غلله القائم فيه فإنه تثبت فيه الشفعة لوجود حق القرار على الدوام،
 بخلاف بيع البناء أو الشجر وحده ولو في الأرض المحتكرة كما علمته مما قررناه سابقاً،
 ويمكن أن يكون مراد ابن الكمال بحق القرار المحل القائم فيه فلا يكون فيه مخالفة لغيره،
 وقوله إذ لا سند له في فتواه عجيب بعد ما قدمناه من النقول، ومما يدل عليه قطعاً ما في
 الجامع الصغير أن بيع أرض مكة لا يجوز وإنما يجوز بيع البناء فلا تجب الشفعة. وروى
 الحسن عن أبي حنيفة أنها تجب، وهو قولهما وعليه الفتوى لأنه باع المملوك اه.

قال في شرح الوهبانية: ولا يخفى أن مفاد هذا الكلام أن الشفعة فيها إنما تثبت بناء
 على القول بأن أرضها مملوكة، لا أن مجرد البناء فيها يوجب الشفعة فيكون حكمه مخالفاً
 لحكم غيره من الأبنية كما توهمه عبارة ابن وهبان اه: أي قل إن عبارته توهم أن ثبوت
 الشفعة فيها لمجرد البناء فتجب، ولو قيل إن أرضها غير مملوكة فيخالف حكم غيره من
 الأبنية وليس كذلك، بل ثبوتها خاص بالقول بملكية أرضها ليكون البناء تابعاً للأرض
 فلا يكون من بيع المنقول.

والعجب من أبي السعود حيث استدل بهذا الكلام وجعله صريحاً فيما ادعاه مع أنه
 صريح بخلافه كما لا يخفى فإنه على القول بأن أرضها غير مملوكة فالبناء فيها له حق
 القرار على الدوام، ومع هذا لا شفعة فيه فكيف البناء في الأرض المحتكرة. لا يقال:
 يلزم من هذا عدم ثبوتها في العلو. لأننا نقول: البناء من المنقول بخلاف العلو كما مر،
 وأشار إليه الزيلعي فيما يأتي، فاعترض هذه الفوائد الفرائد قوله: (ولو بعد سنين) مرتبطين
 بقوله: «جواز الطلب» أي إذا لم يعلم بها ط قوله: (لا عليه) أي لا يجب عليه الطلب بها،
 فالمراد بالوجوب الثبوت كما قال الإيتاني قوله: (بعد البيع) لم يقل بالبيع لأنه شرط. ابن
 كمال قوله: (ولو فاسداً انقطع فيه حق المالك) بالهبة أو البناء أو الغرس قوله: (كما يأتي)
 أول الباب الثاني قوله: (أو بخيار للمشتري) متعلق بمحذوف منصوب على الحالية عطفاً
 على قوله: «ولو فاسداً» المقرو بالواو الحالية لا على مدخول لو لفساد المعنى، لأنه لو كان
 الخيار للبائع أو لهما فلا شفعة اتفاقاً، لأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه، بخلاف ما إذا
 كان للمشتري، وسيأتي تمام الكلام على ذلك في الباب الثاني.

(وتستقر بالإشهاد) في مجلسه . أي طلب الموائبة فلا تبطل بعده (ويملك بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي) عطف على الأخذ لثبوت ملك الشفيع بمجرد الحكم، قبل الأخذ كما حرره منلا خسرو (بقدر رؤوس الشفعاء لا الملك) خلافاً للشافعي (للخليط) متعلق بتجب (في نفس المبيع . ثم) إن لم يكن أو سلم

وفي القهستاني عن قاضيخان: لا شفعة في بيع الوفاء لأن حق المالك لا ينقطع رأساً قوله: (وتستقر بالإشهاد) أي بالطلب الثاني وهو طلب التقرير . والمعنى أنه إذا أشهد عليها لا تبطل بعد ذلك بالسكوت إلا أن يسقطها بلسانه أو يعجز عن إيفاء الثمن فيبطل القاضي شفيعته، ولا بد من طلب الموائبة لأنها حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الطلب والإشهاد . جوهره قوله: (في مجلسه أي طلب الموائبة) هو أن يطلب كما سمع، وهذا هو الطلب الأول من الثلاثة الآتية، وفيه مخالفة لما قدمناه عن الجوهره، ولقوله «فلا تبطل بعده» لأن تأخير طلب التقرير مبطل لها أيضاً كما يأتي، وهو متابع لابن الكمال حيث قال: أراد بالإشهاد طلب الموائبة، لأن حق الشفعة قبله متزلزل بحيث لو أخر تبطل، وإذا لم يؤخر استقر: أي لا تبطل بعد ذلك اهـ.

ويمكن أن يجاب عن عبارة الشارح بأن يقال: المراد بالإشهاد هو الطلب الثاني إذا كان في مجلس طلب الموائبة لما سيأتي أنه حيثذ يقوم مقال الطلبين، لكن يبعده الضمير في مجلسه، فإنه لو رجع إلى طلب الموائبة لزم عوده على غير مذكور، والظاهر أنه راجع إلى الإشهاد، وقد فسره بقوله «أي طلب الموائبة» فينافي حمله على الطلب الثاني . والعبارة الصحيحة أن يقال «ولو في مجلس طلب الموائبة» بزيادة «لو» وإسقاط الضمير وأداة التفسير، ويكون المراد بالإشهاد الطلب الثاني كما قلنا، فتدبر قوله: (فلا تبطل بعده) أي بتأخير الطلب الثالث وهو طلب التملك، إما مطلقاً أو إلى شهر كما يأتي قوله: (ويملك) بالياء المثناة التحتية . قال في الدرر: أي العقار وما في حكمه اهـ . ونحوه في المنح . والذي رأيناه في النسخ «تملك» بالتاء الفوقية، وعليه فالضمير يعود إلى البقعة المذكورة أولاً قوله: (بالأخذ الخ) لأن ملك المشتري تم فلا ينتقل عنه إلا بأحدهما كالرجوع في الهبة، فلو مات أو باع المستحق بها أو بيعت دار بجنبها قبل الأخذ أو الحكم بطلت، ولو أكل المشتري ثمراً حدث بعد قبضه لم يضمه . وتمامه في الجوهره قوله: (عطف على الأخذ) فلو قدمه عليه كما في الغرر لسلم من الإيهام ط قوله: (كما حرره منلا خسرو) أي تبعاً لغيره من الشراح قوله: (بقدر رؤوس الشفعاء) لاستوائهم في استحقاق الكل لوجود علته فيجب الاستواء في الحكم، وشمل ما لو كان المشتري أحدهم وطلب معهم فيحسب واحداً منهم ويقسم المبيع بينهم كما في الوهبانية وشروحها، وسيأتي في الباب الثاني قوله: (إن لم يكن) أي لم يوجد خليط في نفس المبيع مستحق بأن لم يوجد أصلاً، أو كان غائباً،

(له في حق المبيع) وهو الذي قاسم وبيعت له شركة في حق العقار (كالشرب والطريق خاصين) ثم فسر ذلك بقوله (كشرب نهر) صغير (لا تجري فيه السفن

أو كان حاضراً وسقطت شفעתه بمسقط غير التسليم قوله: (له) متعلق بتجب ولم يعده الشارح لظهوره بعد ما نبه عليه فيما قبله، وقوله «في حق المبيع» متعلق بالضمير المجرور لعوده على الخليط وهو جائز عند بعضهم كقول الشاعر: الطويل

* وَمَا هُوَ عَنْهَا بِالْحَدِيثِ الْمَرْجَمِ *

أي وما الحديث عنها، والأولى إظهاره وإضمار ما بعده بأن يقول ثم للخليط في حقه، ولذا قال ابن الكمال: من قال ثم له في حق المبيع أضمر فيما حقه الإظهار وأظهر فيما يكفي فيه الإضمار قوله: (وهو الذي قاسم الخ) كذا في العيني: قال المرحوم الشيخ شاهين: فيه نظر لأن الخليط في حق المبيع أعم من قاسم أو لا، بأن كان خليطاً في حق المبيع من غير قسمة، ويمكن أن يجاب بأنه غير احترازي، فالتمن على إطلاقه اهـ.

وأقول: بل هو احترازي لأنه قبل القسمة يستحقها من حيث كونه شريكاً في نفس المبيع لا في حقه، إذ الشريك في المبيع مقدم على الخليط في حقه. أبو السعود قوله: (كالشرب والطريق الخ) الشرب بكسر الشين: النصيب من الماء، وعطف القهستاني الطريق بشم وقال: فلو بيع عقار بلا شرب وطريق وقت البيع فلا شفعة فيه من جهة حقوقه، ولو شاركه أحد في الشرب وآخر في الطريق فصاحب الشرب أولى. قال في الدر المنتقى: ونقل البرجندي أن الطريق أقوى من المسيل فراجع اهـ قوله: (لا تجري فيه السفن) قيل أراد به أصغر السفن، وعامة المشايخ على أن الشركاء على النهر إن كانوا يحصون فصغير وإلا فكبير. ثم اختلفوا، فقليل ما لا يحصى خمسمائة، وقيل أربعون، وقيل الأصح تفويضه إلى رأي كل مجتهد في زمانه اهـ. كفاية ملخصاً. قال العيني: وهو الأشبه. وفي الدر المنتقى عن المحيط، وهو الأصح. وفيه عن النتف: فلو باع حصته بشربها فالشفعة للخليط ثم لأهل الجدول ثم لأهل الساقية ثم لأهل النهر العظيم اهـ.

أقول: أصل مياه دمشق من بردى، ويتشعب منه أنهار كقنوات بانياس وتورا، ويتشعب منها لشرب البيوت طوالع، وكل طالع قد يتشعب منه طوالع وهكذا، ومقتضى ما في النتف أن يعتبر أخص طالع ثم ما فوقه وهكذا إلى أن ينتهي إلى النهر العظيم وهو بردى الذي يسقي دمشق وقراها، ومسافة ذلك أكثر من ثمان ساعات فلكية، وعليه فلو بيعت أرض شربها من أصل بردى ولا شركة فيها نفسها فلجميع أهل تلك المسافة حق أخذها بالشفعة، وفيه توسيع للدائرة جداً، فلا جرم كان الأصح الأشبه تفويضه لرأي المجتهد في كل زمان. والظاهر أن المراد بالمجتهد الحاكم ذو الرأي المصيب للعلم بانقطاع المجتهد المصطلح عليه. نعم على ما نذكره قريباً عن الهداية لا يلزم المحذور، والله تعالى

وطريق لا ينفذ) فلو عامين لا شفعة بهما.

بيانه: شرب نهر مشترك بين قوم تسقى أراضيهم منه بيعت أرض منها فلكل أهل للشرب الشفعة، فلو النهر عاماً والمسألة بحالها فالشفعة للجار الملاصق فقط (ثم لجار ملاصق) ولو ذمياً أو مأذوناً أو مكاتباً (بابه في سكة أخرى) وظهر داره لظهرها، فلو بابه في تلك السكة فهو خليط كما مر

أعلم قوله: (وطريق لا ينفذ) فكل أهلها شفعاء ولو مقابلاً، والمراد بعدم النفاذ أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقة غيرهم كما في الدر المتقى، فلو فيه مسجد فنافذ حكماً إذا كان مسجد خطة لا محدثاً. وتماه في البزازية. فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها أخرى غير نافذة مستطيلة لا شفعة لأهل الأولى في دار من هذه، بخلاف عكسه. ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فلا شفعة لأهل النهر الصغير في أرض متصلة بالأصغر كما في الهداية وشروحها، وخرج بالمستطيلة المستديرة ومر بيان ذلك وتوجيهه في متفرقات القضاء قوله: (شرب نهر) أي صغير قوله: (لكل أهل الشرب) أي من ذلك النهر الخاص ومثله الطريق الخاص، فكل أهله شفعاء ولو مقابلاً كما قدمناه، فالذي في أوله كالذي في آخره. إتقاني قوله: (ثم لجار ملاصق) ولو متعدداً، والملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء. إتقاني. وفي القهستاني: الملاصق المتصل بالمبيع ولو حكماً كما إذا بيع بيت من دار فإن الملاصق له ولأقصى الدار في الشفعة سواء اه. قوله: (بابه في سكة أخرى) نافذة أو لا. در متقى قوله: (وظهر داره لظهرها) أي لظهر الدار المشفوعة، وعبرة الهداية: وغيرها على ظهرها، وهذا القيد غير لازم، وما ذكره الإتقاني وغيره أنه للاحتراز عن المحاذي معناه: ولو بينهما طريق نافذ، لما في الجوهرة: ثم الجار هو الملاصق الذي إلى ظهر المشفوعة وبابه من سكة أخرى دون المحاذي وبينهما طريق نافذ فلا شفعة له وإن قربت الأبواب، لأن الطريق الفارقة تزيل الضرر اه. أبو السعود ملخصاً. أقول: إذ لو كان محاذياً والطريق غير نافذ فهو خليط لا جار كما مر ويأتي قوله: (فلو بابه في تلك السكة) أي وهي غير نافذة كما سبق ط قوله: (كما مر) من قوله «وطريق لا ينفذ».

تنبيه: بينهما منزل في دار لقوم باع أحدهما نصيبه منه فشريكه فيه أحق، ثم الشركاء في الدار لأنهم أقرب، ثم في السكة، ثم للجار الملاصق. نهاية وغيرها. قال أبو السعود: لأنها لدفع الضرر الدائم، فكلما كان أخص اتصالاً كان أخص بالضرر فكان أحق بها إلا إذا سلم اه.

واعلم أن كل موضع سلم الشريك الشفعة فإنما تثبت للجار إن طلبها حين سمع البيع وإن لم يكن له حق الأخذ في الحال. أما إذا لم يطلب حق سلم الشريك فلا شفعة

(وواضع جذع على حائط وشريك في خشبة عليه جار) ولو في نفس الجدار فشريك .
ملتقى .

قلت: لكن قال المصنف: ولو كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يتقدم على غيره من الجيران، لأن الشركة في البناء لمجرد دون الأرض لا يستحق بها الشفعة. وفي شرح المجمع: وكذا للجار المقابل في السكة الغير النافذة الشفعة، بخلاف النافذة.

(أسقط بعضهم حقه) من الشفعة (بعد القضاء) فلو قبله فلمن بقي أخذ الكل لزوال المزاحمة (ليس لمن بقي أخذ نصيب التارك) لأنه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر. زيلعي (ولو كان بعضهم غائباً يقضي بالشفعة بين

له. شرح المجمع. ومثله في النهاية وغيرها قوله: (وواضع جذع على حائط) أي حائط لا ملك له فيه وإلا فهو المسألة الآتية قوله: (ولو في نفس الجدار فشريك) أي ولو كان شريكاً في نفس الجدار فهو شريك في المبيع: أي في بعضه قوله: (قلت لكن الخ) وفق الشارح في الدر المنتقى بحمل ما في المنتقى على ما إذا كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً اهـ ح.

أقول: وهو المصرح به في الكفاية عن المغني حيث قال: الجار المؤجر عن الشريك في الطريق أن لا يكون شريكاً في أرض الحائط المشترك، أما إذا كان شريكاً فيقدم الخ قوله: (لا يستحق بها الشفعة) أي شفعة الشريك لا مطلقاً لأنه جار ملاصق، أو المعنى: لا يستحق الشفعة وحده دون بقية الجيران. تأمل قوله: (وكذا للجار المقابل الخ) دفع به ما يتوهم من قوله: «وظهر داره لظهرها» أنه قيد ط. وفيه أنه لا ملاصقة هنا. وأيضاً فإن ما مر فيما إذا كان باب في سكة أخرى وفيما نحن فيه السكة واحدة فيما يظهر، ولذا وجهه أبو السعود بأن استحقاقها فيه للشركة في حق المبيع فلا تعتبر الملاصقة، فالظاهر أنه تعميم لقوله: «وطريق لا ينفذ» أفاد به أنه يشمل المقابل، وبهذه الإفادة لا يقال إنه مكرر فافهم. نعم كان ينبغي ذكره هناك قوله: (بخلاف النافذة) قدمنا وجهه عن الجوهرة قوله: (أسقط بعضهم حقه الخ) قد مر أن الشفيع يثبت له الملك بمجرد الحكم قبل الأخذ، وسيذكر المصنف آخر الباب الآتي أنه ليس له تركها بعد القضاء، فإن حمل الإسقاط هنا على أنه تمليك للبائع أو المشتري فلم لا يكون لمن بقي أخذها به، فليتأمل. ثم رأيت ط نقل عن العلامة المكّي أن عدم أخذ الباقي نصيب التارك لعدم صحة الترك لتقرر ملكه بالقضاء لا لانقطاع حقهم به مع صحة الترك منه اهـ. وبه يزول الإشكال قوله: (لزوال المزاحمة) أي مزاحمة المشارك لهم في الاستحقاق وزوالها بتركه قبل

الحاضرين في الجميع) لاحتمال عدم طلبه فلا يؤخر الشك (وكذا لو كان الشريك غائباً فطلب الحاضر يقضي له بالشفعة) كلها (ثم إذا حضر وطلب قضى له بها) فلو مثل الأول قضى له بنصفه، ولو فوقه فبكله، ولو دونه منعه. خلاصة.

(أسقط) الشفيع قبل (الشفعة الشراء لم يصح) لفقد شرطه وهو البيع.

(أراد الشفيع أخذ البعض وترك الباقي لم يملك ذلك جبراً على المشتري) ضرر تفريق الصفقة (ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به) لا إعراضه ويقسم بين البقية، بل لو طلب أحد الشريكين النصف بناء أنه يستحقه فقط بطلت شفيعته، إذ شرط صحتها أن يطلب الكل كما بسطه الزيلعي، فليحفظ.

تقرر ملكه. وفي النهاية: إذا سلم أحدهما لم يكن للآخر إلا أن يأخذها كلها أو يدعها لأن مزاحمة من سلم قد زالت فكأنه لم يكن قوله: (في الجميع) أي جميع المبيع قوله: (وكذا لو كان الشريك غائباً الخ) يغني عنه ما قبله. تأمل قوله: (ثم إذا حضر وطلب) أي الغائب في صورتين قوله: (قضى له بها) قال في الهداية: وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف، ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية قوله: (فلو مثل الأول) أي لو كان الذي حضر مثل الأول كشريكين أو جارين قوله: (ولو فوقه) كأن يكون الأول جاراً والثاني شريكاً فيقضي له بالكل ويبطل شفعة الأول قوله: (ولو دونه) كعكس ما قلنا قوله: (لفقد شرطه وهو البيع) أي وإن وجد السبب وهو اتصال ملك الشفيع بالمشري لأنه لا يكون سبباً إلا عند وجود الشرط كما في الطلاق المعلق. منح ملخصاً قوله: (لم يملك ذلك) فيه إشارة إلى أن شفيعته لم تبطل بذلك. وفي المجمع: ولا يجعل: يعني أبو يوسف قوله أخذ نصفها تسليماً، وخالفه محمد. قال شارحه: وفي المحيط: الأصح قول محمد اه. ومثله في غرر الأفكار وشرحه. وفي الخانية: قال للمشتري سلم لي نصفها فأبى المشتري لا تبطل شفيعته في الصحيح، لأن طلب تسليم النصف لا يكون تسليماً اه: يعني إسقاطاً للباقي قوله: (ولو جعل الخ) أي قبل القضاء، أما بعده فلا يسقط حقه كما يعلم مما مر قوله: (بناء أنه) أي على أنه قوله: (إذ شرط صحتها أن يطلب الكل) لأنه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة، وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل منهما النصف بطلت، ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف، وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك، وليس له أن يأخذ النصف. زيلعي.

أقول: والظاهر أن المراد بالطلب هنا طلب الموائبة والإشهاد، وما قدمناه آنفاً عن

(وصح بيع دور مكة^(١) فنجب الشفعة فيها) وعليه الفتوى. أشباه.

قلت: ومفاده صحة إجارتها بالأولى، وقد قدمناه فليحفظ، لكنه يكره
وسنحقيقه في الحظر، وفيها، (ويصح الطلب من وكيل الشراء إن لم يسلم إلى

المجمع محمول على ما إذا طلب أخذ النصف بعدها فلا منافاة، فتأمل، وسيأتي بعيد الخيل
ما يؤيده، فتأمل قوله: (فتجب الشفعة فيها) أفاد أن وجوبها فرع عن جواز بيع أرضها
على قولهما المفتى به، وإلا فمجرد البناء لا يوجب الشفعة، وقد منا بيانه قوله: (وسنحقيقه
في الحظر) نقل فيه عن إجارة الوهبانية والتاترخانية. قال أبو حنيفة: أكره إجارة بيوت
مكة أيام الموسم، وكان يفتي لهم أن ينزلوا عليهم في بيوتهم، لقوله تعالى: ﴿سواء
العاكف فيه والباد﴾ ورخص فيها في غير الموسم.

قلت: وبه يظهر الفرق والتوفيق: أي الفرق بين أيام الموسم وغيرها والتوفيق بين
من عبر بكرة الإجارة وبين من نفاها ط قوله: (ويصح الطلب النخ) قال في الولوالجية:

(١) اختلف أهل العلم في بيع دور مكة فروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ومالك أنه لا يجوز بيعها ولا إجارتها
للواردين إليها ورواه أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة تعلقاً بقوله تعالى: ﴿والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس
سواء، العاكف فيه والباد﴾ فسوى بين جميع الناس فيه وأراد بالمسجد الحرام الحرم وقال تعالى: ﴿إنما أمرت
أن أعبد رب هذه البلدة التي حرمتها﴾ فجعلها حرام والحرام لا يجوز بيعه. وروى أبي نعيم عن عبد الله بن
عمر بن العاص قال: «لا تبايع ولا تواجر». وروى فضلة بن علقمة الكتاني قال: «توفي رسول الله صلى الله
عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان وكان بيوت مكة تدعى بالسوائب ومعناه طلق تشبيهاً بالسوائب.
والدليل: على جواز بيعها قوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذي أخرجوا من ديارهم وأموالهم﴾ فأضاف
الديار إليهم كإضافة الأموال فثبت أن أموالهم كسائر أموال الناس وجواز بيعها فكذلك الديار. وروى أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن» يوم فتح مكة فأضاف الدار إليه. وروى
أمامة بن زيد قال: قلت لرسول الله في حجة الوداع أين تنزل أتى دار عماتك أم في دور خالاتك فقال: وهل
ترك لنا عقيل من ربيع نحن إن شاء الله نازلون بخيف بني كنانة من منا فموضع الدليل منه أن عقيل بن أبي
طالب درت أباه دون علي وجعفر؛ لأن أبا طالب مات كافراً وكان عقيل وطالب كافرين وعلي وجعفر
مسلمين فبايع عقيل دور أبيه التي ورثها فلو لم تكن مملوكة كان بيعها باطلاً ولما أجازها رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولأقر تلك الدور على حكمها الأول وإلحاق السلف وأهل الأعصار من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم إلى وقتنا يتبايعون منازل مكة ويشاهدون ذلك من غيرهم فلم ينكر واحد منهم فكان اجماعاً. وأما
الجواب: عن احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد﴾ فهو
محمول على موجب اللفظ في أن المراد نفس المسجد دون غيره من مكة. وأما الجواب: عن احتجاجهم بقوله
تعالى: ﴿إنما أمرت أن أعبد رب هذه البلدة التي حرمتها﴾ فالمراد تحريم صيدها وشجرها. وأما الجواب: عن
احتجاجهم بالخبر فتقول هو منقطع؛ لأن ابن أبي نعيم لم يلق عبد الله بن عمرو ولأن الحديث موقوف على
عبد الله بن عمرو. ولو ثبت لكان محمولاً على الاستحباب. وأما قول فضلة بن علقمة أن بيوت مكة كانت
تدعى السوائب فالجواب عنه أن السائبة لا حكم لها عندنا. وقد أبطلها الله في كتابه. على أنه يجوز أن يكون
قال ذلك لكثرة الوقوف بها فقد قال الشافعي قدمت مكة ومعني مال فقيل لو اشتريت بها داراً تكون لأهلك
فلم يفعل لكثرة الوقوف لها.

موكله، وإن سلم لا) وبطلت هو المختار (ولا شفعة في الوقف) ولا له نوازل (ولا بجواره) شرح مجمع وخانية، خلافاً للخلاصة والبيزانية، ولعل «لا» ساقطة.

قال المصنف: قلت: وحمل شيخنا الرملي

الوكيل بشراء الدار إذا اشترى وقبض فطلب الشفيع الشفعة منه إن لم يسلم الوكيل الدار إلى الموكل صح، وإن سلم لا يصح الطلب وتبطل شفيعته هو المختار اهـ. ومثله في التاترخانية والقنية. ولعل وجه البطلان أن الوكيل بعد التسليم لم يبق خصماً، وإنما الخصم هو الموكل فصار مؤخراً للطلب بطلبه من غير خصم مع القدرة على الطلب من الخصم. تأمل قوله: (ولا شفعة في الوقف) أي إذا بيع. قال في التجريد: ما لا يجوز بيعه من العقار كالأوقاف لا شفعة في شيء من ذلك عند من يرى جواز بيع الوقف، ثم قال: لا شفعة في الوقف ولا بجواره اهـ. نقله الرملي قوله: (ولا له) يغني عنه قول المصنف بعده «ولا بجواره» ولعله ذكره لأنه أعم من الجوار لشموله ما إذا كان خليطاً مع الملك المبيع كما صور به الشارح فيما يأتي فليس تكراراً محضاً، فافهم قوله: (شرح مجمع) عبارته ما في المتن قوله: (وخانية) عبارتها كما في المنح: ولا شفعة في الوقف لا للقيم ولا للموقوف عليه قوله: (خلافاً للخلاصة والبيزانية) حيث قالوا: وكذا تثبت الشفعة بجوار دار الوقف اهـ.

أقول: وفي نسختي البيزانية: لا تثبت. نعم رأيت في نسختي الخلاصة كما قال قوله: (ولعل «لا» ساقطة) يؤيده أنه ذكر في كل من الخلاصة والبيزانية قبله بأقل من سطر: ما لا يجوز بيعه من العقار لا شفعة فيه الخ، فالتشبيه^(١) يقتضيه فافهم قوله: (وحمل شيخنا الرملي) أي في حاشية المنح.

وحاصله: أن الوقف منه ما لا يملك بحال فلا شفعة فيه لعدم صحة بيعه، ولا له: أي لا لقيمه ولا للموقوف عليه لعدم المالك. ومنه ما قد يملك، كما إذا كان غير محكوم به فلا شفعة له لعدم المالك، بل فيه الشفعة إذا بيع لجواز البيع. فيحمل الأول وهو ما في النوازل وشرح المجمع من عدم الشفعة فيه أو له على ما إذا كان لا يملك بحال، وما في الخلاصة والبيزانية من ثبوتها بجواره على ما إذا كان قد يملك، والمراد من ثبوتها بجواره ثبوتها فيه إذا بيع نفسه بسبب جواره. وأما التوفيق بين ما في الخانية من أنه لا شفعة فيه وبين ما في البيزانية والخلاصة من ثبوتها بجواره. فهو بحمل الأول على الأخذ به: أي أخذ دار بيعت في جواره، والثاني على أخذه نفسه إذا كان مما قد يملك هكذا يفهم من كلام شيخه في الحاشية، وبه ظهر أنه اقتصر على التوفيق الثاني فقط، إذ ما

(١) قوله فالتشبيه أي الواقع في عبارة الخلاصة والبيزانية المنقولة آنفاً.

الأول على الأخذ به؛ والثاني على أخذه بنفسه إذا بيع. ففي الفيض: حق الشفعة ينبنى على صحة البيع اهـ. فمفاده أن ما لا يملك من الوقف بحال لا شفعة فيه، وما يملك بحال ففيه الشفعة، وأما إذا بيع بجواره أو كان بعض المبيع ملكاً وبعضه وقفاً وبيع الملك فلا شفعة للوقف. والله أعلم.

في النوازل وشرح المجمع لا يمكن حمله على الأخذ به فقط كما لا يخفى فاغتنم هذا التحرير قوله: (الأول) هو ما في الخانية فقط لما علمته، فكان ينبغي له عبارتها قوله: (والثاني) هو ما في الخلاصة والبزاية قوله: (وأما إذا بيع بجواره) الباء زائدة، والجوار بمعنى المجاور نائب فاعل، أو الباء بمعنى في الظرفية متعلقة بمحذوف صفة لموصوف محذوف: أي بيع عقار كائن في جواره. تأمل. وقد تبع شيخه في هذا التعبير قوله: (أو كان بعض المبيع ملكاً الخ) حاصله أنه لا شفعة له لا بجوار ولا بشركة، فهو صريح بالقسمين كما أشار إليه الشارح بنقل عبارة النوازل، ونبهنا عليه قوله: (فلا شفعة للوقف) إذ لا مالك له.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ

كَوْنُ الْأَرْضِ عَشْرِيَّةً أَوْ خَرَّاجِيَّةً لَا يَنَافِي الْمِلْكِيَّةَ، فَتَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ مَا لَمْ تَكُنْ سُلْطَانِيَّةً
 قتمة قدمنا أنه لا شفعة في الأراضي السلطانية، وذكر في الخيرية أن كون الأرض عشريّة أو خراجية لا ينافي الملك، ففي كثير من الكتب: أرض الخراج أو العشر مملوكة يجوز بيعها وإيقافها وتورث، فتثبت فيها الشفعة، بخلاف السلطانية التي تدفع مزارعة لا تباع فلا شفعة فيها، فلو ادعى واضع اليد أن الأرض ملكه وأنه يؤدي خارجها فالقول له على من نازعه في الملكية البرهان إن صحت دعواه عليه، وإنما ذكرته لكثرة وقوعه في بلادنا اهـ ملخصاً. وقدمنا أيضاً أنه لا شفعة في البناء في الأرض المحتكرة ولا لها كالوقف.

مَطْلَبٌ: بَاعَ دَارًا بَعْضَهَا مُخْتَكِرًا هَلْ تُثَبِّتُ لِلْجَارِ الشُّفْعَةَ

وسئلت من نائب قاضي دمشق عما إذا بيعت دار فيها قطعة محتكرة فهل للدار الشفعة؟ فأجبت: بآني لم أرها صريحاً، ولكن الظاهر أن له أخذ الدار سوى تلك القطعة وما عليها من البناء، بشرط أن لا يكون جواره للدار المبيعة بملاصقته لتلك القطعة، أخذاً من قولهم: باع أرضين صفقة ورجل شفيح لواحده له أخذها فقط. ومما سيأتي في الحيل: لو باع عقاراً إلا ذرعاً في جانب الشفيح فلا شفعة لعدم الاتصال. تأمل. والله تعالى أعلم.