

الكتابُ التاسعُ
المحجور والإكراه والشفعة

الحجر والإكراه والشفعة

الحمد لله العلي الحكيم، الغفور الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الخلق العظيم، وعلى آله وأصحابه ضياء الملة وسراج الدين القويم.

الكتاب التاسع

في الحجر والاذن والإكراه والشفعة ويشتمل على مقدمة وثلاثة أبواب، وقد جمع في هذا الكتاب التاسع من المجلة بعض المسائل الواردة في الكتب الفقهية تحت عنوان كتاب الإكراه، وكتاب الحجر، وكتاب الشفعة، وحيث إنه قد بحث في هذا الكتاب في الإذن كان من المناسب أن يدخل في عنوان هذا الكتاب أيضاً.

المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر والإذن والإكراه والشفعة

﴿المادة ٩٤١﴾ - «الحجر هو منع شخص من تصرفه القولي ويقال لذلك

الشخص بعد الحجر محجور»

الحجر - بسكون الجيم وتثنية الحاء مصدر من الباب الأول ومعناه لغة المنع سواء أكان من العقل أم من أي شيء آخر غيره، وإطلاق الحجر على العقل مبني على أن العقل يحجر الإنسان عن ارتكاب القبائح. وقد فسرت الآية الكريمة ﴿وهل في ذلك قسم لذي حجر﴾ بذي عقل (الزليعي). قولنا فلان في حجر فلان أي في كنفه وحمايته (مسكين، أبو السعود).

ومعناه شرعاً منع شخص مخصوص أي منع أحد الأشخاص المذكورين في المواد (٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩) وهم الصغير، والجنون، والمعتوه، والسفيه، والمدين من تصرفهم القولي أي من تصرفهم القولي في أمثال البيع، والإيجار، والحوالة، الكفالة، الإيداع والاستيداع، الرهن، الهبة والإقرار وما إليها أو من نفاذ التصرف المذكور ويقال لذلك الشخص بعد الحجر عليه محجور.

إيضاح القيود:

١ - شخص مخصوص: يخرج بهذا التعبير من التعريف منع الحاكم نفاذ إقرار المكره. إذ لا يقال لهذا حجر «القهستاني».

٢ - من تصرفه القولي: ليس معناه منع صدور التصرف المذكور من ذلك الشخص لأن منعه من

ذلك ليس ممكناً إذ قد يقدم المحجور أحياناً كثيرة على التصرف بالقول بالرغم من المنع وإنما هو منع حكم ذلك التصرف من الثبوت أو منع نفاذ ذلك التصرف أي أنه إذا تصرف فلا حكم لتصرفه .

٣ - المنع بفتح الميم وسكون النون ضد الإعطاء . المنع من التصرف القولي ثلاثة أنواع . النوع الأول ، المنع من نفس التصرف القولي وأصله ، وقد وضع منع النفس آنفاً وهو كمنع الصغير غير المميز والمجنون من التصرف . وهذا النوع من الحجر أقوى أنواعه . مثلاً قد جاء في المادتين ٩٦٦ و ٩٧٩ ان تصرفات الصغير غير المميز والمجنون المطبق القولية باطلة ولا تجوز ولو كانت نافعة لهما وأجازها ولياها كما لو وهب الصغير غير المميز ماله لآخر أي لو كان تصرفه ضرراً محضاً له يمنع من إجرائه ولا يجوز هذا التصرف أيضاً ولو لحقته الإجازة . النوع الثاني : المنع من لزوم التصرف القولي ونفاذه وذلك كبيع الصغير المميز المحجور مالاً من آخر . وهذا النوع يدعى بالحجر المتوسط (القهستاني) وقد ورد في المادة «٩٦٧» أنه إذا باع الصغير المميز والمعته والسفيه المحجور مالاً من آخر يمتنع لزومه ونفاذه بالرغم من وجوده بالفعل ومتى اطلع عليه على ذلك إن شاء أجازته وإن شاء رده أي أن تصرف هؤلاء قابل للإجازة .

النوع الثالث ، هو منع وصف التصرف من وصفه أي منع تحقق نفاذه في الحال ، والنفاذ وصف وصورته في الحال وصف للوصف ، كمنع نفاذ إقرار المحجور بالدين في الحال أنظر المادة «١٠٠٢» ويقال لهذا النوع من الحجر الضعيف (رد المحتار في أول الحجر بتغيير) .

وقد جاء في المادة (١٠٠٢) أن إقرار المحجور بالدين بدين آخر يعتبر إقراره في حق الأموال الموجودة وقت الحجر أي لا ينفذ في الحال ولكن بعد زوال الحجر يعتبر إقراره ويكون مديناً ومكلفاً بأداء ما أقره ويستفاد من اختصاص المنع بالتصرف القولي ، ان الحجر لا يجري في التصرف الفعلي وقد ورد ذلك في المادة «٩٦٠» صريحاً .

وعليه فلو أتلف مجنون مال أحد فلا تأثير للحجر عليه ، ويلزم الضمان من ماله في الحال لأن الأفعال لا تتوقف على القصد الصحيح كذلك لو مزق مجنون ثوب أحد لزم الضمان من ماله (الطحطاوي) .

كذلك لو أتلف الطفل مال آخر كما لو انقلب على قارورة لأحد مثلاً وتلفت لزم الضمان من ماله (مجمع الأنهر) .

كذلك لو أتلف المحجور بالدين مال آخر قبل إداء الدين فيكون صاحب المال كسائر الغرماء ويشاركهم في التركة بلا خلاف (الهندية في الباب الثالث) .

كذلك إذا ثبت بالبينة ان السفيه المحجور أتلف مال لزم الضمان في الحال . والحجر يجري في الأقوال ولا يجري في الأفعال لأنه ليس للتصرف القولي أثر في الخارج بل هو أمر اعتبر من قبل الشرع إذ أنه ينشأ بالأقوال مع أن أثر الطلاق والبيع والهبة وغير ذلك من العقود لا يرى ولا يشاهد في محالها بحاسة البصر ، والأحكام التي تترتب وهي الحرمة في الطلاق والملكية في البيع والهبة أمر اعتبره الشرع الشريف وكذلك الشهادات التي هي اخبارات دالة على المخبر عنه تعرف أيضاً بالشرع لكونها في نفسها محتمة الصدق والكذب إذ ان من الجائز أن لا تدل الاخبارات والانشاءات على مقتضياتها (الكفاية) .

مثلاً جملة بعثك هذا المال هي قول وأثره غير موجود وغير مرثي في الخارج فمن الجائز اعتبار عدمه وعد مدلولاته الشرعية بلا حكم ولا يترتب على ذلك إنكار للحقائق ما التصرفات الفعلية التي تصدر من الجوارح فيما أن أثرها موجود فلا يجوز اعتبار عدمها مثلاً أو قتل صبي شخصاً آخر أو أتلف ماله فلا يمكن اعتبار ذلك منعداً ورفع وجوده الخارجي وعد المال الذي أتلف غير متلف وتخليص الصبي من الضمان . وعليه فاعتباره منعداً إنما هو سفسطة أي أنه إنما يكون دخولاً في اعتقادات السوفسطائيين الباطلة (الدرر في الحجر) والسوفسطائية بفتح السين طائفة من الناس تنكر حقائق الأشياء وتدعي أن الشيء الذي يدعى بحقائق الأشياء إنما هو أوهام وخيالات «أبو السعود المصري، العناية» .

أسباب الحجر :

إن بعض أسباب الحجر الصغر، والعتة، والجنون . لأن الله تبارك وتعالى قد خلق البشر وشرفهم على جميع مخلوقاته وأنعم عليهم بالعقل وميزهم عن البهائم فالسعيد منهم سعيد بعقله . والخالق الحكيم قد أودع الإنسان العقل والهوى أما البهائم فلم يخلق فيهم غير الهوى . فمن هواه عقله من بني الإنسان فهو أردأ من البهائم قال تعالى ﴿إن هم الا كالانعام بل هم أضل سبيلاً﴾ . أما من غلب عقله هواه فهو من أفضل المخلوقات .

وعليه فمن سلك طريق المخالفة لهواه فقد تعرض للشدائد، والخالق جل شأنه قد خلق من البشر كثيراً من ذوي النهي وجعل بعضهم اعلام الدين وائمة الهدى ومصاييح الدجى كما خلق بعضهم وابتلاه بأسباب تستلزم نقصان العقل كالجنون وفقدان العقل بأسباب أخرى كالصغر والعتة وقد جعل تصرفاتهم بالحجر غير نافذة ليصون ما لهم من طمع الطامعين وحيل المحتالين وأوجب المحافظة على أنفسهم وأمواهم على الولي الخاص كالأب والولي العام كالقاضي كل ذلك من رحمة الله ولطفه (رد المحتار، الطحطاوي).

كما أنه قد اتفق على أن الصغر والجنون والعتة من أسباب الحجر فقد روي أن المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفسس ملحقون بهم أي أن الحجر على هؤلاء متفق عليه أيضاً (الشرنبلالي). وقد أوضح في المادة (٨٧٦) إن مرض الموت من أسباب الحجر أما السفه والدين وأن لم يكونا عند الإمام الأعظم من أسباب الحجر فهما عند الامامين من أسبابه، أنظر شرح المادة (٩٥٩) وليس الفسق عند الحنفية من أسباب الحجر .

٤ - المحجور، اسم مفعول مأخوذ من مصدر الحجر ومع أنه يلزم أن يذكر مع الصلة بأن تقول المحجور عليه كما يلزم ذكر المأذون معها أيضاً فتقول المأذون له فقد حذف الفقهاء الصلة في كلتا الكلمتين تخفيفاً ولأن المعنى يفهم بدونها فقالوا (محجور، ومأذون). وقد جرت المجلة هذا المجرى (رد المحتار في أول المأذون، الطحطاوي، عبد الحلیم).

محاسن الحجر: الحجر عبارة عن النظر والشفقة أي أن في الحجر إشفاقاً على عباد الله وهو أحد فطمي أمر الديانة، أما الثاني فهو تعظيم أمر الله تعالى (العناية) وهذان النظر والإشفاق اما أنه يعودا

المحجور كما في الحجر على الصبي والمجنون والمعتوه واما أن يعودا إلى غير المحجور كما في الحجر على المدين، والمفتي الماجن والمكاري الفللس، والطبيب الجاهل، والمريض عند تصرفه بأكثر من ثلث ماله (الطحطاوي بإيضاح).

سؤال «١»: بما أن الحجر ينحصر في قوله (شخص مخصوص) في الأشخاص الذين ورد ذكرهم في المواد «٩٥٧، ٩٥٨، و٩٥٩» وبقي الحجر على الطبيب الجاهل الوارد في المادة (٩٦٤) خارجاً عن هذا التعريف فهو غير جامع لافراده؟.

جوابه: إن الحجر الوارد في المادة المذكورة (٩٦٤) لا يمنع من التصرف القولي وإنما هو منع حسي يعني أنه لا يمكن الطبيب المحجور من مزاوله صنعته وليس معناه بطلان تصرفاته القولية. لذلك قد قيل في الدرر المنتقى «ثم هو في الحقيقة منع لا حجر».

سؤال «٢» - ويوجد الحجر بمعنى منع ثبوت حكم التصرف في بعض الأفعال أيضاً كالزنا والقتل فعليه لوزنا الصبي أو قتل فلا يترتب عليه حكم الحد والقصاص ولهذا فليس من فائدة في تقييد التصرف بالقولي. كما أنه لا يجوز الحجر في بعض الأفعال كإتلاف مال الغير، ولا يجوز في بعض الأقوال قبول الصغير المميز الهبة والصدقة أيضاً.

والحاصل أن الحجر الذي بمعنى منع ثبوت حكم التصرف يوجد في بعض الأفعال دون البعض الآخر. لذلك يوجد الحجر الذي بهذا المعنى في بعض الأقوال دون البعض الآخر وعليه فليس من فائدة تحصل من تقييده بلفظ التصرف القولي.

الجواب: - إن بين القلة والكثرة فرقا، فالأفعال التي لا يجوز منع ثبوت حكمها كثيرة، والأفعال التي يجوز منعه قليلة، كما أن الأقوال التي يجوز منع ثبوت حكمها كثيرة والتي لا يجوز منعه قليلة، فالقليل والنادر لا اعتبار له «رد المحتار في أول المأذون مع إيضاح».

﴿مادة ٩٤٢﴾ الإذن هو فك الحجر وإسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي أذن مأذون.

الاذن لغة الإطلاق، لأن الاذن ضد الحجر الذي هو المنع. ويقال للإطلاق أيضاً فك الحجر على الإطلاق «العيني». وشرعاً، هو فك الحجر الثابت شرعاً في باب التجارات أي التصرف في أنواعها، في حق شخص مخصوص وإسقاط حق المنع وإثبات الولاية للمأذون، ويقال للشخص الذي أذن مأذون، والذي يفك ويسقط بالنسبة إلى الصبي هو الولي «أبو السعود» وبالنسبة إلى السفهه هو القاضي وبالنسبة إلى المدين هو الدائن.

وفقرة حق المنع هي كتفسير فك الحجر (رد المحتار، الطحطاوي) وهذا الاذن كما يكون للصبي

المميز يكون للمعتوه (رد المحتار) وكذلك يكون للشفيع أيضاً، أما في الصبي غير المميز والمجنون فلا يوجد .

ورد في الشرح «باب التجارات» . لأن التصرفات التي لم تكن من باب التجارات لا يجري فيها الاذن لأنها إذا كانت من المنافع المحضة كقبول الهبة فلا حاجة فيها إلى الاذن وإذا كانت ضرراً محضاً كالطلاق والهبة فيجب أن تعد كأن لم تكن أي منعدمة (العناية) . كذلك لا يفك الحجر في الصدقة والكفالة بالمال أي لا يسقط الحجر عن الصبي المميز والمعتوه فيما عدا باب التجارة من الأحوال، أنظر المادة (٩٦٧) - رد المحتار .

وتعريف الاذن هذا معتبر في نظر أئمتنا الثلاثة . أما عند الإمام زفر والإمام الشافعي فالاذن عبارة عن توكيل وانابة . وثمرة الخلاف هي كما يلي :

إن الاذن عند أئمتنا الثلاثة كما سيجيء في المادة (٩٧٠) لا يتقيد ولا يتخصص بزمان ولا بمكان ولا بنوع من البيع والشراء . لأن الاذن إسقاط والإسقاط لا يقبل التوقيت . أما عند الإمامين المشار إليهما فيتقيد ويتخصص بها الاذن عندهما توكيل وانابة . والتوكيل يتقيد ويتخصص حسبها هو المذكور في المادة (١٤٥٦) .

سؤال : لو كان الاذن إسقاطاً فيما أن الساقط لا يعود حسب المادة (٥١) فكان من اللازم عدم جواز الحجر بعد الاذن والحال أن الحجر جائز بعد الاذن بمقتضى المادة (٩٧٣) .

جواب : الاذن لا يكون إسقاطاً في حق التصرفات التي لم توجد بعد بل إن الحجر بعد الاذن هو امتناع عن الإسقاط بالنسبة إلى التصرفات التي لم توجد بعد (رد المحتار) . أي لو أعطى الولي الصغير اذنًا وبعد أن تصرف عشرة تصرفات مثلاً عاد فحجر عليه وأسقط الاذن في حق التصرفات العشرة فلا يعد ذلك في حق التصرف الحادي عشر والثاني عشر إسقاط وإنما هو امتناع عن إعطاء الاذن .

ومشروعية الاذن ثابتة بالآية الكريمة ﴿ابتغوا من فضل الله﴾ لأن الاذن في التجارة للصغير إنما هي اذن بابتغاء فضل الله .

وسبب مشروعيته هو الحاجة . لأن الناس يكونون أحياناً في شغل شاغل عن الإتجار فيحتاجون إلى الإستعانة بالصغار .

وشرط الاذن، كون المأذون يعقل التصرف ويقصده ويعلم كونه مأذوناً وكون الاذن له عليه الولاية حجراً وإطلاقاً منعاً وإسقاطاً (الطوري) .

ويتفرع من هذا المسائل الآتية :

أولاً، لا يعطى الصبي غير المميز والمجنون اذنًا ولو اعطياه فلا حكم له .

ثانياً، إذا لم يلحق علم الصغير بمأذونيته فلا يصبح مأذوناً . حتى إنه لو أذن الصغير فتصرف ولم يكن واقفاً على ذلك الاذن فلا يكون تصرفه صحيحاً ويحصل علم الصغير ووقوفه على ما أعطي من اذن

بإخبار شخص واحد حتى انه يعتبر الخبر الواقع ولو لم يكن عدلاً. أنظر المادة (١٨) (عبد الحلیم، الدر المنتقى).

ثالثاً، لو أعطي الصبي الذي ليس له وصي أخوه أو أمه اذنًا فليس لذلك الاذن حكم. رابعاً، لو أحضر أحد ولدًا صغيراً مميّزاً إلى السوق وقال هذا ابني أعطيته اذنًا بالتجارة فبيعوا منه واشتروا فعامله أهل السوق بناء على هذا القول وباعوا منه واشتروا وترتبت عليه ديون كثيرة ثم ظهر شخص آخر وأثبت ان ذلك الصبي ابنه فلا يلزم الصبي في الحال أو بعد البلوغ شيء من ذلك الدين إلا إذا حصل اذن من أبيه الحقيقي (الهندية في الباب العاشر).

خامساً، ليس للقائم مقام والمتصرف والوالي الذين لم يكونوا مأذونين بالحكم ونصب الحكام أن يأذنوا للصغير (الهندية في الباب الثاني عشر).

محل الاذن: الصبي المميز والمعته والسفيه المحجور الذي اكتسب صلاحاً يمكن معه التجارة. حكم الاذن: هو أن يكون مالكاً للتصرفات التي من قبيل التجارة وتوابعها وضرورياتها وغير مالك خلاف ذلك (فتح المعين، الطحطاوي، فتح القدير).

ركن الاذن، هو عبارة عن قول الاذن للصغير آذنتك بالتجارة (الهندية في أول كتاب المأذون). ﴿مادة ٩٤٣﴾ الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغيرير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير ويقال للذي يميز ذلك: صبي مميز.

الصغير قسمان: أحدهما غير مميز وهو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية أي أن المبيع خارج من ملك البائع والتمن داخل ملكه والشراء جالب أي أن المبيع داخل ملك المشتري والتمن خارج من ملكه وعليه فغير المميز من لا يعلم أن الثمن والمثمن لا يجتمعان في ملك واحد ومن لا يفرق بين الغبن الفاحش في شيء بالنسبة إلى الآخر كالتغيرير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير الظاهر كالتغيرير في العشرة واحد ويقال للذي يميز ذلك صبي مميز وعليه فالصغير المميز هو من يعرف أن البيع سالب والشراء جالب ويقصد الربح ويميز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير. كما أن المعته الذي يميز هذه الأشياء حكمه حكم الصغير المميز (رد المحتار). يطلق الصبي والصغير على المدة التي تبتيء من ولادته إلى بلوغه والصغير هو وصف لحال لم تتكامل فيها قوى الإنسان وتبتيء من ولادته إلى حين بلوغه الحلم (رد المحتار).

إيضاح القيود:

١ - يعني.. الخ لا يقصد بقوله لا يفهم البيع والشراء غير ما يقصد بها ومضمونها. وإلا فليس مجرد العبارة يعني ليس ألفاظ البيع والشراء وذلك كما يشير إليه ما مر من التفسير لأن الصبي غير المميز إذا لُقن ألفاظ البيع والشراء استظهرها وأدركها وعليه فلا يكفي مجرد العلم ليكون الصغير مميّزاً (الطحطاوي).

سؤال: التمييز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير مشكل للغاية.
وبما أن التمييز بينهما يختص بمن حذق التجارة فكان من اللائق أن لا يشترط مثل هذا في الصبي المميز؟.

الجواب: على ثلاث صور. أولاً لو قيل للصغير ما هو تعبير خمسة في العشرة مثلاً ولم يعلم أنه فاحش فلا يكون مميزاً أي أنه لو قيل للصغير إذا غررت بخمسة في العشرة أو بواحد في العشرة فكيف هذا الغبن فإذا لم يفرق بين الصورة الأولى والصورة الثانية أي الغبن الفاحش والغبن اليسير فلا يكون مميزاً الطحطاوي).

وظاهر عبارة المجلة تدل على أنها قبلت هذا الجواب. ثانياً، إن المقصود من تمييز الفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير الكناية عن كون الصبي عاقلاً. وإلا فليس المقصود تمييز الفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير حقيقة. وعليه فإن في العبارة مجازاً من قبيل اطلاق اللازم وإرادة الملزوم. ثالثاً المقصود من هذا الشرط، هو من لا يفرق ولا يميز الغبن الفاحش في الشيء الذي تكون قيمته معروفة ومشهورة. وإلا فقد يندع أعقل الناس ويغرر (رد المحتار، التنقيح).

٢ - إن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها، وعليه فلو جاء الصغير إلى بائع الحلوى وأعطاه نقوداً وبعد أن أعطاه البائع الحلوى طلب منه إعادة النقود يكون غير مميز أما إذا لم يستعد النقود بعد أخذه الحلوى فيكون دليلاً على كونه مميزاً.

٣ - والغبن الفاحش كالإغرار بخمسة في العشرة وعليه فلو أعطى صغير لعبة تساوي قيمتها قرشاً فأعطى البائع ما يلبسه من ثياب تساوي أربعين قرشاً وهو لا يعلم بأنه قد خدع فيكون الصغير حينئذ غير مميز (رد المحتار).

﴿مادة ٩٤٤﴾ المجنون على قسمين أحدهما المجنون المطبق وهو الذي

يستوعب جنونه جميع أوقاته والثاني المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها.

المجنون قسماً ولكل تعريف فيما يأتي وليس كما يقول صاحب الدرر في بحث سجدة التلاوة أن المجنون ثلاثة أقسام: والقسمان المذكوران في التقسيم المعتمد أنفاً هما:

القسم الأول: المجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته.

والجنون هو زوال العقل واختلاله ويمنع الأفعال والأقوال أن تجري على نهج مستقيم. (المجامع) وينشأ الجنون أما عن نقص فطري في العقل أو رداءة مزاج الدماغ واستيلاء التخيل الفاسد (فصول البدائع) ولا يقصد في الجنون هنا أن يكون المجنون مجنوناً في جميع الأوقات كل عمره أو في جميع أوقاته بعد طرؤ الجنون لأن المجنون المطبق إنما يتحقق كون جنونه مطبقاً بعد وفاته ولا يقطع قبل الموت بكون

جنونه مطبقاً أو غير مطبق. وعليه فمن يقضي أيام حياته مجنوناً لا تعتريه افاقة أصلاً وبأتية الموت وهو على هذه الصورة يعد مجنوناً مطبقاً كما انه يعد مجنوناً مطبقاً بالاتفاق من يقضي سنة وهو مجنون كما سيأتي إيضاحه.

وعليه فلو أريد بجميع الأوقات المعنى المذكور فلا يكون جامعاً لأفراده ولذلك فلفظ (جميع أوقاته) بمعنى جميع أوقاته في سنة كاملة أو شهر كامل وبذلك تكون خلاصة التعريف كما يأتي: المجنون المطبق على قول هو من يستوعب جنونه جميع أوقاته في سنة وعلى قول آخر جميع أوقاته في شهر. والآن فلندقق الوقت الذي يلزم ليعد الجنون فيه جنوناً مطبقاً. ويكون لفظ المطبق إذا جاء صفة للجنون بكسر الباء وإذا جاء صفة للمجنون يكون بفتحها. في الجنون المطبق أربعة أقوال:

القول الأول، الجنون المطبق هو الذي يمتد إلى سنة كاملة. لأن المجنون إذا تقلبت عليه الفصول الأربعة ولم يبق من جنونه علم أن جنونه مستحكم، والفتوى في حق التصرفات على تقدير الجنون لمدة سنة (حاشية الأشباه للغزي) وقيل (حق التصرفات) لأن مدة الجنون في حق العبادات قد حددت بصورة أخرى وتوجد التفصيلات فيها في أصول الفقه.

القول الثاني، الجنون المطبق لمدة شهر أي الجنون الذي يمتد شهراً كاملاً وقد رجح هذا القول بقول (وبه يفتي) وأشعر قول الخانية (وعليه الفتوى) رجحان هذا القول أيضاً (رد المحتار). القول الثالث، هو كالجنون الذي يمتد أكثر من سنة.

القول الرابع، هو الجنون الذي يستوعب أكثر من يوم وليلة. إلا ان هذا القول الرابع يخالف ظاهر الرواية كما جاء في الخانية ويقال للمجنون المطبق المجنون المغلوب أيضاً. وقد ذكر حكم الجنون المطبق في المادة (٩٧٩).

القسم الثاني، هو المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويبقى في بعضها كالمصروع (التنقيح، والهندية في الحجر).

ويصدق تعريف المجنون غير المطبق هذا على المجنون المطبق أيضاً لأنه إذا بقي أحد مجنوناً سنة كاملة أو شهراً كاملاً ثم بعد أن رجع إلى عقله عاد فجن أيضاً مدة سنة كاملة أو شهر كامل فيعد من كان حاله كذلك مجنوناً غير مطبق أيضاً. وعليه فيكون المجنون غير المطبق هو الذي يكون مجنوناً أقل من سنة على قول أو أقل من شهر على قول آخر.

وقد ذكر في أصول الفقه أن بعض الأحكام الشرعية تختلف باختلاف مدة الجنون.

وقد يتحد المجنون المطبق وغير المطبق في بعض الأحكام. وذلك كتصرفات المجنون المطبق والمجنون غير المطبق القولية في حال جنونها يعني مثلاً بيعها وشرائها وإيجادها واستئجارها وصيرورتها محالاً لها أو عليها أو كفالتها أو رهنها وارتانها وإيداعها واستيداعها وهبتها واتهابها فهذه التصرفات كلها باطلة. وقد مرت التفصيلات المتعلقة بهذا في شرح المواد المخصوصة وإذا أفاق المجنون المطبق والمجنون غير المطبق وعاد إليهما العقل تاماً تصح تصرفاتها القولية المذكورة وتحوز.

ويختلف المجنون المطبق وغير المطبق في بعض الأحكام وذلك أولاً إذا جن الوكيل أو الموكل جنوناً مطبقاً تبطل الوكالة وعليه فلا يبقى حكم للوكالة ولو أفاق بعد ذلك يلزم تحديدها أنظر المادة (١٥٣٠) وإذا جن جنوناً غير مطبق لا تبطل الوكالة فللوكيل أن يوفي الوكالة إلى أن يجن الموكل جنوناً مطبقاً كما أن له القيام بها لو جن هو نفسه جنوناً غير مطبق بدون حاجة إلى تحديدها. لأن الجنون غير المطبق هو بمثابة إغماء فكما أن الوكالة لا تبطل بالإغماء فلا تبطل بالجنون القليل.

ثانياً، وإذا جن أحد الشركاء جنوناً مطبقاً تنفسخ الشركة كما هو مبين في المادة (١٣٥٢). بخلاف ما لو جن جنوناً غير مطبق فلا تنفسخ. وفي هذه الحالة إذا جن أحد الشركاء تبقى الشركة إلى أن يصبح الجنون مطبقاً ومتى تم الاطباق تنفسخ الشركة في الحال (الواقعات) وقد توضح ذلك في شرح المادة (١٣٥٢).

ثالثاً، تنفسخ المضاربة كما هو مبين في المادة (١٤٢٩) إذا جن رب المال أو المضارب جنوناً مطبقاً. أما إذا كان جنونها غير مطبق فلا تنفسخ. رابعاً، إذا جن المأذون جنوناً مطبقاً أصبح محجوراً. أما إذا جن جنوناً غير مطبق فلا (الهندية في الباب الخامس).

وسياً في المادة (٩٨٠) بيان حكم الجنون غير المطبق.

﴿مادة ٩٤٥﴾ المعتوه هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً.

المعتوه لغة ناقص العقل وشرعاً هو الذي اختل شعوره بأن كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير. ولكنه لا يشتم ولا يضرب كالمجنون. بل يكون كلامه مختلطاً فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه يشبه ألفاظ المجانين.

وإن وقع اختلاف في تفسير المعتوه فالمختار هذا التعريف (رد المحتار، التنقيح) وعليه فالعاقل هو الذي تكون أقواله وأفعاله مستقيمة (البهجة).

﴿مادة ٩٤٦﴾ السفه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبدر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء.

السفيه مأخوذ من السفه، والسفه لغة خفة العقل، والسفيه هو من كان في عقله خفة، أما شرعاً فهو الذي يصرف ماله في غير موضعه يعني خلافاً لما يقتضيه الشرع والعقل ويبدر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف.

والفرق بين الإسراف والتبذير هو أن التبذير صرف الشيء في غير محله اللائق. أما الإسراف فهو

صرف الشيء في محله اللائق زيادة عن اللازم (رد المحتار في الفرائض) فعل ذلك التبذير هو تجاوز موضع الحق وجهل بمواضع ومواقع الحقوق أما الإسراف فهو تجاوز في الكمية وجهل في مقادير الحقوق.

فالتبذير والإسراف اللذان ينشآن عن السفه يكونان أحياناً في أمور الشر. فكما أن من يعطي ماله للعازفين والمغنين أو يجمع في بيته أهل الشرب والفسق فيطعمهم ويسقيهم أو يسرف في الإنفاق عليهم أو من يفتح باب الجوائز والصلوات أو يشتري الطيور الطائرة بأثمان باهظة أو من يلقي أمواله في النهر والبحر أو يحرقها بالنار وكذلك يعد سفيهاً من أسرف في نفقته إذ أن الذي لا يكون له غرض في تصرفاته أو كان له غرض إلا أنه تصرف به بصورة جعلته لا يعد غرضاً فهو سفيه كالغبن في التجارة من غير محمدة وإن يكن الأصل في التصرفات أن تكون مبنية على المسامحة كما أن البر والإحسان مشروعان إلا أن الإسراف فيهما حرام كالإسراف في المأكولات والمشروبات قال الله تعالى ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا﴾ أي لم يتجاوزوا حد الكرم ﴿ولم يفتروا﴾ أي لم يضيعوا تضييق الشحيح أي البخيل.

ويكون الإسراف في الأمور الخيرية أيضاً كبناء المساجد أو صرف جميع أمواله على الأمور الخيرية مع عدم اقتداره متبعاً الهوى وتاركاً ما يدل على الحجى أما إذا صرف شخص ماله على المعاصي كشرب الخمر والزنا فلا يعد سفيهاً بالمعنى المبين في هذه المادة أنظر المادة (٩٦٣) (رد المحتار، أبو السعود، الهندية في الباب الثاني).

ويعد أيضاً بمنزلة السفية الذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم مع أنهم لا يعدون سفهاء بالمعنى الوارد في الفقرة الأولى ويمكن الحجر على أبله وبسيط كهذا عند الإمامين كما ذهب إليه المادة (٩٥٨) ويطلق كل من الأبلة والبسيط مغفل وليس المغفل فاسداً وإنما هو من كان سليم القلب لا يقدر على التصرفات الراجعة مع كونه يجذع فيها (رد المحتار منلا مسكين، الهندية في الباب الثاني). والمغفل أيضاً اسم مفعول من التغفيل وهو من لم توجد فيه فطانة (الطحطاوي).

﴿مادة ٩٤٧﴾ الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظه ماله ويتوقى السرف والتبذير.

الرشيد هو المصلح في ماله أي الذي يتقيد بمحافظه ماله ويتوقى السرف والتبذير والصرف في غير مواضعه ويحتمه. وهذا يعد رشيداً ما دام على تلك الحال سواء أكان فاسقاً فسقاً طارئاً أو أصلياً أم غير فاسق. يعني أن مجرد الفسق ليس مانعاً للرشيد وموجباً للسفه. وعليه إنما يتحرى عن الرشد في المال وليس في المال والدين معاً وقد فسر الرشد بالإصلاح في قوله تعالى ﴿فإن أنستم﴾ أي عرفتم وأبصرتم ﴿منهم رشداً﴾ فالرشيد من يكون مصلحاً في ماله فقط (التنوير).

﴿مادة ٩٤٨﴾ الإكراه هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكروه (بفتح الراء) ويقال لمن أجبره مجبر ولذلك العمل مكروه عليه وللشيء الموجب للخوف مكروه به.

الإكراه لغة إجبار الإنسان على شيء لا يريد به أي على ما يراه بطبعه مستكراً سواء أكان له قدرة على تحقيق ما هدد به أم لا وسواء أخاف الفاعل وقوعه أم لا وسواء أكان الفاعل ممتنعاً لحق الشرع أو العبد أم لا (أبو السعود).

وشرعاً هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه أي بالإخافة والتهديد أي مع إبقاء أصل الاختيار ويقال له المكروه (بفتح الراء) ويقال لمن أجبر بغير حق مجبر (بكسر الباء) ولذلك العمل مكروه عليه (بفتح الراء) وللشيء الموجب للخوف أي الموجب لخوف المكروه والسالب لرضاه كالقتل والضرب مكروه به (بفتح الراء).
إيضاح القيود.

١ - عملاً: العمل أعم من اللفظ الذي هو عمل اللسان ومن أعمال سائر الجوارح فكما أنه يصدق على الإقرار الذي هو من الألفاظ فإنه يشمل أعمال سائر الجوارح كإتلاف مال الغير مثلاً (الدرر).

٢ - بغير حق، هذا التعبير احترازي. لأن الإجبار الذي بحق لا يعد إكراهاً وعليه بالإجبارات الآتية ليست بإكراه وإليكها:

أولاً، إذا امتنع المدين عن بيع ماله لاداء الدين فللقاضي أن يجبره عليه. والبيع الذي يقع بناء على هذا الإجبار لا يعد بيعاً بإكراه.
ثانياً، إذا بيع الرهن بناء على إجبار الحاكم الراهن على بيعه كما هو مذكور في المادة (٧٦١) نفذ البيع المذكور.

ثالثاً، إذا أجل العنين الى المدة المعينة ولم يقدر على الجماع بكرهه الحاكم على الفرقة وبما أن هذا الإكراه بحق فلا يكون إكراهاً بالمعنى الوارد في هذه المادة.

بدون رضاه - بما أن هذا نفي للرضا على الإطلاق يشمل التعريف المذكور قسمي الإكراه. لأن نفس الرضا كما يكون في الإكراه غير الملجئ الذي يفوت به الرضا يكون أيضاً في الإكراه الملجئ المفسد للاختيار. والحاصل أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه وأصل الاختيار في جميع صورته ثابت لكن في بعض الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسد (الزيلعي).
والرضا، مقابل الإكراه، وأما الاختيار فمقابل الجبر.

الاختيار - هو عبارة عن إرادة أحد طرفين جائزين لأمر متردد بين الوجود والعدم ومقدور فعله من الفاعل بترجيحه أحدهما.

مثلاً: بيع مال زيد أمر أحد جانبيه وجود والجانب الآخر عدم والطرفان جائزان فإذا باع زيد ذلك المال مرجحاً طرف الوجود يكون عمله هذا اختياراً كما أنه إذا امتنع عن بيعه يكون قد رجح طرف العدم وكان عمله هذا اختياراً والفاعل وإن كان مستقلاً في قصده فاختياره إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً (قهستاني بإيضاح).

وفهم من هذه التّعيرات أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه إلا أن الإكراه يفسد أصل الإختيار في بعض صور الإكراه كالإكراه الملجئ ولا يفسده في بعضها كالإكراه غير الملجئ (الدرر والزليعي).

والإكراه بالضرب والحبس يعدم الرضا إلا أنه لا يفسد الإختيار يعني أن في هذا الإكراه إكراهاً للمكره وعدم رضائه مع وجود اختياره الصحيح لأن فساد الإختيار لا يكون إلا في الإكراه بإتلاف النفس أو قطع العضو فالإكراه الذي يكون بقتل النفس أو قطع العضو معدم للرضا ومفسد للإختيار أيضاً (أبو السعود، رد المحتار).

٤ - الإخافة: بما أن الإخافة قد ذكرت مطلقة فكما انها تشمل الإخافة التي تحدث بالفعل تشمل الإخافة التي بالقول كالوعيد (الطحطاوي).

٥ - الإجبار: كما يكون الإجبار حقيقياً يكون حكماً فلو أمر أحد آخر بإتلاف مال أحد ولم يهدده بشيء ولكنه علم بدلالة الحال أنه سيقته فله أن يتلف ذلك المال لأن ذلك إكراه حكمي.

﴿مادة ٩٤٩﴾ الإكراه على قسمين الأول هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو والثاني هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد

الإكراه قسمان: وكلاهما سالب رضا المكره كما فهم من المادة الأتفة. ووجه الانحصار هو أن الإكراه أما أن يكون موجباً لإفساد إختيار المكره وملجئاً أياه أو لا يكون كذلك. فإذا أوجب إفساد إختياره أو الجأه كان إكراهاً ملجئاً وإذا لم يفسد إختياره ولم يلجئه كان غير ملجئاً ففوت الرضا أعم من فساد الإختيار ففي الحبس أو الضرب يفوت الرضا ولكن الإختيار الصحيح باق وفي القتل لا رضا ولكن له إختيار غير صحيح أي إختيار فاسد. (الطحطاوي).

فالقسم الأول إكراه ملجئ: الملجئ بكسر الجيم اسم فاعل من الجأ إلى كذا اضطره إليه فهو الموجب للاضطرار وهو الإكراه الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع العضو كالسمع والبصر، واللسان، وما اشبه ذلك نحو الأصابع والأعضاء ويقال لهذا الإكراه: الإكراه التام. وهذا الإكراه معدم للرضا مفسد للإختيار (الأنقروي، الدرر) إذ الإنسان مجبول على حب الحياة وذلك يضطر إلى ارتكاب ما أكره عليه محافظة عليها فيفسد إختياره (الجوهرة).

العضو، يفهم من ذكره مطلقاً أن العضو يشمل الأئمة أي طرف الأصبع، وبعبارة أخرى يشمل بعض العضو كالمحل الذي توجد فيه الأظافر من الأصبع أيضاً. وعليه فالإكراه الذي يقع بالتهديد بقطع ذلك يكون إكراهاً ملجئاً (رد المحتار، والنتيجة) ومن المشايخ من يقول إذا هدد بالحبس والقيد وكان الرجل ذا مروءة ويشق عليه ذلك بحيث يقع في قلبه أنه لو لم يفعله يموت بسبب الحبس والقيد أو يذهب عضو منه فهو إكراه معتبر شرعاً كما أنه لو توعد بالحبس في مكان مظلم بحيث يخاف ذهاب البصر لطول مقامه فيه فهو إكراه معتبر شرعاً (عبد الحلیم) قال بعض المشايخ أما الحبس الذي أحدثوه في زماننا فإنه من الإكراه الملجئ. وإن قال لأجوعنك أو لتفعلن بعض ما ذكر، لم يسعه أن يفعل ذلك حتى يجيء

من الجوع ما يخاف منه التلف (الهندية في الباب الثاني بتغيير).

وقوله النفس أعم من النفس الحقيقية والحكمية فالنفس الحقيقية معلومة أما النفس الحكمية فهي عبارة عن إتلاف كل المال. وعليه فالتهديد بإتلاف مال الإنسان كله يعد إكراهاً ملجئاً أيضاً. حتى ان بعض الفقهاء لا يشترط التهديد بإتلاف جميع المال بل يعد أخذ بعض المال إكراهاً معتبراً. مثلاً لو قال أحد الظلمة لأحد إذا لم تبني دارك فسأعطيها إلى عدوك وبناء على هذا باعها منه فيعد ذلك البيع بيعاً بإكراه أما عند البعض الآخر من الفقهاء فالإكراه بأخذ المال إذا وقع بأخذ كل المال فالإكراه معتبر والإكراه الواقع بأخذ بعض المال إذا كان ما ترك له من المال كافياً يعد ذلك إكراهاً (الدر المختار، رد المحتار). . والضرب الذي يعد إكراهاً ملجئاً هو الضرب الذي يؤدي إلى تلف النفس أو تلف عضو على الوجه المذكور. وقد قال بعض العلماء في تعيين مقدار هذا الضرب أنه يلزم التهديد بما لا يقل عن أربعين جلدة والبعض يقول أن أحوال الناس مختلفة فمنهم من يتحمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بأدنى منه فلا طريق سوى الرجوع إلى رأي المبتلي فإن غلب على ظنه ان تلف النفس والعضو يحصل به وسعه وإلا فلا (الطوري) وجاء في الدر المختار أن التهديد بالضرب جلدة أو جلدتين وأن كان لا يعد إكراهاً ملجئاً إلا أن التهديد بالضرب، على مذكر الإنسان أو على عينه يعد إكراهاً ملجئاً لأن وقوع مثلها على الأعضاء المذكورة يكون مؤدياً إلى التلف (الطوري).

والتهديد بالحبس المؤبد لا يعد إكراهاً ملجئاً لكونه لا يؤدي إلى تلف المههد ما لم يمنع الطعام والشراب عنه. (البرزانية، الطحطاوي). وقد قال بعض المشايخ أنه إذا كان المههد (بفتح الدال) بالحبس والتصفيد من أرباب التنعم والمروءة والجاه فوقع في قلبه أنه سيموت فيما إذا سجن في مكان مظلم أو أنه سيفقد أحد أعضائه وغلب على ظنه وقوع ذلك كان ذلك إكراهاً ملجئاً. كذلك إذا هدد أحد بالحبس في مكان مظلم وخيف من فقد البصر من جراء طول السجن في ذلك المكان كان الإكراه ملجئاً (الطحطاوي).

القسم الثاني، الإكراه غير الملجئ وهو الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب اليسير والحبس والتصفيد غير المبرح والمديد ويقال له الإكراه الناقص وهذا الإكراه وإن كان معدماً للرضا لا يفسد الاختيار (الدر).

الغم، بفتح الغين وتشديد الميم هو الستر والغطاء ومنه قيل للحزن غم لأنه يغطي السرور والحلم ألم، بفتح الهمزة واللام بمعنى الوجع يجمع على آلام وعليه فالألم هو شيء كربه قبيح سواء أحصل بعارض وجع أو فتور أو هم فهو عطف تفسيري للغم.

وهذا القسم الثاني هو أدنى مراتب الإكراه ويختلف باختلاف الأشخاص وعليه فلا يمكن حصره في دائرة معينة. وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام (أبو السعود).

الحد في الحبس الذي هو إكراه ما يجيء الاغتمام البين به بالضرب الذي هو إكراه ما يحدث منه الألم الشديد وليس فيه حد لا يزداد عليه ولا ينقص منه ولكن على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه

(منلا مسكين). لأنه لما كان الناس يختلفون ببعضهم يتضررون بالضرب الشديد والحبس المديد وبعضهم يتضررون بضربة سوط أو فركة اذن وما اشبه ذلك لما فيها من الهوان والذل كالشرفاء وأصحاب المنزلة الرفيعة والجاه والضعفاء من الناس أيضاً وخصوصاً إذا كانت على ملاً من الناس .

قد جعل تقدير ذلك إلى رأي القاضي الذي ترفع إليه القضية كما مر . وعليه فان ذلك يعد في حق أمثال هؤلاء الناس إكراهاً. ألا ترى ما يحصل عند أشرف الناس من الغم فيما إذا وجهت إليهم كلمات قاسية بخلاف الأراذل منهم فلا يتألمون إلا من الضرب المبرح وعليه فيما أن تعيين مقادير كهذه بالرأي ممتنع فلذلك يعتبر الإكراه إذا كان بدرجة تؤثر على المكره (فتاوى أبو السعود والزليعي، رد المحتار).

وعليه فالمقصود من الحبس والتصفيد هنا الحبس والتصفيد المديدان ويطلق الحبس المديد على الحبس الذي يزيد على يوم واحد (ابو السعود)

اما الحبس والتصفيد يوماً واحداً والضرب غير الشديد فلا يعدان إكراهاً. وعليه فلو هدد احد آخر بالحبس او بالتصفيد يوماً واحداً والضرب جلدة واحدة على ان يقر بالف قرش ديناً عليه وفعل فلا يعتبر ذلك إكراهاً. لان الانسان لا يبالي بمثل ذلك عادة، فلذلك لا يعد هذا معدماً للرضا ما لم يكن قد وقع التهديد بالحبس يوماً واحداً على ذي جاه ومنصب يعني انما يكون ذلك إكراهاً لرجل له جاه وعزة لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد لغيره فيفوت به الرضا وظاهره انه يكون إكراهاً في المال القليل (رد المحتار والزليعي، والهندية في الباب الرابع)

لكن التهديد بضربة عصا تؤدي الى تلف الانسان لا شبهة انه إكراه معتبر، والمقصود بالحبس هنا حبس نفس المكره اما حبس الابوين والاولاد فلأن ذكر الزليعي انه إكراه غير معتبر فقد قال القهستاني وبعض الفقهاء ان الإكراه بحبس الابوين والاولاد والزوجة وسائر ذوي الارحام إكراه معتبر استحساناً (رد المحتار، عبد الحلیم) ولا دليل في المجلة على انها قد اخذت باحد هذين القولين الا ان جهة الاستحسان مرجحة عند الفقهاء على القياس. ويوجد فرق بين قسمي الإكراه هذين على وجهين:

الوجه الاول، الفرق من حيث الماهية وقد مر بيانه. الوجه الثاني، الفرق من حيث الاحكام. فالإكراه الملجئ يؤثر على التصرفات القولية والتصرفات الفعلية اما الإكراه غير الملجئ فلا يؤثر على التصرفات الفعلية بل يؤثر على التصرفات القولية فقط (الطحطاوي) كما قد بين في المادة (١٠٠١) والمادة (١٠٠٧)

﴿المادة ٩٥٠﴾ (الشفعة هي تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري)

الشفعة لغة بمعنى الضم وهي ضد الوتر. وتسمية التملك في الآتي شفعة مبنى على ضم المال المشتري لعقار الشفيع، ومنه شفاعة النبي ﷺ للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين (الهداية،

مجمع الانهر).

وشرعا هي حق تملك العقار او ما كان في حكم العقار من الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري اي انه يملك ذلك باعطاء مثله للمشتري اذا كان مثليا وقيمته اذا كان قيمياً بدون ان يلتفت الى رضا المشتري (ابو السعود). اما نفس التملك فيحصل على ما ذكر في المادة (١٠٣٦) بتسليم المشتري اياه بالرضا او بحكم الحاكم وقضائه.

ايضاح القيود:

١ - العقار او ما في حكم العقار: العقار كالدار مع العرصة او العرصة فقط وما كان في حكم العقار هو كالعلو انظر المادة (١٠١١) (الدر).

٢ - ملك: هذه الكلمة وان كانت تشمل المنقول والعقار كما يستفاد من المادتين (١٢٥) و(١٥٩) الا انه ينبغي ان تخصص هذه الكلمة بالعقار فقط كما قد جرى تخصيصها في الشرح. لأن الشفعة انما تجري بمقتضى المادة (١٠١٧) في العقار وحده.

وبما أنه قد جاء ذكر الملك المشتري مطلقاً فكما أنه يشمل كل الملك يشمل بعضه أيضاً. مثلاً لو اشترى أحد الشفعاء العقار المملوك فيما أنه يثبت للشفيع المشتري حق الشفعة للشفعاء الآخرين إذا ساووه في الدرجة حق الشفعة بمقدار حصصهم فقط ما عدا حصته يعني أن لهم طلب ما عدا الحصة التي اشتراها الشفيع من الحصص بالشفعة. مثلاً لو باع أحد الشركاء في العقار المشترك بين ثلاثة أشخاص أثلاثاً حصته من أحدهما للشريك الثاني أن يطالب الشريك بنصف ما اشتراه فقط.

٣ - على المشتري: يفهم من هذا التعبير أن الشفعة لا تجري في تملك العقار بلا عوض كالهبة والصدقة والإرث كذلك لا تجري في القسمة وذلك كما سيأتي في المادتين (١٠٣٣ و ١٠٢٧) (رد المحتار). لكن هذا التعبير أي (على المشتري) يستلزم إيراد سؤالين:

السؤال الأول: إذا كان المشتري مقراً بالشراء، أو إذا كان منكراً اياه وأثبت الشفيع شراء المشتري أو نكل المشتري عن حلف اليمين كان ذلك ضد تملك المشتري وأما إذا كان البائع مقراً بالبيع وكان المشتري منكراً له ولم يمكن إثبات البيع وحلف المشتري اليمين على عدم الشراء فيكون التملك الواقع على البائع وليس على المشتري وفي هذه الصورة يصبح هذا التملك خارجاً من التعريف الذي ورد فيه (بمقدار الثمن الذي قام على المشتري) وعلى ذلك يكون التعريف المذكور غير جامع لأفراده. ويجاب عليه أن هذا التعريف هو تعريف الشفعة الكثيرة الوقوع، لأن التملك بالشفعة على البائع نادر الوقوع ولا اعتبار للنادر.

السؤال الثاني: بما أن الشفعة تجري في الهبة بشرط العوض بناء على ما جاء في المادة (١٠٢٢) وبقوله (على المشتري) تخرج هذه الشفعة من التعريف فيكون هذا التعريف غير جامع لأفراده. ويجاب على هذا أيضاً بأن الهبة بشرط العوض هي شراء انتهاء فلا تخرج هذه الهبة بقول (على

المشتري) من التعريف.

٤ - بمقدار الثمن الذي قام على المشتري : سيأتي معنى ذلك مفصلاً في شرح المادة (١٠٣٦) هذا وبما أن الشفعة من الأحكام الجارية في دار الإسلام وهذا الحكم غير شرعي في الممالك الأجنبية فلو اشترى مسلم عقاراً في بلاد أجنبية ووجد له شفيع مسلم فليس له حق الشفعة ولو كانت أصول الشفعة مرعية في تلك الديار (ابو السعود).

﴿مادة ٩٥١﴾ الشفيع هو من كان له حق الشفعة .

أي من كان له حق التملك على الوجه المذكور في المادة الآتية ، مثلاً تطلق كلمة الشفيع على من كان شريكاً في العقار الذي باعه شخص من آخر كالحانوت مثلاً أو من كان جاراً ملاصقاً لذلك العقار .

﴿مادة ٩٥٢﴾ المشفوع هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة .

وهو العقار الذي يمكن للشفيع تملكه جبراً على المشتري : ويطلق على الحانوت الذي مر ذكره في المادة السالفة : مشفوع .

﴿مادة ٩٥٣﴾ المشفوع به هو ملك الشفيع الذي به الشفعة .

أي بسببه يثبت للشفيع حق الشفعة في المبيع . مثلاً لو بيع عقار متصل بدار أحد فتكون تلك الدار (مشفوعاً بها) أو (ما يشفع بها) .

﴿مادة ٩٥٤﴾ الخليط هو بمعنى المشارك في حقوق الملك كحصة الماء

والطريق .

مثلاً لو كان لأحد حصة في نهر خاص ولآخر فيه حصة كذلك فكل منهما يكون خليطاً للآخر .

﴿مادة ٩٥٥﴾ الشرب الخاص هو حق شرب الماء الجاري المخصوص

بالأشخاص المعدودين وأما أخذ الماء من الأنهر التي ينتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص .

الشرب الخاص (بكسر الشين) هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالأشخاص المعدودين أي المخصوص لسقي وري مزارع أولئك الأشخاص المعدودين . ويقال للأشخاص الذين دون المائة أشخاص معدودون ، كما هو مذكور في المادة (١٦٤٦) (منلا مسكين وعبد الحلیم) .

وأما أخذ الماء من الأنهر كالفرات والدجلة والنيل التي ينتفع بها العامة لسقي المزارع فليس من

قبيل الشرب الخاص (الدور، القهستاني) وعليه فإذا كان الشرب الخاص مشفوعاً به فلا يصح أن يكون هذا النوع من الشرب مشفوعاً به.

في تعريف الشرب الخاص ثلاثة أقوال:

القول الأول، إذا كان المشتركون في النهر أشخاصاً معدودين يكون نهراً خاصاً ويقال في حق أخذ الماء منه شرب خاص. وإذا كان المشتركون في النهر غير معدودين فيقال له نهر عام، والقول الذي أخذت به المجلة في المادة هو هذا القول.

الأشخاص المعدودون: اختلف الفقهاء في مقدار ما يطلق عليه لفظ (الأشخاص) فبعضهم قال يطلق على ما دون المائة وبعضهم قال حتى خمسمائة وبعض المتفقيين قال حتى الأربعين. إلا أن البعض قال يجب أن يفوض تعيين المقدار لرأي مجتهد العصر، إلا أن المجلة قد قبلت الرأي الأول الذي هو لغاية مائة شخص.

القول الثاني: النهر هو الذي يتفرق على أراضي أشخاص معدودين وينقسم عليها كما ورد ذكره في المادة (١٢٣٩) ويتلاشى إذا انتهى إلى آخر الأراضي فلا يكون له منفذ لمفازة ويقال في حق الأخذ من هذا النهر الشرب الخاص (متلا مسكين، مجمع الأنهر، القستهياني في الشفعة).

القول الثالث: النهر الخاص عبارة عن النهر الذي لا تجري فيه السفن ويقال في حق أخذ الماء منه (الشرب الخاص). والمقصود من السفن هي صغرها أي الزوارق (القهستاني في الشفعة، الهندية في الباب الثاني من الشفعة).

وقد قبلت المجلة في هذه المادة القول الأول وفي المادة (١٢٣٩) قبلت القول الثاني. وعلى ذلك فكما أن الماء الجازي المنحصر في أشخاص معدودين يعد شرباً خاصاً فالنهر الذي بالمعنى الوارد في المادة (١٢٣٩) يكون شرباً خاصاً أيضاً. وعليه فيجب العمل بالقولين أيضاً، وكان الأجدر بالمجلة أن تكتفي بأحد القولين.

﴿مادة ٩٥٦﴾ الطريق الخاص هو الزقاق غير النافذ.

والواقع ليس كل زقاق لا ينفذ طريقاً خاصاً كما أنه ليس كل زقاق ينفذ طريقاً عاماً. وعليه لو سد منفذ الطريق العام يبقى طريقاً عاماً كما أن الطريق الخاص لا يصير عاماً فيها لو فتح له أصحابه منفذاً فاتصل بالطريق العام (عبد الحلیم) وعليه فهذا التعريف ليس جامعاً أفراداً ولا مانعاً اغياره أيضاً. فيجب تعريف الطريق الخاص بأنه «الطريق الذي يكون ملكاً لأصحابه». ولما كان الطريق الخاص مملوكاً فلاصحابه أن يمنعوا غيرهم من المرور فيه، فلو فتح أصحاب الطريق الخاص باباً على الطريق العام ووصلوه به فلهم أن يمنعوا الناس من المرور من ذلك الطريق (رد المحتار، الدر المنتقى، الهندية).

الباب الأول

في بيان المسائل المتعلقة بالحجر

وينقسم إلى أربعة أقسام

الفصل الأول

في بيان صنوف المحجورين وأحكامهم

يعني أنه سيصير في هذا الفصل بيان أصناف المحجورين وأحكامهم ويتعدد المحجورون بسبب تعدد أسباب الحجر فلذا تختلف أحكامهم أيضاً.

أسباب الحجر سبعة: الرق، الصغر، الجنون، الغفلة «أي البله»، ضرر العامة، الدين، السفه (الخانية).

وبما أن المجلة لا تتعرض لأحكام الرق فقد أهملت البحث فيما يتعلق فيه، وأما البقية فسيأتي إيضاحها في المواد الآتية. أما مجرد الفسق فليس من أسباب الحجر (أنظر المادة ٩٦٣). واتفق على أن الرق، والصغر، والجنون، وضرر العامة، من أسباب الحجر، واختلف في كون الدين والسفه والغفلة، هل هي من أسباب الحجر. أما الحجر على المفتي الماجن، والمكاري الفليس، والطبيب الجاهل، فليس اصطلاحياً وسيأتي إيضاح ذلك في المادة (٩٦٤) (رد المحتار).

المحجورون قسمان: القسم الأول هم المحجورون أصلاً، وهذا القسم نوعان. النوع الأول: من كان الحجر عليهم مقيداً بمرض الموت. أذ أن المريض بمرض الموت ممنوع من أن يبيع من بعض ورثته شيئاً من ماله أو يهبه منه أو يقر له به ومن تأدية دين بعض دائنيه مرجحاً إياهم على البعض الآخر والتصرف بما يزيد على أكثر من ثلث ماله. وقد ذكر بعض التفصيلات في هذا الشأن في كتاب الهبة في شرح الفصل الثاني من الباب الثاني.

النوع الثاني: من لم يكن الحجر عليهم مقيداً بمرض الموت، وهؤلاء ثلاثة أشخاص: الصغير والمعتوه والمجنون.

القسم الثاني: من يحتاجون إلى حجر الحاكم، وهم ستة أشخاص: السفه، المدين، الطبيب الجاهل، المكاري الفليس، المفتي الماجن.

﴿مادة ٩٥٧﴾ الصغير والمجنون والمعتوه محجورون أصلاً

سواء أكان الصغير مميزاً أم غير مميز والمجنون هو المجنون المطبق ولا حاجة في الحجر على هؤلاء إلى حجر خصوصي كالحجر على السفه والمدين والطبيب الجاهل والمكاري الفليس فعليه لو أقر صغير مميز لأحد بدين فلا يصح هذا الإقرار ببناء على المادة (١٥٧٣) (علي أفندي).

وقد حجر على الصغير لأنه إذا كان غير مميز فلفقدانه العقل وإذا كان مميزاً فلنقصان عقله إذ يوجد احتمال الغرر في تصرفاته . أما إذا أذن ولي الصغير المميز له فتصح تصرفاته التي تكون بين النفع والضرر بترجيح جانب المصلحة .

وقد حجر المجنون لأنه إذا كان مطبقاً فهو عديم العقل . كالصغير غير المميز أما إذا كان غير مطبق فهو محجور أصلاً في حال جنونه ولم يبق حاجة لحجر خصوصي لأن تصرفاته حينئذ غير صحيحة بلا إذن الولي . أما في حال صحوه وإفاقته فهو غير محجور أصلاً وتصح تصرفاته . ويفهم من التفصيلات الآتية أن الصغير المحجور والمجنون غير المطبق يؤذن بفك الحجر عنها أما الصغير غير المميز والمجنون المطبق فلا يؤذن بفك الحجر (رد المحتار) .

﴿مادة ٩٥٨﴾ للحاكم أن يحجر على السفية .

هذا عند الإمام الثاني أبي يوسف، والمقصود من السفية هنا من يبلغ سن الرشد غير سفية فيصبح بعد ذلك سفياً . أما من يبلغ سن الرشد وهو سفية فتمنع عنه أمواله إلى أن يبلغ الخامسة والعشرين من عمره أي أنه لا تعطى إليه أمواله قبل ذلك كما هو مذكور في المادة (٩٨٢) . ولكن إذا بلغ الخامسة والعشرين فيجري الاختلاف الآتي (أبو السعود) وقول هذه المادة «للحاكم» مبني على أن الولاية على السفية ليست للأب ولا للجد وأمثالها بل هي للحاكم فقط . والسفية، بما أنه يصرف ماله في غير مواضعه ويتلفه فقد الحق بالصبي لأن الحجر على الصبي ناشئ عن احتمال صرفه ماله في غير مواضعه وقد جاز الحجر على السفية بالنظر إلى منفعتة ولثلا يتبلى بالفقر الذي هو الموت الأحمر بإتلافه ماله (الهندية والطحطاوي) .

مذهب أبي يوسف : لكن الإمام أبا يوسف يرى أنه يقتضي لعد السفية محجوراً أن يحجر القاضي عليه ولا يكون محجوراً بلا حجر القاضي . لأن السفه لما كان غير محسوس فإنما يستدل عليه بالانخداع في التصرفات لأن الانخداع يحتمل أن يكون حيلة قصد بها استجلاب القلوب كما أنه يحتمل أن يكون إضاعة للمال بلا موجب عقلي بداعي السفه وإنما يثبت حكم الشيء المحتمل أمرين أو المتردد بين أمرين بالقضاء . ويوجد أيضاً في حجر السفية (فائدة) باعتبار أنه يحصل فيه المحافظة على أمواله (وضرر) باعتبار أنه مستلزم أن تكون تصرفاته بعد الحجر غير صحيحة وإهدار أقواله والحاقه بالهائم . وترجيح أحد الجانبين في محتملات كهذه على الآخر يكون بحكم الحاكم الذي هو مجبر على ملاحظة جهتي المنفعة والمضرة (الهندية، الكفاية) .

فلذلك إذا صار السفية مستحقاً للحجر لا يكون محجوراً بنفسه ، فإذا زال السفه واكتسب صلاحاً فلا ينفك الحجر عنه بنفسه بل يتوقف على حكم الحاكم .

وعليه فتصرفات السفية قبل الحجر صحيحة ومعتبرة . أما تصرفاته بعد أن اكتسب صلاحاً بعد الحجر وقبل الفك في حالة الحجر عليه فغير صحيحة (رد المحتار) .

وعند الإمام محمد ينحجر السفية بمجرد سفهه بلا حجر الحاكم . ولذلك فتصرفاته بعد حصول

السفه غير صحيحة حتى إذا عرضت تلك التصرفات على الحاكم فهو مجبر على ابطالها كما أنه إذا تبدل سفهه بالصلاح فالحجر عليه يزول بنفسه وتصيح تصرفاته صحيحة وإذا عرضت تلك التصرفات على الحاكم فعليه تصديقها وتثبيتها (رد المحتار، الحانية).

مذهب الإمام الأعظم: ولم يجوز الإمام الأعظم رحمه الله تعالى الحجر على السفه لأن الحجر على العاقل هو استلاب لأدميته والحاقه بالبهائم وهذا أشد ضرراً من التبذير وأقوى منه ولا يجوز اختيار الحجر الأعلى بدلاً من التبذير الأدنى.

ويصير إثبات الأعلى والأدنى على الوجه الآتي: ان الإنسان يفترق عن سائر الحيوانات باللسان والبيان وعليه فإطلاق اللسان واعتبار البيان نعمة أصلية وأما المال فهو نعمة زائدة فتكون نعمة إطلاق اللسان النعمة العليا ونعمة المال النعمة الدنيا (الهداية، الكفاية).

وفيهم مما مر من التفصيلات أن مذهب الإمام أبي يوسف مذهب متوسط وقد استست هذه المادة على مذهب الإمام المشار إليه (الهداية).

لو حجر حاكم على سفهه وفك الحجر عنه حاكم آخر وأجاز تصرفاته كبيع المحجور قبل الفك وشرائه كان ذلك جائزاً وتكون تصرفاته بعد الفك صحيحة أيضاً (التنوير، رد المحتار).

لأن الحجر الحاكم الأول كافتاء من وجه وليس حكماً وقضاء من وجه ولا يقال بهذه المناسبة أن حكم حاكم في المسائل الخلافية لا ينقضه حاكم آخر. كما سيذكر في شرح المادة (٩٦٢) ألا ترى أنه يلزم في القضاء أن يكون مقضياً له ومقضياً عليه وهما في هذه المسألة ليسا بموجودين (الهداية، الحموي، رد المحتار). ولو عرض بعد ذلك فك الحجر للقاضي الثاني على قاض ثالث فيلزمه التصديق عليه وليس له أن ينقضه أو يبطله. لأن اعطاء القاضي قراراً لترجيح أحد الرأيين في المسائل الخلافية يكون نافذاً بالإجماع وغير قابل للفسخ (الهندية في الباب الثاني).

﴿مادة ٩٥٩﴾ يحجر المدين أيضاً من طرف الحاكم بطلب الغرماء.

كما يحجر على السفهه يحجر على المدين أيضاً من طرف الحاكم بعد أن يحكم بإفلاسه بطلب الدائنين والمراد بالغمراء الدائنون لثلا يضرهم بتصرفه في أمواله كالبيع والهبة لأنه لو باع المدين أمواله بطريق المواضعة من شخص آخر بمحضر شهود أو أقر له بها على هذا الوجه بطريق المواضعة فلا يجد الغرماء ما يستوفون به ديونهم فالحجر على السفهه كما ان فيه نظراً وفائدة له فالحجر على المدين فيه نظر وفائدة للغرماء أيضاً (الهداية، الكفاية) أنظر المادة (٢٦) فعدم سداد الدين (بالتفح) أثقل الأحمال وأضر في الدين من خبائث الأعمال (الخيرية).

وقد اتفق الأئمة على أن المدين إنما يحجر بحجر الحاكم. ولم يحصل في هذا الاختلاف الحاصل في السفهه إلا أن حجر المدين يشترط فيه أولاً الحكم بإفلاسه وذلك بأن يحكم الحاكم بإفلاس ذلك المدين ومن ثم يحكم عليه بالحجر بناء على إفلاسه حتى انه إذا حجر ابتداء أي قبل الحكم بإفلاسه فهذا الحجر

غير صحيح بالاتفاق. أما الحجر بالسفه فلا يشترط فيه الحكم ابتداءً بالإفلاس (الكفاية، رد المحتار).
ويحجر الحاكم على المدين بطلب الغرماء سواء أكان مفلساً أي كان دينه زائداً على ماله أو مساوياً له
أم غير مفلس. والحجر بسبب الدين مبني على مذهب الإمامين. أما الإمام الأعظم فلم يجوز الحجر
بسبب الدين (تنوير الأبصار) وقد رأى أن ذلك الحجر غير جائز لما فيه من سلب ولاية المختار عن الجري
على موجب الإختيار وسيأتي في المادة (٩٩٨) مع المواد التالية لها المسائل المتعلقة بحجر المدين.
التصرفات التي يؤثر فيها الحجر للسفه والدين:

إن حجر السفه وحجر المدين على حد سواء وهما منحصران فيما يحتمل فسخه ويبطل بالهزل من
التصرفات كالبيع والإجارة والهبة والصدقة. أما فيما لا يحتمل الفسخ ولا يبطل بالهزل من التصرفات فلا
تأثير للحجر عليه كالنكاح، والطلاق، كما سيوضح في شرح المادة (٩٩٤). مثلاً لو تزوج المدين أو
السفيه المحجور بزوجة أو أكثر وسمي صداقاً معيناً كان النكاح جائزاً. لأن الزواج من الحوائج الأصلية
إلا أنه إذا كان الصداق المسمى زيادة عن مهر المثل لزم مهر المثل ويبطل الزائد (الزيلعي، رد المحتار).
الفروقات بين السفه المحجور وبين المدين المحجور:

يوجد فروق بين حجر السفه وبين حجر المدين على الأوجه الآتية:

أولاً: الحجر على السفه يكون بالحجر على جميع أمواله أي أنه يشمل جميع أمواله التي اكتسبها قبل
الحجر والتي اكتسبها بعده ويؤثر عليها. والحال أن الحجر على المدين ينحصر في المال الموجود قبل الحجر
على ما ورد في المادة (١٠٠١) ويكون تصرفه في المال الذي يكتسبه بعد الحجر نافذاً (رد المحتار، والدر
المتقي).

ثانياً: إن سبب حجر السفه سوء اختياره مع أن الحجر على المدين لحق الغرماء (رد المحتار).
ثالثاً: إن إقرار المحجور بالسفه حال حجره غير معتبر بمقتضى المادة (٩٩٤) كما أنه لا يعتبر بعد
زوال الحجر أيضاً في حق المال الموجود أو المال الحادث مع أن المحجور بالدين إذا أقر في حال حجره يعتبر
إقراره المذكور بعد زوال الحجر في حق الأموال الموجودة حين الحجر والأموال المكتسبة بعده، كما أنه يعتبر
في حق الأموال الحادثة حال حجره (رد المحتار، الهندية في الباب الثاني).
رابعاً: قد مر معنا أنه يشترط في حجر المدين الحكم بإفلاسه قبل الحجر والحجر عليه بلا إفلاس
غير صحيح بخلاف الحجر على السفه فلا يشترط فيه الحكم بإفلاسه.

﴿مادة ٩٦٠﴾ المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وإن لم يعتبر تصرفهم
القبولي كالبيع والشراء إلا أنهم يضمنون حالاً الخسارة والضرر للذين نشأ من فعلهم
مثلاً لو أتلف الصغير مال آخر لزم الضمان ولو كان غير مميز.

يؤاخذ المحجورون بأفعالهم لأن الحجر لا يجري في الأفعال. أنظر شرح المادة (٩٤١).

وعليه فالمحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة يعني الصغير، والمجنون، والمعتوه، والأبله، والسفيه، والمدين وإن لم تعتبر تصرفاتهم القولية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإقرار والتي تكون ضرراً محضاً كهبة مال والتصديق به بمقتضى المواد (٩٦٦، ٩٦٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٩٠، ٩٩١) ألا أنهم يضمنون من مالههم الضرر والخسارة اللذين نشأ من فعلهم سواء أكان ذلك الضرر عائداً على المال كإتلاف مال أم متعلقاً بالنفس كإتلاف النفس أو قطع العضو حالاً أي بدون انتظار حال البلوغ أو حال الصحو والإفاقة أو انتظار وقت فك الحجر.

لأن الحجر بمقتضى المادة (٩٤١) مختص بالأقوال وليس في الأفعال حجر. لأنه لما كان الفعل موجوداً حساً ومشاهدة فلا يمكن رده وإعادته واعتباره كأن لم يكن.

مثلاً إذا أتلّف صبي غير مميز أو مميز محجور ماله واعتبر هذا الإتلاف معدوماً فإن ذلك يوجب أن نعتبر في الشيء الذي تلف عدم التلف وهذه الحال إنكار للحقائق ودخول في مذهب السفطائية (الهداية). فلذلك لو قتل صبي أحداً لزمّت الدية. وإلا فعد القتل كأن لم يكن يستلزم أن يكون.

المسألة السادسة في العارية، لو استهلك الصبي المال الذي أعير له بلا إذن الولي فلا يلزم ضمان أنظر المادة (٨٠٩) لأنه لو لزم الضمان في هذه المسألة لزم ضمان العقد والحال أن الصبي ليس من أهل الإلتزام لكن الإمام أبا يوسف يقول أن الضمان هنا ضمان فعل والصبي أهل لالتزام الفعل (رد المحتار).

فرق، إذا أتلّف الصبي مال أحد بلا سبق الإقراض والإيداع والإعارة يلزم الضمان بالإجماع والسبب في عدم الضمان في هذه المسائل قد بين في المادة (٧٧٦) شرحاً «الطحطاوي». المسألة السابعة في الهبة: وإن يكن إن المال الموهوب هبة فاسدة والمسلم مضمون على الموهوب له بمقتضى المادة «٨٥٨» إلا أن الموهوب والمسلم على هذا الوجه للصبي المحجور غير مضمون فيما إذا استهلكه الصبي.

المسألة الثامنة في الشركة، لو أعطى أحد مبلغاً لصبي محجور على أن يكون رأس مال للشركة واستهلكه الصبي فلا يلزم الضمان.

قيل في القاعدة «إذا سلم المال» لأنه لو سلم أحد خادمه لصبي محجور وقتله الصبي تلزم الدية. والفرق بين المال والنفس هو: أن للإنسان أن يمكن آخر من إتلاف ماله ويرخص له بذلك لأن عصمة المال تكون لحق صاحبه أما عصمة الإنسان فلحق نفسه وليس لحق مولاه. وعليه فكما أن مولى الخادم ليس له استهلاكه فليس له أن يمكن غيره من استهلاكه «رد المحتار قبيل القسامة».

﴿مادة ٩٦١﴾ إذا حجر السفية والمدين من قبل الحاكم يبين سببه للناس ويشهد عليه ويعلن.

إذا حجر السفية والمدين من قبل الحاكم يلزم.

- ١ - بيان سببه أي سبب الحجر إن كان من أجل السفه أو من أجل الدين والإشهاد على ذلك .
- ٢ - بما أنه يوجد اختلاف بين أحكام المحجور بالسفه وبين أحكام المحجور بالدين كما سيأتي إيضاحه فيلزم بيان كون الحجر بالسفه أو بالدين .
- ٣ - إذا كان الحجر لأجل الدين يبين ويعلن وقوع الحجر لأجل أي دائن .
وإيضاح هذه المادة كما يلي :

يجدر بالحكام الإشهاد على الحجر حتى لا ينكر حجره على المحجور كما يجب أن يبين كونه وقع بدين أو سفه . لأن أحكام الحجر تختلف باختلاف أسبابه . فالحجر بسبب الدين يؤثر كما هو مذكور في المادة «١٠٠١» في حق المال الموجود . أما في المال الحادث فغير مؤثر . والحال ان الحجر بسبب السفه يشمل جميع الأموال .

وعلى هذا التقدير إذا أعلن أن الدين سبب الحجر فيفهم أن تصرف المحجور في ماله الحادث صحيح ويجب إذا كان الحجر بالدين أن يبين ويعلن اسم الدائن الذي وقع الحجر بطلبه حتى يرتفع الحجر باستيفاء الدائن حقه أو بإبرائه المحجور «العناية، الهندية في الباب الثالث» .

إن حكم هذه المادة أي بالإشهاد والإعلان خاص بحجر السفه وحجر المدين لأن المحجورين الآخرين كالصغير والمجنون والمعتوه غير محتاجين إلى حجر الحاكم وهم محجورون بأنفسهم فلا يجري حكم هذه المادة في :

النوع الثاني - التصرفات القولية التي هي ضرر محض وذلك كهبة الصغير لآخر . وهذه التصرفات من الصغير باطلة ولو أذن ولي الصغير والمعتوه بها . أنظر الفقرة الثانية من المادة (٩٦٧) التي مر ذكرها وسيأتي ذكر ذلك أيضاً في المادة (٨٥٩) .

النوع الثالث - التصرفات القولية الدائرة بين النفع والضرر وهذه التصرفات هي التي بين في هذه المادة أنها غير معتبرة . لكن عدم اعتبار تصرف الصغير المميز على تقدير وقوعه لنفسه . وإلا فلو تصرف بالوكالة لغيره كان ذلك صحيحاً كما هو مصرح في المادة (١٤٥٨) (رد المحتار) .

مثلاً لو استهلك مفلس أو سفهه محجور مالا لأحد يعني إذا ثبت استهلاكه بالبينة يلزم الضمان من أمواله الموجودة وقت الحجر كذلك لو أتلف صبي ولو كان غير مميز أو مجنون مال أحد لزم الضمان في الحال من ماله وإذا لم يكن مال فيلزم الانتظار إلى حال يسره (رد المحتار، أبو السعود) . حتى إنه لو انقلب الطفل المولود حديثاً على قارورة أحد فانكسرت يلزم الصبي الضمان في الحال كذلك لو ألقى الصبي متاع أحد في النار واستهلكه لزم الضمان (الفتاوى الجديدة، رد المحتار) .

مستثنيات: يستثنى بعض المسائل من قاعدة (يؤاخذ المحجورون بأفعالهم) وإليك من هذه المسائل الاستثنائية القاعدة الآتية :

القاعدة: إذا سلم أحد الصبي المحجور مالا بوجه من أوجه التسليم واستهلكه الصبي فلا يلزمه ضمان عند الطرفين . أما عند الإمام الثاني والإمام الشافعي فيلزم الضمان (رد المحتار قبيل القسامة، الخانية في الإذن، والأنقروي) .

يتفرع عن هذه القاعدة مسائل عديدة وهي :

المسألة الأولى، في البيع: بما أنه يشترط في البيع على ما جاء في المادة (٣٦١) أن يكون المشتري عاقلاً مميزاً فلو باع أحداً مالاً له من صبي غير مميز وسلمه اياه واستهلكه الصبي فكما لا يلزم الصبي غير المميز إعطاء ثمن المبيع لا يلزمه ضمان المال أيضاً.

المسألة الثانية، في الإجارة: بما أنه يشترط في الإجارة أن يكون المستأجر عاقلاً مميزاً كما هو مبين في المادة (٤٤٤) فلو أجر أحد مالاً لصبي غير مأذون أو لمجنون وسلمه اياه واستهلكه فلا يلزمه ضمان كما لا يلزمه بدل الإيجار.

المسألة الثالثة، في الرهن: بما أنه يشترط في الرهن بمقتضى المادة (٧٠٨) أن يكون المرتهن عاقلاً فلورهن أحد ماله عند صبي غير عاقل أو مجنون وسلمه اياه واستهلكه الصبي أو المجنون فلا يلزم ضمان الرهن.

المسألة الرابعة، في القرض: إذا أخذ الصبي المحجور مالاً قرضاً واستهلكه فلا يلزم ضمان الطرفين. أما عند الإمام الثاني والإمام الشافعي فيلزم الضمان. والصحيح هو هذا القول (الطحطاوي).

أما حق صاحب المال في استرداده إذا كان موجوداً في يد الصبي عيناً وعدم لزوم الضمان إذا تلف بلا تعد ولا تقصير فمتفق عليه (رد المحتار، الطحطاوي قبيل القسامه).

المسألة الخامسة، في الوديعة: إذا استهلك الصبي المحجور المال المودع عنده بلا إذن الولي فلا يلزم الضمان عند الطرفين. أما لو استهلك الصبي المذكور المال المودع عند أبيه فيضمن. وقد مر في شرح المادة (٧٧٨) بعض تفصيلات أيضاً.

ويحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم لدفع الضرر العام وقد أشار بقوله (كالطبيب) إلى أن هناك أشخاص آخرين يستحقون الحجر وهم المفتي الماجن والمكاري المفسد، ولنوضح الآن البحث عن هؤلاء الأشخاص الثلاثة.

الطبيب الجاهل، هو الذي يعطي الأدوية المهلكة للناس ويسقيهم اياها عن غير علم والذي لا يستطيع دفع الضرر عند ظهور المضرة والتهلكة (الطحطاوي).

المفتي الماجن: هو من يعلم الناس الحيل الباطلة أي الحيل المؤدية إلى الضرر والذي يفتي عن جهل ولا يبالي بتحليل الحرام وتحريم الحلال (أبو السعود المصري).

يقولون: رجل ماجن، والماجن مأخوذ من المجون واسمه بضم الميم مجان معناه الصلب والغليظ والذي لا يخشى كلام الناس ولا يبالي بما صنع، يعني هو الذي لا يستحي ولا يخجل ولعله مأخوذ من غلط الوجه إذا قل حياؤه وهذا اللفظ ليس بعربي محض.

المكاري المفسد، هو من ليس لديه دابة وليس لديه وسائل أخرى للنقل كما أنه ليس لديه نقود لشراء ذلك ويكري الناس دواب ومتى جاء وقت تسليمها للمستأجر يختفي وبما أن بعض الناس يعتمدون على كلام ذلك المكاري فيعطونه قسماً من الأجر سلفاً فيصرف ذلك في مرافقه وحوائجه ومتى

حل وقت الذهاب إلى المحل المقصود اختفى فتتلف بذلك أموال الناس إذ أنهم لا يصلون المكان المقصود في الوقت الذي يختارونه وبذلك يفوت مقصودهم (الهندية في الباب الأول من الحجر).

إن هؤلاء المفسدين أي اللذين يفسدون الأبدان والأموال والأديان يمنعون إذ يختار الضرر الخاص لدفع ضرر عام، والمنع المذكور هو من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (رد المحتار) لكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء العمل لا منع التصرفات القولية يعني ان منع هؤلاء على هذا الوجه ليس من باب الحجر على السفية. وعليه فلو باع الطبيب الجاهل بعد المنع والحجر دواء فكما أن بيعه يكون نافذاً فالفتي الماجن لو أفتى بعد الحجر وكان مصيباً في فتواه كان ذلك جائزاً. وتدل هذه الأحوال على أن المقصود في الحجر على هؤلاء ومنعهم هو المنع الحسي (التنوير، أبو السعود، الطحطاوي، رد المحتار) وعليه فقد جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة (يحجر) ولو قيل (يمنع) لكان أولى ولكن قد يقال ان التعبير به أردع (الدر المنتقى) وقد ألحق بعض العلماء المحتكرين ومن يبيع الخوائج الضرورية بأغلى من قيمتها هؤلاء الثلاثة، ولكن بما أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واسع فيجب أن لا يقصر مثل هذا الحجر والمنع على هؤلاء فقط أما لو أراد أحد أن يتعاطى أو أن يتعلم صنعة أو حرفة من أهلها فليس لأصحاب تلك الصنعة أو الحرفة أي ليس لنقبائهما الحجر عليه ومنعه بداعي أنهم لا يريدون أن يتعاطى تلك الصنعة أو أن يعلموه إياها وذلك كما سيبين في المادة الآتية (رد المحتار).

﴿مادة ٩٦٥﴾ إذا اشتغل أحد بصنعه أو تجارة في سوق فليس لأرباب هذه الصنعة أو التجارة أن يحجروه أو يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة بداعي أنه يظراً على ربحهم وكسبهم نقص وخلل.

إذا اشتغل أحد بصناعة كالصبغة والخياطة أو تجارة في سوق فليس لأرباب هذه الصنعة أو التجارة أن يحجروه أو يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة بداعي أنه يظراً على ربحهم وكسبهم نقص وخلل.

مثلاً لو تعاطى أحد الدباغة وأراد بيع الجلود التي دبغها وطلب الدباغون الحجر على ذلك الشخص ومنعه من تعاطي الدباغة فلا يسمع لهم (التفحيح) كذلك لو أراد شخص أن يتعلم صنعة فليس لأهل تلك الصنعة أن يمنعوه من تعلمها. وكذلك لو فتح أحد حانوتاً في جانب حانوت لآخر وكسد البيع والشراء في الحانوت الأول فلا يقفل الحانوت الثاني على ما جاء في المادة (١٢٨٨).

ويمنع في زماننا بعض أرباب الصنائع والتجارة غيره من فتح حانوت أو مخزن لتعاطي تلك الصناعة أو التجارة إذا كان الحانوت أو المخزن قريباً من حانوته أو مخزنه مسافة معلومة. فعليه إذا رفع الأمر إلى المحكمة فعلى المحكمة أن تمنع حصول أمور كهذه حسب هذه المادة. وإليك الفرق بين المادة السالفة وبين هذه المادة.

وقد اختير في المادة السالفة الضرر الخاص لدفع الضرر العام وهذا جائز. وأما لو منع في هذه المادة فيكون قد اختير دفع الضرر الخاص لدفع ضرر خاص مع أنه لا يزال الضرر بمثله.

الفصل الثاني

في بيان المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعتوه

﴿مادة ٩٦٦﴾ لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقاً وإن أذن له

وليه .

أي سواء أكانت نفعاً محضاً في حق الصغير كقبول الهبة أو كانت ما بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلا تصح ولا تنفذ وإن أجازها وليه (رد المحتار).

وقد بين في شرح المادة (٩٥١) إن عدم الصحة هذا فيه نظر للصبي وفائدة لكونه عديم العقل

(أبو السعود).

وبما ان هذه المسألة قاعدة جارية في جميع العقود والمعاملات فلنبادر إلى ذكر بعض المسائل المتفرعة

عنها توضيحاً للمسألة:

١ - في البيع: يشترط في انعقاد البيع على ما ذكر في المادة (٣٦١) صدور ركنه من أهله أي

العاقل المميز والبيع الذي لا يكون حائزاً هذا الشرط يكون باطلاً.

٢ - في الإجارة: يشترط في صحة الإجارة بمقتضى المادتين (٤٤٤ و ٤٥٨) أهلية العاقدين

فلذلك يكون إيجار الصغير غير المميز واستجاره باطلين.

٣ - في الكفالة: يشترط لانعقاد الكفالة بمقتضى المادة (٦٢٠) كون الكفيل عاقلاً بالغاً فلذلك

كانت كفالة الصبي باطلة.

٤ - في الحوالة: يشترط بمقتضى المادة (٦٨٤) كونه المحال له والمحال عليه عاقلين فإحالة

الصبي غير المميز على أحد بدين أو الإحالة عليه بدين أحد باطلتان.

٥ - في الرهن: يشترط على ما جاء في المادة (٧٠٨) كون الراهن والمرتهن عاقلين فإذا كان

أحدهما غير عاقل كان الرهن باطلاً.

٦ - في الأمانات: يشترط فيها على ما جاء في المادة (٧٧٦) كون المودع والمستودع عاقلين

فإيداع الصبي غير المميز وقبوله الوديعة غير صحيحين.

وكذلك يشترط بمقتضى المادة (٨٠٩) كون المعير والمستعير عاقلين فإعارة الصبي غير المميز

واستعارته غير صحيحتين.

٧ - في الهبة، يشترط في الواهب أن يكون عاقلاً وذلك بمقتضى المادة (٨٥٩) فهبة الصغير غير

صحيحة.

٨ - في الشركة، قد اشترط في المادة (١٣٣٣) أن يكون الشركاء عاقلين مميزين في جميع

الشركات كما أنه يستفاد من المادة (١٥٠٨) أن يكون رب المال والمضارب عاقلين مميزين في شركة المضاربة وكذلك يشترط في المزارعة بمقتضى المادة (١٤٣٣) كون العاقلين عاقلين وكذلك في المساقاة يشترط فيها بمقتضى المادة (١٤٤٣) أن يكون العاقدان عاقلين وعليه فإذا كان أحد العاقلين في المزارعة أو المساقاة غير عاقل كانتا باطلتين.

٩- في الوكالة: إن توكيل الصبي غير المميز بناء على المادة (١٤٥٧) أي توكيله آخر في أموره باطل. فإذا وكل غير العاقل وتصرف فتصرفه باطل لأنه يشترط بمقتضى المادة (١٤٥٨) كون الوكيل عاقلاً.

١٠- في الصلح: يشترط على ما ذكر في المادة (١٥٣٩) كون المصالح عاقلاً فصلح الصبي غير المميز غير صحيح أصلاً. وكذلك إبراء الصبي باطل بمقتضى المادة (١٥٤١).

١١- في الإقرار: يشترط بمقتضى المادة (١٥٧٣) كون المقر عاقلاً وعليه بإقرار الصغير والصغيرة غير صحيح. حتى إن الصبي المحجور إذا قال بعد البلوغ إن اقراري الذي كان قبل البلوغ بكوني أتلفت مال فلان بدون اذنه باطل فلا يؤخذ، أما لو قال إن اقراري السابق حق فيؤخذ (الطوري) أنظر شرح المادة (٩٦٠).

١٢- في الشهادة، إن شهادة الصبي ليست مقبولة، فعليه لا تقبل شهادة الصبي على الوقائع التي تحصل في محال لعبه.

١٣- في القضاء: لا يجوز قضاء الصغير كما هو مذكور في المادة (١٧٩٤).

﴿مادة ٩٦٧﴾ يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن اذنه بذلك وليه وأجازته كأن يهب لآخر شيئاً أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه تخير في إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا. مثلاً إذا باع الصغير المميز مالاً بلا إذن وإن كان قد باعه بأزيد من ثمنه يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على إجازة وليه لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل.

ويعتبر تصرف الصغير المميز الذي يكون في حقه نفعاً محضاً أي التصرف النافع نفعاً دنيوياً من كل وجه كما هو مذكور في المادة (٨٥٣) ولو لم يأذن به الولي ولم يجزه لأن عدم اعتبار تصرف الصغير المميز مبنى كما بين في شرح المادة (٩٥٧) على احتمال الضرر في تصرفاته ولما كان ليس في هذا ضرر ما فهو معتبر إلا أنه يشترط أن يكون المال الموهوب شيئاً نافعاً للصغير. كما بين في شرح المادتين (٨٥٢ و ٨٥٣).

لذلك لو أجر الصغير المميز نفسه من آخر لإجراء عمل، وأوفى ذلك العمل استحق الإجرة على ما جاء في المادة (٥٩٩) ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض أي تصرفه تصرفاً دنيوياً مضرراً

من كل وجه كما هو مبين في المادة (٨٥٩) كأن يهب لآخر شيئاً أو يهديه إياه أو يتصدق به عليه أو يقر له به أو يرثه منه ولو أذنه بذلك وليه وأجازته لأنه يشترط في اعتبار تصرفات ضارة كهذه الأهلية الكاملة أي العقل والبلوغ ولذلك اشترط كون الكفيل عاقلاً بالغاً في انعقاد الكفالة في المادة (٦٢٨) واشترط في المادة (٨٥٩) العقل والبلوغ في الواهب .

قيل (ضرر دنيوي) : لأنه لا تعتبر جهة وجود النفع الأخرى في تصرف الصغير . وعليه فالصدقة والقرض وأمثالهما من التصرفات وإن كان فيها نفع أخروي فليست بصحيحة لما فيها من ضرر دنيوي (الطحطاوي) وسيبين في شرح المادة (٩٧٢) ما حصل من الاختلاف في حق القرض .

وعليه لو أبرأ الصغير وصيه من كذا درهماً له في ذمته فلا يصح ذلك الإبراء (علي أفندي) وكذلك إذا أجاز الصبي المميز بعد البلوغ تصرفاته كالهبة والهدية والصدقة فلا تصح إجازته لأنه يكون قد أجاز تصرفاً باطلاً والتصرف الباطل لا يقبل الإجازة على أن له أن يجدد العقد بعد البلوغ .

ويستفاد من بيان عدم صحة التصرفات المضرة ضرراً محضاً ولو أذن بها ولي الصغير أنه ليس لولي الصغير أو وصيه أو القاضي أن يهب مال الصغير بالذات أو أن يتصدق به أو يهديه أنظر المادة (٥٨) «رد المحتار» .

إن بطلان تصرفات الصغير المميز المضرة هذه فيما إذا كانت في ماله أما لو تصرف الصغير المميز في مال غيره بالوكالة فتصرفه نافذ ومعتبر كما هو مصرح في المادة «١٤٥٨» .
أما عقود الدائرة بين النفع والضرر أو تصرفاته فإذا كانت لنفسه تتعقد موقوفة على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ أو بعد الإذن . أما إذا كانت لغيره بطريق الوكالة فهي نافذة على ذلك الغير ولا تتوقف على إجازة وليه كما سيبين في المادة «١٤٥٨» «أبو السعود المصري» .

وفي صحة إجازة التصرفات العائدة للصغير وعدم صحتها توجد القاعدتان الآتيتان :
القاعدة الأولى : كل تصرف يستطيع ولي الصغير أو وصيه الأتيان به في مال الصغير إذا تصرف أحد غيره هذا التصرف كان موقوفاً على الإذن ويصح هذا الإذن من الولي أو الوصي كما يصح أيضاً من الصبي بعد البلوغ أو بعد أن يؤذن . فعليه يكون بيع الصبي موقوفاً على الإذن كما أنه لو باع الأجنبي مال الصغير يكون بيعه موقوفاً على الإذن أيضاً لأن الإجازة انتهاء كالإذن ابتداء إذ كما تكون هذه التصرفات نافذة بفعل ولي الصبي أو وصيه أو بفعل الصبي المأذون أو البالغ ابتداء تكون أيضاً نافذة بالإجازة انتهاء .

القاعدة الثانية : كل تصرف لا يمكن لولي الصغير أو وصيه أن يتصرفه كانت الإجازة باطلة إذا تصرفه الصغير أو الأجنبي وأجازته الولي أو الوصي بعد البلوغ أو بعد الإذن «الهندية في الباب الثاني عشر من الحجر بزيادة ما» وعليه فهبة الصغير تكون باطلة ولا تكون موقوفة على الإذن كما أنه وهب أجنبي مال الصغير من آخر فضولاً فلا تكون هذه الهبة موقوفة بل تكون باطلة .

والحكمة في نفاذ التصرفات النافعة وبطلانها في غير النافعة وإيقافها على الإذن في التصرفات

الدائرة بين النفع والضرر هي أن الصبي المميز باعتباره عاقلاً يشبه العاقل والبالغ وباعتبار قصور عقله وعدم توجه الخطاب إليه أي عدم تكليفه هو مماثل للطفل الذي لا يعقل ولذلك تثبت ولاية الغير عليه ولذلك فقد ألحق الصبي المميز في التصرفات التي هي نفع محض له بالبالغ والحق بالطفل في التصرفات التي هي ضرر محض له .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيما أنه يحتمل الضرر فيها لنقصان عقل الصغير كما أنه يؤمل أن يكون فيها نفع فلذلك إذا أذنه الولي يكون قد رجح جانب المصلحة أي أن الولي يكون قدر رأى منفعة في ذلك التصرف فيصبح ذلك التصرف صحيحاً (أبو السعود، الطحطاوي، التنقيح).

إن هذا النوع من تصرفات الصغير المميز فكما صحيحاً بعد إعطاء الصغير الاذن يكون صحيحاً أيضاً فيما لو تصرف الصغير قبل الاذن وأجاز الولي تصرفه .

فلذلك إذا تصرف الصغير المميز قبل الاذن فأجاز الصبي هذا التصرف بالذات بعد أن أذنه الولي أو بعد أن بلغ جاز ولا يجوز التصرف المذكور بمجرد بلوغ الصغير بدون الإجازة (التنقيح).

وعليه فتصرفات الصغير المميز تكون نافذة على ثلاثة أوجه .

١ - إذا تصرف بعد الاذن .

٢ - إذا تصرف قبل الاذن وأجاز الولي بعد ذلك .

٣ - إذا تصرف قبل الاذن وأجاز تصرفه بنفسه بعد الاذن أو بعد البلوغ (الهندية في الباب الأول،

رد المحتار).

يستفاد من قول المجلة (ينعقد موقوفاً على إجازة وليه) أنه إذا كان للصغير حين إجرائه ذلك التصرف وصي خاص كالأب أو الوصي أو وصي عام كالقاضي فتنعقد تلك التصرفات موقوفة على إجازة ذلك الولي . أما إذا لم يوجد للصغير المذكور ولي خاص أو ولي عام وقت انشائه تصرفاً كهذا فيكون مثل هذا العقد والتصرف باطلاً ولا يكون موقوفاً على إجازة الصبي بعد البلوغ . لأنه عند وقوع ذلك العقد لم يكن ولي خاص أو ولي عام كالقاضي يميزه فأصبح باطلاً ولذلك لم تصح إجازته بعد بلوغ الصبي لبطالته .

مثلاً إذا وجد صبي مميز من رعية الدولة العلية في بلاد أجنبية وباع مالاً له هناك من أحد ولم يوجد له ولي خاص ولا ولي عام كالقاضي لعدم وجوده تحت ولاية قاض فالعقد باطل ولا يصح بالإجازة بعد البلوغ . لأنه وإن كان نفس العقد قابلاً للإجازة إلا أنه لم يوجد ولي يميزه وقت وقوعه فكان باطلاً غير أن بعض الفقهاء المتأخرين يرون أنه إذا أنشأ الصغير المميز عقداً من هذا النوع ينعقد موقوفاً على إجازة الصغير بعد البلوغ ولو لم يوجد له ولي خاص أو عام (التنقيح).

ويستفاد من هذه الإيضاحات أن للعقد الصادر من الصغير شرطين ليكون موقوفاً على الإجازة

أحدهما يعود إلى نفس العقد والثاني إلى المميز .

الشرط الأول، أن يكون ذلك العقد قابلاً للإجازة كالبيع بضمن المثل . فلذلك لو وهب الصغير

ماله لآخر أو كفل آخر أو قبل أن يجيل أحد الدين عليه وما اشبه ذلك من العقود فيما أنها تكون باطلة حين وقوعها فلا تقبل الإجازة .

الشرط الثاني، أن يكون للصغير ولي خاص أو عام حين وقوع العقد. على أن الولي مخير في الإجازة في العقود الدائرة بين النفع والضرر فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها أي إذا شاء فسخها وأبطلها وإن رآها غير مفيدة فلا يجوز له عدم إجازتها.

ويستفاد من عبارة (فإن رآها مفيدة) أنه يشترط لإجازة الولي عقداً كهذا شرط أساسي وهو أن لا يكون في العقد غبن فاحش وعليه أو أجاز الولي مع الغبن الفاحش فلا تصح أنظر المادة (٥٨) لكن إذا باع الصبي المأذون المال بغبن فاحش صح البيع كما هو مذكور في المادة (٩٧٢) أما إذا أجاز الولي بيع الصغير الغير المأذون بغبن فاحش فلا تصح إجازته فيجب إيجاد الفرق بين الحالتين لاختلاف الحكم فيهما أنظر شرح المادة المذكورة.

وللولي إجازة عقد الصبي الذي فيه غبن يسير (رد المحتار).

إن العقود الدائرة بين النفع والضرر هي كالبيع، والشراء، والسلم، والاستصناع، والرهن، والإيداع والاستيداع وما اشبه: إلا أنه يرد سؤال على توقف الشراء وهو إذا كان التوقف على الإجازة يقع في البيع فلا يقع في الشراء لأن الشراء لا يبقى موقوفاً وينفذ حق المشتري. مثلاً لو باع أحد مال زيد بلا إذن كان ذلك موقوفاً على إجازة زيد بخلاف ما لو اشترى أحد مالاً نأوياً أنه لزيد بدون إذنه ولا وكالته نفذ الشراء في حق المشتري وصار ملكاً له فلو أجاز زيد بعد ذلك هذا الشراء فلا يصبح مالاً لزيد.

يقال جواباً على هذا السؤال إن نفاذ الشراء في حق المشتري يكون في الصورة التي يكون المحل قابلاً ومساعداً للنفاذ كما في شراء الفضولي. أما في هذه المسألة فحيث إن الصبي المميز غير ذي أهلية وليس محلاً قابلاً للنفاذ فلم ينفذ الشراء وبقي موقوفاً كالبيع (الزيلي). القاعدة العمومية وما يتفرع عنها.

يتفرع عن فقرة (أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل . . .) بسبب كونها قاعدة عمومية مسائل وفيرة من الكتب العديدة:

البيع والشراء: لو باع الصغير المميز مالاً بلا إذن يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على إجازة وليه ولو كان باعه بأزيد من قيمته لأن عقد البيع في الأصل بقطع النظر عما يقع من الجزئيات صدفة واتفاقاً هو من العقود المترددة بين النفع والضرر. ففي البيع نفع لأنه يحصل بسببه على ثمن المبيع وفيه ضرر لأن ملك البائع يزول عن المبيع. وهكذا الحال في الإجازة والنكاح وغيرهما (القهستاني).

فلذلك لو اشترى صبي مالاً ولو اشتراه بأنقص من ثمنه فنفاذ شرائه موقوف على إجازة وليه ووليه مخير إن شاء أجاز في مصلحة الصبي ومنفعته إن رآه مفيداً وإن شاء فسخ ويستفاد من كون حق الإجازة عائداً للولي أنه لا يمنع الولي بعد الاذن من التصرف في مال الصغير المأذون حتى لو كان الصغير المأذون مديناً (أبو السعود).

أي ان حق ولاية الولي لا تسقط بإعطاء الولي الاذن للصغير أما إذا بلغ الصغير فلا تبقى ولاية للولي بعد،

وقد أشارت المجلة بقولها (لأن عقد البيع في الأصل . . .) إلى هذا السؤال والجواب:
السؤال: ألا يجب لوباع الصبي المميز مالاً له وكان نفعاً محضاً بأن باعه بأضعاف قيمته أو اشترى
مالاً بأقل من قيمته بكثير وكان نفعاً محضاً أن ينفذ لأنه كاهبة.

الجواب: إن المعتبر في مسألة النفع والضرر هو الوضع الأصلي وليس الجزئيات التي تقع
اتفاقاً (العيني) والبيع في وضعه الأصلي متردد بين النفع والضرر (الطحطاوي) يعني أن الحكم كما
هو المذكور في شرح المادة (١٨٩) يعتبر في الجنس وليس في الجزئيات.

خلاصة الكلام: إن تصرفات الصغير المميز على ما جاء في شرح المادة (٩٦٠) على ثلاثة^١
أقسام: أولها: ما كان نفعاً محضاً كاتهاب مال وما كان ضرراً محضاً كان يهب ماله لآخر وما كان
دائراً بين النفع والضرر كالبيع فأولهما ينفذ بلا إذن؛ وثانيها: يكون باطلاً ولو أذن فيه؛ وثالثها:
موقوف على الاذن إذا لم يكن فيه ضرر فاحش (ابو السعود).
وبيين في المادة (٩٧٤) من له حق الولاية على الصغير في هذا الباب.

الإجارة - إن إجارة الصبي المميز منعقدة على ما ذكر في شرح المادة (٤٤٤) أما غير المأذون
فإجارته موقوفة على إجارة وليه.

الحوالة - إن قبول الصبي المميز الحوالة على ما ذكر في المادة (٦٨٥) تنعقد موقوفة على إجارة وليه.
الرهن - إن رهن الصبي المميز وارتهانه جائز ان كما هو مذكور في شرح المادة (٧٠٨) أما إذا لم
يكن مأذوناً كانا موقوفين على إجارة الولي.

الأمانات - إن إيداع الصبي المميز وقبوله الوديعة كما هو مذكور في المادة (٧٧٦) صحيحان فإذا
كان مأذوناً كانا نافذين وإذا لم يكن مأذوناً كانا موقوفين على إجارة وليه.
وكذلك إعارة الصبي المميز واستعارته صحيحتان بمقتضى المادة (٨٠٩) وإذا لم يكن مأذوناً
كانتا موقوفتين على إجارة وليه.

الشركة - يشترط أن يكون الشركاء مميزين وذلك بمقتضى المادة (١٣٣٣) فإذا كان الصبي
مأذوناً نفذت الشركة وإلا كانت موقوفة على إجارة الولي وللصبي المميز أن يعقد عقد مزارعة حسب
المادة (١٤٤٣) وإذا كان غير مأذون تنعقد موقوفة على إجارة الولي.

الوكالة - إذا وكل الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وكان غير مأذون كانت
موقوفة على إذن وليه بمقتضى المادة (١٤٥٧).

الصلح - إذا تصالح الصبي المميز مع آخر ولم يكن ثمة ضرر بين كان صحيحاً بمقتضى المادة
(١٥٣٩) فإذا كان مأذوناً كان نافذاً وإذا كان غير مأذون كان موقوفاً على إجارة وليه.

الاستقراض - إذا استقرض الصبي المحجور دراهم وأعطاهها مهراً لزوجته كان جائزاً. وإذا أنفقها

في غير ذلك من لوازمه فلا يؤاخذ بها في الحال ولا بعد البلوغ (الهندية في الباب الثاني، وواقعات المفتين).

الأحوال التي يرفع فيها الحجر عن الصبي : الأسباب التي ترفع الحجر عن الصبي إثنان : أولها إعطاء وليه الاذن له وستبحث مادتا (٩٦٩ و ٩٧١) من المجلة في هذه الفقرة. ثانيها البلوغ وستبحث المادة (٩٨٥) وما يليها من المواد فيه (التنقيح).

﴿مادة ٩٦٨﴾ للولي أن يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقي أمواله .

لولي الصغير ان يأذن له أي أنه لولي الصغير المميز أن يسلم له مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة والاختبار أي ليعلم بأنه صار رشيداً أم لا يزال غير رشيد وعليه فإذا أحسن الصغير التصرف بالمال وتحقق الولي رشده سلمه ودفع إليه باقي أمواله أي يجوز للولي أن يدفعها ويسلمها إليه ولكن لو بلغ الصغير البلوغ فلا يستعجل بإعطائه ماله وإنما يختبر ويجرب بادئ الأمر ومتى تبين رشده وتحقق فحينئذ تعطى إليه أمواله كما هو مصرح في المادة (٩٨١).

ويقهم من هذه الإيضاحات أن تسليم ودفع مال الصغير إليه ليس ببلوغه بل هو مشروط برشده فلذلك لو تبين رشده جاز إعطاؤه ماله ولو كان صغيراً . كما أنه لا يجوز دفع وتسليم المال إليه إذا كان سفيهاً وغير رشيد ولو كان بالغاً.

وإذا سلم الوصي المال للصبي الذي ثبت رشده على الوجه المذكور في هذه المادة وضاع من يده فلا يلزمه ضمان أنظر المادة (٩١) رد المحتار. أما إذا أعطاه إياه قبل أن يثبت رشده فيضمن كما هو مصرح في المادة (٩٨٣).

وإذا أعطى الولي اذناً للصغير فيشترط ليعد مأذوناً لحوق علمه بالاذن فعليه لو قال أب أذنت ابني فلاناً بالتجارة ولم يعلم الصغير بصدور هذا الاذن من أبيه فلا يكون مأذوناً «رد المحتار، الطحطاوي» وذلك كما هو مذكور في شرح المادة «٩٤٢» .

وقال بعض العلماء انه كان الاذن للصغير اذناً ضمناً فلا يشترط لحوق علم الصغير ليعد مأذوناً. مثلاً لو قال ولي الصغير لجماعة خذوا واعطوا مع ابني فقد أعطيته اذناً فتبايعوا معه فيكون ذلك الصغير مأذوناً ولو لم يعلم الصغير مأذوناً ولو لم يعلم الصغير بكلام وليه . إلا ان بعض العلماء اشترط لحوق علم الصغير الاذن ضمناً أيضاً وهذا هو الظاهر «رد المحتار» .

﴿مادة ٩٦٩﴾ العقود المكررة التي تدل على أنه قصد منها الريح هي اذن بالأخذ والإعطاء مثلاً لو قال الولي للصغير بع واشتر أو قال له بع واشتر مالا من الجنس الفلاني فهو اذن بالبيع والشراء وأما أمر الولي الصبي بإجراء عقد واحد فقط

كقوله له اذهب إلى السوق واشتر الشيء الفلاني أو بعه فليس باذن بالبيع والشراء بل إنما يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المتعارف والمعتاد.

التصرفات والعقود المكررة التي تدل على أنه قصد منها الربح أو بعبارة أخرى الأمر والاذن بالتصرف النوعي هو اذن بالبيع والشراء وقد جاء في رد المحتار إن إعطاء الاذن بالتصرف المكرر صريحاً أو دلالة هو اذن بالأخذ والعطاء ولم يأت فيه عبارة «التي تدل على أنه قصد منها الربح» لأن الاذن بنفس العقود المكررة يدل على قصد الربح فلذلك ليس لولي الصغير أن يدعى بعد إعطائه الاذن بالقصد المكرر أنه لم يحصل الاذن لأنه كان قصد الربح مفقوداً وعليه فلو لم تذكر المجلة عبارة «التي تدل على أنه قصد منها الربح» لكان أجدد.

مثلاً لو قال الولي للصغير المميز بع واشتر أو قال له بع واشتر مائلاً من الجنس الفلاني أو قال له بع ثوبي هذا واشتر بثمنه الشيء الفلاني أو تعاطى الصباغة أو القصارة أو الخياطة فهو اذن بالبيع والشراء أي يكون بالفاظ كهذه قد اذن للصغير صراحة «الهداية في الباب الثاني، رد المحتار».

كذلك لو قال الولي للصغير آجر نفسك من الناس للعمل الفلاني فيكون ذلك اذناً. لأن لما لم يعين الولي الرجل الذي يريد أن يشتغل الصبي عنده فيكون قد أمره بعقود مختلفة.

كذلك لو أعطى الولي الصغير دابة يؤجرها من الناس لركوبها وتحميل أمتعتهم أو قال له اشتغل مع الحمالين فيكون قد أذنه بالتجارة. كذلك لو سلم الولي الصغير مزرعة وقال له آجر بعض أراضيها واشتر حنطة وشعيراً وازرعها وبع محصولاتها واعط ضريبتها فيكون بذلك قد اذن له بالتجارة فلو أعطى ولي الصغير مزرعة وقال له خذ بذاراً واستأجر عمالاً وازرعها وأكر أنهارها واسقها واعط ضريبتها فيكون قد أذنه أيضاً (رد المحتار).

كذلك لو قال الولي الصغير بع هذا الثوب لأجل الربح والمكسب أو بعه على وجه الربح فيكون منه اذناً أما مجرد قوله له بعه فليس باذن أما لو قال ولي الصغير له اذهب إلى السوق واشتر الشيء الفلاني أو بع الشيء الفلاني من فلان^(١) أو قال له اذهب إلى فلان واجر نفسك منه للعمل الفلاني أو حصل بدل إيجار عقاراتي أو استوف ديوني من ذمم الناس أو قد أمرتك بالإدعاء بديوني أو أمره بإجراء عقد يتعلق بإكساء أهل بيته أو بالإتفاق عليهم وبعبارة أخرى أن إعطاء الاذن بالتصرف الشخص. ليس باذن بالبيع والشراء بل إنما يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلاً على ما هو المعتاد.

وعدم اعتبار الأمر بإجراء عقد واحد اذناً مقيد بقيدتين :

١ - أن تكون الدراهم قليلة فيمكن إنتهاء الشغل بالشراء دفعة واحدة ليعد ذلك استخداماً. أما إذا كانت الدراهم المعطاة كثيرة الكمية ولا يمكن الفراغ من الشغل دفعة واحدة وكان مجبراً على الشراء بها

(١) وإن يكن أنه لم يعين في المجلة البائع في الأمر بالشراء والمشتري في الأمر بالبيع إلا أنه قد ذكر في الاشباه والخاتية أنه إذا لم يعين للبائع في الأمر بالشراء والمشتري في الأمر بالبيع يكون ذلك اذناً بالتجارة.

مراراً لإكمال الأمر فيها ان ذلك يكون اذناً بالعقود المكررة والمتفرقة فيكون ذلك اذناً بالتجارة (الهندية في الباب الثاني من كتاب المأذون).

٢ - أن يكون ممكناً عد الأمر بإجراء عقد واحد استخداماً فإذا كان غير ممكن عد الأمر بإجراء عقد واحد استخداماً فهو اذن بالتجارة.

مثلاً لو غصب الصبي متاعاً وأمره الولي ببيعه فيكون ذلك الصبي مأذوناً. لأن جعل هذا الأمر استخداماً ليس ممكناً. وعليه فمن الظاهر أن الأمر لا يكون لخدمة الولي كما لا يمكن أن يكون لخدمة المالك لأنه لا يعمل للمالك وهذا أصل يتفرع منه المسائل المماثلة (مجمع الأنهر).

كذلك الأمر بمناظرة زرع مزرعته أو الاشتغال في أبينته أو المحاسبة مع غرمائه أو تأدية ديونه لأصحابها ليس باذن. كذلك لو أعطى الولي الصغير حماراً وأمره بنقل المياه لعياله عليه أو لبعض جيرانه بلا أجر لا يعد اذناً أما لو أمره ببيع الماء فيكون ذلك اذناً «الخانية» لأنه لو عد إرسال الصبي للسوق لشراء ليمونة اذناً بالتجارة لزم اعتبار صحة إقراره بأموال عظيمة فبذلك يسد باب الاستخدام وهذا فيه حرج ومشقة على الناس ويصير استخدام الصبي غير ممكن (الهداية).

تقسيم الاذن : يتبين من الإيضاحات السالفة إن الاذن قسمان :

القسم الأول : الاذن العام ويكون بالفاظ كأذنتك بالتجارة في كل نوع أو في النوع الفلاني من التجارة أو بع واشتر وهو القسم المبين في الفقرة الأولى من هذه المادة وهو يسمى بثلاثة أسماء :

١ - الاذن بالعقود المكررة .

٢ - الاذن بالتصرف النوعي .

٣ - الاذن العام .

القسم الثاني : الاذن الخاص كقولك اشتر بدرهم ملحاً أو ليموناً وقد بين هذا في الفقرة الثانية من هذه المادة (الطحطاوي).

ولهذا القسم ثلاثة أسماء :

١ - الأمر بإجراء عقد واحد .

٢ - الأمر بالتصرف الشخصي .

٣ - الاذن الخاص .

وعليه فيجب إيجاد الفرق بين استخدام صبي وبين اعطائه الاذن على الوجه المذكور حتى لا يؤخذ من كل شيء يكلف به الصبي معنى الاذن بالبيع والشراء (رد المحتار، الطوزي).

شرط الاذن : قلنا فيما مر إذا أعطي الصغير اذناً فيلزم أن يصله خبر الاذن وإذا باع أو اشترى قبل خبر الاذن له فلا يكون بيعه وشراؤه نافذين لأنه ليس بمأذون (رد المحتار) وذلك كما هو المذكور في شرح المادة الأنفة وشرح المادة (٩٤٢).

وصول خبر الاذن : يحصل بكتابة الولي كتاباً للصغير يخبره فيه بالاذن أو بإرسال رسول كما أنه

يحصل باخبار رجلين عدلين أو غير عدلين أو باخبار رجل عدل واحد فضولاً هذا فيما إذا لم ينكر الولي أخيراً الاذن أما إذا أنكر فتلزم البيئته .

كذلك إذا أخبره شخص واحد غير عدل فضولاً وصدق الصبي المميز هذا الخبر تم الاذن (الهندية في الباب الثاني).

وسأتي في شرح المادة (٩٧٣) أنه يشترط إذا حجر على الصغير وصول خبر الحجر له . ويحصل وصول خبر الحجر بما يحصل به وصول خبر الاذن والقول المقتي به هو هذا (الطوري بتغيير ما).

﴿مادة ٩٧٠﴾ لا يتقيد ولا يتخصص اذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشراء مثلاً لو أذن الولي الصغير المميز يوماً وشهراً يكون مأذوناً على الإطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الاذن ما لم يحجره الولي كذا لو قال له بع واشتر في السوق الفلاني يكون مأذوناً بالبيع والشراء في كل مكان كذلك لو قال له بع واشتر المال الفلاني فله أن يبيع ويشترى كل جنس المال

ولا يتقيد ولا يتخصص اذن الولي «١» بزمان «٢» بمكان «٣» بنوع من البيع والشراء «٤» بمعاملة شخص معين، حتى لو جرى التخصيص بالتصرفات بسبب اقتدار ووقوف الصبي على التصرف فيها وللعلم بعدم اقتداره على التصرفات الأخرى فلا يتخصص الاذن .

لأنه لما كان الاذن إسقاطاً فلا يقبل التقيد وليس الاذن اناية وتوكيلاً ولو كان اناية وتوكيلاً لتقيد وتخصص كما هو مذكور في المادة (١٤٥٦) (منلا مسكين) وعليه فتجارة الصغير في كل نوع من أنواع التجارة وأخذة وعطاؤه صحيحان كما أن الغبن الفاحش ورهنه مالاً وإعارته ثوباً وحيواناً صحيحة أيضاً ولو كان الولي قد منعه البيع والشراء مع الغبن الفاحش لأن البيع مع الغبن الفاحش من عادات التجار ويقصد به جلب القلوب فيبيعون صفقة واحدة مع الغبن الفاحش ويبيعون صفقة أخرى بالربح وعليه فللصبي المأذون أن يباشر كل نوع من أنواع البيع والشراء .

ويستفاد من قوله لا يتقيد ولا يتخصص على الإطلاق أن الولي سواء نهى عن مخالفة تقبيده صراحة أو سكت عن ذلك فلا يتقيد ولا يتخصص يعني مثلاً لو قال الولي صراحة للصغير بع واشتر في المكان الفلاني أو قال له بع واشتر حنطة ولا تبع أو تشتري غيرها ونهى عن خلافها فله أن يبيع ويشترى في غير ذلك المكان أو أن يبيع ويشترى غير ذلك الشيء المعين حتى إنه لو قال أذنتك لشهر وحجرتك لمرور شهر فإذا لم يحجر بعد مرور الشهر محددًا بقي مأذوناً أيضاً (الهندية في الباب الثاني، رد المحتار).

إن جواز البيع والشراء مع الغبن الفاحش المبين آنفاً هو مذهب الإمام الأعظم أما عند الإمامين فإن البيع والشراء بالغبن الفاحش غير جائزين ويجري الاختلاف المذكور في المعنوية المأذون أيضاً (رد المحتار) والحجر كالأذن أيضاً لا يقبل التخصص والتجزؤ أنظر شرح المادة (٩٧٣) (أما عند الإمام الشافعي والإمام زفر) فإن الاذن يتقيد ويتخصص بها وإليك سبب الاختلاف :

إن الاذن عند الأئمة الحنفية هو إسقاط فلا يتقيد أما عند الشافعية فهو ائابة وتوكيل فيتقيد (رد المحتار).

مثلاً لو أذن الولي الصغير المميز بالبيع والشراء يوماً واحداً أو شهراً يكون الصغير المميز مأذوناً على الإطلاق، يعني يكون مأذوناً في ذلك اليوم أو في ذلك الشهر وفي غيره من الأيام والأشهر ويبقى مأذوناً دائماً ما لم يحجره الولي ولا ينحجر بانقضاء ذلك اليوم أو الشهر أما بعد الاذن للولي كما هو مذكور في المادة (٩٧٣) أن يحجر الصغير مجدداً ويبطل الاذن الذي أعطاه له وهذا مثال لعدم تقيد الاذن وتخصصه بالزمان.

كذا لو قال له بع واشتر في السوق الفلاني يكون الصغير مأذوناً بالبيع والشراء في ذلك السوق وفي غيره وفي كل مكان وهذا مثال لعدم تقيد الاذن بالمكان كذلك لو قال ولي الصغير له بع مالاً من النوع الفلاني كأن يأذن له ببيع الخبز سواء منعه من بيع أموال أخرى وشرائها أم لم يمنعه فله أن يبيع ويشترى ما يشاء من أجناس الأموال (الدر المختار ورد المحتار والهداية).

إلا انه إذا أمر الولي بشراء شيء معين كالطعام والكساء فيكون ذلك من قبيل الاستخدام ولا يعد مأذوناً كما ذكر في المادة (٩٦٩) (رد المحتار) وهذا مثال لعدم تقيد وتخصص الاذن بنوع من الأخذ والعطاء.

كذلك لو قال الولي للصغير بع واشتر مع الرجل الفلاني أي بأن يأمره الولي ويقيده بمعاملة شخص معين فلا يعتبر الأمر والتقييد وللصغير أن يشتري ويبيع من كل أحد (التنوير ورد المحتار).

﴿مادة ٩٧١﴾ كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة أيضاً مثلاً لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشترى وسكت ولم يمنعه يكون قد أذنه دلالة.

إن الاذن كما هو مذكور في المادة (٩٦٩) يكون دلالة كما يكون صراحة وقوله لا انهاه عن التجارة اذن أيضاً (الهندية في الباب الثاني).

مثلاً لو قال الولي للصغير المميز أذنتك بالتجارة أو أعطيتك اذناً بالتجارة ولم يعين له شراء شيء فهو اذن صراحة وكذلك لو رأى ولي الصغير المميز ما عدا القاضي الصغير يبيع ويشترى أي علم ببيعه وشرائه وسكت ولم يمنعه فيكون قد أذنه دلالة في التجارة أي في غير الذي رآه يبيع ويشترى فيه (الطحطاوي) أنظر المادة (٦٧) لأنه وإن كان السكوت يحتمل الرضا والسخط ويلزم ألا يثبت الاذن بالشك فقد جرت العادة بأنه إذا رأى أحد شخصاً تحت حجره وولايته يبيع فإنه يمنعه إذا لم يكن راضياً بذلك فعليه إذا لم يعد السكوت اذناً كان ذلك مؤدياً إلى الضرر بالناس لأن الناس ينخدعون بسكوته ويتعاملون معه وعليه فقد عد السكوت رضا (مجمع الأنهر).

بما ان البيع والشراء قد ذكروا مطلقين فيشملان البيع الصحيح والفاقد كما يشملان المال المبيع

سواء كان للولي أم لغيره وسواء أكان البيع وقع بأمر الولي أم بدون أمره وسواء أكان المال محرماً كالخمر أم غير محرّم (أبو السعود، الطحطاوي، الهندية في الباب الثاني من المأذون، مجمع الأنهر).
 لكن يقتضي لصيرورة السكوت اذناً دلالة عدم وجود منع صريح أما إذا وجد منع صريح كما لو أعلن ولي الصغير قائلاً إذا رأيت فلاناً الصغير وهو يبيع ويشترى وسكت فلا يكون ذلك اذناً منه أنظر المادة (١٣) (رد المحتار، الطوري).
 والمقصود من الرؤية العلم كما هو مبين في الشرح (أبو السعود).
 فعبارة (إذا رأيت) هنا بمعنى (إذا وقفت واطلعت).

أي سواء أراى بعينه أم علم بطريق الأخبار. كذلك قوله ما «ما عدا القاضي» احتراز عنه لأن القاضي لو رأى الصغير أو المعتوه يبيع ويشترى وسكت فلا يعد سكوته اذناً له بالتجارة لأنه ليس للحاكم من حق في مال الغير حتى يسقطه بالاذن (التنوير، الدر المختار قبيل كتاب الغصب).

كذلك قد جاء شرحاً (فيها عدا البيع والشراء من الأمور). لأنه لا يعد بالسكوت المذكور مأذوناً بهذا الأخذ والعطاء وعليه فلوليه أن يحيز البيع والشراء المذكورين وإذا شاء يفسخهما وإلا فيلزم أن يكون الصبي مأذوناً قبل أن يؤذن وهذا ظاهر البطلان.

مثلاً لو رأى الولي الصبي المحجور قد أخذ عدلاً من السكر من مكان وأخذ يبيعه في مكان آخر ولم يمنعه فيكون هذا الصبي مأذوناً ويكون أخذه وإعطاؤه نافذاً بعد ذلك إلا أنه لا يكون بيع وشراء ذلك السكر نافذاً لأن بيع وشراء السكر المذكور وسيلة للاذن فوسيلة الشيء خارجة عنه لأنه يلزم تقدم الشيء على نفسه (مجمع الأنهر، الدر المختار، الطحطاوي، أبو السعود الهندية في الباب الثاني، رد المحتار).

﴿مادة ٩٧٢﴾ لو أذن للصغير من قبل وليه يكون في الخصوصات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ وتكون عقوده التي هي كالبيع والإجارة معتبرة.

وكذلك المعتوه ويستفاد من هذه المادة تصرفات العاقل البالغ غير المحجور كما أنها نافذة ومعتبرة فتصرفات الصغير المأذون الداخلة تحت الاذن صحيحة ونافذة ومعتبرة أيضاً وإذا لحقته أي الصغير ديون بسبب معاملات تجارية كهذه تؤدي من أموال الصغير سواء اكتسب هذه الأموال قبل الدين أو بعد الدين وسواء أملكها بالإتباب أم عن طريق الإرث. وإذا لم تف هذه الأموال بالدين لزم انتظار حال يسره ولا يضمن بها وليه (مجمع الأنهر استنباطاً).

وعليه فتكون عقوده «١» كالبيع «٢» والشراء «٣» والسلم «٤» والإجارة «٥» والتوكيل للفقود الماضية والتصرفات الآتية «٦» والرهن «٧» والارتمان «٨» وتأجيل الدين «٩» والإعارة «١٠» والمساقاة «١١» والمزارعة «١٢» والمضاربة «١٣» والأبضاع «١٤» وعقد شركة العنان «١٥» والاستقراض «١٦» وأخذ بذور وزرع مزرعته «١٧» والإقرار «١٨» والصيرورة مدعياً ومدعى عليه «١٩» والنكول عن اليمين لدى توجيهها عليه في الدعوى عليه «٢٠» وهبة الطعام اليسير وإهدائه

«٢١» وتجزيل ثمن المبيع، المقدار الذي يجوز تنزيله وحطه عادة عند التجار بسبب العيب، وما اشبه ذلك من الخصوصات، تكون معتبرة، ولنبادر فيما يلي إلى إيضاح ما ذكر:

١ - البيع: إذا باع الصغير المأذون ماله من آخر سواء أكان عقاراً أم منقولاً أم موروثاً بثمن المثل أو مع الغبن اليسير حالاً أو مؤجلاً كان البيع صحيحاً بالاتفاق (الطحطاوي، مجمع الأنهر). كذلك لو أذن الولي ولديه المميزين وباع أحدهما من الثاني ماله كان جائزاً (الهندية في الباب الثاني عشر) وإذا باعه بمحابة وبغبن فاحش يكون جائزاً أيضاً عند الإمام الأعظم. ولو نهى الولي الصغير عن البيع مع الغبن الفاحش يكون البيع مع ذلك صحيحاً (رد المحتار، الصحطاوي). ودليل الإمام الأعظم هو أن رأي الصبي المميز يكمل بانضمام رأي الولي إليه ويلحق بالبالغ ولما كان بيع البالغ بالغبن الفاحش صحيحاً فلذلك كان بيع الصبي المميز المأذون بالغبن الفاحش صحيحاً أيضاً. أما بيع الولي مع الغبن الفاحش فليس بصحيح (كشف الأسرار، شرح النار).

كذلك يقع الغبن الفاحش في ضمن عقد التجارة وما يقع ضمن شيء يأخذ حكم ذلك الشيء. أما الهبة فليست تجارة (أبو السعود). إلا أن بيع الصغير مع الغبن الفاحش عند الامامين ليس صحيحاً لأنه لما كان المقصود من التجارة هو الإسترباح والبيع مع الغبن الفاحش إتلاف فيجري مجري التبرع حتى إنه صدر من مريض يعتبر من ثلث ماله وبيع الأب والوصي والقاضي ماله للصغير على هذا الوجه غير جائز (أبو السعود المصري).

ويجري في المعتوه المأذون أيضاً الإختلاف المذكور «رد المحتار».

وبما أن هذه المادة قد ذكرت البيع مطلقاً فيستدل بناء على المادة (٦٤) أنها اختارت مذهب الإمام الأعظم وإذا وقعت محابة الصغير المأذون في مرض موته فتجرى وفقاً للمسائل الواردة في مرض الموت في كتاب البيوع «مجمع الأنهر استخراجاً».

استثناء: تستثنى المسألة الآتية من صحة البيع مع الغبن الفاحش (أي المحابة) لو باع المأذون الصبي ماله مع الغبن الفاحش من أبيه فليس بجائز عند الشيخين أما إذا باعه بقيمة المثل أو أكثر أو بغبن يسير كان صحيحاً «الهندية في الباب الثاني عشر، الطحطاوي».

٢ - الشراء: للصبي المأذون أن يشتري لنفسه ماله بثمن المثل أو بغبن يسير، أما الشراء مع الغبن الفاحش فقد اختلف فيه كالبيع، فقال الإمام الأعظم بصحته وقال الإمامان بعدم صحته (رد المحتار).

وقد ساوى الإمام الأعظم في بيع الصبي وشرائه فقال بجوازهما مع الغبن الفاحش إلا أنه فرق بينهما في تصرف الوكيل فجوز بيع وكيل البيع بالغبن الفاحش ولم يجوز شراء وكيل الشراء بالغبن الفاحش أي ذهب إلى عدم نفاذ عقد الشراء بحق الموكل وسيوضح ذلك في مادتي (١٤٨٢) و (١٤٩٤) لأن للوكيل الرجوع على موكله بالشيء الذي يلحقه من العقد الذي باشره وكالة، فهو متهم بالحيله، أي بأنه اشترى ذلك المال لنفسه وأراد الزام موكله به عندما أطلع على غبنه الفاحش، أما المأذون فليس له أن يرجع على أحد، ولذا فليس في تصرفه تهمة الحيلة، فكان حكم البيع والشراء في حقه سيئين.

٣ - السلم: يصير الصغير المأذون مسلماً إليه وبعبارة أخرى يصير بائعاً كما يصير رب سلم،

أي مشترياً لأن السلم نوع من التجارة والحكم في الإستصناع على هذا المنوال أيضاً لأنه بيع .

٤ - الإجارة: للصغير المأذون أن يؤجر نفسه أو ماله كحوانيته وبيوته وما اشبه ذلك، كما أنه له أن يستأجر العقارات والإجراء سواء كان الاستئجار مسانحة أم مشاهرة، فلذا للصغير المأذون أن يستأجر ما يحتاج إليه من دار أو حانوت أو دابة. لأنه يحتاج إلى ذلك في التجارة (ابو السعود، الطحطاوي) وذلك كما قد بين في المادة (٤٤٤) إلا أنه إذا أجز الصغير المأذون نفسه لآخر للخدمة فللولي أن يفسخ الإجارة لدفع العار عنه (البزازية في الإجارة في مسائل العذر).

٥ - التوكيل: للصغير المأذون أن يوكل غيره في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء كما هو مذكور في المادة (١٤٥٧) يعني أنه للصغير أن يوكل آخر في الخصوصات التي له عملها بالذات «وسيدكر بعضها هنا» لأنه لما كان الصغير غير قادر على مباشرة الأمور التجارية جميعها فهو محتاج إلى معين والتوكيل أيضاً من أنواع التجارة (الطحطاوي) أما في الخصوصات التي ليس له أن يعملها فليس له توكيل أحد فيها أنظر المادة (٨٥٩) كأن يوكل آخر بهمة ماله من آخر أو بإبراء مدينه من دينه لأنه يلزم أنه يستمد الوكيل حق التصرف من موكله ومتى كان حق التصرف للموكل مفقوداً على هذا الوجه فمن البديهي أنه ليس للموكل منح ذلك الحق لغيره.

٦ و٧ - الرهن والارتهان: إن رهن الصغير المميز وارتهانه جائز ان على ما ذكر في المادة (٧٠٨) لأنها من أنواع التجارة إذ هما إيفاء الدين واستيفاءه ويتقرر ذلك بالهلاك.

٨ - تأجيل الدين: للصغير المأذون أن يؤجل ماله من الدين سنة أو أقل أو أكثر ويمهل مدينه لأن التأجيل من عادة التجار (الطحطاوي، والحانية).

٩ - الإعارة: تجوز إعارة المأذون واستعارته كما هو مذكور في المادة (٨٠٩) لأن إعارة الصبي من توابع التجارة.

١٠ - المساقاة: يستفاد من المادة (١٤٤٣) ان للصبي المأذون أن يساقى.

١١ - المزارعة: للصبي المأذون كما يفهم من المادة (١٤٣٣) أن يعقد عقد مزارعة إن كان البذر من المزارع فهو استئجار الأرض وإن كان من قبل رب الأرض فهو إجارة نفسه وهو يملك الوجهين قال عليه الصلاة والسلام «الزارع تاجر ربه» (الطحطاوي).

١٣ - المضاربة: للصغير المأذون أن يضارب أي يأخذ المال مضاربة ويدفع المال مضاربة لأنه إن دفع يكون مستأجراً وإن أخذ يكون مؤجراً نفسه وهما من التجارة (مجمع الأنهر) ولأن المضاربة أيضاً وكالة وليس فيها كفالة.

١٣ - الابضاع: للصغير المأذون أن يعطي ماله بطريق الابضاع أي يدفع المال بضاعة يعني بقدر رأس المال ليتجر به ويكون الربح له (مجمع الأنهر) أنظر المادة (١٤٠٨).

١٤ - الشركة: للصغير المأذون أن يعقد الشركة العنان لأنها وكالة. أما شركة المفاوضة فليس له عقدها لأنها تتضمن الكفالة كما هو مبين في المادة (١٣٣٤) وبما أن الصغير بمقتضى المادة (٦٢٨) ليس بأهل للكفالة فتتقلب الشركة المذكورة إلى شركة العنان (الهداية، مجمع الأنهر) وتخرج عن كونها شركة مفاوضة.

١٥ - الاستقراض: للصبي المأذون أن يستقرض حتى أنه ليس له أن يمتنع عن تأدية ما اقترضه بقوله إنني استقرضته حال صغري فلا يلزمي اداؤه.

١٦ - الإقراض: ليس للصبي المأذون عند بعض الفقهاء أن يقرض لأن الإقراض تبرع والصبي ليس بأهل للتبرع. غير أنه إذا كان ما أقرضه الصبي المأذون دون الدرهم فيكون إقراضه جائزاً كما لو وهبه. ويرى البعض الآخر من الفقهاء جواز إقراض الصبي المأذون (الكفوي في كتاب الحجر، والهندية في الباب التاسع عشر من البيوع، وملتقى الأنهر).

١٧ - اشتراء البذر الخ: لو اشترى الصبي المأذون البذر وزرعه في مزرعته كان جائزاً.

١٨ - الإقرار: إن إقرار الصبي المميز المأذون في المواضع التي تصح فيها مأذونيته صحيح كما هو مذكور في المادة (١٥٧٣). سواء أصدق الولي هذا الإقرار أم كذبه وسواء أكان الصغير حين إقراره مديناً أم غير مدين، إذ لو لم يميز الإقرار لم يعامله أحد فيكون من لوازم المعاملة (بمجمع الأنهر).

أما لو أقر الأب أو الوصي الذي يعطي الأذن للصبي عليه بدين، أو بيع، أو شراء، أو إجازة، أو ودیعة في يده، أو مضاربة، أو رهن أو يمثّل هذه الأشياء فأقراره باطل لأن إقرار الولي على الصبي والمعته شهادة، لأنه إقرار على غيره فلا يقبل ما لم يصدقه الصبي المأذون أنظر المادة (١٥٧٣) (الهندية في الباب الثاني عشر، رد المحتار، الهندية في الباب الرابع من كتاب الإقرار).

وعليه فأقرار الصغير على وجهين: الوجه الأول، الإقرار الذي يقع بدون إضافة إلى حال الحجر وهذا الإقرار صحيح فلذا لو أقر المأذون بغضب أو ودیعة جحدتها أو مضاربة أو بضاعة أو عارية جحدتها أو دابة عقرها أو ثوب أحرقه أو اجر أجير فذلك كله دين يؤاخذ به للحال (الطحطاوي بتغيير).

لأن هذا الإقرار من توابع التجارة. لأنه لما كان إسهاد الشهود على كل معاملة متعذراً فإذا لم يعتبر إقراره يمتنع الناس بذلك عن معاملة هؤلاء فلا يلتزم أمر التجارة ولا ينتظم (أبو السعود المصري الهندية في الباب الرابع من كتاب الإقرار، الأنقروي، والطحطاوي).

سؤال - بما أن الولاية المتعدية أي ولاية الصبي هي فرع عن الولاية القائمة أي ولاية الولي ولما كان الولي غير مقتدر على الإقرار بمال الصبي فكيف يصح أن يمنح الصبي هذا الحق ويأذنه به أي أن الصبي في تلك الحال يكون قد استمد حق التصرف من الولي الذي ليس له حق التصرف في الإقرار وبما أنه من المستحيل أن يستطيع شخص تمليك آخر ما لا يملكه فيجب أن لا يكون الصبي قد ملك حق الإقرار؟

الجواب - إن إفادة اذن الولي بالإقرار مبنية على كون الإقرار من توابع التجارة وللولي حق بإعطاء الاذن في التجارة وتوابعها «أبو السعود» وليس بتمكين الولي من الإقرار على الصبي.

أما إقرار الصبي المأذون في الخصوصات التي ليس بمأذون فيها يعني الأحوال التي ليست بداخلية في الاذن فليس صحيحاً أنظر المادة «١٥٧٣» وعليه فلو أقر الصغير المأذون بالمال وبالمهر فلا يكون إقراره صحيحاً «الهندية في الباب السادس من كتاب الحجر وفي الباب الرابع عشر من كتاب الإقرار» كذلك إقراره بشركة المفاوضة وبقتله شخصاً وبأهبة والصدقة مع التسليم والإبراء والسرقه باطل «رد المحتار»

الخانية» وإقرار الصغير بالغصب جائز أيضاً لأن ضمان الغصب ضمان تجارة ومعاوضة ولأن الغاصب يملك المغصوب بالضمان «أبو السعود، الطوري» وقد بين ذلك في كتاب الغصب وعليه فلو توفي الصغير بعد أن أقر في مرض موته بدين أو وديعة معينة أو إعارة أو إجارة بعينها أو غصب بعينه أو بغير ذلك من الأمور التي توجد في التجارة كان اقراره جائزاً في جميعها إذا لم يكن عليه دين صحة أما إذا كان عليه دين صحة فيقدم، وما زاد عنه يعطى لأصحاب تلك الديون أنظر المادة «١٦٠٢» وكل دين لزمه في حال المرض بمعاينة الشهود كان دين المرض أسوة بغيره الصحة «الهندية في الباب السادس وأبو السعود».

وكذلك ينفذ إقرار الصغير المأذون تشخيص بأمواله التي ورثها عن مورثه ولا يمنع من صحة الإقرار كون المقر به مورثاً له وعدم وجود مال مكتسب له، لأنه بالضمم رأي الولي قد ألحق الصغير بالبالغ وبما أن المال المكتسب والموروث هو ماله فينفذ اقراره في جميعه «رد المحتار» ويروى عن الإمام الأعظم أنه لا يصح إقراره في المال الذي ورثه لأنه في حاجة إلى اعتبار صحة اقراره في ماله الذي اكتسبه بخلاف ماله الموروث إذ لا حاجة لاعتباره (الطحطاوي).

الوجه الثاني: اقراره الواقع مضافاً إلى حال حجره، مثلاً لو أقر الصغير المأذون بأنه غصب مال فلان حال حجره واستهلكه أو استهلك القرض الذي أعطاه إياه أو الوديعة أو الإعارة أو المضاربة أو البضاعة فهل يؤخذ على ذلك؟ يحتاج هذا إلى تفصيل، يؤخذ بالإقرار بالغصب في الحال سواء أصدق المقر له على اضافته إلى حال الحجر أم لم يصدق أم قال بأنه غصبه في حال المأذونية أنظر المادة (٩٦٠) أما إذا صدق المقر له الإضافة أي صدق وقوع الإستهلاك في حال الحجر فلا يؤخذ، أما فيما عدا ذلك مما ذكر فلا يؤخذ المقر إذا صدق المقر له الإضافة أي حصول الإستهلاك في حال الحجر فإذا لم يصدق وادعى أن وقوع الإستهلاك كان في حال الأذن فيؤخذ الصبي المقر. أنظر المادة (١١) (الهندية في الباب السادس، وفي الباب الثاني عشر، الخانية) كذلك لو قال الصبي المأذون كنت أقررت في حال حجري لفلان بكذا ديناراً ديناً فلا يؤخذ بإقراره ويقبل اسناده الإقرار إلى حال الحجر سواء أصدق المقر له في إسناده أم كذبه، كذلك إذا أصبح المعتوه مأذوناً بإقراره معتبر أيضاً فلو ادعى شخص على المعتوه المأذون بغصب مال أو استهلاك وديعة أو بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار وأقام البينة على ذلك معتبراً كما أنه تعتبر إقامة البينة على اقرار المعتوه بوقوع ذلك ولو لم يحضر ولي المعتوه مجلس الدعوى (علي أفندي) ويصح اقرار المعتوه بغير ما ورث عن أبيه من المال كما هو الحال في الصبي المأذون (رد المحتار).

استثناء: إن اقرار الصغير المأذون الآتي لا يصح على قول، وهو أنه إذا كان المقر له أبا الصغير الذي أعطى الأذن للصغير كان الإقرار غير صحيح: يعني إذا أقر الصبي المأذون من جهة الأب بأن المال الذي في يده هو مال أبيه أو أقر بأنه مدين لأبيه بكذا درهماً بإقراره بذلك غير صحيح على قول (رد المحتار) ويكون إقراره لوليه أو لغيره صحيحاً على قول آخر سواء أكان المقر به عيناً أم ديناً «القهستاني، أبو السعود، العيني قبيل الغصب» كذلك لو باع الصغير المأذون من جهة الأب مالاً مع العبن الفاحش من أبيه وهو مدين فهو جائز إلا أنه إذا أقر بقبضه ثمن المبيع فلا يجوز إقراره على القول الأول وعلى الأب أن

يثبت بالبينة اداءه الثمن (رد المحتار) .

١٩ - صيرورته مدعباً ومدعي عليه : يصح أن يحضر الصغير المأذون أمام المحكمة بصفة مدع على أحد بحق كما يصح أن يكون بصفة مدعى عليه كأن يدعي عليه شخص بحق من ضمان التجارة وأن يقيم عليه البينة ولا يشترط في هذه الدعوى حضور الولي الأذن وتقبل الشهادة على الصبي المأذون والمعتوه المأذون بسرقة عشرة دراهم وإن كان الأذن غائباً ولا تقبل على اقرارهما بالسرقة أصلاً (الخاننية) إذا ادعى أحد على صبي محجور مالاً بالإهلاك أو الغصب وقال المدعي لي بينة حاضرة يشترط حضور الصغير لأنه مؤاخذ بأفعاله ويحتاج الشهود إلى الإشارة ولكن يحصر معه أبوه أو وصيه ليؤدي عنه ما ثبت وإن لم يكن له أب أو وصي وطلب المدعي أن ينصب له وصياً، ينصب القاضي له وصياً (الأنقروي) أما في الخصوصيات التي ليست من ضمان التجارة إذا أقيمت الدعوى على الصبي المأذون فيشترط حضور الولي أثناء الدعوى فلو أقام أحد دعوى قتل على الصغير المأذون فلا بد من حضور وليه الأذن أثناء الدعوى وإذا أثبت القتل في حضور الولي فيلزم الحكم بالدية وإذا أشهد الشهود على أنهم لم يشاهدوا القتل وإنما شهدوا على أن الصبي المأذون قد أقر بالقتل فلا تقبل شهادتهم «الهندية في الباب التاسع من كتاب المأذون» وعليه يمكن الإدعاء على الصغير المأذون بشيء كالبيع والشراء والإجارة وتقبل الشهادة على كونه غصب المبيع واستهلكه أو الشهادة على الصغير بكونه أقر بذلك «رد المحتار» .

٢٠ - النكول عن اليمين: لو ادعى أحد على الصبي المأذون بشيء من التجارة أو من توابعها أو أنكر الصبي ولم توجد بينة، يحلف الصبي المذكور على القول المفتى به ويعتبر نكوله (الهندية في الباب الثاني والثالث عشر) لأنه وإن قال بعض الفقهاء لا يحلف الصبي لأنه لا يحنث ويحكم عليه إما بالبينة أو بالإقرار فقد قال فريق آخر منهم بتحليف الصبي لمأذون اليمين لأنه يتمتع عن اليمين الكاذبة لثلاث تنزع ثقة الناس منه في الأمور التجارية وقد رجح هذا القول، والصبي المأذون يحلف كالبالغ، قال نصير: لا يحلف الصبي المأذون لأنه لا يحنث ولا يلزمه الدين إلا بإقرار وبينة، وعلماؤنا على أنه يحلف وبه نأخذ ويجوز أن يكون على الاختلاف الذي مر أن النكول بذل أو اقرار «البحر في الدعوى والبيزاية في كتاب أدب القاضي في الباب الثالث» .

٢١ - إهداء الطعام اليسير: للصغير المميز المأذون أن يهدي غيره شيئاً قليلاً من المأكولات كالرغيف والكعك أو أن يضيف آخر على قدر يسير من ذلك بنسبة ماله . والفلس كالرغيف، ومن الفضة مادون الدرهم، كما يستفاد من الشرنبلالية «أبو السعود المصري» وهؤلاء المهدي اليهم سواء أكانوا ممن يعاملهم الصبي من التجار أم من غيرهم لجريان العادة بذلك بين التجار لاستجلاب القلوب «مجمع الأنهر» وتعين الكثرة والقلة بنسبة ما في يده من المال ويحدد بالمرتبة التي لا تعد إسرافاً، وعليه فالصغير المأذون الذي في يده عشرة آلاف دينار لو أهدى عشرة دنانير يعد ذلك قليلاً بخلاف ما لو كان في يده عشرة دنانير فأهدى منها نصف دينار فيعد ذلك كثيراً «أبو السعود والطحطاوي» كذلك تصح ضيافة الصبي المأذون بصرف عشرة دراهم إذا كان عنده عشرة آلاف درهم أما غير المأكولات كالدرهم والدنانير والثياب فليس للصغير أن يهبها أو يهديها ولو كانت الهبة بعوض لأن الهبة من التبرعات «مجمع الأنهر» أنظر المادة ٨٥٩ ما لم يكن الشيء الذي وهبه أو أهده قليلاً «أبو السعود» فتكون الهبة

صحيحة عند بعض الفقهاء «الطحطاوي، الخانية، مجمع الأنهر» وذلك كما هو مذكور في المادة الآنفه، ولكن ليس للأب أو الوصي أن يهب شيئاً يسير من مال الصبي أو أن يضيف ضيافة يسيرة من ماله «عبد الحلیم».

٢٢ - حظ الثمن من أجل العيب. إذا ظهر في المال الذي باعه الصغير عيب قديم فللصغير تنزيل المقدار الذي اعتاد التجار تنزيلة من ثمن المبيع في مقابل العيب أما التنزيل بلا عيب فيما أنه تبرع محض فليس بجائز على قول عند الإمامين وعلى قول آخر غير جائز بالإجماع كما أن التنزيل زيادة عن المعتاد غير جائز لأنه لما وقع هذا التنزيل بعد تمام العقد كان تبرعاً محضاً فلا يعد من صنع التجار فلا ضرورة له، وإن كان الحظ من عيب ينظر، فإن كان معروفاً جاء لأنه من توابع التجارة وإن لم يكن معروفاً وكان فاحشاً عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز وقيل لا يجوز بالإجماع لأن الحظ ليس بتجارة سواء أقر الصبي أو ثبت بالبينة ولم يقل أحد سوى صاحب البدائع إن ما كان كثيراً جاز عند أبي حنيفة ولم يجز عندهما فإنه قال به تفقهاً واعتباراً على بيعه وشرائه ولو بغين فاحش عنده لا عندهما لكن لم يصب صاحب البدائع في هذا التفقه «التنوير والطحطاوي والعيني وعبد الحلیم» سواء أقر الصبي بالعيب أم ثبت بالبينة (الطوري).

﴿مادة ٩٧٣﴾ للولي أن يحجر الصغير بعد أذنه ويبطل ذلك الاذن ولكن يشترط أن يحجره على الوجه الذي أذنه به مثلاً لو أذن الصغير وليه اذنًا عاماً فصار ذلك معلوماً لأهل سوقه ثم أراد أن يحجر عليه فيشترط أن يكون الحجر عاماً ليصير معلوماً لأكثر أهل ذلك السوق ولا يصح حجره عليه بمحضر رجلين أو ثلاثة في داره .

يبطل الاذن المعطى للصغير في أربع صور، أنظر المادة «٩٧٧».

(١) للولي أن يحجر الصغير منجزاً بعد أذنه ويبطل ذلك الاذن، يعني يجب أن يكون الولي الذي يحجره عليه هو نفس الولي الذي أعطاه الاذن، وعليه فلو أعطى الحاكم اذنًا لصغير فليس لوليه حجره كما هو مذكور في المادة (٩٧٥) لأن معطي الاذن لم يكن ذلك الولي لكن لذلك الحاكم حجره أيضاً وعليه فتصرفات الصغير بعد بطلان الاذن المعطى إليه على هذا الوجه لا تكون نافذة وإذا باع الصغير المأذون مالا له بعد أن حجره الولي قبل اداء الثمن لو اعطى المشتري الثمن للمحجور المرقوم فلا يبرأ «الهندية في الباب الثاني» والواقع أن الاذن هو اسقاط لحق المنع كما هو مبين في شرح المادة «٩٧» والساقط بما أنه بمقتضى المادة «٥١» لا يعود كان من اللازم عدم جواز الحجر بعد الاذن نظراً لذلك إلا أن الاذن ليس اسقاطاً في حق العقود التي لم تقع وعليه فيكون قد امتنع بهذا الحجر بعد الاذن في العقود المذكورة «رد المحتار» وقد اشترط أن يكون الحجر منجزاً فلو حجر معلقاً كما لو قال الولي للصغير، إذا كنت سفيهاً فقد حجرت عليك ثم صار سفيهاً فليس هذا حجراً لأن الحجر عزل وتعليق العزل بشرط لا يصح وقيل يصح لأن الحجر منع وتعليق المنع بالحظر جائز «الطوري بتغيير ما» لكن يشترط أن يحجر الولي على الوجه الذي أذنه به يعني أنه يلزم

أن يكون الحجر شائعاً إذا كان الاذن شائعاً لأن الحجر الخاص لا يرد على الاذن العام لكن الحجر العام قد يرد على الاذن الخاص إنما لم يكن الاذن شائعاً أي إذا لم يقف عليه غير الصغير فيكفي في الحجر وقوف الصغير فقط ولا يشترط علم أهل السوق به وفي المحيط أصله أن الحجر الخاص لا يرد على الاذن العام ويرد على الاذن الخاص بأن أذن له بمحض رجل أو رجلين أو ثلاثة فحجر بمحض هؤلاء يصح «الطوري».

الخلاصة، يشترط لتمام الحجر شرطان: أولهما وجوب اعلام الصغير وإخباره بحجره، حتى ان الصغير إذا لم يخبر بحجره لا يصح الحجر ولو أخبر أكثر أهل السوق بذلك لأن الأصل في الاذن والحجر هو الصبي وإنما ثبت في حق غيره تبعاً ولم يثبت حكمه في حقه لعدم العلم فكذا في حق غيره فإذا باع بعد ذلك أهل سوقه أو غيرهم فهو جائز لأن حكم الاذن قائم، ولوراه الولي يبيع ويشترى بعد ما حجر عليه قبل أن يعلم الصبي فلم ينه ثم علم الصبي بالحجر يقي مأذوناً استحساناً، ووجهه أن سكوت الولي حال رؤية عبده يبيع ويشترى أجازته برفع الحجر الثابت فلان يرفع الموقوف أولى «الطحاوي بتغيير ما، الطوري». الثاني كونه معلوماً عند أكثر أهل السوق، مثلاً لو أذن الصغير وليه اذنًا عاماً فصار معلوماً لأهل سوقه ثم أراد أن يحجر عليه فيشترط أن يكون الحجر أيضاً عاماً ليصير معلوماً لأكثر أهل ذلك السوق. وقد جعل علم الأكثرية من أهل السوق كافياً استحساناً لأن اعلام كل أهل السوق متعذر أو متعسراً وفي هذا حرج ومشقة، ولا يصح حجره عليه بمحض رجلين أو ثلاثة في داره أو في السوق (الزيلي) لأنه لو صح الحجر على هذا الوجه لتعامل من ليس له علم بالحجر مع الصبي فيتضرر، وعليه لو حجر على الصبي على هذا الوجه بمحض شخصين أو ثلاثة فكما أن بيعه وشراؤه مع من ليس له علم بالحجر صحيحان فأخذه وعطاؤه مع من يعلمون بالحجر عليه صحيحان أيضاً لأن الحجر كالأذن فلا يقبل التخصيص والتجزئة وكما يصح أخذ من لا علم له بالحجر وعطاؤه مع الصغير المأذون يصح أخذ من يعلم به وعطاؤه معه أيضاً. ومن هذا يثبت أن التعميم شرط في صحة الحجر وأن الحجر الخاص غير صحيح (رد المحتار) ويستفاد من هذه الإيضاحات أن المطلوب لتمام الحجر ليس السوق أو الدار وإنما هو علم أكثر الناس به أي شيوع الحجر واشتهاره، فلذلك إذا وقع الحجر في السوق بحضور شخصين أو ثلاثة أشخاص كان الحجر غير معتبر كما أنه لو وقع الحجر في الدار بحضور أكثر أهل السوق كان الحجر معتبراً (الهداية) والسبب في قولنا «الاذن العام في المال» هو أنه يصح الحجر في حضور شخصين أو ثلاثة اشخاص إذا لم يكن غير هؤلاء عالماً بالاذن وأعلم الصبي كما أن تمام الحجر إذا لم يكن غير الصبي عالماً بالاذن يكون بإعلام الصبي به ولا حاجة إلى اعلان أهل السوق بذلك لأن الضرر في هذا منتف (الطحاوي).

وصول خبر الحجر: يلزم في كل حال اعلام الصبي بالحجر عليه. وعليه لو باع الصبي أو اشترى بدون أن يعلم به كان بيعه وشراؤه نافذين، ولا حكم للحجر (رد المحتار الهندية في الباب الخامس) وذلك كما هو موضح آنفاً وفي الطحاوي لو حجر على الصبي وهو لا يعلم فاشترى وباع كانت تصرفاته نافذة والحجر باطلاً. أما عند الإمام الأعظم فيشترط في المخبر بالحجر أحد وصفي الشهادة أي العدالة والعدد، يعني إذا كان المخبر واحداً فيلزم أن يكون عدلاً (القهستاني) ولذلك

فخبر غير العادل ليس بكاف ما لم يصدق المحجور هذا الخبر ويكون الحجر حينئذ تاماً بالإتفاق، أما إذا كان المخبر رجلين أو رجلاً وامرأتين سواء أكان هؤلاء عادلين أم غير عادلين وسواء اصدق الصبي خبرهم أم كذبه فيكون حجر المحجور صحيحاً وأما عند الإمامين فيكفي خبر الواحد مطلقاً، أي هما قالا بتهم الحجر وإن كان المخبر غير عادل بعد ان يكون الخبر حقاً بأن يقر الولي بالحجر أما لو أنكر الحجر فلا يصير محجوراً وكذلك إذا كان المخبر رسولاً يكون خبره صحيحاً. بالإتفاق ولو كان صيباً وينحجر الصبي المأذون به لان كلام الرسول ككلام المرسل ولو أرسل إليه صيباً يخبره بحجره أو كتب إليه صار محجوراً لأن الرسالة والكتابة من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر سواء أكان الرسول عدلاً أم فاسقاً حراً أم عبداً (الطوري وأبو السعود والهندية في الباب الخامس بتغيير ما) هذا في الاخبار بحجره وأما في الاخبار باذنه فيكفي الواحد اتفاقاً (أبو السعود المصري) وثبت الاذن بقول الفضولي الواحد على كل حال وقيل أنه لا فرق بينها وإنما يصير مأذوناً إذا كان الخبر صادقاً عند الصبي وكذا الحجر والفتوى على هذا القول «الطوري بتغيير» وقد مر بيان ذلك في شرح المادة (٩٦٩) والخلاصة أن يكون وصول الحجر للصبي على سبع صور:

١ - بقول الولي بالذات

٢ - باخبار رجلين

٣ - باخبار رجل وامرأتين

٤ - باخبار عدل واحد

٥ - باخبار رسول

٦ - بكتابة الولي للصغير كتاباً بشأن الحجر عليه ووصول الكتاب إليه

٧ - باخبار واحد غير عادل عند الإمامين

وستأتي التفصيلات في حق الإخبار في شرح المادة (١٠٢٩) إلا أنه إذا أعطي الولي الصغير اذنًا وحجره قبل أن يصير واقفاً على ذلك الاذن فلا يلزم إعلام الصبي بالحجر أيضاً (الهندية في الباب الخامس).

٢ - يبطل الاذن بوفاة الولي الاذن ولو لم يعلم بوفاته أحد أنظر المادة (٩٧٦).

٣ - يبطل الاذن بجنون الولي الاذن جنوناً مطبقاً. وإفادة مفهومه أنه لا يحجر إذا كان جنونه متقطعاً وان لم يعلم بالجنون والموت أحد لأن الاذن غير لازم وما لا يكون لازماً من التصرف يعطي لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له ابتداء كل ساعة لتمكنه من الحجر كل ساعة، فتركه على ما كان عليه كإشياء الاذن فيه، فيشترط قيام الأهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتداء وقد زالت الأهلية بالموت والجنون (الطحطاوي).

٤ - يبطل الاذن بجنون الصغير المعطي الاذن جنوناً مطبقاً وإن كان يحن ويفيق لم يحجر (الطحطاوي).

﴿مادة ٩٧٤﴾ «ولي الصغير في هذا الباب أولاً أبوه ثانياً الوصي الذي اختاره

أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات رابعاً جده الصحيح أي أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب خامساً الوصي الذي اختاره هذا الجد ونصبه في حال حياته سادساً الوصي الذي نصبه هذا الوصي سابعاً القاضي أو الوصي الذي نصبه القاضي وأما الأقارب كالأخوان والأعمام وغيرهم فاذنهم غير جائز إذا لم يكونوا أوصياء»

من يكون له ولاية التصرف في مال الصغير تثبت له الولاية أيضاً على إعطاء الصغير الاذن بالتجارة (الهندية في الباب الثاني عشر).

وعليه فولي الصغير والمعته في هذا الباب، يعني في مسائل الاذن والحجر، أولاً أبوه يعني أن أبا الصغير والمعته هو الذي يعطيهما الاذن وهو الذي له أن يحجر عليهما سواء أكان المعته قد بلغ معتهاً أم بلغ عاقلاً ثم صار معتهاً، ثانياً، الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه، يعني إذا قال الأب وهو حي ان فلاناً وصي بعد وفاتي فليظنر في أمور أولادي وتركتي فيصير ذلك الشخص وصياً مختاراً لذلك المتوفي ويكون هذا الوصي ولياً في الدرجة الثانية للصغير، وعليه فهذا الوصي أن يعطي الاذن للصغير، ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات فإذا توفي هذا الوصي ونصب وصياً وإن بعد يكون ولياً، فله أن يأذنه وله أن يحجره بعد الاذن رابعاً الجد الصحيح أي أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب أو أبو هذا وإن علا فكما أن لهذا إعطاء الاذن فله الحجر عليه بعد ذلك أيضاً. وقوله هنا «الجد الصحيح» احتراز عن الجد الفاسد وهو أبو الأم لأنه وإن لم يكن له وصي فليس لجد الصغير الفاسد عليه ولاية. فالجد الصحيح هو الذي لا يدخل في نسبه إلى الصغير أنثى كأبي الصغير ففي نسبة الجد للصغير يدخل أبو الصغير. والجد الفاسد هو الذي يدخل في نسبه إلى الصغير أنثى كأبي أم الصغير ففي نسبة الصغير إلى هذا الجد تدخل أم الصغير. وعليه فبما أن النسب يثبت من الأب، وتحلل أنثى في النسب يقطعها فالجد الذي تدخل في نسبه أنثى يعد جداً فاسداً (الزبلي ورد المختار)، خامساً الوصي الذي اختاره الجد الصحيح ونصبه في حال حياته ويكون ولياً للصغير وله أن يأذنه أو يحجره. سادساً الوصي الذي نصبه الوصي الأول حال حياته إذا مات وكذلك الوصي الذي يقيمه الوصي الثاني وإن بعد فله أن يحجر على الصغير. يأذنه، سابعاً القاضي والوصي الذي نصبه القاضي هذا بما أنه ولي للصغير فكما أن له الحجر عليه فله فك الحجر عنه. ويفهم من هذه التفصيلات أن الوصي قسماً، أحدهما يقال له الوصي المختار وهو الذي يختاره ويعينه ولي الصغير كالأب والجد والثاني الوصي المنصوب وهذا ينصب ويعين من قبل القاضي.

الإيضاء بمعنى الاستخلاف بعد الموت، وبما أن الوصي المنصوب لم يستخلفه المتوفي، فكان يقتضي بناء على ذلك أن لا يقال له وصي ولكن بما أن فعل القاضي كفعل الأب فيكون كان الأب استخلفه بنفسه (رد المختار) والوالي الذي في ولايته القضاء بمنزلة الحاكم ووصيه وفي رتبتهما ويجوز منه الاذن للصغير أيضاً وأما الوالي الذي لم يول القضاء فلا يجوز اذنه (الدر المختار).

وقول المجلة «في الباب» هو احتراز من ضرورة أحوال الصغار واحتراز من باب النفع المحض وليست الولاية على الصغير فيها منحصرة فيمن ذكر في المجلة، فالتصرف على الصغار ثلاثة أنواع: النوع الأول، التصرف الذي من باب الولاية، ولا يملك هذا غير الولي كالإنكاح، والشراء وبيع مال قنية وما مائل ذلك من التصرفات التي لا يقدر عليها غير أولياء الصغير، وقد مر بعض إيضاحات لهذا في شرح المادة (٥٩).

النوع الثاني، التصرف الذي من ضرورة حال الصغار كاشتراء المأكولات والملبوسات والمشروبات للصغير وبيع ما يكون بيعه ضرورياً للصغير وما اشبه ذلك وهذا النوع من التصرفات كما يقدر عليه الأولياء المذكورون في هذه المادة يقدر عليه أيضاً من تربي الصغير في حجرهم كالأخ والعم والأم والملتقط. فهؤلاء يقدرون على هذه التصرفات بشرط أن يكون الصغير في عيالهم أو في حجرهم وتربيتهم. النوع الثالث، التصرفات التي هي نفع محض للصغير، كقبول الهبة للصغير والصدقة مع القبض فكما يقدر الصغير إذا كان مميزاً على هذا النوع من التصرف فالأم والأخ والعم والملتقط الذين يكون الصغير في عيالهم وحجرهم وتربيتهم قادرين عليه أيضاً سواء أكان الولي أي الأب حاضراً أم غائباً (الولولجية في الهبة) أنظر شرح المادة (٨٥٢) وعليه فيمن هؤلاء الأولياء والمتصرفين فرق على صورتين: الأولى: إن الأولياء المذكورين في هذه المادة مقتدرين على التصرف بأنواعه الثلاثة أما الأولياء والمتصرفون الآخرون فليسوا بمقتدرين على التصرف الذي من النوع الأول أصلاً.

الثانية: إن الأولياء المذكورين في هذه المادة مقتدرين على التصرف المذكور كله ولولم يكن الصغير في حجرهم وعيالهم أما الأولياء والمتصرفون الآخرون فإنما يقدرين على ذلك إذا كان الصغير في حجرهم وتربيتهم.

ويفهم من ترتيب المجلة الأوصياء بالأول والثاني إن لا ولاية للجد مع وجود وصي الأب كما أنه ليس للوالي أو الحاكم ولاية أيضاً، ولا ولاية للوالي والحاكم مع وجود الجد. على أنه وإن كان ثمة ترتيب في الأوصياء فهو إلى وصي الجد، ويفهم بعد ذلك من قول المجلة «سابعاً الحاكم ووصيه المنصوب» أن لا ترتيب بين الحاكم والوصي فأيها تصرف كان تصرفه صحيحاً، وللحاكم حق الولاية مع وجود الوصي المنصوب فأيهما تصرف كان تصرفه معتبراً (رد المحتار).

سؤال أول - بما أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة بمقتضى المادة (٥٩) أفليس من اللازم أن يكون الوصي المنصوب من قبل الحاكم مقدماً على الحاكم؟

الجواب - إن هذه القواعد كما ورد في شرح القواعد الكلية ليست بكلية بل هي أكثرية. سؤال ثان - للحاكم أن يأذن للصغير إذا امتنع الأب عن اعطائه الأذن كما هو مذكور في المادة الآتية فلا يلزم بناء على ذلك عدم وجود ترتيب بين الأولياء وأن لا تكون ولاية الحاكم متأخرة؟ الجواب - إن الامتناع عن اعطاء الصغير إذناً مع وجود المنفعة في اعطائه الأذن مما يجعل الأب عاضلاً ومانعاً وعضل الأب ومنعه - أي الإمتناع عن إيصال المنفعة للصغير - ينقلان ولاية الأب في هذا الخصوص إلى القاضي (رد المحتار).

هذا الجواب غير حاسم لمادة الأشكال حيث ما كان الأب عاضلاً ينبغي أن تنتقل الولاية إلى

من بعده على الترتيب يعني إلى الجد لا إلى القاضي إلا ان يقال ان إزالة العضل من باب الولاية العامة وهذا لا يمكن من الجد مثلاً (الشارح).

وولي المعته أيضاً على الترتيب المذكور.. وعليه فالمعته أيضاً يعطي الاذن من أبيه أو وصيه أو جده وليس من أقاربه كعمه، وكما أن هؤلاء أولياء المعته إذا بلغ وهو معته إذا بلغ وهو معته فهم أولياؤه إذا بلغ عاقلاً ثم أصابه العته وليست الولاية على من يبلغ عاقلاً فيصبيه العته عائدة إلى القاضي استحساناً (رد المحتار).

أما الأم ووصي الأم والأخ والعم وسائر الأقرباء (بكسر الراء على وزن الأنصباء والأولياء) فإذا لم يكونوا أوصيباء فلا يجوز لهم اعطاء الاذن لأن هؤلاء كما أنهم ليسوا مقتدرين على التصرف بطريق التجارة بمال الصغير فليس لهم اعطاء حق الاذن بالتجارة. كذلك ليس للولد أن يتصرف بمال والده المجنون (رد المحتار).

كذلك لو أذن وصي الأم الصغير بالتجارة في حق الأموال التي بقيت له عن امه ميراثاً فليس بصحيح (جامع احكام الصغار). كذلك ليس لوصي الأم حق التصرف في تركة الأم إذا كان الأب أو وصيه أو الجد أو وصيه فإذا لم يوجد أحد هؤلاء الأولياء فلوصي الأم أن يحفظ تركة الأم وأن يبيع المنقول بطريق التحصين والحفظ لا بطريق التجارة وليس له أن يبيع العقار كما أنه ليس له أن يشتري للصغير أموالاً لأجل التجارة.

كذلك ليس لوصي الأم التصرف في الأموال التي تبقى للصغير عند امه بغير الإرث سواء أكانت تلك الأموال عقاراً أم منقولاً «رد المحتار، أبو السعود المصري، الكفاية قبل الغصب».

كما أن الأولياء في باب الاذن والحجر هم هؤلاء الأشخاص فالأولياء الذين لهم حق التصرف في مال الصغير هم هؤلاء أيضاً: فحق التصرف في مال الصغير هو: أولاً، للأب، ثانياً، للوصي الذي نصبه حال حياته ثالثاً، للوصي الذي نصبه هذا الوصي واختاره رابعاً، للجد الصحيح خامساً، للوصي الذي اختاره الجد سادساً، للوصي الذي اختاره هذا الوصي سابعاً، للحاكم ثامناً، للوصي الذي نصبه الحاكم.

إلا أنه ليس للأب السفيه حق التصرف في مال الصغير وعليه فللأشخاص الذين يثبت لهم حق التصرف في مال الصغير أن يؤجروا منقول الصبي أو عقاره من آخر يبدل المثل أو مع الغبن اليسير. ولهم أن يشتروا للصبي مالاً أما إذا اشتروه مع الغبن الفاحش فلا ينفذ الشراء في حق الصبي ويكون ما اشتروه لهم وثمنه عليهم حتى إنه لو أجاز الصبي بعد البلوغ شراء كهذا مع الغبن الفاحش فلا تجوز اجازته (رد المحتار). وقد ذكرت التفصيلات في شرح كتاب البيوع.

اعطاء الوالي اذناً للصغير: إن اعطاء الوالي الذي لم يفوض إليه القضاء الاذن للصغير غير صحيح والولاية الذين في زماننا هم من هذا القبيل، أما اعطاء الوالي الذي فوض إليه القضاء الاذن للصغير فهو جائز (رد المحتار، الطحطاوي) وفي زماننا لا يوجد وال كهذا في ولاية من ولايات الدولة العلية.

للحاكم أن يأذن للصغير المميز أو المعتوه أولاً عند امتناع الولي الذي هو أولى في الإذن إذا رأى في تصرفه منفعة. ثانياً، إذا لم يوجد ولي مقدم أي أولى من الحاكم. والواقع أن ولاية الحاكم وإن كانت متأخرة عن ولاية الولي فولاية الولي المقدم إلى الحاكم بسبب عضله وامتناعه كالولي في النكاح وهذا لا يستلزم أن تكون ولاية الأب مؤخره عن ولاية القاضي (رد المحتار) أنظر شرح المادة الأتفة. وللحاكم أن يعطي الاذن بناء على الطلب كما أن له أن يعطيه بلا طلب (الطحطاوي) وليس للولي الآخر كالأب أن يجبر عليه بعد ذلك ولو توفي القاضي الأذن أو عزل. لأن الاذن في هذا من وجه حكم وقضاء كما ذكر نظيره في شرح المادة (٩٦٢) لأن الصغير لا يكون مأذوناً ما لم يأذنه الحاكم ومن وجه آخر فتوى. إذ لا يحتاج الاذن إلى دعوى ووجود المقتضى له والمقتضى عليه وحضور الطرفين.

﴿مادة ٩٧٥﴾ إذا رأى الحاكم منفعة في تصرف الصغير المميز وامتنع أولاً الولي المقدم على الحاكم عن اعطاء الاذن فللحاكم أن يأذن الصغير في ذلك الخصوص

ولذلك لما كان هذا الاذن حكماً فلا ينقضي لأن المعاملات التي يجريها القاضي حسب وظيفته والأحكام التي يقضي بها في القضايا الشرعية لا تبطل بموت القاضي أو عزله كما أنها لا تنتقض بنقض الأحاد لها ويفهم من قوله «ليس لولي آخر حجره» إن لذلك الحاكم أو لحاكم آخر أن يحجره بعد الاذن، وسيأتي تفصيل هذه الفقرة في المادة (٩٧٧) (رد المحتار).

﴿مادة ٩٧٦﴾ إذا توفي الولي الذي جعل الصغير مأذوناً يبطل اذنه ولكن لا يبطل إذن الحاكم بوفاته ولا بعزله

يبطل اذن الولي بوفاة الولي - أي الأب أو الوصي - الذي أعطى الصغير الاذن، أو بجنونه جنوناً مطبقاً سواء أنصب غيره وصياً بعد وفاته أم لم ينصب وسواء أعلم الصبي وأهل السوق بموت الولي أم لم يعلموا (الهندية في الباب الخامس، وفي الباب الثاني عشر، والطوري).

لأنه كما ذكر في شرح المادة (٦٥٨) يجب وجود الاذن الذي أعطى للصغير واستمراره إلى حين تصرفاته وبما أنه بموت الاذن لا يستمر الاذن فيبطل الاذن لذلك ولو لم يكن الصغير عالماً بوفاته ولية لأن الحجر بالموت حجر حكومي وليس العلم شرطاً من شروطه ولا يقاس هذا الحجر على المادة (٩٧٣).

ونظير هذا في الوكالة فإذا عزل الموكل وكيله فلا ينزع الوكيل ما لم يصله خبر العزل مع أنه إذا توفي الموكل ينزع الوكيل ولو لم يقف على وفاة الموكل وذلك كما سيأتي موضحاً في شرح المادتين «١٥٢١»، «١٥٢٧» فعليه لو توفي الوصي بعد أن أذن الصغير وأوصى بالوصاية لغيره أي عين وصياً خلافاً يبطل الاذن «أبو السعود» وكذلك ينحجر الصغير المأذون إذا جن جنوناً مطبقاً فلو أفاق بعد ذلك من جنونه فلا يعود إليه الاذن ويحتاج إلى اذن جديد «أنظر شرح المادة ٩٧٣، ولكن لا يبطل إذن الحاكم بوفاته أو

جنونه أو عزله، لأن اذن الحاكم كما هو مذكور في شرح المادة الأنفة حكم من وجه، ولا تبطل المعاملات الشرعية التي أجزاها بصفته قاضياً بعزله أو بموته، والفرق أن اذن القاضي قضاء من وجه لأنه باعتبار ولايته القضاء لا باعتبار ولايته النيابة فمن حيث انه قاض لا يبطل بموته وعزله وأما اذن الأب فمن حيث النيابة فيبطل بهما «الطوري».

وذلك كما لا يبطل اذن الحاكم بوفاة أبي الصغير أو وصيه لأنه لم يصدر الاذن منها «أبو السعود»
إذن لحاكم على وجهين كما يفهم من المواد الأنفة:

الاول - اعطاء الحاكم الاذن لعدم وجود من يتقدمه من الأولياء كما هو مبين في المادة «٩٧٤»
الثاني - اعطاء الحاكم الاذن بسبب امتناع الولي المقدم عن اعطاء الاذن كما استفيد من المادة «٩٧٥» ويستفاد من ذكر عدم البطلان في هذه المادة مطلقاً أن الاذن لا يبطل بوفاة الحاكم أو عزله سواء أكان الاذن قد أعطى على الوجه الأول أم على الوجه الثاني «الدر المختار، ورد المحتار».

﴿مادة ٩٧٧﴾ - (الصغير المأذون من حاكم يجوز أن يحجر عليه من ذلك الحاكم أو من خلفه وليس لأبيه أو لغيره من الأولياء أن يحجر عليه عند موت الحاكم أو عزله)

للحاكم أو لخلفه في حالة أن يحجر الصغير الذي أذن من الحاكم بالتصرف على أحد الوجهين المذكورين في شرح المادة الأنفة، ولا يقال في ذلك أنه لا يجوز الحجر بسبب عدم جواز نقض حكم الحاكم الموافق للشرح، لأن هذا الاذن لم يكن من كل الوجوه حكماً بل هو من وجه افتاء كما ذكر في المادة (٩٧٥) إلا أنه لا يجوز لولي الصغير الآخر كأبيه أو وصيه أو جده حجر الصبي بوفاة الحاكم أو عزله لأن الاذن من وجه حكم وليس لأحد من الناس اعتراض نقضه (الدر المنتقى ورد المحتار).
ويستفاد من المادة «٩٧٥» أن قوله في المتن «عند وفاة الحاكم أو عزله» ليس احترازاً فلو بقي الحاكم حياً وبقي في وظيفته فليس للأولياء الآخرين أن يحجروا عليه.
ويفهم من عبارة «يحجر عليه من ذلك الحاكم» أن يكون ذلك الحاكم باقياً في منصبه كما كان، إذ ليس له بعد عزله من القضاء أن يحجر الصبي الذي أذن بالتصرف، إذ لم يبق للقاضي بعد العزل ولاية.

﴿مادة ٩٧٨﴾ - (المعتوه في حكم الصغير المميز)

إن المعتوه في جميع الأحكام هو في حكم الصغير المميز، ولا سيما في الأحكام الثلاثة الآتية، وهي:

- (١) في تصرفاته
 - (٢) في صيرورته مأذوناً بإذن الأب والجد والوصي والحاكم
 - (٣) في زرع التكليف عنه
- وعليه فإذا أقر شخص طاعن في السن وهو معتوه، بجميع الأموال والأموال التي تنسب إليه، لأجد الناس، فلا يكون إقراره صحيحاً (التنقيح تلخيصاً ومآلاً).

المسائل المتفرعة من الحكم الأول:

إن تصرف الممتوه فيما فيه نفع محض كقبول الممتوه الهبة والصدقة والهدية معتبر كما هو مذكور في المادة «٩٦٧» ولولم يكن ثمة اذن واجازة من وليه. أما تصرفه الذي فيه ضرر دنيوي محض كأن يهب شيئاً لآخر أو يهديه إياه أو يتصدق عليه به فباطل ولو أجازته وليه، والعقود الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على اجازة الولي. إلا أنه يشترط في صحة اجازة الممتوه أن يكون عاقلاً بحيث يعلم أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها وإلا فتصرفاته باطلة واجازتها غير جائزة.

والشخص الذي يبلغ ممتوهاً ويعرف أن البيع سالب والشراء جالب فولاية أبيه ثابتة واعطاؤه اذنًا من أبيه ووليه صحيح بالإتفاق. أما من يبلغ عاقلاً ويصاب بالعتة بعد ذلك فقد اختلف فيه، فأبو يوسف يقول بأن حق الولاية عليه لا يعود إلى وليه كأبيه. وبما أن الولاية عليه عائدة إلى الحاكم فاعطاؤه الاذن منحصر في الحاكم وليس للولي الآخر كأبيه أن يعطيه اذنًا، والقياس هو هذا، أما عند الإمام محمد فيعود حق الولاية إلى وليه، وعليه فلأولياء الآخرين كالأب أن يعطوه اذنًا، والمستحسن هو هذا (أبو السعود والكفاية قبل الغضب). وبما أنه قد ذكر لفظ الممتوه هنا مطلقاً فقد اختير مذهب الإمام محمد، والأصل أن جهة الاستحسان مرجحة عند الفقهاء على جهة القياس.

وقد اختلف في المجنون على هذه الصورة أيضاً، فحق الولاية على من يبلغ مجنوناً وإن كان عائداً إلى وليه كالأب، فإذا جن بعد أن صار عاقلاً بالغاً يعود حق الولاية إلى الحاكم وليس إلى الأب. أما عند محمد فيعود إلى وليه كالأب (الأنقروبي).

أما اعطاء الاذن من أقرباء الممتوه غير الأولياء كالأخ والعم أو غيرها فهو جائز والاذن غير معتبر (رد المحتار والدرر).

﴿مادة ٩٧٩﴾ - (المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز)

وعليه فلا تكون تصرفاته القولية صحيحة أصلاً. سواء أكانت نافعة كالإتهاب أم كانت ضارة كالهبة لآخر أو كانت دائرة بين النفع والضرر كالبيع (الهديّة). وعليه فالأحكام المذكورة في المادة (٩٦٦) تجري على المجنون المطبق أيضاً (رد المحتار).

مثلاً لو باع المجنون المطبق مالاً كان البيع باطلاً، فلو أجاز وليه بعد ذلك البيع أو أجازته هو بعد الإفاقة لا يجوز، كذلك لو وهب أحد مالاً من مجنون مطبق وسلمه إياه وهذا اتبهه وقبله واستلمه فلا يكون ذلك صحيحاً.

أما تصرفات المجنون المطبق في حال إفاقته فكتصرفات العاقل، يعني ان تصرفات المجنون المطبق كالبيع والشراء والهبة والإتهاب بعد أن يفيق من جنونه تماماً صحيحة سواء أكانت التصرفات المذكورة نافعة أم ضارة أم دائرة بينهما، إلا أنه قد ذكر في (رد المحتار) ان المجنون الذي يبقى ناقص العقل ومعتوهاً في حال إفاقته يكون في حكم الصغير المميز.

﴿مادة ٩٨٠﴾ - (تصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات

(العاقل)

قوله في حالة إفاقته أي حال كونه تام العقل .

وتكون هذه التصرفات نافذة ولا تتوقف على اجازة وليه (رد المحتار) وبعبارة أخرى ليس لأحد من ولاية عليه في حال إفاقته لأنه إذا زال الجنون الذي هو مانع من التصرف عاد الممنوع . وعليه فإقراره ورهته وفراغه وما إلى ذلك من المعاملات صحيحة ومعتبرة (التنقيح) .

ويفهم من هذه الإيضاحات أن تصرفات المجنون المطبق والمجنون غير المطبق النافع منها والضار وما يدور بين ذلك باطله، مع أن تصرفات الإثنين في حال إفاقتهما صحيحة، ومن هذه الجهة لا فرق بينهما، وإن كان يوجد فرق بينهما في بعض الأحكام في شرح المادة (٩٤٠) .

﴿مادة ٩٨١﴾ - (لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه بل

يجرب بالتأني فإذا تحقق كونه رشيداً تدفع إليه أمواله حينئذ)

إذا بلغ الصبي مجهول الحال، فبما أنه لا يتحقق رشده بمجرد بلوغه كما يستفاد من المادة الآتية، فلا ينبغي أن يستعجل في إعطائه ماله عند بلوغه بل يجرب رشده ويجب أن لا يفهم من قوله (يجرب . .) أن يكون ذلك على الاختبار بل يلزم عدم إعطائه ماله إذا لم يثبت رشده . لكن ترك التجربة لا يوجب الضمان بناء على ما أفاد صاحب التنقيح من الإيضاحات ويوجب الضمان بناء على ظاهر بيان الولوالجية والعلامة الشبلي .

وعليه فإذا تحقق كون ذلك الصبي رشيداً تدفع إليه أمواله حينئذ ويكفي لإعطائه ماله علم الوصي برشده وصلاحه، حتى إنه لو شوهدت حال كهذه في الصبي قبل بلوغه، فللوصي بمقتضى المادة (٩١٨) أن يسلم الصغير أمواله ولا يلزم الوصي بعد ذلك ضمان، أنظر المادة (٩١) . ولو امتنع الوصي عن تسليم الصبي أمواله بعد أن طلبها لتحقيق رشده هو بالغ على هذا الوجه وبعد ذلك تلفت في يد الوصي ضمن أنظر المادة (٧٩٤) لكن لو تلف في يده قبل الطلب لا يضمن، أما لو سلم الوصي الأموال للشخص الذي تحت وصايته بمجرد بلوغه مع علمه بعدم رشده وأضاعها ذلك الشخص فيضمنها الوصي .

وعلى ذلك لو طلب الصبي ماله بعد بلوغه فتأني الوصي في تسليمه إياه للتجربة والاختبار فتلف المال في يد الوصي فلا يضمن أنظر المادة (٩١) كذلك لو أعطى الوصي للصبي المحجور عليه من طرف الحاكم لبلوغه وهو غير رشيد ماله فأضاع الصبي المال كان الوصي ضامناً . وحيث إن هذه المادة تحتاج إلى الإيضاح فلنبادر إلى إيضاحها فيما يأتي :

في الصبي البالغ ثلاثة أحوال :

١ - يبلغ الصغير وهو رشيد ويكون رشده معلوماً . أي إذا كان الصغير غير سفيه في حال

صغره وبلغ وهو مصلح ومحافظ على ماله فيجوز تسليم أمواله إليه .
وعلم الوصي برشد الصغير كاف لإعطائه ماله . لأن الحجر على الصغير ينتهي ببلوغه كما هو
مذكور في شرح المادة (٩٦٧) .

ولا كلام في جواز تسليم الصبي ماله وإعطائه اياه بعد البلوغ ، لأن ذلك جائز إذا كان رشد
الصبي معلوماً (التنقيح) .

٢ - أن يكون الصغير غير رشيد ، يعني أن يبلغ وهو سفیه مسرف في ماله وملتف فلا يجوز اعطاؤه
المال في هذه الصورة ، كما قد صرح في المادة (٩٨٢) .

٣ - بلوغ الصغير دون أن يعلم رشده أو سفهه .

يجوز اعطاء الصغير ماله بناء على ما جاء به صاحب التنقيح من الإيضاحات ، وإلا لوجب أن
تكون تصرفات كل بالغ لا يعلم رشده غير صحيحة وقوله (لأن دفع المال مع علمه بأنه مضيع
تضييع) دليل ظاهر على أنه لو لم يعلم رشده ولا سفهه لا يضمن لعدم العلة المذكورة ، وقد أفتى به
المرحوم شيخ الإسلام شهاب الدين المصري كما هو مذكور في فتاواه (صرة الفتاوى) .

وعليه فلو أعطى الوصي لهذا الصبي ماله وثبت كم أنه مفسداً وغير رشيد فلا يلزم الوصي
ضمان ، أنظر المادة (٩١) ولكن على الوصي أن لا يعطيه ماله قبل أن يجتريه ويجريه .

ولو امتنع الوصي مدة عن تسليم الصبي البالغ أمواله لانكشاف حال الصغير واختبار رشده
وصلاحه وتلفت الأموال أثناء ذلك في يد الوصي بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الوصي ضمان . وهذا
الاحتمال هو المبين في هذه المادة (التنقيح) لأن عبارة متن المجلة «بل يجرب بالتأني» مانعة من صرفه إلى
الاحتمال الأول لأنه إذا علم رشده فلا لزوم للتجربة .

ولو أنكروا الوصي رشد الصبي البالغ وامتنع عن تسليمه ماله فيلزم أن يثبت الصبي البالغ رشده
بالبينة الشرعية . حتى يحكم على الوصي بتسليمه الأموال (التنقيح) .

ولكن جاء في الولولجية أنه إذا بلغ الصغير فلا يجوز اعطاؤه ماله من طرف الولي إذا لم يثبت رشده
وإذا أعطاه اياه دون ذلك لزمه الضمان (رد المحتار) وقد حمل صاحب التنقيح كلام الولولجية هذا على
الحال الثاني أي بلوغ الصغير وهو سفیه . وعليه فلا يبقى اختلاف في المسألة .

أما لو طلب الصغير أمواله من الوصي بعد تحقق بلوغه ورشده فلم يعطه اياها وتلفت في يد
الوصي أو فقدت كان ضامناً (رد المحتار) . لكن لو طلب الصغير المميز غير البالغ ماله وكان رشده
ثابتاً ولم يعطه الوصي اياه . فيما أن الصغير لم يخرج من تحت الولاية ، أي أن حق الولاية لم يزل باقياً
للولي أو الوصي على الصغير ، فللوصي أو الولي أن لا يعطيه ماله وإذا تلف في يده بلا تعد فلا يلزم
ضمان^(١) .

(١) إن الأحكام الفقهية هي على الوجه المشروح ، ولكن بناء على الأمر السلطاني الصادر في ٥ ذي الحجة سنة
١٢٨٨هـ وفي ٢ شباط سنة ١٢٨٧ لو بلغ صغير وادعى رشده وطلب تسليمه أمواله وأنكر الوصي رشده وترافعا
أمام الحاكم فلا تسمع دعوى الرشد من الصغير ما لم يكمل السنة العشرين ولو سمعت وحكم فيها فلا يكون
الحكم نافذاً . أنظر المادة: «١٨٠١» (الشارح) .

﴿مادة ٩٨٢﴾ - (إذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق)

لا يسلم الصبي أمواله إذا بلغ سفيهاً بالإتفاق ولو لم يكن قد حجر بعد، يعني إذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده بالبينه ولو اكمل الخامسة والعشرين من عمره ويكون مستحقاً للحجر، وعليه فيحجر عليه عند أبي يوسف ويمنع من التصرف كما في السابق، يعني إذا بلغ سفيهاً وغير رشيد فلا تعطى إليه أمواله سواء أحجر عليه الحاكم أم لم يحجر (الخانية) وذلك كما قد مر إيضاحه في شرح المادة الأنفة. والواقع أن الذي يبلغ رشيد لا يبلغ محجوراً على رأي الإمام أبي يوسف. ويقتضي حجره مستأنفاً وتكون تصرفاته بعد البلوغ وقبل الحجر نافذة. أما عند الإمام محمد فإنه يبلغ محجوراً فلا يحتاج إلى حجر آخر على أنه وإن وقع الاختلاف على هذا الوجه فقد اتفق على عدم جواز اعطائه ماله (الشبلي، الطحطاوي) فلو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد «صرة الفتاوى».

وعليه فلو أعطى الوصي اليتيم الذي تحت حجره ماله بطلبه سواء أحجره الحاكم لبلوغه سفيهاً وغير رشيد أم لم يحجره فأصاعه ضمن ولو لم يكن ذلك للتصرف بل لو كان ودية للمحافظة يضمن أيضاً. لأن إعطاء الوصي ذلك اليتيم ماله مع علمه بأنه بلغ غير رشيد يعد تضييعاً للمال (الخانية، الهدية في الباب الثاني).

وقول المجلة «يمنع من التصرف» بدلاً من أن تقول «لا يصح تصرفه» مبني على مذهب الإمام أبي يوسف ومعنى «يمنع» أي يمنع حجراً، فعلى هذا التقدير لو باع ماله قبل الحجر أي المنع ينفذ البيع عند أبي يوسف أما عند الإمام محمد فلا يصح تصرفه قبل الحجر أيضاً وعلى ذلك لو باع الصغير قبل حجر القاضي فلا يصح البيع على مذهب الإمام محمد (عبد الحلیم وصرة الفتاوى) لكن الأظهر ترك عبارة (كما في السابق لأن المنع السابق على الأصلي، أما المنع بعد البلوغ فهو مبني على حجر الحاكم. وأما مذهب الإمام الأعظم فهو إذا بلغ الصبي سفيهاً فلا يعطى إليه ماله ما لم يبلغ سن الخامسة والعشرين. وعدم الإعطاء هذا ليس بحجر «لأن الإمام لا يجوز الحجر» وإنما هو للتأديب، وعليه فتصرفات السفيه بعد البلوغ وقبل الحجر صحيحة (التنقيح ورد المحتار).

سؤال (١) - بما أن السفيه ممنوع من قبض الأموال التي هي في يد الوصي بمقتضى هذه المادة، فيلزم عند الإمام أن لا يكون تصرفه صحيحاً؟
الجواب - إن المنع عن القبض لا يستلزم امتناع التصرف، ألا ترى أن المشتري يستطيع أن يبيع المبيع من آخر إذا كان عقاراً مع أنه ممنوع من قبضه قبل أداء الثمن. أنظر المادة (٢٥٣) (الجوهرية بتغيير).

وعليه فيصح تصرف غير الرشيد بعد البلوغ وقبل الخامسة والعشرين بيعاً وشراءً. حتى إنه لو باع من ماله شيئاً كان البيع صحيحاً ويأمر القاضي الوصي بتسليم ذلك المال للمشتري. وإذا اشترى مالاً جاز، ويأمر الحاكم الوصي بدفع ثمنه (أبو السعود).

سؤال (٢) - لما كانت تصرفاته الواقعة صحيحة عند الإمام، لعدم جواز حجره، فليس من فائدة في عدم تسليم ماله؟

الجواب - لما كان أغلب تصرفات السفية هي الهبات والصدقات، وكان تمام ذلك يتوقف على القبض، فإذا كان المال ليس في يد السفية ولا يستطيع تسليمه فبذلك تصبح هباته وصدقاته بلا حكم، وفيه أن هذا الجواب غير حاسم لمادة الأشكال، فإن تصرف السفية إذا كان صحيحاً يبيع ما في يد الوصي بثمن ثم يبرئ المشتري أو يبيع بثمن قليل فيتلف ماله فلا يجدي هذا المنع نفعاً (الشارح).
ويجب عند الإمام اعطاؤه ماله بعد ذلك ولو لم يصر رشيداً لأن منعه من ماله هو للتأديب فإذا لم يتأدب بعد وصوله سن الجدود فلا يبقى أمل في تأديبه (رد المحتار والكفاية شرح الهداية)،
فإذا وصل المرء سن من يصير جداً أو جدة ولم يتأدب يقطع الأمل من تأديبه (رد المحتار، الكفاية شرح الهداية) ألا ترى أنه قد يصير جداً في هذه السن وولده قاضياً، وفيه حجر الولد والده مع كونه حراً بالغاً فيؤدي إلى أمر قبيح (الجوهرة).

أما عند الإمامين فلا تعطى إليه أمواله ما لم يتحقق رشده ولو تجاوز الخامسة والعشرين وأصبح شيخاً في الثمانين كما أن تصرفه في أمواله قبل الرشد ليس بجائز ما لم يحزه الحاكم (الهندية، رد المحتار).

على أنه وإن كان يفهم من ظاهر المتون الفقهية إنها ترجح قول الإمام الأعظم إلا أنه يفهم من قول المجلة (إذا لم يتحقق رشده) أنها اختارت قول الإمامين (التنقيح) وتظهر ثمرة الخلاف في مسألتين:
المسألة الأولى، في الشخص الذي بلغ غير رشيد إذا بلغ السنة الخامسة والعشرين غير رشيد فسلمه الوصي ماله فلا يلزم الوصي عند الإمام ضمان. وإذا لم يسلمه اياه بعد الطلب وتلف في يده لزم الضمان.

أما عند الإمامين المشار إليهما فيلزم الوصي الضمان في صورة التسليم وعدم الضمان عند عدم التسليم وبما أن المجلة قد اختارت قول الإمامين فيجب الضمان على الوصي في حالة التسليم (أبو السعود).

المسألة الثانية، ان تصرفات من يبلغ غير رشيد ولم يصل سن الخامسة والعشرين صحيحة عند الإمام وغير صحيحة عند محمد (التنقيح). أما تصرفات السفية في الأموال التي اكتسبها وهو سفية فهي صحيحة عند أبي يوسف لأنه لا ينحجر بالسفه إذا لم يحجره الحاكم والتصرف المذكور عند محمد ليس صحيحاً إذ ينحجر عنده بمجرد السفه.

﴿مادة ٩٨٣﴾ - (إذا دفع وصي الصغير ماله إليه قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير وأتلفه يضمن الوصي).

إذا لم يثبت رشد الصغير بالحجة الشرعية أو بالتجربة بمقتضى المادة (٩٦٨) وأعطاه وصيه أو وليه أمواله وهو مميز غير بالغ فضاع المال في يد الصغير أو أتلفه يكون الوصي ضامناً ولو كان الإعطاء بطلب الصغير.

عدم ثبوت رشد الصغير يكون على وجهين:

الأول، يكون بثبوت كونه غير رشيد وفي هذه الصورة لا يجوز إعطاؤه ماله، لأنه لما كان صبيًّا فهو محجور أصلاً.

الثاني، أن لا يعرف رشده من عدمه، أي يكون رشده غير ظاهر من عدمه.

فلو أعطى الوصي الصغير ماله في هاتين صورتين وأتلفه الصغير ضمن الوصي.

وهذه المادة بما أنها مقابلة للمادة (٩٦٨) فكان من المناسب ذكرها في تلك المادة أو في مادة مستقلة عقبها.

قيل (قبل ثبوت رشده) لأن الإعطاء بعد ثبوت رشده جائز بمقتضى المادة (٩٦٨) فإذا أعطاه في هذه الصورة وأضاعه فلا يلزم الوصي أو الولي ضمان أنظر المادة (٩١). بل إذا كان الصبي غير بالغ وطلب من الوصي أمواله بعد أن تحقق رشده ولم يعطه إياها وتلفت في يد الوصي أو الولي فلا يلزمها ضمان كما بين ذلك في شرح المادة (٩٨١) لأن رفع الحجر عن الصغير يكون بالبلوغ والأذن وإذا لم يحصل يبقى على حجره الأصلي.

﴿مادة ٩٨٤﴾ - (إذا أعطى إلى الصغير ماله عند بلوغه ثم تحقق كونه سفيهاً يحجر عليه من قبل الحاكم).

إذا أعطى إلى الصغير ماله على الوجه الثالث المبين في شرح المادة (٩٨٢) بناءً على بلوغه ثم تحقق كونه سفيهاً يحجر عليه من قبل الحاكم. وظاهر هذه العبارة يدل على جواز إعطاء الصغير ماله باعتباره رشيداً بمجرد بلوغه. والحال أنه كما وضح في شرح المادة (٩٨١) لا يكفي مجرد البلوغ في الحال الثاني لاعتبار الشخص رشيداً، وقد وضحت هذه المسألة في المادة (٩٨٢).

يعني أولاً، إذا صار سفيهاً بعد بلوغه رشيداً، يحجر.

ثانياً، إذا تحقق كونه سفيهاً بعد بلوغه مجهول الحال يحجر.

ثالثاً، إذا بلغ سفيهاً يحجر. أنظر شرح المادة (٩٨٢)

﴿مادة ٩٨٥﴾ - (يثبت حد البلوغ بالاحتلام والاحبال والحيض والحبل).

حد البلوغ يثبت في الرجل بالاحتلام مع الإنزال «خواب زيد بن باب» والإحبال «أبسن

كردن».

والإنزال (جد اشدن آب) أي نزول المنى بأي سبب، وفي النساء بالحيض والاحتلام والحبل (ابستن شدن) وإذا لم يكن أحد هذه الأمور فيعد الصبي بالغاً كما سيجيء في المادة الآتية إذا أكمل خمس عشرة سنة هجرية والأحسن أن يقال: بلوغ الصغير بالإحبال والإنزال والاحتلام، والصغيرة بهما وبالحبل وبالحيض. (القهستاني)

البلوغ، لغة بمعنى الوصول، وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى انتهاء الصغر.

الصغر، بما أن الصغر هو أحد أسباب الحجر فينبغي بيان المدة التي ينتهي عندها، وقد وضعت

هذه المادة مع المواد الآتية لهذا الغرض (رد المحتار).

وقد مر في شرح المادة (٩٦٧) أن البلوغ هو أحد الأحوال التي ترفع الحجر عن الصغير.

الحبل، بفتح الحاء والباء، يقال حبلت المرأة حبلاً من باب تعب إذا حملت بالولد، وكذلك يطلق على احتلام النائم برؤيته الجماع وإنزاله المني في الغالب، فغلب لفظ الاحتلام في هذا دون غيره من أنواع المنام لكثرة الاستعمال (رد المحتار).

الإنزال أصل في الاحتلام والإحبال وإن لم يذكر في المجلة صراحة إلا أنه ضمناً لأن الاحتلام الحاصل بدون انزال المني غير معتبر في اثبات البلوغ كما أنه لا يتصور إحبال بدون انزال، والأصل هو الإنزال وما عداه فهو علامة (الطوري والدر المنتقى).

وإذا جامع امرأته بعد ما بلغت حداً يتصور منه الإحبال فجاءت بولد فإنه يثبت نسبة منه ويحكم ببلوغه ضرورة ثبوت نسب الولد «الهندية قبيل الباب الثالث من الحجر».

الاحتلام كما يكون للرجال علامة للبلوغ يكون للنساء كذلك، لكن كما يختص الإحبال بالرجال يختص الحيض بالإناث، ويفهم من تقييد المجلة للبلوغ بالاحتلام وغيره أن البلوغ لا يثبت بنبات العانة والذقن والشارب وشعر ما تحت الإبطن وخشونة الصوت وبروز النهود وما إلى ذلك (رد المحتار).

﴿مادة ٩٨٦﴾ - (مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة وفي المرأة تسع سنوات ومنتهاها في كليهما خمس عشرة سنة. وإذا أكمل الرجل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له «المراهق» وإذا أكملت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها «المراهقة» إلى أن يبلغا.)

إن أقل سن يمكن أن يحتلم فيها الذكور ويبلغوا هي اثنتا عشرة سنة والإناث تسع سنوات ومنتهاها السن في الإثني عشر سنة عند الإمامين. وعليه فمتى أتم الذكر الثانية عشرة من عمره يمكن أن تظهر عليه آثار البلوغ المذكورة في المادة الأتفة، لأنه قد شوهدت علامة البلوغ في هذه السن، ولقد كان عبدالله بن عمرو بن العاص أصغر من أبيه بإثنتي عشرة سنة فقط، كذلك يمكن أن تظهر آثار البلوغ على الأنثى متى اكتملت السنة التاسعة من عمرها، لأن البنت أسرع بلوغاً من الغلام (أبو السعود) وجاء في الجوهرة «لأن الإناث نشوؤهن وإدراكهن أسرع من إدراك الذكور».

وإذا أكمل الشخص الخامسة عشرة ولم تظهر عليه آثار البلوغ سواء أكان ذكراً أم أنثى فيحكم عند الإمامين ببلوغه. وقد أفتى بقول الإمامين مشايخ الإسلام واختارته المجلة أيضاً (علي أفندي من كتاب الحجر) وإذا أكمل الغلام اثنتي عشرة سنة والبنت تسع سنوات فيدعى الغلام بالبالغ المراهق وتدعى البنت بالبالغة المراهقة إلى حين ظهور آثار البلوغ المذكورة في المادة الأتفة أو إلى بلوغها سن الخامسة عشرة سنة، ومعنى المراهق: المتقارب، أي القريب من البلوغ (مثلاً مسكين).

بما أن تعيين في هذه المادة مبدأ البلوغ ومنتهاها بالمادة (٩٨٨) تنفرع من المبدأ كما أن المادة الآتية تنفرع من المنتهى. فكان من المناسب تقديم المادة (٩٨٨) على المادة الآتية.

﴿مادة ٩٨٧﴾ - من أدرك سن البلوغ ولم تظهر عليه آثار البلوغ يعد بالغا حكماً

من أدرك منتهى سن البلوغ، أي من أتم خمس عشرة سنة من عمره ولم تظهر عليه آثار البلوغ يعد بالغاً حكماً، يعني إذا أكمل الغلام أو البنت الخامسة عشرة يلزم الحكم بكونها بالغين ولو لم يظهر عليها أثر من آثار البلوغ (علي أفندي) لأن ظهور علامة البلوغ في هذه السن هو الغالب الشائع. وعليه فكما أن من تظهر عليه علامة البلوغ يعد بالغاً بمقتضى المادة (٩٨٥) كذلك يعد بالغاً من أدرك منتهى سن البلوغ ولم تظهر عليه علامة البلوغ. لأن العادة الغالبة إحدى الحجج الشرعية، ويستفاد حكم هذه المادة من الفقرة الأولى من المادة الأنفة.

وهذه المادة مبنية على مذهب الإمامين، وقد قال بذلك الأئمة الثلاثة أيضاً، وهو المفتى به، كما ذكر في شرح المادة الأنفة. أما عند الإمام الأعظم فإنه إذا أكمل الغلام الثامنة عشرة والبنت السابعة عشرة من عمرها يعدان بالغين ولو لم يظهر عليهما آثار البلوغ (رد المحتار والدرر).

﴿مادة ٩٨٨﴾ - (الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ إذا ادعى البلوغ لا يقبل منه)

الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ المبين في المادة (٩٨٦) إذا ادعى البلوغ لا يقبل منه. مثلاً لو قال غلام لم يكمل الثانية عشرة إنه بالغ، فلا يقبل ذلك منه، كما أنه لا يقبل قول بنت لم تتم التاسعة بأنها بالغة، كما لو كانت في الخامسة من عمرها، ولو جاءها الدم لا يعتبر حيضاً (الطحطاوي) لأن ظاهر الحال يكذبها وفي هذه الصورة لا تجوز معاملتها كالبيع والشراء والقسمة. (رد المحتار، العناية).

وتطلق الدعوى، كما ذكر في كتاب الدعوى، على طلب الحق لدى الحاكم. لكن الدعوى في هذه المادة لم تكن بهذا المعنى، وعليه فلو بين بلوغه في حضور غير الحاكم فلا حكم له، ويبقى محجوراً كالأول.

﴿مادة ٩٨٩﴾ - «إذا أقر المراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فلا يصدق إقراره إن كان ظاهر الحال مكذباً له بأن كانت جثته لا تتحمل البلوغ أما إذا كان ظاهر الحال غير مكذب له بأن كانت جثته متحملة البلوغ فيصدق وتكون عقوده وإقرارته نافذة معتبرة ولو أراد بعد ذلك بمدة أن يفسخ تصرفاته القولية بأن يقول إني لم أكن بالغاً في ذلك الوقت أي حين أقررت بالبلوغ فلا يلتفت إلى قوله».

وهذه العبارة وردت في التنوير، إلا أنه لم يذكر فيها قيد (في حضور الحاكم) وإنما العبارة الواردة في التنوير هي (إذا قال المراهق أو المراهقة إني بلغت وكانت جثته الخ) فأصبحت عبارة «في حضور الحاكم» «والإقرار» غير قيد احترازي.

وجاء في التنقيح أيضاً «أقر مراهق بصلح أو غيره وقال له باغ ثم ادعى هو أو غيره فساد الصلح لكونه غير بالغ لا يلتفت إلى أنكار البلوغ» «انتهى بتغيير ما».

فإن كانت جثة المقر (وجثته بضم الجيم وفتح الثاء المشددة، أي شخص الإنسان) غير متحملة

للبلوغ وكان ظاهر الحال مكذباً له فلا يصدق إقراره هذا، لأنه يشترط في الإقرار أن لا يكذبه ظاهر الحال، كما هو مذكور في المادة (١٥٧٧).

مثلاً إذا ادعى غلام في الثانية من عمره ولا يحتمل احتلامه بسبب ضعف جثته لا يقبل ادعاؤه ولا تنفذ عقوده ومعاملاته ولا يعتبر إقراره وإن كانت جثته تتحمل البلوغ فيسأل عن صورة بلوغه، يعني يسأل، هل بلغ بالاحتلام أو بالإحبال، فإذا بين أحدهما صدق، لأن البلوغ لا يعرف إلا بإحدهما (الجوهرة) كما يقبل قول المرأة في الحيض (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثاني). ولا يلزمها يمين يعني أنه لا تجب عليهما يمين على كونها بلغا على الوجه الفلاني. ولو دعيا البلوغ بالسن طولبا بالبينة لإمكانها، إلا أن يكونا من البدو فإنها لا يطالبان بالبينة لعدم التاريخ بينهما (عبد الحلیم).

والخلاصة أنه يوجد لهذا التصديق ثلاثة شروط:

أولها، أن يكون مدعي البلوغ مراهقاً، أي أن تكون البنت قد اكملت السنة التاسعة والغلام السنة الثانية عشرة،

وعليه فلو ادعى البلوغ غير المراهق فلا يقبل ادعاؤه ولا السنة على ذلك (الدر المنتقى) وفي هذه الحال لا ينظر إلى تحمل جثته البلوغ أو عدم تحملها، والميّن في المادة (٩٨٨) هو هذا.

ثانيها، كون الجثة تتحمل البلوغ. وعليه فلو ادعى مراهق لا يتحمل البلوغ أنه بالغ فلا يقبل منه، والميّن في الفقرة الأولى من هذه المادة هو هذا.

ثالثها، تفسير البلوغ، يعني بأي شيء علم البلوغ، أي يجب أن يفسر بالاحتلام أو بالإحبال (أبو السعود، رد المحتار، صرة الفتاوي).

ثم أنه وإن كان لا يلزم سؤاله والاستقصاء عن الشخص الذي احتلم به، يعني هل كان احتلامه بغلام أو بنت، فهو من قبيل الاحتياط لأن الصغير أحياناً يقر بالبلوغ كذباً بتلقينه كيفيته (رد المحتار) واذن فتكون أحكام هؤلاء كأحكام البالغين وتعتبر عقودهم كالبيع والقسمة وتنفذ اقراراتهم (الهندية). يعني أن عقودهم لا تكون موقوفة على اجازة الولي، ولا يبطل اقرارهم. ولو أراد العقاد أو المقر بعد تلك العقود والإقرارات بمدة أن يفسخ تصرفاته القولية بأن يقول إني في ذلك الوقت، أي اقررت بالبلوغ، لم أكن بالغاً وكذبت فلا يلتفت إلى قوله، أنظر المادة (١٠٠) (الدر المختار، رد المحتار).

فعليه لو أقر صغير أكمل الثانية عشرة من عمره، وجثته تتحمل البلوغ، بأنه بلغ بالاحتلام ثم ادعى بعد أن صالح على ألف قرش في ذمة أحد بأربعمئة قرش مثلاً أنه لم يكن حين الصلح بالغاً فلا تسمع دعواه (علي أفندي).

صبي باع واشترى وقال أنا بالغ، ثم قال بعد ذلك أنا غير بالغ، فإن كان قوله الأول في وقت يمكن البلوغ فيه لم يلتفت إلى جحوده بعد ذلك (الجوهرة) ولا يحكم بالبلوغ بمجرد صيرورة الشخص مراهقاً ومراهقة، أي ببلوغ مبدأ سن البلوغ، بل يجب، كما هو مبين في المجلة، أن يدعي البلوغ وأن يقر بذلك مثلاً إذا اكمل صغير الثانية عشرة ولم يقر ببلوغه، يحكم ببلوغه بمجرد اكتماله سن الثانية عشرة (علي أفندي).

الفصل الثالث

في حق السفية المحجور

﴿مادة ٩٩٠﴾ - (السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز وولي السفية الحاكم فقط، وليس لأبيه وجده وأوصيائه حق الولاية عليه) يؤثر الحجر في التصرف الذي لا يتساوى جده وهزله، ولا ينفذ من المحجور ما لم يجزه القاضي (رد المحتار في الحجر):

وعليه فالسفية المحجور هو كالصغير المميز في المعاملات كالبيع، والشراء، والإجارة، والإقرار، والحوالة، والرهن، والإرتهان، والشركة، والتوكيل، وما يماثل ذلك، يعني كما أن تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على الاذن، فتصرفات السفية المحجور موقوفة عليه أيضاً. لأن تصرفات السفية ليست بباطلة، والتصرف المذكور لما كان يلاحظ فيه وجود المنفعة فكان موقوفاً على الاذن وقابلاً للإجازة (الشبلي).

أما في التصرف الذي يتساوى جده وهزله فلا تأثير فيه للحجر، وينفذ من المحجور كالطلاق والعتاق، والنكاح (الكفاية) لكن يفرق بين الصبي المميز وبين السفية المحجور بسة أوجه كما بينه الشبلي.

(١) - للصغير المميز ولي غير الحاكم أيضاً كما ذكر في المادة (٩٧٤) أما السفية فوليه الحاكم فقط، يعني إنما يحجر على السفية الحاكم فقط. والحاكم هو الذي يفك عنه الحجر عند اللزوم وإذا اقتضى إجازة تصرفات السفية المحجور القولية فالقاضي هو الذي يجيزها أو من ينصبه القاضي ويأذنه بذلك (عبد الحلیم).

وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية، لأن الولاية تثبت في حق العاجز، أما السفية فهو قادر. ومنع التصرف مع القدرة هو للتأديب، وولاية التأديب عائدة إلى القاضي (الشبلي). ولأنه بعد البلوغ تنقطع ولاية الولي (الطوري).

وعليه فلو باع السفية المحجور مالا له لا ينفذ بيعه، كما ذكر في المادة (٩٩٣)، وللحاكم أن يجيزه إذا رأى فيه منفعة (الهداية) أما وصي لسفية فإذا تصرف في ماله فلا يصح.

(٢) تصح وصايا السفية المحجور التي توافق الحق والشرع، وتكون من قبيل القرية، مع أن وصايا الصبي المميز باطلة.

(٣) يصح نكاح السفية المحجور وطلاقه، مع أن نكاح الصبي وطلاقه غير صحيحين. وبما أن الأوجه الثلاثة الأخرى لا تدخل في بحثنا فقد صرفنا النظر عنها.

قبل هنا «المعاملات» لأن السفية كالبالغ الرشيد في وجوب العبادات وفي غيرها كالطلاق والنكاح وفي العقوبات أيضاً كالحدود والقصاص كما مر آنفاً (الكفاية).

وعليه فيجوز تزوج السفية المحجور بامرأة مع تسميته مهر معين، فإذا كان المهر المسمى مهر المثل أو أنقص من مهر المثل فيها، وإذا زاد فالزيادة باطلة.

وإذا طلق المحجور بالسفه زوجته قبل الدخول لزمه نصف المهر المسمى، وكذلك الحكم فيما لو تزوج أربع نسوة، لأنه لما كانت حياة الإنسان بعد وفاته وإنما تكون ببقاء الأولاد، فالنكاح من الحوائج الأصلية للإنسان أي كالطعام.

والمرأة المحجورة بما أنها كالرجل المحجور، فتزويج المرأة المحجورة نفسها من رجل كفؤ بمهر المثل جائزة «الهداية والهندية في الباب الثاني».

ولو تزوجت امرأة سفية من رجل كفؤ بمهر مثلها أو بأقل مما يتغابن فيه جاز، لأن النكاح يصح مع الحجر، وإن كان المهر أقل من مهر مثلها بما لا يتغابن فيه، فإن كان لم يدخل بها يقال له إن شئت الدخول بها فتمم لها مهر مثلها، وإلا يفرق بينكما، وإن كان قد دخل بها فعليه أن يتمم لها مهر مثلها، فإن كان زوجها محجوراً مثلها وسمي أكثر من مهر مثلها بطل الفضل، وإن كان أقل خوطب بالإتمام أو الفرقة. أما إذا تزوجت بغير كفؤ فللقاضي أن يفرق بينهما لأنها أدخلت الشين على أوليائها، فينفسخ النكاح لأجلهم (الجوهرية).

كذلك لو تخالعت امرأة سفية مع زوجها على مال معين وقع الخلع طلاقاً رجعيّاً ولا يلزم المال (الطوري).

كذلك لو أقر السفية المحجور بأمر يوجب القصاص في نفسه أو أطرافه يكون ذلك صحيحاً ونافذاً، كما إن له الإنفاق، كما هو مذكور في المادة (٩٩٢)، وتنفذ وصيته لجهة القرية من ثلث ماله (الدر المختار ورد المحتار).

﴿مادة ٩٩١﴾ - (تصرفات السفية القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس).

تصرفات السفية القولية المتعلقة بالمعاملات غير صحيحة كما هو مذكور في المادة «٩٩٠» أما قبل الحجر فتصرفاته كتصرفات سائر الناس.

هذه المادة مشتملة على فقرتين حكيميتين:

الأولى، أنه لا تصح تصرفات السفية القولية التي تتعلق بالمعاملات بعد الحجر، وهذه الفقرة تستفاد من المادة (٩٩٠) والتصرفات القولية هي كالبيع والشراء والإقرار واشباهها (العناية) وسبب قوله في هذه المادة «المتعلقة بالمعاملات» هو كما ذكر في شرح المادة الأنفة، وعلة تقييد التصرفات (بالقولية) هو لزوم الضمان في التصرفات الفعلية، أي ضمان ما نشأ عن فعله من الخسارة والأضرار، كما هو مذكور في المادة (٩٦٠).

والتصرفات القولية هي مثل امرأة مسرقة سفية طلقها زوجها على مال وقبلت، وقع الطلاق

رجعياً ولا يلزمها المال أصلاً، لأن السفية محجور عن المال (الطوري).
الثانية، كون تصرفاته التي قبل الحجر صحيحة، وهذا الحكم مبني على مذهب الإمام ابى يوسف المذكور في شرح المادة (٩٥٨). أما عند الإمام محمد فيما أن السفية ينحجر بمجرد سفهه، فتصرفاته القولية بعد السفه غير صحيحة وإن كانت قبل الحجر «الهندية في الباب الثاني».

﴿مادة ٩٩٢﴾ - (ينفق على السفية المحجور وعلى من لزمته نفقتهم من ماله)

السفيه مساو لغير السفية في الشيء الذي يثبت إيجاب آهي، أو الذي يثبت أنه حق للناس، لأنه مخاطب به فالذي يجب بالإيجاب الآهي هو الزكاة وحجة الإسلام وما يماثل ذلك، أما ما يجب على أنه حق للناس فهو كنفقة ذوي الإرحام.

وعليه فينفق على السفية المحجور وعلى من تلزمه نفقتهم شرعاً كالزوجة والأولاد وذوي الارحام من ماله لأن الحياة وزوجه وأولاده من حوائجه الأصلية. ونفقة ذوي الارحام واجبة لحق القرابة، والسفه لا يبطل حقوق الناس. فلذلك تلزم النفقات المذكورة من ماله على الوجه المذكور (الزيلعي).
وإذا مرض السفية يزداد في نفقته لزيادة الحاجة في أوقات المرض (الطوري).

وبما أنه لا يصدق اقرار السفية بالنسب فالقريب الذي يدعى النفقة مجر على اثبات جهة قرابته بالبينة إلا أنه إذا كان السفية المقر بالنسب رجلاً فيصدق اقراره بالنسب في أربعة مواضع فقط: بالوالد، والولد، والزوجة، ومولى العتاقة، لأن المقر إذا لم يكن سفيهاً وكان مصلحاً يصدق في هذه الأربعة مواضع فقط ولا يصدق في ما عدا ذلك لأنه تحميل النسب على الغير، فلا يصدق السفية أيضاً في ذلك. يعني أن السفية والمصلح في هذا متساويان ويقبل اقراره بالزوجة لأنه لو ابتداء التزويج يصح فكذا يجوز أن يقربه (الجوهرة) وإذا كانت المقررة سفيهة تصدق في ثلاثة أشياء فقط: بالوالد، والزوج، ومولى العتاقة. أما في الولد فلا تصدق. لأن فيه تحميل النسب على الغير. ويلزم أن يثبت بالبينة كون مستحق النفقة معسراً أي محتاجاً للنفقة. حتى تقدر النفقة من مال السفية. ولا تقدر النفقة بإقرار السفية على كون مدعي النفقة معسراً (الشبلي) لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه وهو قرار غير موجب للإلزام (العناية) أما صورة الإنفاق والصرف، فلا يسلم القاضي السفية بل يدفعها بنفسه أو بواسطة أمينه إلى محتاجي النفقة ويسلمها اليهم، لأن الإنفاق ليس عبادة، فلا يحتاج إلى بيعة، وهذا بخلاف ما إذا حلف لو نذر له ظاهر، حيث لا يلزمه المال، فيكفر عن يمينه وظهره بالصوم لأنها وجبا بفعله، فلو فتحنا هذا الباب لبذر أمواله بهذه الطريق (الجوهرة).

صورة أداء زكاة المحجور: إن الزكاة الواجبة على المحجور يفرزها القاضي من ماله. أي مال المحجور، ويسلمها إليه ليعطيها المحجور إلى مصرف الزكاة، لأن الزكاة من العبادات التي تلزم فيها النية (رد المحتار) ويرسل معه أمينه حتى لا يصرفها في مكان آخر (الهندية) في الباب الثاني).

صورة حج المحجور: إذا أراد السفية أن يحج حجة الإسلام فلا يمنع القاضي النفقات التي يحتاجها السفية إلى حاج ثقة أمين تصرف عن يده حتى لا يبذرهما ويسرف فيها.

وقف المحجور بالسفه: إذا وقف السفه مالا كان باطلاً أما إذا وقف باذن القاضي فعند الإمام البلخي يصح. بخلاف الإمام أبي القاسم فعنده لا يصح أيضاً (رد المحتار، والهندية في الباب الثاني). وصية المحجور: إذا أوصى المحجور بالسفه وصية، كوصية أهل الخير والصلاح كانت جائزة، وذلك كالوصية للمساكين والفقراء والحج وما إلى ذلك من وجوه الخير لأن الوصية تجب بعد الاستغناء عن المال في أمور الدنيا ومصالحة المحجور تقضي بإنفاذ وصيته لا يمنعها (العناية) وتنفذ هذه الوصية من ثلث ماله، وإذا كانت مخالفة لوصية أهل الخير والصلاح فلا تنفذ، وذلك كالوصية لغير القرابة (الهندية).

﴿مادة ٩٩٣﴾ - (إذا باع السفه المحجور شيئاً من أمواله لا يكون بيعه نافذاً ولكن إذا رأى الحاكم فيه منفعة يجيزه).

إن تصرفات السفه المحجور القولية موقوفة على إجازة الحاكم فإذا باع السفه شيئاً من أمواله لا يكون بيعه نافذاً، ولكن إذا رأى الحاكم فيه منفعة يجيزه يعني إذا كان الثمن قائماً في يد السفه وفيه ربح أو مثل القيمة، فأما إذا ضاع الثمن في يد السفه فلا يجيزه (الجوهرة).

وتوجد المنفعة حيث يكون الربح في المال الذي يبيعه السفه، والمحابة في المال الذي يشتريه، يعني بأن يشتريه رخيصاً «الهندية في الباب الثاني».

وفي هذه المادة حكمان:

أولهما، إذا باع السفه المحجور ماله كان بيعه غير نافذ وبما أن هذا الحكم قد مر في المادة «٩٩١» فليس ذكره هنا مقصوداً بالذات.

ثانيهما، إذا باع السفه المحجور ماله ورأى الحاكم منفعة يجيزه، والمقصود من هذه المادة هو هذه الفقرة وإذا باع السفه بقيمة المثل أو بأكثر، أو كان لا يزال ثمن المبيع موجوداً في يده فيجيز الحاكم البيع ويأخذ ثمن المبيع من يد السفه. أما إذا كان بأنقص من قيمة المثل أو لم يكن ثمن المبيع في يد السفه بأن تلف، فلا يجيزه، لأنه إذا أجاز البيع والثمن قد تلف في يد السفه، فذلك يكون كادخال للمبيع في ملك المشتري بلا بدل (العناية والجوهرة).

والسبب في جواز إجازة القاضي هو أن ركن التصرف، وهو الإيجاب والقبول، قد وجد ووجوده يوجب نفاذ التصرف، وجعله موقوفاً إنما كان لفائدة السفه ولما كان مأموراً بتحري منفعة السفه فلذلك إذا وجد القاضي تلك المنفعة فله أن يجيزه، (الهداية) والحكم في بيع الصبي المحجور أيضاً على هذا الوجه، كما فصل في شرح المادة (٩٦٧).

ويفهم من ذكر عدم نفاذ البيع بصورة مطلقة في هذه المادة أن البيع لا ينفذ ولو كان بالقيمة الحقيقية أو بأزيد من بدل المثل «مجمع الأنهر».

وإذا أجاز القاضي بيع السفه المحجور المذكور فهذه الإجازة تشتمل على الإجازة للسفه المحجور

بقبض الثمن أيضاً. للمحجور بعد ذلك قبض الثمن ولذلك يبرأ المشتري إذا أعطى السفه المرقوم ثمن البيع.

واللائق بالقاضي إذا أجاز البيع في هذه الحالة أن يمنع المشتري من تسليم ثمن البيع للسفيه، فعلى ذلك إذا أجاز القاضي بيع السفه ومنع المشتري من تسليم ثمن البيع للسفيه، وأخبر المشتري بهذا المنع فدفع المشتري الثمن رغماً عن ذلك، فيكون المشتري ضامناً للثمن ويجب عليه أن يدفعه ثانياً للقاضي.

ويثبت حكم النهي في حق المشتري بإخبار واحد، يعني لو أخبر شخص واحد المشتري بنهي الحاكم فليس للمشتري أن يعطي المحجور ثمن البيع، لأن الحاكم إذا نهى على هذا الوجه صار حق القبض للقاضي، وأصبح المحجور كالأجنبي (رد المحتار) والواحد المذكور سواء أكان عدلاً أم غير عدل وأما قياساً على قول الإمام الأعظم فيشترط في المخبر الواحد العدالة وإذا كان المخبر اثنين كما هو نصاب الشهادة فلا تشترط العدالة.

لكن لو أعطى المشتري ثمن البيع للسفيه قبل علمه بمنع الحاكم يبرأ من الثمن وقد جاء في (الطوري) أنه إذا قال الحاكم للمشتري أجزت بيعه، ونهى المشتري عن الدفع إليه، فدفع قبل العلم برئ، وبعد العلم لا يبرأ كالوكيل.

ويفهم من قيد المجلة (إذا رأى منفعة) أنه إذا لم تكن المنفعة موجودة فلا يجوز العقد ويطلبه ويسترد المبيع من المشتري، أنظر المادة (٥٨)، فعليه لو باع السفه ماله بمحابة يبطل الحاكم البيع ويسترد المبيع وفي هذه الحال إذا لم يعط المشتري ثمن المبيع للسفيه بعد فلا يلزمه اعطاؤه. وإذا اعطاه إياه، وكان موجوداً في يده عيناً، فيرد إلى المشتري. فإذا استهلك الثمن ينظر إذا لم يجزه الحاكم سواء أكان البيع بطريق المحابة أم لم يكن فإذا صرف السفه المذكور الثمن المأخوذ في أموره التي يحتاج إليها. يعني كأن يصرفه في نفقته المثلية أو زكاته أو في أداء فرض الحج ضمن الحاكم للمشتري ذلك الثمن من مال السفه، أما إذا صرفه في وجه الفساد فلا يضمن الحاكم ذلك من مال السفه عند محمد. كما يستفاد من المادة (٩٦٦) (الهندية في الباب الثاني).

اختلاف المحجور والمشتري: إذا اختلف المحجور بالسفه والمشتري فقال المشتري انه اشترى المال في حال الصلاح وقبل الحجر وادعى المحجور بالسفه أن الشراء وقع في حال حجره. فالقول للمحجور: وإذا أقام كل منها البينة رجحت البينة على صحة البيع، أي بينة الشراء قبل الحجر، لأن من القواعد أنه عند تعرض بينتي الصحة والفساد تقدم بينة الصحة، وعند الأفراد تقدم بينة المثبت (الطحطاوي قبيل فصل بلوغ الغلام).

أما لو ادعى المشتري، بعد فك الحجر عن المحجور بالسفه، الشراء بعد الفك، وادعى المحجور الشراء قبل الفك، فالقول للمشتري، أنظر المادة (١١) (الهندية في الباب الثاني). قبول المحجور بالسفه الوديعة:

لو أودع المحجور بالسفه مالاً له وأقر باستهلاكه إياه فلا يصدق. ثم إذا فك الحجر عنه بعد

ذلك لصيرورته مصلحاً يسأل عن الوديعة المذكورة، فإذا أقر باستهلاكها في حال حجره فلا يلزمه شيء. أما لو أقر باستهلاكها في حال صلاحه وبعد الفك فيضمن. كذلك لو استهلك المحجور بالشفه المال الذي أعطي إليه وديعة في حال حجره، بمحضر من الشهود، فلا يلزم ضمان لا في الحال ولا بعد أن يكون مصلحاً (الهندية).

﴿مادة ٩٩٤﴾ - (لا يصح إقرار السفية المحجور بدين لآخر مطلقاً يعني ليس لإقراره تأثير في حق أمواله الموجودة وقت الحجر والحادثه بعده)

يصح الحجر في كل تصرف لا يصح بالهزل والإكراه وفي كل تصرف محتمل للفسخ أيضاً كالبيع والإجارة، والهبة والصدقة (الهندية) كما ذكر في شرح المادة (٩٩٠)، وسيوضح في شرح المادة (١٠٦) أيضاً.

وعليه فلا يفتح اقرار السفية المحجور لآخر بدين أو بعين مطلقاً. يعني يكون اقراره باطلاً أساساً وغير معتبر لأن الإقرار من التصرفات القولية، وتصرفاته القولية ليست صحيحة بمقتضى المادة (٩٩١).

الاختلاف في وقت الإقرار.

فلو قال المحجور بالشفه، بعد أن فك الحجر عنه لصلاحه، إنني أقررت في حال حجري بإنني استهلكت مال فلان. وقال المقر له، أي صاحب المال. انك أقررت في حال صلاحك. واختلفوا على هذا الوجه فالقول للمقر. لأن المقر بما أنه يضيف اقراره إلى حالة معهودة تنافي صحة الإقرار فهو منكر في الواقع ونفس الأمر، وليس بمقر. كذلك لو اختلفا، فقال المقر له للمقر: انك وإن أقررت في حال الحجر والفساد إلا أن اقرارك حق وصحيح، وقال المقر: إن اقرارى غير حق وغير صحيح، فالقول للمقر، ولو أقر لرجل بمال ثم صلح بأن صار أهلاً، وقال اقررت به باطلاً لم يلزمه، وإن قال كان حقاً يلزمه، وإن قال كان باطلاً ولم يوجد منه اقرار بعد الصلاح، فلا يلزمه (رد المحتار، الطوري).

ووصف السفية في هذه المادة «بالمحجور» مبني على مذهب الإمام أبي يوسف، أما عند الإمام محمد فإن السفية ينحجر بمجرد طروء الشفه عليه، وعلى ذلك فلا يكون اقراره صحيحاً، ولو لم يكن قد حجر من طرف الحاكم وقد ذكر ذلك في شرح المادة (٩٥٨).

ويفسر قول المجلة (مطلقاً) بأنه ليس لاقارره تأثير في حق أمواله الموجودة وقت الحجر والحادثه بعده. يعني أن الحجر على السفية يعم جميع أمواله، أما الحجر على المدين فينحصر في ماله الموجود، كما هو مذكور في المادة (١٠٠١)، أنظر المادة (٩٥٩) ويفسر هنا لفظ (مطلقاً) بالتفسير الآتي أيضاً وهو أنه لا يؤاخذ السفية المحجور بما أقر به أثناء حجره، كما لا يؤاخذ به بعد زوال الحجر، أنظر المادة (٢٠٠١) وشرحها (الهندية في الباب الثاني، ورد المحتار).

وحكم هذه المادة يستفاد من المادة (٩٩١) بقولها (لا تعتبر تصرفات السفية المحجور القولية) لأن الإقرار من التصرفات القولية، وإنما قد بحث هنا في الإقرار على حدة.

﴿مادة ٩٩٥﴾ - (حقوق الناس التي على المحجور تؤدي من ماله)

لأن السفه لا يبطل حقوق الناس، وقسم من المادة (٩٩٢) فرع لهذه المادة. لكن يلزم أن تكون هذه الحقوق ثابتة بالبينة. ولا تثبت الحقوق بإقرار السفية، لأنه لا حكم لإقراره كما قد بين في شرح المادة (٩٩٢).

مثلاً إذا كان على السفية دين مال اشتراه قبل الحجر، فتلزم تأديته من مال، كما أنه إذا تلف بعد الحجر مال أحد، فيلزم بمقتضى المادة (٩٦٠) إيفاءه من ماله أيضاً (مثلاً مسكين).

﴿مادة ٩٩٦﴾ - (إذا استقرض السفية المحجور دراهم وصرفها في نفقته فإن كان صرفه اياها بالقدر المعروف أداها الحاكم من ماله وإن كان الصرف زائداً عن القدر المعروف يؤدي مقدار نفقته ويبطل الزائد عنها)

هذا إذا استقرض النفقة ولم ينفق عليه القاضي في تلك المدة أنظر المادة الأنفة. لأنه لما كان السفية يحتاج إلى نفقة في الأصل بلا يعد هذا الصرف اسرافاً وسفهاً وإن كان صرفه زائداً عن القدر المعروف يؤدي مقدار نفقة السفية من ماله، ويبطل الزائد عنها ولا تؤخذ تلك الزيادة من مال السفية في وقت من الأوقات (الهندية في الباب الثاني) لأن هذه الزيادة اسراف.

وفهم من هذه الإيضاحات أن السفية إذا لم يصرف ما اقترضه من مال في نفقته بل صرفه في الملاهي والملذات كان اعطاه للمغنين والعازفين فللحاكم أن يبطله كله.

إن السفية المحجور وإن يكن مؤاخذاً على أفعاله، وعمله هذا فعل موجب للضمان، كما ذكر في المادة (٩٦٠) إلا أنه لما كان من عادة السفية تضييع الأموال، فبإقرار المقرض للسفية المال وتسليمه اياه مع علمه بحال السفية يكون ذلك من المقرض رضاء بالإتلاف فلذلك ليس له حق تضمين ماله (تكملة رد المحتار في الوديعة) كما قد صار إيضاحه في المادة (٩٦٠) المذكورة.

ولو قال الرجل بعد الصلاح اقرضتني في حال فسادي، وقال الآخر بل في حال صلاحك واستهلكتها فالقول قول رب المال، إلا أن يقيم المحجور البينة على ذلك (الطوري) أنظر المادة (١١).

﴿مادة ٩٩٧﴾ - (عند صلاح حال المحجور يفك حجره من قبل الحاكم).

إذا كسب السفية المحجور صلاحاً ارتفع عنه الحجر. يعني لا يزول الحجر بمجرد كسبه صلاحاً ورشداً. وإنما يفك حجره من قبل الحاكم منجزاً أو معلقاً إذا تبين في حضور الحاكم كسب الصلاح لأنه بمقتضى المادة (٢٢) إذا زال المانع عاد الممنوع، وعليه فلا تنفذ تصرفات السفية القولية بعد الحجر إذا اكتسب صلاحاً ولم يفك الحجر عنه بمقتضى المادتين (٩٩٠، ٩٩١). وفك الحجر كما

يجوز أن يكون منجزاً يجوز أيضاً أن يكون معلقاً. وعليه لو قال القاضي للسفيه إنني أطلتلك إذا اكتسبت صلاحاً. كان ذلك جائزاً. لأن الأذن والإطلاق مسقطان للحجر. وتعليق الإسقاط بالشرط جائز (الطوري) والأذن بالعقود المكررة فك للحجر فلذلك لو أعطى القاضي السفيه بعد أن حجره اذنأ ببيع شيء أو شرائه بنفسه وباع السفيه أو اشترى جاز وفك الحجر. أما لو أمر القاضي السفيه ببيع مال معين فليس ذلك فكاً للحجر (الهندية في الباب الثاني).

وهذه المادة مقابلة للمادة (٩٥٨). فقد جاء فيها (يحجر السفيه بحجر الحاكم) كما جاء في هذه المادة «لا ينفك الحجر بنفسه إذا كسب السفيه صلاحاً».

إن هذه المادة مبنية على مذهب الإمام أبي يوسف كما مر إيضاحه في شرح المادة (٩٥٨). أما عند الإمام محمد فيحجر السفيه بمجرد السفه فإذا كسب السفيه المحجور صلاحاً انفك عنه الحجر بدون حاجة إلى فك الحاكم لحجره.

الفرق بين السفيه المحجور والمدين المحجور:

١ - إن فك الحجر عن السفيه المحجور يجب أن يكون من طرف القاضي. أما المدين المحجور فليس كذلك. كما ذكر في المادة (٩٦١). إذ أن المدين المحجور إذا أدى دين الدائن الذي حجر من أجله، أو أبرأه ذلك الدائن من الدائن ارتفع الحجر عنه.

٢ - اقرار المحجور بالدين معتبر بعد زوال الحجر. وكذلك اقراره بالأموال التي اكتسبها في وقت حجر معتبر أما إقرار السفيه المحجور في حال حجره أو بعد زوال حجره فغير معتبر سواء أكان اقراره في حق المال الموجود أم حق المال الحادث (الطوري).

صورة الدعوى:

لو طلب السفيه المحجور فك حجره لكونه كسب صلاحاً وأنكر خصمه ذلك وادعى بقاء السفه فأبها أقام البينة قبلت منه. وإذا أقام البينة كلاهما رجحت بينة بقاء السفه كما ذهب إليه صاحب الأشباه إلا أن صاحب الذخيرة قد جزم بترجيح بينة زوال السفه. لأنها تثبت أمراً لم يكن ثابتاً. ولأنها تثبت خلاف الظاهر إذ الظاهر إبقاء ما كان. فكانت بينة الرشد أكثر اثباتاً والبيئات شرعت لإثبات خلاف الظاهر هذا إذا كان بعد الحجر. وأما إذا كان قبل الحجر فالظاهر الرشد وبينة السفه تثبت خلافه والبينة بينة من يثبت خلاف الظاهر (الطحطاوي بتغيير ما، ورد المحتار).

الفصل الرابع

في المدین المحجور

والدين أيضاً عند الإمامين من اسباب الحجر لكن يشترط في هذا طلب الغرماء وعلم المدین بالحجر عليه (العناية، الطوري) أنظر المادة (٩٩٩).

﴿مادة ٩٩٨﴾ - (لو ظهر عند الحاكم ملاحظة المدین في اداء دينه حال كونه مقتدرأً أو طلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله وإذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه فيبدأ بما بيعه أهون في حق الدين بتقديم النقود أولاً فإن لم تف فالعروض فإن لم تف العروض أيضاً فالعقار)

حتى لا يضر بالدائن بإخراجه ماله من ملكه ظاهراً بوجه من الوجوه كالبيع والإقرار مواضعة مثلاً (الهداية) ويلزم على كل حال وإن لم يذكر في المجلة، في حجر المدین طلب الدائن ذلك وليس للحاكم حجر المدین بلا طلب.

الإشهاد على الحجر: يشهد الحاكم شهوداً على حجره المدین على هذا الوجه لأجل الدين يعني أنه يقول للشهود قد حجرت على هذا الرجل أو على فلان بن فلان للدين الذي عليه لفلان. والإشهاد وإن لم يكن شرطاً في صحة الحجر إلا إنه يجب الإشهاد لما يحتاج إليه من الإثبات عند مس الحاجة (الهندية في الباب الثالث) وجاء في الخانية: فإن القاضي يحجر عليه ويشهد على حجره فيقول اشهدوا إني قد حجرت على هذا أو على فلان بن فلان إن كان ذلك الرجل غائباً لأجل دين فلان ويمنع عنه ماله ويبيع ماله إذا سأله غريمه.

شروط الحجر:

- ١ - طلب الدائنين في حجر المدین شرط.
- ٢ - كون الدين الذي سيحجر لأجله مثبتاً. وكما يجوز الحجر لأجل الديون المحكوم بها على المدین يجوز الحجر أيضاً إذا احتفى المدین وأثبت الدائنون ديونهم عليه في مواجهة وكيله المسخر (الهندية في الباب الثالث) وإلا فلا يجوز الحجر على المدین بمجرد إدعاء الدائنين لأنه إنما يحجره بعد الحكم لا قبله (الخانية).

قوله في المجلة «إذا كان المدین مقتدرأً» ليس بقيد احترازي لأنه كما يجوز الحجر على المدین إذا

امتنع عن أداء الدين وهو مقتدر يجوز الحجر عليه إذا كان غير مقتدر أي مفلساً وامتنع عن وفاء الدين كما سيذكر في المادة الآتية، وهذا الحجر يؤثر على التصرفات الواردة في المادة (١٠٠٢) الهداية .

تجري الأمور بعد الحجر على الترتيب الآتي .

١ - إذا امتنع عن بيع ماله ووفاء الدين منه «ولو كان المال عقاراً والتمن قليلاً» يجبر على ذلك بحبسه^(١) لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه فيحبس لأجله فإذا امتنع نائب القاضي منابه «نتائج الأفكار» ولأن قضاء الدين واجب على المدين والمماطلة ظلم فيحبس الحاكم المدين لدفع ظلمه ولإيصال الحق إلى مستحقه وهذا الجبر لا يعد إكراهاً على البيع «الطحطاوي» لأن الجبر المذكور يحق . أنظر شرح المادة (٩٤٨) والحبس ثابت بالكتاب والسنة والإجماع . فقد جاء في الكتاب الآية الكريمة ﴿أو ينفوا من الأرض...﴾ أي يحبسوا لأن فنيهم من جميع الأرض لا يتصور وفي السنة قد حبس الرسول الأكرم صلوات الله عليه رجلاً .

وفي الإجماع ، فقد أنشأ علي رضي الله عنه حبساً في الكوفة وأسماه (النافع) ثم اسماء (محبساً) لإنشائه إياه مستحكماً لعدم فرار المحبوسين منه . وقد كان ذلك بمحض من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولم يخالف منهم أحد . والمحبس يفتح الباء وكسرهما معناه المذلل يقال حبسه اذله (الجوهرة) ويفهم من ذكر لفظ المال في هذه الفقرة مطلقاً أنه لا فرق بين أن يكون عند الدائن أو مأجوراً أو مستعاراً أي أنه شامل لكل ملك له أنظر المادة (٦٤) (رد المحتار) .

ويستفاد من تعبير المجلة (وإذا امتنع) الإجماع وإن لم يأت فيها إجبار المدين على بيع ماله صراحة . وفي النوادر «وإذا حبس في الدين ينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه في ماله حتى يقضي ديونه التي حبس لأجلها» (الطوري) .

وعليه لو امتنع الدين بعد إجباره عن بيعه ماله وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه ولأن بيع المال لوفاء الدين مستحق عليه ولازم والمماطلة ظلم ولذا ينوب الحاكم مناب المدين في حال إجباره على وفاء الدين بالحبس وإصراره على الامتناع كما في الجب والعنة (الهداية) والأصل أن من امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما تجري فيه النيابة نائب القاضي منابه (مجمع الأنهر) .

وقد أريد بتغيير (ماله) في المجلة الاحتراز عما يعهد إليه به من الجهات والتعيينات كالقيمة والمؤذنين فلا يجبر المدين إذا كان في عهده أشياء كهذه على الفراغ بها لأجل الدين لأنه لم تكن هذه الأشياء ماله فلا يتعلق حق الغرماء بها (رد المحتار بإيضاح) . لكن التعبير المذكور لم يقصد به الاحتراز عن المستغلات الوقفية التي يتصرف فيها بالإجارتين والأراضي الأميرية . لأن الإجماع على الفراغ بها لآخر لأجل الدين مما نص عليه الأمر السلطاني .

(١) لكن بالنظر إلى الأحوال الحاضرة لا يجبر بالحبس على بيعه وإنما إذا لم يؤد المدين ما عليه من الدين يخطره لأن يبيع المال الفلاني ويوفي منه الدين فإن لم يفعل يبيعه الحاكم بالزيادة . (المعرب)

ولا يمتاز الحاجر عن غيره يعني لا يوجد للدائنين الحاجرين امتياز في أموال المدين الموجودة حين الحجر فلكل دائن أن يشترك في ثمن المبيع بمقدار ماله من الدين الثابت وجوده بالشهادة حتى ليس للمحجور أن يؤدي لبعض الدائنين ديونهم كاملة برضاه ويحرم الآخرين وعليه فلو أعطى المدين المحجور دائناً دينه كاملاً فيجبر ذلك الدائن على رد ما يزيد عما يلحقه من الدين غرامة باقي الغرماء (الهندية في الباب الثالث).

وهذه المادة مبنية على مذهب الإمامين . أما عند الإمام الأعظم فليس للحاكم أن يبيع مال المدين وإنما يجبر المدين على بيعه إجباراً ويضيق عليه بالحس . لأن المشار إليه لا يجوز الحجر أيضاً لأجل الدين فيبدأ بما يبيعه أهون في حق المدين بتقديم النقود أولاً فإن لم تف فالعروض فإن لم تف العروض أيضاً فالعقار . لأن البيع على هذه الصورة تحصل به المسارعة إلى وفاء الدين مع مراعاة جانب المدين وهذا نافع للمدين والغرماء معاً (الهندية) . حاصله أن القاضي ينصب ناظراً فينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له (العناية) وإن كان بعض العروض يكفي فيلزم أن يبدأ بالعروض التي يخشى عليها التلف وتباع العروض الأخرى في حال عدم كفاية تلك العروض ومن ثم ينتهي إلى العقار (مجمع الأنهر، رد المحتار) ويبدأ القاضي ببيع النقود لأنها معدة للسلب ولا ينتفع بها فيكون بيعها أهون على المدين فإن فصل شيء من الدين باع العروض لأنها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها فإن لم يف ثمنها باع العقار لأن العقار يعد للاقتناء فيلحقه، ضرر في بيعه فلا يبيعه إلا عند الضرورة (التفتيح).

فقوله «يبدأ بالنقود» معناه أنه يبدأ ببيع النقود، لأنه يوجد في صدر الكلام عبارة «يبدأ بالأهون» ويكون بيع النقود على الوجه الآتي: فإذا كان دين الدائن ذهباً والموجود عند المدين من النقود فضة تبدل الفضة بذهب وكذا لو كان الدين فضة والموجود ذهباً فيبدل الذهب بفضة ويؤدي الدين على هذه الصورة (رد المحتار، الهداية).

أما إذا كان الدين ذهباً ومال المدين ذهباً أيضاً فلا حاجة إلى البيع فيوفي الحاكم الدين منه بلا أمر المدين كذلك لو كان الدين فضة ونقد المدين فضة أيضاً فللحاكم أيضاً أن يوفي الدين منه بلا أمر المدين وهذه المعاملة صحيحة بالإجماع . لأن الدائن إذا ظفر بمال للمدين من جنس دينه على هذا الوجه فله الحق في أخذه منه بدون رضا المدين وللحاكم أن يعينه في استيفاء ذلك الحق (الهداية) . وبيع النقود أخف وأهون من بيع غيرها كما يستفاد من المجلة ووجه الأخفية هو إمكان الانتفاع بعينها فقد أعدت للسلب (التفتيح) .

والمقصود من المدين هنا المدين الحاضر . أما إذا كان المدين غائباً فحينئذ لا تباع عروضه وعقاراته لأن ذلك يستلزم القضاء على الغائب «أبو السعود» .

﴿مادة ٩٩٩﴾ - (المدين المفلس أي الذي دينه مساو لماله أو أزيد إذا خاف غرماًؤه ضياع ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره وراجعوا الحاكم على

حجره لمن التصرف في ماله أو اقراره بدين الآخر حجره الحاكم وباع أمواله وقسمها بين الغرماء إلا أنه يترك له ثوباً أو ثوبين من ثيابه وإن كان للمدين ثياب ثمينة وأمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله وأعطى باقيها للغرماء أيضاً وكذلك إن كان له دار وأمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المدين وأعطى باقيها للغرماء)

المدين المفلس: أفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس وبعضهم يقول صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم فهو مفلس والجمع مفاليس وصنعتة الانتقال من حال اليسر إلى حال العسر (الطحطاوي) أي هو الذي دينه مساو لماله أو كان دينه أزيد إذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة، أو أن يخفيه وكيف يصير إخفاء المال؟ ولعل الفقرة التي بعد عبارة «أن يخفي ماله» مفسرة العطف الواقع عطف تفسير (الشارح) أو يجعله باسم غيره بوجه كأن يبيع ماله مواضعة أو يقر به وراجعوا الحاكم لأجل حجر عن التصرف في ماله أو اقراره بدين لآخر حجره الحاكم (الكفاية) والمدين إنما يحجر بحجر الحاكم بالإختلاف الجاري في حجر السفه لا يجري في حجر المدين (الهندية في الباب الثاني).

وقد قصرت المجلة المسألة بقولها (الذي دينه... الخ) على المفلس الحقيقي والحال أن حكم هذه المادة ليس مقصوراً على المفلس الحقيقي بل يعم المفلس حقيقة وغير المفلس حقيقة يعني كأن يدعي الإفلاس وهو غني ويمتنع عن تأدية ما عليه بداعي أنه ليس عنده نقود، ولا ريب أن حال من يدعي الإفلاس ويمتنع عن إداء الدين وهو غني كحال المفلس الحقيقي. وقد جاء في فتح القدير: وليس المراد بالمفلس ههنا معناه الحقيقي بل المراد به أما من يدعي الإفلاس - فيتناول الغني أيضاً، إذ الظاهر أن المفلس الذي لا يؤدي دينه يدعي الإفلاس وإن كان غنياً في نفسه - أما من حاله حال المفلس، ولا شك أن الغني الذي يؤدي دينه حاله في عدم إداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسألة بمن هو مفلس حقيقة.

ولعل الوجه في تخصيص المجلة تلك المسألة بالمفلس الحقيقي هو ذكر حكم من يدعي الإفلاس وهو غير مفلس في المادة الآتية. وإذا حجر الحاكم المدين على هذا الوجه فلا تصح بعدئذ عند الإمامين تصرفاته كالهبة والتصدق أما عند الإمام فلا تأثير للحجر. وتصرفاته تكون صحيحة بعد الحجر أيضاً. ولم يشترط الحبس في هذا الحجر، يجوز حجر المدين قبل الحبس وبعده (الهندية في الباب الثالث ونتائج الأفكار) وبما أن الإقرار من التصرفات أيضاً فكان من المناسب أن يذكر مع الواو العاطفة كلمة «عن التصرف» كما في الهداية، لا مع الباء لأنه إن قوبل العام بالخاص فيكون حينئذ قد قصد ما عدا الخاص المذكور من العام عطف المبين على المبين، وعليه قوله تعالى ﴿من كان عدو الله وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾ الآية (عبد الحلیم).

بيع الحاكم أو أمينه في الحال جميع أمواله التي ليست بلازمة له ويقسمها بين الغرماء. وعليه فكما إن له أن يبيع في الصيف كل ما لا يحتاج إليه المدين في هذا الفصل من سجاد وبسط

وكوائين ومدافئ. ويوفي الدين من ثمنها فله أن يبيع في الشتاء ما لا يحتاج إليه في هذا الفصل من نطع ومقاعد جلدية يوفي من ثمنها الدين (رد المحتار، الهندية في الباب الثالث). كذلك لو كان للمدين عدة دور فيترك له أحداها مسكناً وتباع البقية (أبو السعود).

وإذا كانت ديون المفلس مساوية لماله فيكون قد استوفى كل دائن دينه كاملاً. وإذا كانت ديونه أزيد من ماله فيما أنه لا يمكن إيفاء كل دينه كاملاً فيعطى كل نسبة دينه ويطلق على ذلك (تقسيم الغرماء). وإذا كانت كل الديون حالة ففي هذه الصورة تقسم بحسب الحصص. أما إذا كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً فتقسم على أرباب الديون الحالة ثم بعد ذلك، أي عند حلول أجل الديون المؤجلة، للدائنين أن يراجعوا أصحاب الديون الحالة ويقاسموهم ما أخذوه ويشاركوهم فيه، كل بقدر حصته، لأن الأجل لا يبطل بموت من له الدين وإنما يبطل بموت من عليه الدين (عبد الحليم، الهندية قبيل كتاب المأذون ورد المحتار في آخر كتاب الحجر).

الديون الممتازة: بعض ديون المدين المفلس تكون ممتازة فلا يدخلها أصحابها في الغرماء،

وهي:

أولاً، ثمن المبيع. وذلك كما لو اشترى أحد مالاً، لكن قبل إداء الثمن للبائع وقبض المبيع، وأصبح المشتري مفلساً فللبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن، حتى إن المشتري المذكور لو قبض المبيع بلا إذن البائع فللبائع حق بأن يسترد المبيع ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن. لأنه لما كان المشتري في هذه الصورة ظالماً بقبض المبيع وغير محق فلا يعتبر القبض المذكور (الطحطاوي) أنظر المادة (٢٢٧). ولا يدخل البائع في هذه الصورة في تقسيم الغرماء (أبو السعود). أما لو قبض المشتري المبيع بإذن البائع وأفلس بعد ذلك فيدخل حينئذ في تقسيم الغرماء هذا إذا كان ثمن المبيع معجلاً أما إذا كان مؤجلاً فلا يدخل مع الغرماء في الحال بل بعد حلول الأجل يشارك الغرماء بما قبضوه وليس له استرداد المبيع.

ثانياً، الدين الذي في مقابل رهن. وذلك كما لو رهن مدين ماله في دين عند آخر قبل الحجر عليه بسبب إفلاسه فيما أن دين المرتهن ممتاز فلا يتدخل الغرماء في الرهن ما لم يؤد هذا الدين. عهدة البيع: لو باع الحاكم أو أمينه أموال المدين المحجور على هذا الوجه تعود عهدة البيع أي حقوق العقد إلى المدين وليس إلى الحاكم أو أمينه وعليه فلو ضبط المبيع من يد المشتري بالاستحقاق فيرجع المشتري على المدين به أيضاً وليس على الحاكم أو أمينه (مثلاً مسكين).

ولكن يترك له عند أكثر العلماء أي للمدين دست^(١) من الثياب أو دستان عاديان من لباس الليل والنهار (الطحطاوي) وعند بعض العلماء يبيع ما عليه فوق الأزار والسروال، (الخانية). وإذا وجد للمدين دست واحد للنهار ودست آخر ثمين يلبسه في الأعياد وما يماثلها يترك له الأول ويباع الثاني وعن شريح أنه باع العمامة (صرة الفتاوى، الخانية).

(١) الدست من الثياب ما يلبسه الإنسان ويكفيه لترده في حوائجه والجمع دست

يترك له دست أو دستان لأنه يلزم عند بعض الفقهاء أن يترك دست وإذا لم يترك زيادة عن دست واحد فيلزم عند غسله أن يمكث في البيت ملوماً محسوراً. أما عند البعض الآخر من الفقهاء فيلزم أن يترك له دست واحد ويبيع الباقي (مثلاً مسكين، الهندي في الباب الثالث) لأن به كفاية (مجمع الأنهر).

وقول المجلة «يترك له ثوباً» إشارة إلى قول، وقولها «أو ثوبين» إشارة إلى قول آخر. وعليه فالحاكم مخير إن شاء ترك له دستاً واحداً وإن شاء ترك له دستين وبيع الباقي وأدى دينه. إلا أنه إن كان لذلك المدين ثياب ثمينه وكان يمكن بالنظر إلى شخصيته وحيثيته الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله وأعطى باقيا للغرماء (رد المحتار) لأن لبس ذلك للتجمل وقضاء الدين فرض عليه (الجوهرية). كذا إذا كان عند المدين كانون نحاس يباع الكانون المذكور ويشترى له كانون من الطين والزائد يعطى إلى الغرماء (الجوهرية). كذلك إذا كان للمدين ولو كان يمكن بالنظر إلى أفراد عائلته الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المدين وأعطى ما يزيد للغرماء. ولا يقال يعطى كامل ثمن الدار إلى الغرماء ويسكن المدين داراً بالاجرة (رد المحتار مالا).

قيل «إذا أمكن الاكتفاء بما دونها» فيما أن يكون ما دونها جسامة. مثلاً إذا كانت دار المدين كبيرة عليه وزائدة عن حاجته بالنسبة إلى أفراد عائلته فتباع تلك الدار إذا كان في الإمكان بيعها وشراء غيرها بنصف ثمنها مثلاً داراً صغيرة تكفي المدين في جوارها. يعني إعطاء (ما دونها) وهذا المعنى صحيح لا شبهة فيه كذلك مسألة الكانون التي مر ذكرها آنفاً فهي نظير ذلك. وإما أن يكون ما دونها قيمة وذلك كأن تكون دار المدين في محل معتبر لو بيعت يمكن شراء مثلها في مكان آخر غير معتبر بنصف ثمنها. مثلاً إذا كان للمدين دار في (جفال أو غلي) في ستانبول تكفي لاستيعاب أفراد عائلته فقط وكانت إذا بيعت تساوي ألفي ذهبة ويمكن شراء دار بألف ذهبة في جوار باب أدرنة بعين الجسامة والحج.

وإني وإن لم أجد في الكتب الفقهية كلاماً صريحاً في إعطاء هذا المعنى (لما دونها) أي في جعله شاملاً للمعنيين فلا يرى المعنى الثاني موافقاً للعدالة.

وفهم من هذه المادة أنه لا يجوز بيع دار مناسبة لحال المدين لأجل الدين ويلزم تركها للمدين. وفي هذا الترك مساعدة خاصة للمدين ذاته، وليس لورثته في حال وفاته - سواء أكانوا صغاراً أم كباراً - أن يقولوا عن دار مورثهم المملوكة أن مسكننا الشرعي لا يباع. لأن الدين لما كان مقدماً على الإرث فلا يجوز ترك مسكن للوارث حتى إذا توفي أحد وتركته مستغرقة للديون فتعود جميع أمواله وعقاراته المملوكة إلى دائئيه ولا يكون لورثته فيها حق ما مطلقاً. وإذا طلب دائئو المفلس حبس المدين لعدم ظهور مال له وادعى المدين أنه مفلس معسر وليس له مال فيحسب لكل دين التزم به بعقد كالمهر المعجل والكفالة. ويحبس في الدراهم وفي أقل منها ويحبس في قليل الدين وكثيره إذا ظهر منه المظل (الجوهرية).

أما إذا كان بدلاً عن مال حصل في يده فلا يصدق على الإعسار لأننا قد عرفنا غناه به فدعواه الإعسار دعوى زوال ما في يده وهو معني حادث فلا يصدق وكذا إذا التزمه بعقد كالمهر المعجل لا يصدق في دعوى الإعسار فيه لأنه يريد بدعواه أن يسقط ما التزمه فلا يقبل «الجوهرة» لكن لو أقام بعد الحبس بيته على كونه لا يوجد لديه مال مطلقاً يخلى سبيله وينتظر وقت يسره وإذا لم يستطع إقامة بيته على عدم وجود المال لديه يخلى سبيله بعد حبسه شهرين أو ثلاثة وأجراء التدقيقات في حقه وعدم ظهور مال له وإلا فلا يضرب المحبوس ولا يقيد ولا يؤجر جبراً عنه من أحد ولا يهان أمام دائته ويجب عليه أن ينظره بباقي دينه لقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ (الطحاوي) ثم المحبوس في الدين لا يخرج بمجيء شهر رمضان ولا للعديد ولا للجمعة ولا لصلاة مكتوبة ولا فريضة الحج ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلاً بنفسه، وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا يخرج وعليه الفتوى «الجوهرة» وبعد أن يخرج من الحبس فإذا كان يكسب مالاً فيأخذ الدائنون الزائد عن حاجته ويقتسموه بينهم وإذا لم يرض بذلك يأخذه الحاكم ويقسمه بين الدائنين.

وإذا أقام كل من المدين والطالب البيته: المديون على إفلاسه وعسره، والطالب على يساره، ترجع بيته الطالب ولا يشترط بيانه مدار اليسار.

ولا يشترط في بيته الإفلاس حضور المدعي فإذا أثبت المدين إفلاسه في غيابه يخرج أيضاً من الحبس والشهادة على الإفلاس تكون هكذا: إننا نشهد على اننا نعلم بأن فلاناً مفلس معدم ولا نعلم بأن له شيئاً غير ما عليه من الثياب ولباس الليل (الهندية في الباب الثالث).

وقد خصصت الديون التي يجوز حبس المدين فيها بعبارة «كل ديونه...» لأنه لا يجس إذا ادعى الفقر في عوض المغصوب وأرش الجناية وما يماثل ذلك من الديون إلا إذا أثبت الطرف الآخر غناه لأن الفقر هو الأصل فمن ادعى الغنى يدعي معنى حادثاً فلا يقبل إلا ببيته «الجوهرة» وإذا كان المدين محجوراً فليس له أن يرجح بعض دائنيه فيؤدي إليهم ديونهم ويحرم البعض الآخر أما إذا كان غير محجور فله ذلك وإنما جاز له إثارة بعض الغرماء لتعلق حقهم بذمته (أبو السعود) ولو كان محبوساً لأجل الدين مثلاً لو كان أحد مديناً لثلاثة أشخاص لأحدهما خمسمائة قرش وللثاني ثلاثمائة قرش. للثالث مائتان وكان ماله عبارة عن خمسمائة قرش فقط وحبس هؤلاء الثلاث معاً متفقين هذا المدين فيما أن للمدين إذا كان حاضراً أن يؤدي ديونه بنفسه فله قضاء تقديم بعضها على بعض لأن للمدين حق التصرف في ملكه الخاص ولا يتعلق به حق غيره فيتصرف فيه على حسب مشيئته وإن كان المدين غائباً الديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص إذ ليس للقاضي تقديم بعضهم على بعض (صرة الفتاوى في الحجر).

﴿المادة ١٠٠٠﴾ - (ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته في مدة

الحجر من ماله)

كزوجة أطفاله وذوي ارحامه (رد المحتار) وحوائج المدين الأصلية مقدمة على حقوق الغرماء وعليه

فكما أن عدم بيع دست واحد من الثياب والمسكن الشرعي للمدين مبني على هذا فلا يبطل بالحجر الحق الثابت شرعاً لمستحق النفقة أيضاً. وبما أن التزوج من الحوائج الأصلية فلو تزوج المحجور بالدين امرأة بمهر المثل تكون المرأة المذكورة شريكة للغرماء في مهر مثلها (الهداية) وقوله «المفلس» في هذه المادة ليس بقيد احترازي فتجري احكام هذه المادة على المدين الذي ليس بمفلس أيضاً (نتائج الأفكار).

﴿المادة ١٠٠١﴾ - (الحجر للدين يؤثر في مال المدين الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر)

الحجر المقصود هنا هو الحجر على ما ورد في المادة (٨٩٨).
لأنه يكون قد تعلق حق الغرماء بالأموال الموجودة وقت الحجر فلا يتمكن من ابطال حقهم لغيرهم (الطحطاوي).

وعليه فلو أقر المحجور لآخر بدين فلا يعتبر في حق الأموال التي تكون موجودة وقت الحجر كما سيبين في المادة الآتية وشرحها. أما في الأموال التي يملكها بعد الحجر في حال حجره أو بعد فك الحجر عنه فلا تأثير للحجر فيها لأنه لما كانت هذه الأموال ليست موجودة وقت الحجر فلم يتعلق حق الدائنين بها (الهداية ورد المحتار).

ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر ينفذ اقراره وتبرعاته فيه لأن حقهم تعلق بالمال القائم لا بالاستفاد، وكذا لو اكتسب مالاً ينفذ اقراره فيما اكتسب وإن كان دين لأول قائماً وتنفذ تبرعاته فيما اكتسب مع ابقاء دين الأول (مجمع الأنهر، صرة الفتاوى في الحجر والاذن) والحاصل أنه يعتبر هذا الإقرار في ثلاثة أنواع

- ١ - في الأموال التي يملكها بعد الحجر.
- ٢ - في الأموال التي يملكها بعد زوال الحجر.
- ٣ - في الأموال الزائدة عن ديون الحاجرين ويؤدي منها المقر به (رد المحتار).

﴿مادة ١٠٠٢﴾ - (الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى ابطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله. بناءً عليه لا تعتبر سائر تصرفات المدين المفلس وتبرعاته وعقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر. ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر ولو أقر بدين لآخر لا يعتبر اقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر ويعتبر بعد زوال الحجر وبقي مديناً بإدائها ذلك الوقت وأيضاً ينفذ اقراره على أن يؤدي مما يكتسب بعد الحجر)

الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى ابطال حق الغرماء كالهبة، والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله، أي مع الغبن، سواء أكان النقصان يسيراً أم فاحشاً، يعني أنه لا يجوز أن يبيع المحجور مالاً بالنقصان المذكور (العناية).

تفصيل بيع المحجور بالدين: إذا باع المدين المحجور مالا وكان بيعه بضمن المثل يكون البيع صحيحاً لأن البيع بضمن المثل لما كان غير مبطل لحق الغرماء فلا يمنع المحجور منه (الهداية).
أما إذا كان البيع مع الغبن فالمشتري مخير إن شاء أكمل ثمن المبيع إلى ثمن المثل وإن شاء فسخ البيع ورد المبيع، كما في بيع المريض، أنظر المادة (١٦٠٤) (رد المحتار، الهندية في الباب الثالث).

ولو حجر القاضي على رجل لأجل قوم لهم ديون مختلفة فقضى دين بعضهم فللغرماء الآخرين أن يستردوا من الغرماء القابضين كل على حسب حصته (الخانية) بناء عليه لا تعتبر تصرفات المدين المفلس القولية وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر، وقد قيدها «بالتصرفات القولية» لأنه لو استهلك المحجور بالدين مال أحد، كما صار تفصيله في شرح المادة (٩٤١)، تعتبر في حق أمواله الموجودة وقت الحجر أيضاً، ويكون صاحب المال شريكاً لسائر الدائنين في الأموال الموجودة (الهداية) ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر (رد المحتار).

كما لو تزوج محجور امرأة كان زوجاً صحيحاً تشارك المرأة الغريب الحاجر في مثل مهرها، لكن لا تشارك فيما يزيد عن مهر المثل ويلزم أن تأخذ تلك الزيادة من الأموال التي يكتسبها المدين بعد اذنه (الهندية في الباب الثالث). وإذا أقر المدين لآخر في الدين يثبت اقرار المحجور فقط لا يعتبر اقراره في حق أمواله التي كانت موجودة في وقت الحجر لأنه ما تعلق حق أولئك الدائنين بالأموال المذكورة فلا يبطل المحجور بإقراره المذكور حقوقهم لكن إذا ثبت بالبينة، يعني لو شهدت الشهود على الاستقراض قبل الحجر أو على الشراء بقيمة المثل أو على استهلاك مال الغير، وثبت الدين على ذلك الوجه، يعتبر هذا الدين أيضاً في حق الأموال الموجودة وقت الحجر ويصير مزاحماً لسائر الغرماء أرباب الديون إذ لا حجر في الفعل. لأنه لا تهمة في هذا (الطحطاوي). وإذا لم يثبت هذا الدين بالبينة، بل ثبت بعلم القاضي، فلا حكم لهذا الثبوت لأن علم القاضي غير معدود من أسباب الحكم (أبو السعود).

ويفهم من تقييد فقرتي (الأموال الموجودة) و (لا يعتبر...) بعبارة «وقت الحجر» إن عدم اعتبار هذا الإقرار مشروط بشرطين:

الأول - في حق الأموال الموجودة أثناء الحجر.

الثاني - في وقت الحجر يعني لا يعتبر في وقت الحجر.

فينفذ ويعتبر بناء على الشرط الأول حتى في حق الأموال التي اكتسبها المحجور في أثناء الحجر وهو محجور ويعتبر بناء على الشرط الثاني بعد زوال الحجر في حق الأموال الفاضلة عن الغرماء الحاضرين والموجودة في أثناء الحجر (الهندية في الباب الثاني). ويتبين أن الفقرة الآتية معنية بالنظر إلى هذه الإيضاحات.

أما بعد زوال الحجر فيعتبر الإقرار وعليه فيبقى مديناً بادائها ذلك الوقت، أي بعد زوال الحجر، ومع ان الإقرار أحد التصرفات فقد ذكرته المجلة على حدة مع دخوله تحت تعبير (سائر التصرفات).

وأيضاً ينفذ اقراره على أن يؤدي مما يكتسب بعد الحجر لأنه لا تأثير للحجر في هذا المال، على ما ذكر في المادة (١٠٠١)، لأن هذا المال لما كان غير موجود وقت الحجر فلا يتعلق به حق الحاضرين (رد المحتار، الهداية) وفي عصرنا لا يحجر على المدين بسبب الدين بل تضبط أمواله بمعرفة المحكمة وتوقف وتباع بالمزايدة وتقسم بين الغرماء.

الباب الثاني

في بيان المسائل التي تتعلق بالإكراه

للإكراه تعريف، وركن، ودليل، وشرط، وحكم. وقد بين تعريفه في المادة (٩٤٨)، وركنه هو اللفظ الذي يفيد الإكراه ودليله الآية الكريمة ﴿إلا من أكره...﴾ والحديث النبوي الشريف (الا لا إقالة في الطلاق) وإيضاح ذلك أن رجلاً طلق زوجته مكرهاً فرفع الأمر إلى الرسول ﷺ فذكر الحديث المتقدم (الطوري).
شروط الإكراه: للإكراه أربعة شروط (الدر).

- ١ - كون المجرى مقتدرًا على إيقاع ما تهدد به، أنظر المادة (١٠٠٣).
- ٢ - خوف المكره من وقوع المكره به، أنظر المادة (١٠٠٤).
- ٣ - كون المكره به متلفاً للنفس أو للعضو أو موجباً للغم ومعدماً للرضا، أنظر المادة (٩٤٩)، فلو خوف زوجته بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح، وإن هددها بطلاق أو تزوج عليها أو تسرّى فليس بإكراه «أبو السعود عن الخانية» لأن كل فعل من هذه الأفعال جائز شرعاً، والأفعال الشرعية لا توصف بالإكراه «الطحطاوي» وكذا التهديد بالشتيم (القهستاني) أي ليس بإكراه.
- ٤ - كون المكره ممتنعاً عن المكره عليه قبل الإكراه، لأنه إذا لم يكن ممتنعاً لا يكون إكراهاً لفوات ركنه وهو فوت الرضا كما أشير إليه في الاختيار وفيه دلالة على أن هذا الشرط مستدرك (مجمع الأنهر، أبو السعود، الطحطاوي).

ويكون الامتناع بسبب من ثلاثة:

- السبب الأول، في حق نفسه، كالإكراه على بيع ماله.
- السبب الثاني، في حق شخص آخر، كالإكراه على اتلاف مال غيره.
- السبب الثالث، في حق الشرع، كالإكراه على شرب الخمر والزنا (الهندية) ويكون غير الممتنع على الوجه الآتي:

أما أن يكون المكره عليه مباحاً: كما لو أكره أحد على فعل مباح، فلا يحصل به الإكراه الشرعي. مثلاً، لو أكره أحد آخر بقلوه له اشرب كأس الماء هذا أوبع ثوبك من فلان، فشرب الماء أو باع الثوب، جاز المبيع وصح ولا يكون بيع مكره لكن لو كان المال لغيره أو كان محرماً، كأن يكون محرماً، فيكون البيع حينئذ بيع مكره (الطحطاوي، الأنقري، منلا مسكين) وأما أن يكون فرضاً: مثلاً إذا حنت أحد في يمينه ولزمته الكفارة فجاءه شخص فأكرهه على إيفاء كفارة اليمين بدون تعيين نوع من أنواع الكفارات وأوفى ذلك الشخص أحد أنواع الكفارات جاز ولا يلزم المجرى شيء (الهندية في الباب الثاني).

وإليك فيما يلي عدة نظم لهذا:

١ - لو أصبح أحد بلا قوة من الجوع ولم يأكل طعامه فأجبره أحد على أكله فلا يلزم المجرى شيء، لأن منفعة الطعام وإملاء البطن فائدة للمكره، فلا يكن موجِباً لتلف المال لكن لو كان بطنه ممتلئاً رجع بقيمته على المجرى، قال أبو السعود: أكره على أكل طعام نفسه، إن جائع لا رجوع وإن شبعان رجع بقيمته على المكره.

٢ - لو أكره البائع على بيع ماله وأكره المشتري على شرائه وقال كل منهما بعد وقوع تقابض اليدين لعقد البيع التي قبضت المال المقبوض بالبيع المذكور الواقع بالإكراه جاز البيع ولزم ولا يلزم الجبر ضمان (رد المحتار).

٣ - لو أكره أحد على شرب الخمر اكراهاً ملجئاً فإن كان من معتادي شرب الخمر ولم يزل باقياً ومصرأً على عادته فلا يكون شرب الخمر له مباحاً بخلاف ما إذا تاب وأقلع وعزم أن لا يعود (أبو السعود المصري).

حكم الإكراه، للإكراه أربعة أحكام.

الحكم الأول، إذا كان الإكراه ملجئاً ينقل الفعل إلى الحامل في الأمور التي يصلح أن يكون المكره فيها آلة للمجبر الحامل ويفرض المجبر أنه إني ذلك الفعل بنفسه والمكره ماله فقط كإتلاف المال والنفس وكذا لو أكره مسلم مجوسياً على ذبح شاة فإنه ينقل الفعل إلى المسلم الأمر في حق الإتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينقل في حق حل الذبح في الدين وبالعكس محل (رد المحتار) (ويجب أن لا يفهم مما مر أن إتلاف النفس والمال جائزان كما سيأتي توضيحه).

وعليه لو قتل أحد آخر بإكراه ملجئ أو أتلف ماله لا يضاف القتل والإتلاف إلى المجرى، ويكون ذلك الفاعل آلة للقتل والإتلاف، لأنها يصلحان أن يكونا آلة للمجبر كما لو قتل ذلك المجرى أحداً أو أتلف ماله.

أما الأمور التي لا تصلح لأن يكون فيها آلة فيبقى الفعل فيها مقصوراً على المكره كأنه قد فعله باختياره كالأقوال والأكل، لأنه لا يمكن الإنسان أن يتكلم بلسان غيره ويأكل بقمه وبناء عليه فلا تضاف الأقوال لغير المتكلم والأكل لغير الأكل ما لم يكن في هذا القول والأكل إتلاف، وحينئذ يضاف القول والأكل من حيث الإتلاف إلى المجرى، وللمكره أن يرجع على المجرى ببطل المكره عليه «رد المحتار»، وأبو السعود حتى إذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره، حتى يكون الولاء له، ويضاف إلى المجرى من حيث الإتلاف، فيرجع عليه بقيمته (الطحطاوي بتغيير).

مثلاً لو طلق أحد زوجته التي أكرهه على طلاقها، وقع الطلاق، والطلاق بما أنه من الأقوال، فقد وقع محصوراً بالمتكلم، أي مضافاً إلى المكره، كأنه قد وقع بلا إكراه ولكن إذا كان الطلاق الواقع قبل الدخول، وكان يوجد فيه إتلاف على الوجه المذكور، يعني وكان يلزم المكره نصف المهر المسمى، فيراجع المكره المجرى بذلك المال (الزيلي) والحكم في البيع، والشراء، والإجارة، وما أشبه ذلك من العقود على هذا المنوال أيضاً ولكن بما أن هذه العقود من الأقوال فيضاف إلى المتكلم، أي البائع، وينفذ

البيع، إلا أنها لما تم تكن كالطلاق، فيشترط فيها لرضاء لا يلزم البيع، وستوضح هذه الجهة فيما يأتي. كذلك لو أكره الزوج على قبول الطلاق، في مقابل مال، وقبلة، وقع الطلاق، لكن لا يلزم المال. لأن الرضا شرط في لزوم المال أما في وقوع الطلاق فالرضا ليس بشرط (الزيلي).

الحكم الثاني، كون المكروه عليه غير فرض (الدرر) مثلاً لو أكره مسلم على شرب الخمر وأكل الميتة والخنزير إكراهاً ملجئاً، ولم يكن من معتاد على شرب الخمر مثلاً، فيكون شرب الخمر واجباً. لأن الضرورات تبيح المحظورات. حتى إن المكروه يأتى إذا لم يشرب الخمر مع علمه بالإباحة في أحوال اضطرارية كهذه وأتلفه المجرى لأن حرمتها مقيدة بحال الإختيار أما في حال الاضطرار فقد أبقى على أصله حلالاً لقوله تعالى ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾ وعليه فشرب الخمر مثلاً قد أبيض في هذا الحال بناء على الإكراه المذكور فيكون بامتناعه في حق إتلاف النفس معيناً للغير (أبو السعود). لكنه إنما يأتى إذا علم بالإباحة في هذه الحالة لأن في انكشاف الحرمة خفاء، لأنه أمر يختص بمعرفة الفقهاء فيعذر بالجهل كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب، فإن قيل: إضافة الأثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد، فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم، وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم، فصار الترك حراماً، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام (أبو السعود عن العناية) أقول والذي يظهر إن الإثم ليس على ترك المباح بل على ترك الفرض (الطوري) كذلك لو أصاب أحداً مخمصة فامتنع عن تناول الميتة يأتى على ظاهر الرواية (مثلاً مسكين).

الحكم الثالث، حظر عمل المكروه عليه، يعني كون المكروه عليه حراماً (الدرر) فلو أكره مسلم على شرب الخمر وأكل الميتة والخنزير إكراهاً غير ملجئ فلا يصير شربه الخمر حلالاً بل يكون حراماً كالأول، إذ لا ضرورة في إكراهه غير الملجئ، لعدم الخوف على النفس أو العضو (رد المحتار، الطحطاوي).

كذلك لو أكره أحد على قتل النفس أو قطع عضو الغير أو على الزنا إكراهاً ملجئاً يكون ارتكاب فعل القتل أو قطع العضو أو الزنا حراماً. لأن الزنا كالقتل، لأن ولد الزنا هالك حكماً لعدم من يربيه، فلا يستباح لضرورة ما (الدرر) كما لو أكره بالقتل على أن يقتل شخصاً أو يقطع عضوه أو يضره ضرباً يخاف منه التلف أو يشتمه أو يؤذيه (الطوري) لو قيل له ليأكل هذه الميتة أو يقتل هذا الرجل، فإنه ينبغي له أن يأكل الميتة ولا يقتل الرجل، وإن لم يأكلها حتى قتل فهو آثم إذا كان يعلم أن أكل الميتة يباح عند الضرورة، وإن لم يأكل وقتل الرجل فعليه القود (الهندية بتغيير في الباب الثاني)

وعليه فيلزم ذلك الشخص أن يبصر ولا يقتل ولو قتل هو يثاب بسبب امتناعه عن ذلك على هذا الوجه (الزيلي). لأنه لا يباح قتل الأدمي مثلاً يمثل هذه الضرورات «وإن كان القتل مباحاً في بعض الأحوال كتخليص النفس» لأن القتل لا يرخص لضرورة ما إلا أن يعلم أنه لو لم يقتله قتله، وكذا يقتله باخراجه السرقة إذا لم يلقها بصياح عليه، أو باتيانه حليلته كذلك (الشرنبلالي). ومع هذا فلو قتله كان قتل عمداً. وإذا كان المجرى مكلفاً لزم الجبر القصاص ولو لم يكن المكروه مكلفاً أي عاقلاً بالغاً. لا

المكره لكن المكره بأثم اثم القاتل (أبو السعود). أكره رجل بالقتل على أن يقطع يد نفسه، وسعه أن يقطع يده إن شاء، لأن القطع أهون من القتل، لأن الظاهر أن القطع ينتصر ولا يسري (الطوري) فإن قطع يده ثم خاصمه في ذلك فعل المجرر القود، ولو أكره بالقتل على أن يقتل نفسه لا يسعه أن يقتل نفسه، ولو قتل نفسه فلا شيء على المجرر (الطحطاوي ملخصاً).

الحكم الرابع، كون عمل المكره عليه مباحاً ومرخصاً به (الدرر) فلو أكره أحد إكراهاً ملجئاً على اتلاف مال الغير فيرخص لذلك الشخص في اتلاف المال المذكور. ولا يأنم إذا أتلفه. أما إذا لم يتلفه وصبر مرجحاً المنع الأصلي لإتلاف مال الغير وقتل فيثاب (الكنز، وأبو السعود) لأن أخذ مال الغير ظلم ولا يباح الظلم (الأنقروي).

﴿مادة ١٠٠٣﴾ - (يشترط أن يكون المجرر مقتدرراً على إيقاع تهديده؛ بناء عليه لا يعتبر إكراه لم يكن مقتدرراً على إيقاع تهديده وتنفيذه)

اقتدر المجرر على إيقاع ما تهدد به شرط في صحة الإكراه، وقد أطلق الحامل فشمم الصبي العاقل ومختلط العقل إذا كان مطاعاً مسلطاً (عبد الحلیم) لأنه قد تحقق أن الإكراه معدم لرضا المكره ومفسد لاختياره مع بقاء الأهلية وهذا إنما يكون في صورة اقتدار المجرر على إيقاع تهديده. أما إذا لم يكن المجرر مقتدرراً على إيقاع تهديده، فلا يكون ذلك التهديد إكراهاً بل هدياناً (لسان الحكام). وبتحقيق الإكراه عند الإمامين ولو كانت الاستعانة بالغير ممكنة وكان الخلاص من الجبر المذكور قابلاً (الهندية في الباب الأول، عبد الحلیم).

اقسام التهديد:

كما يكون التهديد صراحة يكون دلالة (عبد الحلیم) مثلاً لو أمر أحد آخر بإتلاف مال أحد ولم يتهدده بشيء، ولكن كان المكره يخاف أن يقتله إذا لم يتلف ذلك المال، كان ذلك الشخص في حكم المكره لأن الإلجاء باعتبار الخوف وقد تحقق، والمأمور لو علم، بدلالة الحال، أنه لو لم يمثل أمره يقتله أو يقطع يده أو يضربه ضرباً يخاف منه تلف نفسه أو عضوه، فيكون إكراهاً معتبراً (أبو السعود بتغيير ما). ويبين في هذه المادة شرط المجرر، ويجب التفتيش عليه في قسمة الإكراه المحررين في المادة (٩٤٩) أيضاً. ويمكن أن يكون كل متغلب كاللص^(١) وقطاع الطرق مجبراً كما في الشرط المذكور وهذه المادة مبنية لى مذهب الإمامين، ولما كان قولها هو المفتى به فقد اختارته المجلة، أنظر المادة (٣٩) (رد المحتار).

وعليه فالمجرر الذي يكون مقتدرراً على إيقاع تهديده وإجرائه يكون إكراهه معتبراً، أما من لم يكن مقتدرراً على إيقاع تهديده فلا يعتبر إكراهه، لأن إكراه غير المقتدر هديان (الهندية).

أمثلة للإكراه المعترف: لو ادعت الزوجة، بعد أن اتفقت مع زوجها على طلاقها منه على مهرها، ان

(١) اللص السارق ويثلك (الطحطاوي)

ذلك الاتفاق قد وقع بإكراه معتبر، أثبتت دعاوها فلها أن تأخذ مهراً بعد الحكم، وليس للزوج أن يدعي أن الإكراه غير ممكن إذ في البلد ضابط وحاكم (علي أفندي).

كذلك إذا أكره شخص آخر، فيما بينهما، على الذهاب إلى مجلس القاضي لبيعه داره، فذهب المكره إلى القاضي وباعه داره مكرهاً، حرر القاضي بينها حجة البيع، فلا يجوز للمشتري، إذا أثبت البائع الإكراه، أخذ الدار من البائع بحجة أن البائع قد أقر في حضور القاضي بحصول البيع منه طوعاً واختياراً وإنه لا إكراه في حضور القاضي.

والحاصل أنه لا دخل للمكان في الإكراه المعتبر في المدن، كالقدس وحيفا، ممكن (علي أفندي، البهجة، وأبو السعود العمادي).

﴿مادة ١٠٠٤﴾ - (يشترط خوف المكره من المكره به. يعني يشترط حصول

ظن غالب للمكره بإجراء المجرى المكره به إن لم يفعل المكره عليه)

يشترط في صحة الإكراه خوف المكره من المكره به عاجلاً أو آجلاً ويحصل ظن غالب للمكره بإجراء المجرى المكره به إن لم يفعل ما أكره عليه ليصير به محمولاً على ما دعي إليه من الفعل والمباشرة (الدرر) أقول هذا الشرط يعني عن المادة السابقة لأن هذا الخوف لا يتحقق بدون قدرة الحامل كما لا حاجة إلى الشرط الثالث، أي كون المكره متمتعاً منه بعد أن اعتبر في نوعي الإكراه كونه مقوماً لرضاه لو لم يكن متمتعاً منه كان راضياً فلا يتحقق الإكراه كما لا يخفى (عبد الحلیم).

قد اعتبر هنا الظن الغالب لأن الظن الغالب حجة يعمل بها، لا سيما إذا تعذر الوصول إلى اليقين. حتى إنه إذا كان ظن المكره الغالب بأن المجرى لا يوقع ما تهدد به فلا يثبت حكم الإكراه. ولو توعدته وتهده. لأن الضرورة على هذا التقدير لم تتحقق، وعليه فإذا لم يخف المكره فلا يكون قد أجبر (الهندية ولسان الحكام).

قد مر في المادة الرابعة مثال آخر في العمل بالظن الغالب. وعليه فلو شك في إجراء المكره به فيما لو لم يأت المكره ما أكره عليه أو علم بأن كلام المجرى في هذا الشأن من قبيل المزاح فلا يحصل الإكراه بذلك لأنه يعتبر الظن الغالب عند فقد الأدلة (الطوري، الطحطاوي، الهندية).

وبما أن المجلة قد ذكرت تعبير وقوع المكره به مطلقاً، فقد شملت وقوعه عاجلاً وآجلاً، وبناء عليه لو تهدده المجرى بالإتلاف بعد مدة وحصل عند المكره ظن غالب بإيقاع المكره ما تهدده به، فيكون قد أكره أيضاً (رد المحتار).

والمكره به في هذه المادة لا يخرج عن الحالات المذكورة في المادة (٩٤٩) وعليه لو أكره مثلاً بقتل النفس والضرب كان معتبراً، أما لو أكره بضربة أو ضربتين فلا يكون ذلك إكراهاً معتبراً، غير أنه إذا تهدده بضربة أو ضربتين هكذا على مذاكيره أو عينه فيكون ذلك إكراهاً معتبراً (رد المحتار).

﴿مادة ١٠٠٥﴾ - (إن فعل المكره المكره عليه في حضور المجرى أو حضور

تابعه يكون الإكراه معتبراً. وأما إذا فعله في غياب المجبر أو تابعه فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه. مثلاً لو أكره أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر ومن يتعلق به فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً).

يشترط أن يخاف المكره من ذلك التابع خوفاً من المجبر المتبوع (الطوري) لكن إذا لم يخف منه هذا الخوف فيكون قد زال الإكراه حقيقة فإذا حصل خوف من عودة الإكراه فهذا الحال لا يثبت إكراهاً (الأنقروي).

وأما إذا فعل المكره عليه في غياب المجبر أو تابعه أو في حضور التابع وهو لا يخاف منه فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه وخوفاً من عودة الإكراه وإن غاب المكره عن نظره من أكرهه يزول الإكراه (صرة الفتاوى).

وعليه فلو أرسل أحد لآخر رسولاً ليحضر فلاناً إن لم يفعل الشيء الفلاني، وكان الرسول المذكور مقتدرًا على احضاره وخاف المرسل إليه أن يقتله ذلك الشخص إن لم يفعل الشيء المذكور وفعل ذلك الشخص الشيء المكره عليه في حضور الرسول كان إكراهاً وإلا فلا. ويتبين من هذا إن أعوان الظلمة لا يعذرون في أحدهم ظلماً في غياب الظالم أو رسوله (رد المحتار).
مثلاً لو أكره أحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر ومن يتعلق به فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً (النتيجة).

كذلك لو قبل أحد بالوكالة عن رجل غائب طلاق زوجته على مهرها فليس لها أن تقول بعد ذلك بما أن زوجي أجبرني قبل الغيبة على القبول المذكور فقبل الوكيل طلاقاً على مهري فإنني أريد مهري (علي أفندي ملخصاً).

﴿مادة ١٠٠٦﴾ - (لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراه معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة ملجئاً كان الإكراه أو غير الملجئ ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر)

يعتبر الإكراه في التصرفات القولية ويبطل بالهزل كهذه التصرفات في المتن أما ما لا يبطل بالهزل من تلك التصرفات فلا يؤثر فيها الإكراه وتكون التصرفات المذكورة صحيحة (عبد الحلیم) وستوضح قريباً ويصير تعدادها.

فعليه لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراه معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الاستئجار ولا الهبة ولا الصدقة ولا الفراغ، يعني فراغ الأراضي الأميرية والأراضي التي يتصرف فيها بالإيجار من

المستغلات، ولا الصلح والإقرار بالمال والإقرار بالعقد والإقرار بالطلاق والإقرار بالرضاع والإبراء عن مال، أي الإبراء عن الحقوق، ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة ولا قبول الكفالة والوقف والرهن ولا يكون لازماً أي يكون منعقداً ونافذاً وقابلاً للفسخ، وفي البيع مثلاً يفيد الملك بعد القبض لعدم لزومه (الدرر، الدر المختار، الطحطاوي، الفتاوى الجديدة) حتى أنه للمكروه بعد زوال الإكراه أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه إذا شاء لكن لو أوقع في هذا المبيع فعلاً على ذلك الوجه وفعل الغصب ذلك الفعل في المغصوب ينقطع حق المالك من المغصوب ولا يبقى للبائع فيه حق في الاسترداد، وذلك كما لو كان المبيع حنطة وصارت دقيقاً في يد المشتري (رد المختار).

ويفيد بيع المكروه الملك بعد القبض، أما قبل القبض فلا يفيد الملك (الطوري) ملحجاً كان الإكراه أو غير ملحجاً. ولا تسقط وفاة أحد من المجر والمكروه حق الفسخ، فعليه إذا توفي المجر تؤخذ التضمينات اللازمة من تركته وإذا توفي المكروه يقوم ورثته مقامه (الطحطاوي).

كذلك الزيادة سواء أكانت منفصلة متولدة كالثمر والولد أم لم تكن، والزيادة المتصلة المتولدة كالسمن ليست مانعة للفسخ (الطحطاوي) أما الزيادة المتصلة غير المتولدة فمانعة من الاسترداد. ما لم يكن المشتري راضياً. وفي البحر متى فعل المشتري في المبيع يعني فعلاً فاسداً ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق المالك في الاسترداد كما إذا كان حنطة فطحنها (رد المختار). وتكون الزيادة المنفصلة مضمونة بالتعدي.

والمكروه إذا أجاز التصرفات المذكورة بعد زوال الإكراه يكون معتبراً حينئذ أي لازماً. لأن العقد والإقرار يثبتان الملك ولو كانا بإكراه. الإكراه سواء أكان ملحجاً أم غير ملحجاً فهو معدم للرضا وبما أن الرضا شرط في لزوم العقود والمعاملات المذكورة والإقرار يفسد العقود بفوات الرضا ويكون حق الفسخ والإمضاء بعد زوال الإكراه عائداً إلى المكروه (رد المختار، مجمع الأنهر) وعليه فيملك المشتري الذي اشترى المبيع من بائعه مكروهاً بقبضه، أنظر المادة (٣٧١). لكن المشتري إذا وقع في ذلك المبيع فلا تكون تصرفاته لازمة وذلك كالبيع القابل للنقض والهبة والصدقة.

كذلك يملك الموهوب له المال الموهوب بالإكراه إذا قبضه لأن القبض إذا وجد في العقد الفاسد يقتضي الملك. لكن الموهوب له إذا تصرف فيه، ففي الصورة التي يكون التصرف المذكور فيها قابلاً للنقص ينقض ويرد المال إلى صاحبه. كما سيفصل فيما سيأتي، العقود التي تنفذ والتي لا تنفذ بالإكراه المذكور ستوضح كما سيأتي، فالمكروه عليه قسماً:

القسم الأول، ما كان قابلاً ومحملاً للفسخ بعد الوقوع، وبعبارة أخرى الأشياء التي لا تبطل باهزل وإليك فيما يلي تعدادها (عبد الحلیم): الطلاق، والنكاح، والندار، والعتاق، والعفو عن القصاص، والرجعة والإيلاء، في الإيلاء، الظهار، اليمين، التدبير، الاستيلاء، الرضاع، الحلف بطلاق أو عتاق أو ظهار أو إيلاء أو عتق العبد، والتوكيل بطلاق وعتاق، وإيجاب الحج على نفسه، وإيجاب الصدقة على نفسه (الطحطاوي والأنقروي، ومجمع الأنهر).

وإننا نكتفي بإيضاح بعضها:

إيضاح الطلاق: لو تزوج امرأة وأكره على تطليقها (طلقة واحدة أو أكثر) ولم يدخل بها حقيقة أو حكماً (والدخول حكماً هو الخلوة الصحيحة) وطلقها بإكراه معتبر وقع الطلاق. ولكنه يرجع بنصف المهر الذي يلزمه على المجر (البهجة، القهستاني) وإن لم يكن مسمى فيه فيرجع عليه بما لزمه من المتعة (الطوري). لا رجوع عليه لو كان الطلاق بعد الدخول، لأن المهر هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق، والدخول ليس بصنع من المجر «مجمع الأثر بتغيير وفي الجوهره تفصيل ذلك».

وهو مقيد بما إذا قال أردت به الإنشاء في الحاکم كما طلب مني أو قال أردت الإتيان بمطلوبه أما إذا قال أردت الاخبار كاذباً فيقع قضاء لاديانة ولا يضمن المكره شيئاً لأنه عدل عما أكره فكان طائعاً في ذلك فلا يصدق قضاء ولا يضمن المكره لأنه خالفه (الطوري).

إيضاح الطلاق على مال: لو أكره أحد زوجته على قبول الطلاق على مهرها وقبلت هي ذلك على الوجه المذكور وقع الطلاق رجعياً، لكن لا يسقط المهر (علي أفندي، الهندية في الباب الثاني) ولكن لو أجازت الزوجة الطلاق المذكور بعد ذلك كانت إجازتها صحيحة وسقط المهر وصار الطلاق بائناً (الهندية في الباب الثاني).

كما لو أكره الزوج على طلاق زوجته في مقابل ألف قرش أو أكرهت الزوجة على قبول الطلاق المذكور وقع الطلاق بغير مال. وكذلك هذا في الصلح من القوة (الهندية فيه).

إيضاح النكاح، لو تزوج امرأة مكرهاً جاز النكاح، ولكن لو أكره على التزويج بها بأزيد من مهر المثل وتزوج على هذا الوجه، فلا يعتبر الزائد عن المهر المثل مع جواز النكاح. أما عند الإمام الطحطاوي فتجاوز تلك الزيادة أيضاً ويأخذها المكره بعد ذلك من المجر (البزازية، والهندية في الباب الثاني).

كذلك لو أكرهت امرأة على التزوج من أحد بأقل من مهر المثل وتزوجته كان النكاح صحيحاً ولا يلزم المجر ضمان (الشرنبلالي). لكن لو أكره أحد على تزويج ابنته الصغيرة من غير كفو فلا يصح النكاح، وكذلك لو زوج أحد ابنته الصغيرة بأقل من مهر المثل مكرهاً فلا ينعقد النكاح. ما لم يبلغ المهر إلى مهر المثل (الأنقروي).

إيضاح العفو عن القصاص: لو قتل أحد آخر قتلاً موجباً للقصاص فعفا ورثة المقتول البار عن القاتل من القصاص مكرهين كان صحيحاً وكما أن المجر لا يلزمه شيء للورثة فليس للورثة أيضاً أن يطالبوه بالدية (النتيجة والهندية في الباب الرابع).

كذلك لو أجب القاتل على الصلح عن دم العمد على مال وقبل ذلك فلا يلزم المال، أي بدل الصلح، لكن يبطل القصاص لأن التزام المال مع الإكراه غير صحيح ويسقط القصاص مع الإكراه (الأنقروي، الهندية في الباب الرابع).

فلو تصالح ولي القاتل مكرهاً والقاتل غير مكره على عشرة دنائير عن دم العمد جاز، ولزم القاتل بدل الصلح، ولا يلزم المجر ضمان شيء. لأن القصاص ليس بمال (الأنقروي).

إيضاح الإرضاع: لو أكره أحد امرأة على أن ترضع الولد الصغير، وأرضعته مكرهه، أو لو أكره رجل امرأته على أن ترضع الولد الصغير من لبنها وفعلت، ثبتت احكام الرضاع (الهندية في الباب الرابع).

إيضاح اليمين: لو حلف أحد على أن لا يدخل دار فلان مكرهاً انعقدت اليمين حتى لو دخل الحالف تلك الدار حنث في يمينه (من المحل المزبور).

القسم الثاني، الأشياء القابلة للفسخ (أبو السعود).

وهذا القسم الثاني، قد جمع في القاعدة الآتية: كل تصرف يبطل بالهزل لا يجوز بالإكراه.

وقد ذكر آنفاً بعض العقود والمعاملات مجملة وإليك تفصيلها فيما سيأتي:

١ - في البيع: البيع الذي يقع بالإكراه ليس معتبراً يعني أن بيع المكره نافذ، أي منعقد، لكنه فاسد لأن الرضا شرط من شروط الصحة في المبيع وهو مفقود في الإكراه بغير المحتار سواء أكان كل منها مكرهاً أم البائع فقط أم المشتري فقط. وأي المتعاقدين كان مكرهاً فله حق في فسخ العقد ولو لم يرض الآخر بذلك. أما الطرف الذي لم يكن مكرهاً فليس له بعد القبض فسخ العقد بدون الرضا (الطوري) وستأتي تفصيلات ذلك قريباً.

بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث أنه قابل للإجازة والفسخ، ويشبه البيع الفاسد من حيث أنه يفيد الملك. وبيع المكره كما جاء في المجلة جائز ومعتبر أي لازم. والإجازة فيه تزيل الحرمة. أما البيع الفاسد فلا يجوز بالإجازة، أي لا ينقلب إلى الصحة (الطحطاوي ملخصاً).

كذلك لو فسخ المكره البيع انفسخ وله استرداد المبيع من يد المشتري. وعليه فلو باع أحد ماله من آخر مكرهاً ثم باعه هذا من غير بيع رضا وسلمه إياه فإذا لم يجزه صاحب المال فله أن يسترد المال من ذلك الشخص (النتيجة، والبهجة) وإذا وقع تداول الأيدي في بيع المكره، فأى عقد أجازته المكره كان الكل جائزاً. فلو باع أحد ماله من آخر مكرهاً وهذا باعه رضاه من غيره وباعه هذا من آخر وباعه هذا من غيره وباعه هذا من آخر ثم بعد ذلك أجاز صاحب المال البيع الأول نفذ الأول والثاني والثالث والرابع أو أجاز البيع الثالث نفذ الأول والثاني والرابع لأن المكره إذا أجاز بعض العقود فقد زال الإكراه وأصبح طائعاً راضياً. وبما أنه قد أصبح العقد الأول بذلك جائزاً فقد أصبحت العقود كلها جائزة. ويأخذ المكره المبيع من المشتري الأول (الطوري).

وتعيين المشتري في الإكراه على البيع لم يكن شرطاً فلو أكره أحد على بيع ماله ولم يعين له المشتري فباع ذلك الشخص ماله من أحد بناء على ذلك الإكراه فيكون ذلك البيع بيع مكره (البرازية).

مخالفة المكره المجبر في الثمن: لو أكره على أن يبيع ماله بمائة قرش فباعه بأقل كأن يكون باعه بتسعين كان ذلك البيع بيع مكره. لأن المجبر عرض المكره للضرر، وبما أن البيع بالأقل باعث لزيادة الضرر فالإكراه على البيع بالأكثر إكراه على البيع بالأقل. أما لو أكرهه على البيع بألف قرش فباعه بأزيد نفذ. لأن المكره يكون قد اكتسب لنفسه النفع (الطوري).

مخالفة المكره في نوع العقد: لو وهب أحد ماله في الحالة التي أكرهه على بيعه فيها جازت الهبة (البزازية).

زوائد المال الذي بيع بالإكراه: أما في زوائد المال الذي بيع بالإكراه فإذا كانت الزوائد منفصلة متولدة وتلفت بالتعدي لزم الضمان. أما إذا تلفت بلا تعد فلا يلزم الضمان. وإذا تلف المبيع وبقيت الزوائد المذكورة بأخذها البائع ويضمن قيمة المبيع. وإذا كانت الزوائد المذكورة منفصلة غير متولدة وكان للبائع أخذها في حال وجودها فلا يلزم ضمان إذا تلفت الزوائد المذكورة بلا تعد. لكن لو استهلكت لزم عند الإمامين الضمان. أما عند الإمام فلا. وإذا تلف المبيع ومعه زوائد منفصلة غير متولدة كانت للمشتري (التقحيح).

أنواع الإجازة :

الإجازة نوعان: النوع الأول، الإجازة قولاً وصراحة، كقول المكره اجزت البيع المذكور أو أعطيت إجازة به. النوع الثاني، الإجازة الفعلية، فلو قبض البائع المكره طائعاً ثمن المبيع أو سلم المبيع للمشتري طائعاً نفذ البيع المذكور أنظر المادة (٦٨). لأن الإكراه على البيع لا يستلزم الإكراه على تسليم المبيع ولأن الاستحقاق في البيع يثبت بنفس العقد فلم يكن التسليم فيه داخلاً في الإكراه (أبو السعود). «فيه ان هذا في البيع الصحيح أما في الفاسد فلا بد من القبض» ولهذا قلنا إن من ادعى أنه كان مكرهاً على البيع وأراد استرداد المبيع من يد المشتري لا تسمع دعواه ما لم يدع أنه كان مكرهاً على التسليم (الهندية في الباب الأول من الإكراه).

لكن لما كان الإكراه على الهبة والصدقة مستلزماً للإكراه على تسليم الموهوب، كما هو موضح في شرح المادة (٨٦)، فإذا وهب مكرهاً وسلم الموهوب في حضور المجرى فلا تنفذ الهبة. لأن مقصود المجرى هو استحقاق الموهوب لا لفظ الهبة. والاستحقاق في الهبة بالتسليم، بمقتضى المادة (٨٣٧). فكان التسليم في الهبة داخلاً في الإكراه (أبو السعود، والهداية، ورد المحتار). هذا إذا كان المكره حاضراً وقت التسليم أما إذا لم يكن حاضراً فالإكراه على الهبة لا يكون اكراهاً على التسليم (أبو السعود، رد المحتار).

أما إذا لم يقبض المكره ثمن المبيع طائعاً بل قبضه مكرهاً أو إذا لم يسلم المبيع طائعاً بل سلمه مكرهاً فلا يلزم البيع بسبب عدم الرضا، فله بعد زوال الإكراه أن يرد هذا الثمن ويسترد المبيع، وإذا تلف الثمن في يد البائع فلا يلزمه ضمان، لأنه أخذه بإذن المشتري، والقبض إذا كان بإذن المالك فإنما يجب الضمان إذا قبضه للملك وهو لم يقبضه لكونه مكرهاً على قبضه فكان أمانة (الدرر).

يوجد بين بيع المكره وبين البيع الفاسد فروق على أربع صور (أبو السعود).

١ - يجوز بيع المكره بالإجازة القولية والفعلية، يعني أن البيع المذكور ينقلب بالإجازة إلى الصحة، مع إن البيع الفاسد لا يجوز بإجازة كهذه، لأن الفساد في البيع الفاسد ناشئ عن حق الشرع، أما فساد بيع المكره فنشئ عن حق العبد.

٢ - تنقض التصرفات القابلة للنقض، كبيع المشتري الذي اشترى من المكره المبيع من آخر وتسليمه اياه، ولو وقع تداول الأيدي، والواقع أنه وإن ذكر في المادة (٣٧٢) إن المبيع الذي بيع بيعاً فاسداً إذا باعه المشتري من آخر بيعاً صحيحاً فلا يبقى حق الفسخ وعليه فإن بيع المبيع الذي أكره على بيعه وتداولته الأيدي فلا يسقط حق الفسخ. لأن الاسترداد في بيع المكره عن حق العبد وحق المكره لما كان مساوياً لحق المشتري فلا يستدعي وجود الحق الثاني بطلان الحق الأول، أما الاسترداد في البيع الفاسد فيما أنه عن حق الشرع وقد تعلق به بالبيع الثاني حق العبد، فحق العبد مقدم لحاجته عن حق الشرع لغنى الرب تعالى (الزيلعي، رد المحتار).

٣ - إذا تصرف مشتري المال المبيع فيه لا يمكن معه نقض البيع وفسخه فالمالك مخير إن شاء ضمن المجبر، يعني إذا كان المبيع من المثليات يأخذ مثله وإذا كان من القيميات يأخذ قيمته وقت تسليمه (عبد الحلیم). وإن شاء ضمن المشتري، وإذا اختار تضمين المشتري فيه أن يضمه قيمته يوم قبضه اياه وله أن يضمه قيمته وقت احداثه الحال الغير قابل للنقض (البرازية) لأنه قد أفسد على المال بهذا الإحداث حق استرداده. وفي كون المكره مخيراً في التضمين نظر له حيث يختار لأكثر عند التفاوت (عبد الحلیم) أما المشتري الذي يشتري مالاً شراءً فاسداً فيضمن قيمته يوم قبضه كما هو مذكور في المادة (٣٧١) (رد المحتار).

٤ - الثمن الذي في يد المكره على البيع أمانة، لأن البائع قد قبض الثمن المذكور بإذن المشتري، كما إن المبيع الذي في يد المكره على الشراء أمانة أيضاً، لأن المشتري قد أخذ المبيع المذكور بإذن البائع. ومتى كان القبض بإذن المالك فلا يلزم ضمان ما لم يكن للتملك. بناء عليه لو تلف الثمن والمثمن بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم ضمان بناء على المادة (٧٦٨) ويلزم الضمان المشتري في البيع الفاسد، كما هو مصرح في المادة (٣٧١)، أما بيع المكره إذا اشترى المشتري مكرهاً مالاً من أحد ولم يكن البائع مكرهاً على البيع وتلف المبيع في يده بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه ضمان (رد المحتار، الدرر).
صور ثلاث في الإكراه على البيع:

توجد ثلاث صور في الإكراه على البيع باعتبار المكره.

١ - كون البائع مكرهاً فقط.

٢ - كون المشتري مكرهاً فقط.

٣ - كون البائع والمشتري مكرهين معاً.

وبما أن احكام هذه الصور مختلفة، فإليك الإيضاح فيما يلي:

تجري الأحكام الآتية إذا كان البائع مكرهاً فقط:

أولاً، لو أكره أحد على البيع بألف قرش فضة وباعه بما قيمته ألف قرش من النقود الذهبية يكون مكرهاً على البيع لأن الدراهم والدنانير معدودة في التجارة كجنس واحد، أما لو باع في هذه الصورة بأقل من ألف قرش من العروض والمكيل والموزون جاز. لأن ذلك من جنس غير الجنس الذي أكره عليه فلو أكره على البيع بألف قرش وباع بما قيمته ألف من العروض أو الحيوانات نفذ البيع (الهندية في الباب الأول والطورى).

ثانياً، لو أكره على أن يبيع بيعاً جائزاً وباع بيعاً فاسداً كان البيع بيع إكراه. أما بالعكس، أي لو أكرهه على أن يبيع بيعاً فاسداً فباع بيعاً صحيحاً، جاز البيع وإليك الفرق: إذا باع المكره على البيع الفاسد بيعاً صحيحاً يكون قد أجرى عقداً لم يكرهه على إجرائه لأن البيع الصحيح يفيد احكاماً لا يفيدها البيع الفاسد. أما لو أكره على البيع الصحيح فباع بيعاً فاسداً يكون قد أجرى العقد، الذي أكرهه عليه، على صورة أنقص (الطوري).

ثالثاً، لو أكره على بيع نصف داره مقسوماً، فباع الكل، لا يجوز استحساناً (الهندية في الباب الأول).

رابعاً، إذا عقد البائع عقد البيع وهو مكره دون المشتري، كان البائع مخيراً إذا تلف المبيع ولم يمكن استرداده، له أن يضمن المجرى البديل لأنه آله فيما يرجع إلى الإلتلاف (أبو السعود) فصار كأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيها شاء كالغاصب وغاصب الغاصب (الطوري) لهذا أن يرجع ببطل الضمان على المشتري، لأنه قبضه بعقد فاسد، فيكون عليه مضموناً، فالمجرى كالغاصب وله تضمين المشتري لأن المشتري كغاصب الغاصب (الدرر بتغيير). وإذا كان المشتري ضامناً فليس له الرجوع على المجرى (الشرنبلالي). لأنه ملكه بالشراء، والقبض، غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره من الفسخ، فإذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البيوعات الفاسدة (الطوري) وعلى هذا التقدير ينفذ كل شراء يقع بعد ذلك لأنه لما كان يملك الإداء بالضمان فيكون بيعه لماله ظاهراً أما الشراء الواقع قبل ذلك فلا ينفذ. لأنه إذا ضمن لم يسقط حقه، لأن أخذ القيمة كاسترداد العين، فتبطل البياعات التي قبله ويكون أخذ الثمن استرداداً للمبيع (الطحطاوي). بخلاف ما لو أجاز المالك المكره عقداً منها «ولو كان المجاز هو الأخير» حيث ينفذ ما كان قبله وبعده لأن المانع من النفاذ حقه فيعود الكل جائزاً وفي هذه الصورة لو ضمن المشتري الأول نفذت جميع البيوع والفرق بين الإجازة والتضمين أنه إذ ضمن فأخذ القيمة صار كأنه استرد العين فتبطل البياعات التي قبله بخلاف أخذ الثمن لأنه ليس كأخذ العين بل إجازة فافترقا. بخلاف ما لو أجاز المالك في بيع الفضولي واحداً من الأشرية، حيث يجوز ما أجازة خاصة، لأنه باع ملك غيره وقد ثبت بالإجازة لأحدهم ملك بات فبطل الموقوف لغيره، وفي الإكراه كل واحد باع ملكه لثبوت الملك بالقبض فيه والمانع من نفوذ الكل حق الإسترداد، فإن أسقط المالك نفذ الكل. فإن قبل ما الفرق بين إجازة المكره وإجازة المغصوب منه، فإنه إذا أجاز بيعاً من البيوع نفذ ما أجازة خاصة: أجبب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على إجازته المصادفة ملكه فتكون إجازته أحد البيوع تمليكاً للعين من المشتري فلا ينفذ ما سواه، وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالباع من كل مشتر صادفه ملكه فلهدا نفذت البيوع كلها بإجازة عقد منها (العناية، والتبيين، وأبو السعود، والدرر، والشرنبلالي).

مثلاً لو باع أحد ماله من آخر وسلمه إياه مكرهاً، باعه هذا من شخص غيره وسلمه إياه، وباعه هذا من رجل آخر وسلمه إياه، فلو ضمن صاحب المشتري الأول صح شراء الأول والثاني والثالث أما لو ضمن المال المذكور المشتري الثاني فشراء الثاني والثالث، وإن كان صحيحاً، فشراء الأول ليس بصحيح

لعدم دخوله في ملك غيره قبل التضمين حتى يملكه (مجمع الأنهر). فيرجع المشتري الضامن بالثمن على بايعه بخلاف ما إذا أجاز المالك إحدى البياعات حيث يجوز الجميع «ونظيره إجازة الشفيع لواحد من المشتريين بعد تداول الأيدي في المبيع، عبد الحلیم» ويأخذ الثمن من المشتري الأول لزوال المانع والإجازة لأن البيع كان موجوداً والمانع من النفوذ حقه، وقد زال المانع بالإجازة فعاد الكل إلى الجواز (مجمع الأنهر). وبخلاف ما إذا جاز المالك في بيع الفضولي واحداً من العقود، حيث يقتصر عليه لا يجوز سابقه ولا لاحقته (عبد الحلیم، رد المحتار، مجمع الأنهر).

خامساً، إذا صودر أحد يعني إذا أريد أخذ نقوده ظلماً، فباع مאלاً من آخر للحصول على المبلغ المطلوب منه نفذ لأنه لم يعين له بيع المال المذكور ولم يؤمر به، إذ يمكنه أداء ما طلب منه بالاستقراض ونحوه والحيلة أن يقول من أين أعطي ولا مال لي، فإذا قال بع كذا فقد صار مكرهاً فيه (رد المحتار، وأبو السعود).

سادساً، لو أكره أحد آخر على بيع ماله (أي مال المكره) وباعه ولم يكن المشتري مكرهاً جاز البيع لكن عهدته البيع تعود إلى المجبر. وإذا طالب البائع المشتري بالثمن بعد ذلك رجعت عهدته البيع عليه (الهندية في الباب الأول).

فائدة: لو ادعى أحد أنه باع هذا العقار، وسلمه مكرهاً باكره معتبر، وطلب رده إليه، وأقام البينة على دعواه، فادعى المدعي عليه قائلاً: إن الأمر كما ذكرت ولكنك بعد ذلك قد بعته عن طوع ورضا، أقام البينة على ذلك، ترجح بينه المدعي عليه وتندفع دعوى المدعي وحق استرداد البائع (الأنفروى). وإذا كان المشتري وحده مكرهاً تجري الأحكام الآتية:

أولاً، لو اشترى الشخص الذي أكرهه على شراء مال يساوي ألف قرش بعشرة آلاف قرش وبأكثر من عشرة آلاف قرش صح (الهندية في الباب الأول).

ثانياً، لو اشترى المشتري مالا وقبضه وهو مكره دون البائع كان المبيع في يده أمانة. وعليه إذا تلف في يده بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه ضمان (رد المحتار). وللبائع والمشتري في هذه الصورة الفسخ قبل القبض، لكن بعد القبض للمشتري الفسخ فقط. جاء في «القهستاني» ولو كان المشتري مكرهاً صح الفسخ للكل قبل القبض وأما بعده فللمشتري، والحكم في الإكراه على أخذ المال على هذا المنوال أيضاً، فلو أن المكره على أخذ المال أخذ المال بنية رده إلى صاحبه كان أمانة في يده ولا يلزمه ضمان إذا تلف بلا تعد ولا تقصير وإنما يلزم الضمان في هذه الصورة المجبر. كذلك لو أكره أحد آخر على أن يأخذ مال عمرو ويعطيه لزيد وأخذ ذلك الشخص بنية أن يعطيه مؤخرًا لصاحبه وتلف المال في يده قبل أن يعطيه لزيد فلا يلزمه ضمان. أما إذا لم يأخذه على هذه النية فيلزمه الضمان. وعليه لو أقر المكره بأنه قد قبض المال على أن يكون له، فصاحب المال مخير إن شاء ضمن المكره لكونه يلزمه الضمان وإن شاء ضمن المجبر أنظر المادة (٢) وشرحها.

وإذا اختلف المالك والمكره في هذه الحال في النية، فالقول مع اليمين للمكره. لأنه ينفي الضمان

عن نفسه وعنده قرينة على صدقه وهي إكراهه (الطحطاوي) وصورة اليمين: إنه ما أخذه ليدفعه إليه طائعاً وما أخذه إلا ليرده على صاحبه إلا أن يكره على دفعه (الطحطاوي، مجمع الأنهر قبيل الحجر) ومثله لو أكره على قبول الوديعة أو الهبة وقال قبضتها لأردها إلى مالكها كما في الخانية (رد المحتار).

ثالثاً، لو أكره أحد على أن يشتري مال آخر للمجبر، وشراء المكره للمجبر برضا البائع جاز الشراء وكان المتاع للمجبر، لكن لا يطالب المشتري بتسليم الثمن لأن عهدة الشراء ليست عليه. إلا أنه إذا طلب المشتري بعد ذلك تسليم المبيع رجعت عهدة البيع عليه ويطالب بتسليم الثمن (الهندية في الباب الأول).

وإذا كان كل من البائع والمشتري مكرهاً تجري الأحكام الآتية:

أولاً، إذا أكره البائع والمشتري على البيع والشراء والتقباض وفعلاً ذلك مكرهين وأجاز أحدهما البيع بعدئذ جاز من طرفه، وبقي الثاني مخيراً. وإذا أجاز الإثنين غير مكرهين جاز (الهندية في الباب الأول).

ثانياً، لو أكره على أن يبيع ماله من آخر، وأكره هذا على الشراء منه وأكرها على التقباض وأقام كل منهما على الآخر دعوى التضمينات لوقوع العقد والتقباض على الوجه المذكور، وتلف المبيع في يد المشتري والثمن في يد البائع، فيسأل كل من المتبايعين: لأي شيء قبض ما قبض، وفي ذلك ثلاث صور.

الصورة الأولى، إذا قال كل منهما إنني قبضت الثمن أو المبيع لنفسي بناء على ذلك البيع الذي وقع بالجبر عني، جاز البيع ولزم، ولا يلزم المجبر شيء.

الصورة الثانية: أن يقول كل منهما إنني قبضت مكرهاً على أن أرده لصاحبه واسترد منه ما أخذه مني، ويصدق الآخر أو لا يصدق، فلكل على الآخر اليمين على صاحبه، فإذا حلف كل لكل فلا يضمن أحدهما للآخر شيئاً.

الصورة الثالثة، نكول أحدهما عن اليمين بناء على تكليفه به على الوجه المذكور ففي هذه الصورة ينظر فإذا كان الناكل هو المشتري فللبائع أن يضمن من أراد من المشتري والمجبر والمبيع. لأن لكل واحد منها دخلاً في هلاك ماله، واحد منها بالذات وواحد آخر بالواسطة (مجمع الأنهر).

وعليه فإذا ضمن المجبر للمجبر أن يرجع على المشتري ببذل الضمان لأنه بإداء الضمان ملكه. قام مقام المجبر فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد (مجمع الأنهر بتغيير) أما إذا ضمن المشتري فكما أنه ليس له أن يرجع على المجبر ببذل الضمان فليس له أن يرجع بالثمن على البائع. وإذا كان الناكل هو البائع فللمشتري أن يضمن المجبر الثمن الذي أعطاه وهذا يرجع على البائع. وإذا ضمن البائع الرجوع على المجبر (رد المحتار، الهندية في الباب الثاني).

٢ - الشراء: لو أكره أحد آخر على شراء ثوب هذا الرجل بكذا قرشاً، وشراه مكرهاً، فلا يصح شراؤه وله أن يرد لذلك الرجل ثوبه ويسترد منه نقوده (النتيجة) وقد بين أسفاً بعض أحكام الشراء الذي يقع والمشتري مكره فقط أو والمشتري والبائع مكرهان.

٣- الإيجار: لو أكره أحد متولياً على وقف إيجار حمام لذلك الوقف من آخر، بأجر المثل، وأجر المتولي مكرهاً لا يصح، أنظر المادة (٤٤٨) النتيجة.

٤- الاستئجار: لو استأجر أحد مال آخر بإكراه ملجىء أو غير ملجىء يكون ذلك الشخص مخيراً بعد زوال الإكراه إن شاء فسخ وإن شاء أجاز، أنظر المادة (٤٤٨).

٥- الهبة: تجرى الأحكام الآتية في الهبة بإكراه.

أولاً، يلزم في الهبة رضا الواهب، كما ذكر في المادة (٨٦٠)، فليست الهبة التي تقع بالجبر والإكراه صحيحة ولما كان الإكراه على الهبة يستلزم الإكراه على التسليم، فلو وهب مكرهاً وسلم طائعاً، فلا تصح الهبة ما لم يقبض المكره العوض طائعاً ويقبله، وحينئذ يكون قد أجاز الهبة الواقعة بإكراهه (الأنقروبي، رد المحتار).

مثلاً لو أكره الزوج الزوجة على أن تهبه مهرها بتهديده إياها بالضرب، وكان قادراً على الضرب، فلا تصح الهبة، وعلى هذا التقدير لو ادعى الزوج الهبة وكلفت الزوجة باليمين بناء على إنكارها إياها فنتطلب الزوجة إلى الحاكم أن يسأله هل يدعي الهبة باختيار أو بإكراه فلو قال الزوج (أدعي الهبة بإكراه) ترد دعواه، وإن قال (أدعي الهبة باختيار) فتخلص الزوجة بحلفها اليمين على أنها لم تهب بدون إكراه (أبو السعود العمادي) يعني تطلب البينة من زوجها على أنها وهبته إياه طوعاً، فإذا عجز تحلف الزوجة على أنها لم تهبه طوعاً، فإن فعلت حكم لها بالمهر (من المحل المزبور). ولو أكره على أن يهب لرجل هذا المال فوهب وسلم وغاب الموهوب له بحيث لا يقدر عليه، كان للواهب أن يرجع على المجر بقيمة ذلك المال وكذلك في الصدقة (صره الفتاوى بتغيير).

ثانياً، لو منع الرجل زوجته المريضة من الذهاب إلى بيت أبيها إلا أن تهبه مهرها فلا تصح الهبة. كذلك لو قال رجل لابنته، بعد أن زوجها من أحد، انني امتنع من زفافك إلى زوجك ما لم تقرري بأنك أخذت كل ميراثك عن والدتك، ومنعها بالفعل فأقرت بذلك فأقرارها غير صحيح، لأن البنت في هذا في حكم المكره، والبيع والشراء والإجارة كالأقرار والهبة في هذا الحكم وكل ولي مقتدر على المنع في الأحكام المذكورة كالأب، كما هو مشاهد في ديارنا من أخذ مهورهن كرهاً عنهن حتى من ابن ابن العم وإن بعد وإن منعت أضر بها أو مثلها (رد المحتار).

ثالثاً، لو أكره صاحب المال على هبة ماله هذا لهذا الرجل وبعد أن قبل الرجل المال وقبضه مكرهاً أيضاً، فإذا ادعى أنه أخذ ذلك المال ليكون في يده أمانة، فالقول له مع اليمين أما لو قال إنني أخذته على وجه الهبة حتى يبقى لي، فلصاحب المال تضمين المجر وله تضمين المكره، يعني الموهوب له، وإذا ضمن المجر فيرجع هذا أيضاً على الموهوب له (الهندية في الباب الثاني).

رابعاً، لو أكره أحد آخر على هبة ماله لآخر ووهبه هذا إلى غيره فالحبة في حق الموهوب له الأول هبة مكره وفي حق الثاني هبة صحيحة (البرازية).

خامساً، إذا قبض الموهوب له الموهوب في الهبة التي تقع بالإكراه صار مالاً له. لكن تنقض

تصرفاته القابلة للنقض ويرد المال الموهوب للواهب أما ما ليس بقابل للنقض من التصرفات فلا ينقضها المكره وله أن يضمن المجر قيمة المال يوم تسليمه للموهوب له . وله أن يضمن الموهوب له . ومتى اختار تضمين الموهوب له فيضمنه إن شاء قيمته وقت قبضه وإن شاء ضمنه قيمته وقت احداثه الحال الذي أصبح فيه غير قابل للنقض (البيزانية).

سادساً، لو أكره الرجل على أن يهب نصف داره غير مقسوم، أو لم يسم له مقسوماً ولا غيره، وأكره على التسليم فوهب وسلم الدار كلها فهو جائز، لأنه أتى بغير ما أكره عليه . أما لو أكره على هبة نصف داره مقسوماً أو على هبة بيت من بيوته فوهب الكل لم يجز (الهندية في الباب الأول) ويلزم أن يبين فرق بين هاتين المسألتين.

سابعاً، لو أكره على الهبة فتصدق، أو على الصدقة فوهب، جاز لأن الهبة غير الصدقة. ثامناً، لو أكره على الهبة والتسليم، فوهب في مقابل عوض، وحصل التقابض بين المتعاقدين جاز.

تاسعاً، إذا أكره على الهبة والتسليم وأعطى الموهوب له للواهب عوضاً بلا إكراه بعد ان وهبه وسلمه للموهوب جازت الهبة.

٦ - فراغ الأراضي والأوقاف لو أكره أحد آخر اكرهاً معتبراً على فراغ الأراضي الأميرية والأراضي الموقوفة التي في عهده لا أحد لا يلزم ولا ينفذ حتى انه لو تفرغ أحد لآخر عن الأراضي المذكورة فله الصلاحية في دعوى الإكراه، فلو توفي المكره فلورثته الذين لهم حق الانتقال الصلاحية في دعوى الإكراه. كذلك لا يعتبر فراغ عرصة الوقف بالإكراه المعتبر (الفتاوى الجديدة). لكن الذي يتفرغ مكرهاً إذا تفرغ بالعقار المفروغ له بعد زوال الإكراه صح، وصار كأنه قد أجاز الفراغ الذي وقع وهو مكره.

٧ - الصلح عن مال: إذا كان لأحد دعوى على آخر وكان المدعى عليه منكراً فأكرهه المدعي على الصلح وصالحه المنكر مكرهاً فلا يصح الصلح. لكن لو وقع بعد ذلك الصلح مختاراً وسلمه بدل الصلح طوعاً نفذ (البهجة).

٨ - لا يعتبر الإقرار الذي يقع بإكراه. فلو أكره أحد آخر على أن يقر بأنه مدين لزيد بكذا قرشاً أو أن يقر بعقد من العقود فيكون ذلك المكره مخيراً بعد زوال الإكراه، إن شاء أجاز، أي يقول إنني كنت صادقاً في اقرارى، وإن شاء فسح، يعني أن يقول إنني كنت كاذباً في اقرارى (منلا مسكين، عبد الحليم، الطحطاوي). لأن الإقرار خبر يمتثل الصدق والكذب. أما الإكراه فيرجح جهة الكذب (البيزانية)، وعليه فالإقرار في حال الاختيار حجة وبهذا السبب يترجح جانب الصدق، أما حال الإكراه فليس بحجة، لهذا يرجح جانب الكذب عند الإكراه (أبو السعود).

لا يعتبر الطلاق الذي يقر به بالإكراه فلو أكره على أن يكتب على قرطاس (امرأته طالق، أو امرها بيدها) لم يصح الإقرار ان نوى الطلاق أو لم ينو (صرة الفتاوى).

كذلك لا يعتبر الرضاع الذي تقر به المرأة مكرهه، أما الطلاق الذي يقع بالإكراه والرضاع الذي تكره عليه المرأة فمغيران ويثبت حكمهما (عبد الحليم بإيضاح) وقد مر إيضاحه آنفاً.

والإقرار بالدين لو ادعى أحد أن له في ذمة فلان كذا قرشاً وأنه قد قرله بذلك وأعطاه سنداً معنوناً ومرسوماً، فدفع المدعي عليه الدعوى بقوله قد كنت مكراً على إعطاء ذلك السند واثبت دفعه هذا، فليس للمدعي أن يأخذ منه شيئاً (علي أفندي) لو أكره على أن يقر لرجل بمال فأقر وأخذ الرجل المال وغاب عنه بحيث لا يقدر عليه أو مات مفلساً، كان للمكروه أن يرجع بذلك على المكروه (صرة الفتاوى، الهندية في الباب الرابع).

الإقرار باستيفاء الميراث: لو منع ولي كالأب المرأة من أن تزف إلى زوجها، وقال لها إذا لم تقري باستيفاء ما بقي لك من ميراثك عن والدتك فلا أسمح بزفافك، وأقرت باستيفائها ذلك، فلا يكون الإقرار صحيحاً (رد المحتار).

الإقرار بالبلوغ، لو أكرهت الصغيرة، البالغة من العمر عشر سنوات، على أن تقر بأنها قد أصبحت بالغة، وأقرت وهي مكروهة، كان إقرارها باطلاً (علي أفندي).
الإقرار بالكفالة، لو أقر أحد بالكفالة وهو مكروه على ذلك إكراهاً معتبراً فإقرار المذكور ليس بمعتبر (التنقيح).

الإقرار بالنقصان والزيادة، لو أكره أحد على الإقرار بألف قرش، وأقر بخمسمائة، فليس الإقرار معتبراً لأنه مكروه على الألف وعلى إبعاضها، أما لو أقر بألفي قرش فإنما يعتبر الألف لأن الألف الأول أكره عليه فلم يلزمه، والألف الثاني لم يدخل تحت الإكراه وإنما ابتدأه باختياره فلزمه (الجوهرة، البزازية).

الإقرار للمجبر ولغيره: لو أكره أحد على الإقرار بشيء للمجبر فأقر للمجبر وللغائب، فالإقرار غير معتبر عند أبي يوسف سواء أعترف الغائب بالشركة أم لم يعترف. لكن الإقرار غير معتبر عند الإمام محمد إذا اعترف الغائب بالشركة أما إذا أنكر الشركة فالإقرار جائز بالنظر إلى حصة الغائب فقط (البزازية، الهندية في الباب الرابع).

الإقرار بخلاف الجنس: لو أكره على الإقرار بدراهم فأقر بدنانير أو بجنس آخر كان الإقرار صحيحاً ولو وجد عنده دراهم بقيمة المقر به (البزازية، الجوهرة، الهندية في الباب الأول من الإكراه) وإن أقر له بنصف غير ما أكرهه عليه من المكيل والموزون فهو طائع فيما أقر به (الهندية في الباب الرابع).
الإقرار بالسرقة: لو سرت دار أحد فاتهم بعض من ليسوا مظنة للتهم وأقروا بالسرقة بالتعذيب المخالف للشرع الشريف فلا تثبت السرقة (أبو السعود العمادي). ومن المشايخ من قال بصحة الإقرار بالسرقة مكراً (هامش الأنقروي).

الهبة بالإكراه على الإقرار؛ لو أكره أحد على الإقرار بألف قرش لآخر، فوهبه إياه جازت الهبة (الهندية في الباب الأول).

الإقرار بالنكاح والطلاق والرجعة: لو أكره أحد إكراهاً معتبراً على الإقرار بطلاق أو نكاح أو حتى لم يقع، كان الإقرار المذكور باطلاً (الهندية في الباب الرابع).

الإقرار بالحد والقصاص: لو أقر أحد بإكراه معتبر بما يوجب الحد والقصاص كان إقراره باطلاً.

الإقرار بالغضب والإتلاف والودیعة: لو أكره أحد اكرهاً معتبراً على الإقرار بكونه غضب مال أحد أو أتلفه أو أخذ منه وديعة فلا يصح.

الإقرار بعدم التزويج، لو أكره أحد على الإقرار بكونه لم يتزوج هذه المرأة، وليس له شهود على الزواج، كان اقراره باطلاً. لأن الإكراه دليل على أنه كاذب فيما أقر به، فلا يمنع ذلك قبول بيته على ما يدعي من النكاح (الهندية في الباب الرابع).

٩- الإبراء: لا يعتبر الإبراء والمبرئ مكره أيضاً. لأنه اقرار بفراغ الذمة، وقد مر أن الإقرارات غير صحيحة (القهستاني) سواء أكان الإبراء من الدين أم إبراء من الكفالة بالنفس أو الكفالة بالمال (رد المحتار) وفي هذه الصورة يصبح المكره بعد زوال الإكراه مخيراً، فإن شاء أمضى الإبراء ونفذه، وإن شاء فسخه (الطحطاوي، القهستاني).

مثلاً لو أكره أحد على إبراء مدين من الدين الذي عليه، والكفيل بالنفس من كفالته، فلا يكون الإبراء المذكور معتبراً، لأن البراءة لا تصح مع الهزل، لأنها اقرار بفراغ الذمة فيؤثر فيها الإكراه (الدر المختار، ورد المحتار).

١٠- تأجيل الدين: لو كان لأحد في ذمة آخر دين من ثمن مبيع، فأكره على تأجيل ذلك الدين سنة فأجله السنة فلا حكم للتأجيل.

١١- قبول الوديعة: لو أكره أحد على قبول وديعة اكرهاً معتبراً، فقبلها هو على هذه الصورة، بعد أن تلف في يده ظهر لها مستحق، فللمستحق أن يضمن المودع المجر (الأقروي، الحموي في الباب الثاني).

١٢- قبول الحوالة والإحالة: لو قبل أحد مكرهاً اكرهاً معتبراً أن يجيل على غيره أو أن يحال عليه لا يعتبر (رد المحتار) فلو ادعى المحال له ان الحوالة قد وقعت بإكراه معتبر وأثبت دعواه يأخذ دينه من المحيل، أنظر شرح المادة (٦٨٥).

١٣- اسقاط الشفعة: لا يعتبر اسقاط الشفعة الذي يقع مع الإكراه. يعني لو أكره الشفيع على تسليم الشفعة بعد أن طلبها طلب المواتية فسلم الشفعة فلا تسقط الشفعة (عبد الحلیم) كذلك لو علم الشفيع بالبيع وأراد طلب المواتية فأكره على عدم الطلب وعدم التكلم بذلك فلم يستطع الطلب مدة يوم أو أكثر وطلب الشفعة عند زوال الإكراه حالاً فلا تبطل، أما إذا لم يطلب الشفعة عند زوال الإكراه حالاً بطلت شفيعته (الدر المختار، رد المحتار، الطحطاوي).

١٤- قبول الكفالة: لو أكره أحد على كفالة الدين على أحد، وكفل به مكرهاً فلا يؤخذ بهذه الكفالة (التنقيح).

١٥- الوقف: لو أكره أحد على أن يقف الجهة الفلانية من ملكه بكذا قرشاً ووقف المكره ذلك كان الوقف غير صحيح.

١٦- الوكالة: لو أكره أحد على توكيل آخر ببيع بعض أمتعه فلا يعتبر، حتى إنه لو باع الوكيل تلك الأمتعة من شخص وسلمه إياها، فادعى المكره أنه قد كان في التوكيل المذكور مكرهاً اكرهاً معتبراً وأثبت دعواه، فله استرداد أمتعه إذا لم يجز البيع (علي افندي) وإذا تلفت تلك الأمتعة في يد

ذلك الشخص فلصاحبها أن يضمن من أراد من المجر والوكيل والمشتري، إذا كان المشتري، والوكيل غير مكرهين فإذا ضمن المشتري فليس له حق في الرجوع على أحد بالقيمة وإنما له الرجوع على الوكيل بالثمن، وإذا ضمن الوكيل رجع أيضاً على المشتري بالقيمة والمشتري يرجع عليه بالثمن. فيتقاضان ويستردان الفضل. وإذا ضمن المجر فله الرجوع على المشتري أو على الوكيل (رد المحتار، الهندية في الباب الثاني).

كذلك لو أكره أحد على توكيل آخر بفراغ أراضيه الأميرية لأحد وتفرغ بها فلا يعتبر (التفقيح). مستثنى: يستثنى التوكيل بالطلاق. مثلاً لو أكره أحد على توكيل وكيل بطلاق زوجته، ووكله على هذه الصورة، طلق الوكيل زوجته وقع الطلاق استحساناً (أبو السعود) لأن نفس الطلاق يصح مع الإكراه فكذا التوكيل (التفقيح). وعليه فإذا كان الطلاق قبل الدخول فللزوجة الرجوع بنصف المهر على المجر (الهندية في الباب الثاني).

١٧ - الرهن، لو أكره أحد زوجته على رهن مال لها عند أحد في مقابل مال استقرضه منه، فلا يعتبر هذا العقد، وللزوجة استرداد المال المرهون (التفقيح).

وقد بين بعض المعاملات التي لا تصح مع الإكراه في متن هذه المادة وشرحها، وبما أنها لا تنحصر في هذا العدد، فلنبين القاعدة الآتية للمعاملات التي لا تصح مع الإكراه وإليكها: كل عقد وتصرف لا يصح ويكون باطلاً مع الهزل فلا يصح ولا يعتبر مع الإكراه الملجئ أو غير الملجئ (التفقيح) كما قد ذكر في صدر المادة.

﴿مادة ١٠٠٧﴾ - (كما أن الإكراه الملجئ يكون معتبراً في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات الفعلية. وأما الإكراه غير الملجئ فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا يعتبر في التصرفات الفعلية. فعليه لو قال أحد لآخر أتلف مال فلان وإلا أقتلك أو أقطع أحد أعضائك فأتلف ذلك يكون الإكراه معتبراً ويلزم الضمان على المجر فقط وأما لو قال أتلف مال فلان وإلا أضربك أو أحبسك وأتلف ذلك فلا يكون الإكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط حيث كان ذلك مما يحتمل عادة).

فالتصرفات القولية كالبيع والشراء والهبة، والتصرفات الفعلية كإتلاف مال الغير. تحتوي هذه المادة على أربعة أحكام، الحكم الأول هو أن الإكراه الملجئ معتبر في التصرفات القولية وما جاء في المادة الآتية وشرحها من التصرفات القولية أمثلة على ذلك وهذا الحكم أصل تتفرع منه المادة الآتية.

الحكم الثاني، الإكراه الملجئ معتبر في التصرفات الفعلية وتتفرع منه فقرة (بناء عليه لو قال أحد لآخر أتلف مال . . الخ).

الحكم الثالث، الإكراه غير الملجئ معتبر في التصرفات القولية وما جاء في المادة الآتية وشرحها جميعه من التصرفات القولية، وهذا الحكم الثالث أصل أيضاً والمادة الآتية فرع لها

الحكم الرابع، لا يعتبر الإكراه غير الملجئ في التصرفات الفعلية، وتتفرع من هذا الحكم الرابع فقرة (وأما لو قال أتلف مال فلان . . الخ).

وفهم من هذه الإيضاحات أن نصف الأحكام المذكورة في هذه المادة أصل للمادة الأتية كما أن النصف الباقي أصل للفروع الآتية.

بناء عليه لو قال أحد لآخر أتلف مال فلان بالأكل أو بصورة أخرى وإلا أقتلك أو أقطع أحد أعضائك وأتلف ذلك ففي هذا الإتلاف رخصة لأنه يباح اتلاف مال الغير للضرورة كما في المخصصة والإكراه الملجئ أيضاً ضرورة، وعليه يكون الإكراه المذكور معتبراً ويلزم الضمان على المجبر فقط، لأن المكره يكون آلة للمجبر والحامل في الأمور التي يصلح أن يكون لها آلة والإتلاف واحد من تلك الأمور أيضاً كما لو دفع المجبر المكره على ذلك المال فسقط عليه وأتلفه (الدرر والمجمع الأنهر).

وإذا كان المكره عليه هو اتلاف مال واحد، فالحكم على الوجه المحرر آنفاً. وإذا كان المكره عليه هو اتلاف مال واحد من عدة اشخاص فلا بأس من أن يختار المكره أحدهما، فلو قال المجبر أتلف مال زيد هذا أو أتلف مال عمرو ذلك وأكرهه على الوجه المحرر آنفاً، فللمكره أن يتلف مال أيهما شاء، ولكن الأحب أنه يجب أن يتلف مال أغناهما، وإن تساويا في الغنى فيجب أن يتلف أقلهما مقداراً أو قيمة. وعليه فلو أتلف الأكثر يضمن المجبر المقدار الأقل والمكره الزائد عنه وإذا تساويا في الغنى وتساوى المالان قيمة، فيتلف مال أحسنهما خلقاً وأظهرهما جوداً (عبد الحلیم).

كذلك لو أكره أحد آخر على قتل فلان أو اتلاف مال فلان، فله اتلاف المال، سواء أكان ذلك المال أقل من البدية أم أكثر، وليس له أن يقتل ذلك الرجل فإن فعل قوخص، لأن في المال رخصة عند الإكراه أما قتل النفس فلا رخصة فيه (الطحطاوي).

وهذه المسائل متفرعة من المادتين (٢٨، ٢٩) القائلتين «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً لارتكاب أخفهما» و«يختار أهون الشرين».

جاء في المجلة (مال فلان) وذلك ليس قيداً احترازياً أريد به غير مال لمكره، حتى إن المجبر لو أكره أحداً على اتلاف مال نفسه إكراهاً ملجئاً وأتلفه لزم المجبر للضمان، مثلاً لو أكره أحد على أكل طعامه (أي طعام المكره) فأكله وهو شعبان، كان المجبر ضامناً، لأنه لم تحصل للأكل منفعة من أكل ذلك أما إذا كان الأكل جائعاً، وأكل طعامه بناء على الإكراه المحرر آنفاً، فلا يلزم المجبر ضمان، لأن المنفعة في ذلك للأكل. ولا خلاف في عدم الضمان إذا أكره الفاعل على لبس ثوب نفسه حتى تحرق، واختلفوا فيما إذا أكره على أكل مال الغير، فالضمان على الفاعل، كما في شرح الطحطاوي، أو على الحامل، كما في النتيجة، والمختار الأول، كما في عامة الشروح (رد المحتار، وأبو السعود المضري، وعبد الحلیم).

لا يجوز اتلاف مال الغير بناء على الإكراه غير الملجئ، كما هو مبين في المجلة، ويثاب المكره إذا لم يتلف مال الغير الذي أكرهه على اتلافه. أنظر شرح المادة (١٠٠٢)، (الشرنبلاني). لأن أخذ مال الغير من المظالم، وحرمة الظلم لا تنكشف ولا تباح بحال (رد المحتار). والأفعال التي تجوز مع الإكراه الملجئ، هي كاتلاف مال الغير، على ما هو مذكور في المجلة، وإلا فلا يباح قتل الأدمي وإتلافه، يعني لو أكره

أحد على قتل إنسان، فليس له قتله، ولو كان الإكراه ملجئاً . مثلاً لو قال أحد لآخر أقتل فلاناً، إن لم تقتله فإني قاتلك أو قاطع يدك، وخاف ذلك المكره أن يقتله المكره، فليس له قتل ذلك الرجل ولو قال ذلك الرجل للمكره أقتلني فدمي مباح لك (الجوهرية) وإن فعل يأنم ويستحق التعزير، ولا تجب دية المكره على المكره على القتل لو قتله الآخر دفعاً عن نفسه (صرة الفتاوى في الإكراه) أما من جهة الجزاء فالقتل عند الإمام الأعظم ومحمد رحمهما الله تعالى إذا كان عمداً يلزم المجبر القصاص . لأن المجبر هو الحامل ولا يلزم المكره سواء أكان المأمور، أي المكره، عاقلاً أم معتوهاً وبالغاً أو غير بالغ، وعلى الحالين يلزم المجبر القصاص . والمأمور كالألة، والعقل والبلوغ غير معتبرين في حق الألة، وإنما المعتبر يحقق الإلجاء، بخلاف الأمر فإنه إذا كان صيباً أو مجنوناً أو مختلط العقل لا يجب القصاص على أحد . لأن القاتل في الحقيقة هو هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه، لكن يجب على عائلته الدية، لأن عمدهما خطأ كما في المنع (عبد الحلیم، مجمع الأنهر) لكن عدم لزوم قصاص المكره ولزومه أجبر هو في حال الإكراه الملجئ المذكور، وإذا كان الإكراه غير ملجئ لزم المكره القصاص دون المجبر «الهندية في الباب الثاني».

أما لو قال اتلف مال فلان وإلا أضربك أو أحبسك، وأتلف ذلك المال خائفاً من الضرب والحبس فلا يكون الإكراه معتبراً . ويلزم الضمان على المتلف فقط . لأن الإكراه غير الملجئ غير معتبر في التصرفات الفعلية .

الباب الثالث

في بيان الشفعة وينقسم إلى أربعة فصول

يلزم هنا العلم بالأحكام الآتية:

(١) - تعريف الشفعة

(٢) - سبب مشروعيتها

(٣) - سبب ثبوتها

(٤) - شرطها

(٥) - ركنها

(٦) - حكمها

(٧) - صفتها

تعريفها: قد صار إيضاحه في شرح المادة (٩٥٠).

سبب مشروعيتها: دفع ما ينشأ من سوء الجوار من الضرر على وجه التأييد والقرار، كإيقاد النار واعلاء أجدار، وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وإقامة الدواب والصغار.

وقد قيل: أضيقت السجون معاشرة الأضداد (مجمع الأنهر) ويخرج بقيد (على وجه التأييد) المنقول والعقار الذي يعار أو يؤجر. وعدم جريان الشفعة في المنقول ناشئ عن كون سوء المجاورة فيه ليست على وجه التأييد، كذلك عدم ثبوت الشفعة في العقار المعار أو المأجور ناشئ عن هذا السبب أيضاً، لأن سوء المجاورة ينتهي في الإغارة والإجارة بفسخ الإغارة وختام مدة الإجارة، ولذلك خرج المستعير والمستأجر.

كذلك يخرج من قيد (على وجه القرار) العقار الذي يشتري شراء فاسداً، لأنه لما كان نقض البيع الفاسد واجباً لدفع الفساد فلا يكون سوء المجاورة فيه على وجه القرار (الكفاية بإيضاح ومجمع الأنهر).

سؤال - بما أن الضرر هذا موهوم، لأنه يجوز أن لا يعمل المشتري أحد الأضرار المذكورة وأخذ المبيع من المشتري جبراً ضرر محقق، أوليس من اللازم أن لا يعتبر الضرر الموهوم تجاه الضرر المحقق؟
الجواب - بما أن هذا الضرر غالب فيدفع قبل الوقوع. وقد قال الشاعر:

كم معشر سلموا لم يؤذهم سبع . وما نرى أحداً لم يؤذ بشر (رد المحتار).

سؤال ثان: بما أن الشفيع يتضرر من المشتري الدخيل، والمشتري الدخيل يتضرر من الشفيع، فكان يجب أن يأخذ الدخيل دار الشفيع بدلاً من أن يأخذ الشفيع دار الدخيل؟

الجواب: إن تملك الشفيع أولى، لأن في ازعاج الشفيع، بإخراجه من خطة آبائه، ضرراً أقوى (الكفاية).

سبب ثبوتها: عبارة عن أشياء ثلاثة، ستبين في المادة الآتية.

شروطها تسعة وهي:

١ - عقد المعاوضة، وهذا عبارة عن البيع والهبة بشرط العوض التي بمعنى البيع أنظر المادتين (١٠٢١ و ١٠٢٢) وشرحهما.

٢ - أن تكون معاوضة مالية، فلو تصالحا عن جنابة توجب القصاص بما دون النفس، على دار فلا تجري الشفعة في تلك الدار. أما إذا عقد الصلح على دار في الجنابات التي لا توجب القصاص، بل توجب الأرش، فتجري الشفعة فيها.

٣ - أن يكون المبيع عقاراً أو بمعنى العقار سواء أكان العقار قابلاً للقسمة كالبيت أم غير قابل للقسمة كالحمام والرحى، والبئر، والنهر، والعين، والدور الصغيرة.

أما في المبيع الذي ليس بعقار فلا تجري فيه الشفعة أصالة، كما سيفصل في المادة (١٠٠٧)

٤ - زوال ملك البائع من المبيع فإذا لم يزل فلا تجري الشفعة، كالبيع بشرط الخيار للبائع. وكذلك لا تجري الشفعة إذا كان الخيار للبائع والمشتري معاً. لكن لو أسقط البائع خياره تجري الشفعة اعتباراً من إسقاط الخيار، كذلك تجري الشفعة لو كان الخيار للمشتري فقط، ولو شرط البائع الخيار لمن سيكون شافعاً، وأسقط الشفيع خياره وأجاز البيع، فالبيع جائز، ولا تكون لذلك الشخص شفعة بعد، أنظر المادة (١٠٠). كما لا يكون له شفعة إذا فسخ البيع، والحيلة في هذه الصورة أن لا يفسخ البيع لا يبيزه حتى يميز البائع أو يلزم البيع بمرور المدة، وحينئذ تثبت شفيعته، أما خيار العيب وخيار الرؤية فلا يمنعان من وجوب الشفعة أنظر المادة (١٠٢٦).

٥ - زوال حق البائع من المبيع، بناء عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم تحدث مؤخراً أسباب مانعة للبائع من فسخ البيع، فتجري بعد ذلك الشفعة، أنظر المادة (١٠٢٦).

٦ - كون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به وقت البيع، ويشترط بقاء هذه الملكية إلى زمن الأخذ بالشفعة، ولما كانت الملكية شرط، فليس لساكن دار، إجارة أو اجارة، أن يدعي حق الشفعة بتلك الدار. كذلك لو باع الشفيع العقار المشفوع به أولاً ثم اشترى المشتري العقار المشفوع فلا يبقى لذلك الشفيع حق. في الشفعة. وتبطل شفعة الشفيع لو أخرج المشفوع به من ملكه قبل حكم الشفعة. وتسليم المشتري المشفوع بالرضا. كذلك لو جعل الشفيع عقاره المشفوع به مسجداً ووقع البيع فلا يظل ذلك العقار مشفوعاً به بعد.

وكذا لو أوصى أحد لآخر بعقار وقبل أن يعلم بذلك بيعت دكان بجانب ذلك العقار ثم بعد ذلك قبل الموصى له الوصية فلا شفعة له. لو مات قبل أن يعلم بالوصية ثم بيعت دار بجانبها فادعى الورثة شفيعتها فلهم ذلك، لأن موته صار بمنزلة قبوله (الهندية في الباب الأول).

وبما أنه قد شرطت الملكية وقت البيع فلا تكون الملكية الحادثة بعد البيع سبباً للشفعة. فلو باع

البائع عقاراً للمشتري بيعاً فاسداً ولم يسلمه اياه، وبيعت دكان متصلة بذلك العقار، ثم بعد ذلك سلم العقار المذكور للمشتري، فليس لذلك المشتري أخذ تلك الدكان بالشفعة. لأن سبب الشفعة في تلك الدكان حدث بعد بيعها من آخر (الهندية في الباب الأول في موضعين مختلفين).

وبما أنه قد اشترط بقاء الملكية، فلو بيعت دكان في جنب العقار الذي بيع فاسداً وقبض، فللمشتري أخذ الدكان بالشفعة. لكن لو استرد ذلك البائع العقار قبل الأخذ بالشفعة ونقل الملكية فلا يبقى شفعة للشفيع بعد. كذلك لو بيعت عرصة في جانب العقار الذي باعه بائعاً فاسداً ولم يسلمه، فللبائع أخذ تلك العرصة بالشفعة، لأن المبيع لم يزل في ملكه. ثم بعد ذلك لو سلم البائع العقار للمشتري قبل الحكم بالشفعة بطلت شفيعته (الهندية في الباب الأول).

لو كان الطابق العلوي لأحد والسفلي لآخر، فبيع السفلي، وبعد أن ثبت لصاحب العلوي الشفعة في السفلي بمقتضى المادة (١٠١١) انهدم العلوي قبل أن يتملك السفلي بالشفعة، بطلت الشفعة على رأي الشيخين (الهندية في الباب الأول).

٧ - ظهور ملك الشفيع في المشفوع به بحجة مطلقة عند الإنكار وهي عبارة عن البينة وتصديق الخصم وهذا السابع هو شرط ظهور الحق وليس شرط ثبوت الحق. فلو أنكر المشتري كون العقار المشفوع به ملكاً للشفيع، فما لم يثبت الشفيع إن ذلك العقار هو ملكه، فلا يأخذ العقار المشفوع بالشفعة.

٨ - أن لا يكون العقار المشفوع وقت البيع ملكاً للشفيع فإذا كان ملكاً له فلا تجب الشفعة ولا تثبت، فلو كان أحد يملك دارين متجاورتين، فباع احدهما من آخره ثم جعل داره الأخرى مشفوعاً بها وادعى الشفعة، فليس له حق الشفعة، أنظر المادة (١٠٠).

٩ - عدم رضا الشفيع بالبيع أو بحكم البيع صراحة أو دلالة، وعليه فإذا كان الشفيع راضياً بالبيع أو بحكم البيع صراحة أو دلالة فلا شفعة له.

الرضا دلالة، لو وكل مالك العقار المشفوع ببيعه وباعه، أو لو باع المضارب العقار الذي من مال المضاربة من آخر وقام رب المال مطالباً بالشفعة بعقار آخر، ففي هاتين الصورتين لا تثبت الشفعة سواء أكان في الدار ربح أم لم يكن فيها ربح (الهندية في الباب الأول).

الشرائط السائرة: لا يشترط في وجوب الشفعة اتحاد الدين، فكما يكون المسلم شافعاً للمسلمة وغير المسلم لغير المسلمة فغير المسلم يكون شافعاً للمسلمة، كما أن المسلم يكون شافعاً لغير المسلمة كذلك لا يشترط في الشفعة الحرية، والذكورة، والعقل، والبلوغ، والعدالة.

بناء عليه تثبت الشفعة للنسوان والصبيان والمجانين. إلا أنه إذا ثبتت الشفعة للصبي القاصر كان الأشخاص الذين لهم حق التصرف في مال القصر، المذكورون في المادة (٩٧٤)، اخصاماً وإذا ثبتت الشفعة على الصبي كانوا أيضاً اخصاماً عنه (الهندية في الباب الأول).

ركنها: أخذ الشفيع المشفوع من أحد العاقدین (أبو السعود المصري، ومجمع الأنهر).

حكما: عبارة عن جواز طلب الشفعة والتأكيد بعد الطلب وثبوت الملك للشفيع قضاء أو رضاء إذا تحقق السبب (التنوير، الهندية في الباب الأول).

صفتها: الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء المبتدأ. فعليه كل شيء يثبت للمشتري بدون شرط - كالرد بخيار الرؤية. يثبت للشفيع كذلك، وكل شيء لا يثبت للمشتري من غير شرط لا يثبت للشفيع من غير شرط (الهندية في الباب الأول). كخيار الشرط. وعليه لا يثبت خيار الشرط للشفيع وإن كان المشتري مخيراً بخيار الشرط.

الفصل الأول

في بيان مراتب الشفعة

﴿مادة ١٠٠٨﴾ - (أسباب الشفعة ثلاثة الأول أن يكون مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار شائع الثاني أن يكون خليطاً في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص. مثلاً إذا بيعت إحدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص يكون أصحاب الرياض الأخرى كلهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم أم لم تكن كذلك لو بيعت الدار التي يفتح بابها على طريق خاص كان أصحاب الدور التي لها أبواب على تلك الطريق كلهم شفعاء سواء أكانت جيرتهم ملاصقة أم لم تكن وأما إذا بيعت إحدى الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم أو إحدى الديار التي لها في الطريق العام باب فليس لأصحاب الرياض الأخرى التي تسقى من ذلك النهر أو لأصحاب الديار الأخرى التي لها أبواب في الطريق العام حق الشفعة الثالث أن يكون جاراً ملاصقاً)

أسباب ثبوت وجوب الشفعة ثلاث، فإذا وجد أحد هذه الأسباب الثلاثة ثبت حق الشفعة للشفيع بعد البيع يعني للشفيع حق في طلب الشفعة. الأول، أن يكون مشاركاً في نفس المبيع. ويقال له خليط في نفس المبيع أيضاً. وعليه فإذا باع أحد أصحاب الحصص حصته من آخر كان الشركاء الآخرون شفعاء في الحصة المباعة. وتكون بالمشاركة في نفس المبيع على وجهين:

١ - تكون المشاركة في كل المبيع كأن يكون نصف دار شائع لزيد والنصف الآخر لعمرو فكل منهما شريك الآخر في كل المبيع (الكفاية). وكاشتراك اثنين أو أكثر في عقار شائع. والعقار بما أنه يطلق على الأرض أو على البناء مع الأرض فالإشتراك في البناء فقط لا تثبت به الشفعة (أبو السعود). مثلاً لو كان اثنان متصرفين مالكين لعقار شائع سواء أكانت حصة كل منهما النصف أم كانت حصة أحدهما الربع والآخر الثلاثة الأرباع كان كل منهما شريكاً للآخر في نفس المبيع. ويستفاد من تعبير المجلة (شائع) إن الشركاء في نفس المبيع على هذا الوجه إذا قسموا المبيع ولم تبق بينهم شركة في المدخل وفي نفس العقار فلا تثبت الشفعة للشركة في نفس المبيع بعد (أبو السعود عن العناية).

٢ - يكون بالمشاركة في بعض المبيع كما لو كانت دار لزيد . كان في تلك الدار حجرة نصفها لزيد شائعاً والنصف الآخر الشائع بتلك الحجرة لعمرو أو لو كانت الدار لعمرو وكان لزيد نصف حائط شائعاً مع الأرض والنصف الآخر الشائع لعمرو (الكفاية) :

الثاني، أن يكون خليطاً في حق المبيع وقوله عن الأول «مشاركاً» وعن الثاني هذا «خليطاً» تفنن في العبارة ليس إلا، وذلك كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص . وقد عرف حق الشرب في المادتين (١٤٣، ١٢٦٢) أيضاً والشرب الخاص في المادة (٩٥٥) والطريق الخاص في المادة (٩٥٦) وقد قسمت الأنهار في المادتين (١٢٣٨)، (١٢٣٩) إلى مملوكة وغير مملوكة وغير المملوكة إلى عامة وخاصة ووضع في أيها تجري الشفعة .

حق المبيع، تابع للمبيع كالشرب الخاص والطريق الخاص والأشياء اللازمة للمبيع قد تبينت من هذا المثال .

أما إذا كان لأحد في دار آخر حق المسيل مجرداً، يعني إذا كان طريق الماء ملكاً لصاحب الدار وكان لذلك الشخص حق تسييل الماء فقط، فلا يكون مشاركاً في حق المبيع . أما إذا كان طريق الماء ملكاً للشخص المذكور أيضاً فحينئذ يكون شريكاً وشفيعاً في حق المبيع . (عبد الحلیم الهندية في الباب الثاني) .

مثلاً إذا بيعت إحدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص مع حق الشرب يكون أصحاب الرياض الأخرى كلهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم أم لم تكن، يعني أنهم يتساوون في صورتين في استحقاق الشفعة . أما إذا بيعت إحدى تلك الرياض بدون الشرب الخاص فلا تثبت الشفعة بالشرب الخاص حتى إنه إذا بيعت الماء منقطع فيوجد حق الشفعة أيضاً عند محمد فلو كان لجماعة حق الشرب من نهر لكن كانت أرض النهر، يعني الممر الذي كان يجري فيه الماء ملكاً لآخر فباع أحد أرضه مع حق الشرب في الزمن الذي انقطع فيه الماء فتجري الشفعة (الهندية في الباب الثاني) .

كذلك لو بيعت دار لها باب على طريق خاص مع الطريق الخاص كان أصحاب الدور التي لهم أبواب على تلك الطريق شفعاء سواء أكانت جيرتهم ملاصقة أم لم تكن .
أما لو بيعت تلك الدار بدون الطريق المذكور فلا تثبت الشفعة بسبب الطريق الخاص كما هو مبين في المادة (١٠١٥) (الدر المنتقى) .

دار في سكة خاصة باعها صاحبها من رجل بلا طريق فلاهل السكة الشفعة وكذلك لو باع أرضاً بلا شرب فلاهل الشرب الشفعة، ولو بيعت هذه الدار وهذه الأرض مرة أخرى فليس لهم فيها الشفعة (الهندية في الباب الثاني) .

والخليط في حق المبيع على وجهين أيضاً:

١ - يكون بتقسيم المبيع المذكور بين الشركاء بعد أن كان مشتركاً وعدم بقاء الاشتراك في نفس المبيع وبقاؤهم خلطاء في حق المبيع أنظر المادة (١١٦٦) .

٢ - يكون بعدم الاشتراك في نفس المبيع مع الاختلاط في حق المبيع فقط . لكن لو كان مشاركاً في نفس المبيع وخليطاً في حق المبيع وليس لأنه خليط في حق المبيع (رد المحتار) .

أما لو بيعت دار تأخذ الماء من نهر يتنعف به العموم رأساً، يعني لها حق الشرب من ذلك النهر أو كانت مما يفتح بابها على الطريق العام فلا حق شفعة لأصحاب الدور التي تشرب من ذلك النهر أو التي تفتح أبوابها على ذلك الطريق العام بداعي انهم خلطاء .
لكن مما لا ريب فيه أن الجار إذا كان ملاصقاً فله بسبب ذلك حق الشفعة .

قيل تأخذ الماء رأساً، يعني مثلاً لو كان الماء يجري لأراضي زيد من موضع من نهر دجلة ولأراضي عمر من موضع آخر فلا يكون كل من زيد وعمر خليط للآخر لكن لو فتح نهر دجلة وأخذوا منه عشر قطع أراضي فيصبح أصحاب هذه القطع العشر خلطاء فلو بيعت أقصى تلك الأراضي العشر يكون التسعة أشخاص الباقون شفعاء فإذا بيعت أقربها كان التسعة الباقون شفعاء أيضاً (الهندية في الباب الثاني) .

الثالث، أن يكون حاراً ملاصقاً للعقار المبيع ولو كان متعدداً أي أن يكون ذلك الجار ملاصقاً للعقار المبيع (مجمع الأنهر) . ثم الجار الملاصق هو الذي له حائط وللآخر حائط ليس بين الحائطين عموضيق للإلتصاق الحائطين حتى لو كان بينهما طريق نافذ فلا شفعة للجار (الطحطاوي) .
والجار الملاصق يكون أيضاً على وجهين :

١ - يكون بتلاصق ظهر العقار المشفوع بظهر العقار المشفوع به . ففي هذه الحال يكون باب العقار المشفوع به على سكة أخرى سواء أكانت السكة الأخرى نافذة أم لم تكن كذلك .

٢ - يكون بتلاصق الجنب، يعني بتلاصق طرف اليمين أو اليسار وذلك يكون باب العقار المشفوع به باب العقار المشفوع على الطريق العام . أما إذا كان باب العقار على طريق خاص كان كل منها خليطاً للآخر في حق المبيع وكان جميع أهل السكة شفعاء . سواء أكان مقابلاً أم ملاصقاً (الدر المنتقى، مجمع الأنهر) .

ويظهر من ذكر (ملاصق) مطلقاً أن الملاصق ولو بشبر واحد من جهة واحدة يشترى مع الملاصق من ثلاث جهات في حق الشفعة وكما أن المتصل اتصالاً أزيد من غيره لا يحرم الآخر من الشفعة فليس له أن يأخذ حصة أزيد من المشفوع أنظر المادة (١٠١٣) .

الملاصق، يعني المتصل بالمبيع ولو كان ذلك الإتصال حكماً، فلو بيعت حجرة من دار فسواء في الشفعة ما يلاصق تلك الحجرة من تلك الدار وما هو في أقصى الدار (رد المحتار، عزمي زاده) لأن المبيع من جملة الدار والشفيع جار الدار فكان جاراً للمبيع (الهندية في الباب الثاني) .

لو كانت غرفة من دار واقعة على طريق غير نافذة مشتركة بين اثنين وباقي أقسام الدار كان مشتركاً بين أربعة أشخاص مثلاً فباع أحد الشريكين في تلك الغرفة حصته الشائعة من أجنبي فالشفعة أولاً للمشاركة في تلك الغرفة فإذا سلم هذا تكون ثانياً للشركاء في الدار فإذا سلموا تكون ثالثة للجار

الملاصق سواء أكان ملاصقاً لهذه الغرفة أم كان ملاصقاً لأقصى جهة من الدار، يعني كلهم في شفعة الغرفة المذكورة سواء (الهندية في الباب الثاني).

وتعبير المجلة (الجار الملاصق) احتراز عن الجار المقابل إذ لا اعتبار للجار ولو كان الباب قريباً من الباب جداً. لأن الطريق العام يزيل الضرر (رد المحتار).

لكن للجار المقابل في الطريق الخاص شفعة ليس لأنه مقابل بل لأنه خليط (أبو السعود بيضاح) كما ذكر آنفاً. وكما يكون الجار ملاصقاً في السكن يكون في الأراضي أيضاً (أبو السعود).

والمقصود من الجار الملاصق أن يكون له عقار ملاصق للعقار المشفوع. وإلا يوجد شريك في الأرض التي تحت الحائط.

بناء عليه إذا كان الجار الملاصق مشتركاً في الأرض المبني عليها الحائط التي بينها، فهذا أجار الملاصق مشارك في نفس المبيع، وعليه يكون شفعياً في الدرجة الأولى. وذلك كما هو مذكور في المادة (١٠١٢).

لو كانت الدار الملاصقة دار وقف أو وديعة، أو مأجورة، فلا تجري الشفعة بها (مجمع الأنهر) كما هو مذكور في المادة (١٠١٨).

ثبوت الشفعة للمشتري:

ثبتت الشفعة للمشتري كما ثبتت للشفيع الأجنبي، للأسباب المذكورة، وللمشتري، سواء أكان مشترياً أصالة أم وكالة. ألا ترى أنه لو اشترى أحد الدار التي له فيها شفعة ثبتت له فيها الشفعة أيضاً، لو ظهر شفيع آخر من درجته فلا يأخذ إلا نصفها أما لو ظهر شفيع أقل منه، فلا شفعة لهذا الشفيع الأقل (أبو السعود، الدرر). أما عدم ثبوت الشفعة للبايع فمبين في شرح المادة الآتية.

فائدة: لو اجتمع لشفيع اثنان من هذه الأسباب الثلاثة، فللشفيع أن يطلب الشفعة بالسبب المؤخر كما يستفاد من المسألة شرح المادة (١٠٤١).

﴿مادة ١٠٠٩﴾ - (حق الشفعة أولاً للمشارك في نفس المبيع ثانياً للخليط في حق المبيع ثالثاً للجار الملاصق وما دام الأول طالباً فليس للآخرين حق الشفعة وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة).

إذا اجتمعت أسباب الشفعة روعي الترتيب وقدم الأقوى.

وعليه فحق الشفعة أولاً للمشارك في المبيع، ثانياً للخليط في حق المبيع إذا طلب الموائبة فوراً في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع، ثالثاً، للجار الملاصق إذا طلب فوراً في ذلك المجلس الموائبة. أنظر المادة (١٠٣٢).

الجار الملاصق، وكما أنه لا فرق في نوال حق الشفعة بين الرجل والمرأة، والصغير والكبير، والمسلم وغير المسلم، فلا فرق بين أن يكون غير المسلم من رعايا الدولة أو مستأمناً أي يكون من رعايا دولة

أجنبية. لا بد أن يكون البائع أيضاً ذمياً وإلا يفسد البيع ولا تثبت الشفعة (أبو السعود) لكن إذا كان مدعى الشفعة صيباً فيطلبها عليه، كما أنه إذا كان مدعى عليه يكون عليه مدعى عليه. وإذا لم يكن له ولي ينصب له الحاكم ولياً (أبو السعود، الهنذية في الباب الثاني).

وإذا كان الأول طالباً فليس للآخرين، أي الثاني والثالث، شفعة، وإذا كان الثاني طالباً فليس للثالث حق شفعة.

ويثبت لزوم الترتيب على وجهين.

الوجه الأول، جاء في الحديث الشريف «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع» والشريك هو المشارك في نفس البيع، والخليط المشارك في حقوق المبيع والمقصود من (الشفيع) في قوله عليه الصلاة والسلام هو الجار.

الوجه الثاني، الدليل العقلي. والاتصال في صورة الشركة في المبيع أقوى لكونه في كل جزء، ثم أن الاتصال في حقوق المبيع هو أقوى أيضاً لكونه اشتراكاً في مرافقي الملك. والواقع ترجيح القوة بالسبب (الكفاية).

ترجيح القوة بالسبب؛ لنوضح ذلك بالمثل الآتي: لو قطع أحد ذراع آخر، وآخر قطع عنقه، فالقاتل هو الثاني لا الأول. لأن حياة المقتول ممكنة بعد قطع ذراعه، أما بعد قطع عنقه فحياته غير متوهمة، أنظر شرح المادة (١٠١٣).

وتتفرع المسائل الآتية عما إذا كان الأول طالباً فليس للآخرين حق شفعة.

المسألة الأولى - لو باع أحد الحصة التي يملكها في عقار مشترك مع آخر من ذلك الآخر، فليس للشخص الذي له ملك متصل بذلك العقار أن يطلب الشفعة ويدعيها (البهجة).

المسألة الثانية - لو باع أحد حصته في المنزل الذي يملكه بالاشتراك مع آخر من شخص آخر له ملك متصل بذلك المنزل، فإذا راعى الشريك شروط الشفعة، فله أخذها من ذلك الشخص. وليس لذلك الشخص أن يقول: بما أن منزلي اتصل بالمنزل المذكور فأنا مشارك لك في الشفعة (البهجة).

المسألة الثالثة - لو باع أحد العقار المشترك بينه وبين آخر، بدون إذن ذلك الآخر، من شخص كأن يكون جاراً، فلذلك الشخص، ما لم يجر بيع حصته، أن يطلب حصة شريكه بالشفعة ويأخذها (البهجة).

لكن لو سلم المشارك في حق الشفعة كما هو مذكور في أثناء شرح المادة، فيكون الخليط في حق المبيع شفيعاً فيما إذا طلب فوراً الشفعة بشروطها، كالمواثبة في المجلس الذي سمع فيه بالبيع. وإلا فهو غير معافى من طلب المواثبة فوراً لأن المشارك لم يسلم الشفعة ولذلك فله حق أخذ المشفوع (رد المحتار، والعيني).

مثلاً لو كان الشريك في الدار المباعة والجار حاضرين في مجلس واحد فسمعا ببيع الدار المذكورة وطلب الشريك الشفعة فوراً وسكت الجار، نظراً لأنه مؤخر في الدرجة وليس له حق الأخذ في الحال ثم ترك الشريك الشفعة فليس للجار شفعة بعد ولو أجرى فوراً طلب المواثبة (الهنذية في الباب الثالث).

﴿مادة ١٠١٠﴾ - (إذا لم يكن مشاركاً في نفس المبيع أو كان مشاركاً وترك شفيعته يكون حق الشفعة للخليط في حق المبيع إن كان ثم خليط وإن لم يكن أو كان وأسقط حقه يكون الجار الملاصق شفيعاً على هذا الحال. مثلاً إذا باع أحد ملكه العقاري المستقل أو حصته الشائعة في العقار المشترك وترك المشارك حق شفيعته يكون حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص إن كان هناك خليط وإن لم يكن أو كان وأسقط حق شفيعته فعلى كلتا الحالتين يكون حق الشفعة للجار الملاصق)

إذا لم يكن مشاركاً في نفس المبيع أو كان مشاركاً لكنه غائب أو كان المشارك في نفس المبيع موجوداً وحاضراً فسلم في حق شفيعته أي تنزل عن حق شفيعته، وقول الشفيع لا حق لي عند فلان براءة من الشفعة (الهندية في الباب الخامس) أو أسقط حق شفيعته بسبب كعدم اجرائه الشفعة له فإذا كان خليطاً في حق المبيع فحق الشفعة له. ويجوز الإبراء من حق الشفعة منجزاً كما هو مذكور آنفاً. لكن لو قال الشفيع إذا لم آت بالثمن في اليوم الفلاني فإني بريء من الشفعة فلا تبطل الشفعة إذا لم يحضر الثمن في ذلك اليوم. والصحيح هو هذا (الهندية في الباب الخامس).

وعليه ولو سلم المشارك في نفس المبيع الشفعة تثبت الشفعة للخليط، وتعد مشاركته كأن لم تكن، لأنه وإن تحقق سبب الشفعة في حق الخليط فقد قدم الآخر لقوته. وبما أن المقدم قد ترك حقه بأصبح للمتأخر حق الأخذ بالشفعة. وهذا فيما إذا روعيت شروط الشفعة كطلب لمواثبة والإشهاد وقت السماع بالبيع كما هو مبين في شرح المادة الأنفة (أبو السعود).

والحاصل إذا اجتمع الخليط والشريك كان الخليط مستحقاً للشفعة كالشريك، لكن الشريك يحجب الخليط يعني للشريك حق الرجحان. أما لو توفي أحد وترك ولداً وولد فسقط ولده حقه في التركة فلا يثبت حق ولد ولده في التركة لأن هذا الإسقاط ليس صحيحاً أصلاً. لأن شرط استحقاق ابن الابن عدم وجود الإبن (الهداية بإيضاح).

إذا لم يكن ثمة مشارك في نفس المبيع ولم يكن خليط أيضاً في حق المبيع أو كان خليط في حق المبيع وسلم في حق شفيعته أو أسقط حق شفيعته لعدم مراعاته شروط الشفعة، كان الجار الملاصق شفيعاً كما بين سببه آنفاً.

ترتيب الشفعة على ثلاث صور:

مثلاً إذا باع أحد ملكه العقاري المستقل، يعني كله أو نصفه الشائع، أو باع حصته الشائعة في العقار المشترك من أجنبي وترك المشارك حق شفيعته يكون حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص أو الطريق الخاص إن كان هناك خليط وإن لم يكن أو كان وأسقط حق شفيعته فعلى كلتا الحالتين يكون حق الشفعة للجار الملاصق.

إن فقرة (إذا باع أحد ملكه العقاري المستقل . . .) من هذا المثال هي مثال لثبوت الشفعة للخليط في حق المبيع إذ لا مشارك في نفس المبيع وفقرة (أو باع حصته في العقار المشترك) مثال لثبوت الشفعة للخليط في حق المبيع إذا كان شريكاً في نفس المبيع وأسقط حقه في الشفعة .

ترتيب الشفعاء على أربع صور:

قد بين في المجلة ترتيب أربع صور للشفعاء وإليك الإيضاح فيما يلي:

أولاً - لو كان في منزل مشترك بين اثنين قصر مشترك بين جماعة في طريق خاص فباع أحد الشريكين حصته السابقة في المنزل المشترك من آخر فالشفعة أولاً للمشارك في المنزل لاحق .

ثانياً - إذا سلم الأول تكون الشفعة للشركاء في القصر وهم أحق من الشركاء في الطريق الخاص لأنهم أقرب للشركة لكونهم في صحن الدار ولأنه شريك في الطريق الأخص فإن ساحة الدار يمر أهل المنزل .

ثالثاً - يكون المشارك في الطريق الخاص أحق من الجار الملاصق إذا سلم الثاني لأنه شريك في الطريق الأعم .

رابعاً - إذا سلم هذا أيضاً فالجار الملاصق أحق من غيره وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى (الدرر، الكفاية، الهندية في الباب الثاني).

وثبتت شفعة الجار الملاصق كما أشير إليه في الشرح إذا بيع نصف العقار الشائع أيضاً . فلو باع أحد ملكه العقاري المستقل من شخص آخر ولم يوجد الشفيع المقدم تثبتت شفعة الجار الملاصق أيضاً حتى إن البائع لو باع نصف الدار الشائع من آخر فللجار الملاصق أخذه بالشفعة بعد اقتسام المشتري والبائع الدار. في أي جهة تكون الحصة المقسومة . وليس للشفيع نقض القسمة سواء أكانت بحكم الحاكم أم بالتراضي لأن القبض لا يتم إلا بالقسمة . وعليه فبالقسمة يكون الانتفاع كاملاً، وكما أنه ليس للشفيع نقض قبض المشتري وجعل عهدة البيع على البائع فليس له أيضاً حق في نقض القسمة الحاصلة مع القبض الكامل بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع (مجمع الأنهر).

سؤال:

بما أن الشفيع يملك نقض تصرفات المشتري، والقسمة بمقتضى المادة (١١١٦) يوجد فيها مبادلة، أفليس من الواجب أن يكون له نقض القسمة أيضاً؟

الجواب - إن القسمة، كما هو المذكور في المادة (١١١٦) من وجه افراز ومن وجه مبادلة . فمن حيث إنها مبادلة للشفيع حق في نقض القسمة ومن حيث إنها افراز فليس له حق في ذلك . وعليه وبما أنه قد حصل شك في حق القبض فلا يثبت هذا الحق بالشك (أبو السعود).

أما لو تقاسم المشتري مع آخر غير البائع للشفيع نقض هذه القسمة . فلو باع أحد الشريكين

حصته في الدار المشتركة وتقاسم بعد ذلك المشتري مع الشريك فللشفيع نقض هذه القسمة (أبو السعود) وكما لو اشترى اثنان داراً وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسماها بالقضاء أو الرضاء فللشفيع أن ينقض القسمة (مجمع الأنهر).

﴿مادة ١٠١١﴾ - (إذا كان الطابق العلوي من البناء ملك أحد والسفلي ملك آخر يعد أحدهما للآخر جاراً ملاصقاً)

وذلك إذا لم يكن الطريق العلوي ماراً من السفلي بل كان ماراً من طريق عام. والعلوي كما يكون طابقاً واحداً يكون أكثر أيضاً. وفي هذه الصورة أيضاً يعد جاراً ملاصقاً إذا كانت ثلاثة منازل متصلة بعضها ببعض وفوق بعضها بعضاً لكل منها باب على الطريق العام فإذا بيع المنزل المتوسط من هذه المنازل كان لكل من المنزلين العلوي والسفلي الشفعة وإذا بيع الأعلى فالشفعة للأوسط وإذا بيع السفلي كانت للأوسط أيضاً (الهندية في الباب الثاني، ورد المحتار).

ويبين في هذه المادة الحكم الاستحساني. والقياس عدم جريان الشفعة في العلوي. لأن العلوي لا يبقى على وجه الدوام ويزول بانهدامه. ووجه الاستحسان هو أن حق وضع العلو متأبد. ولصاحبه الحق في انشائه أيضاً بعد الإهدام. وعليه فهذا العلوي كالعرصة (أبو السعود بإيضاح) ويفهم من هذه الإيضاحات أن الإشتراك بالبناء مجرداً بدون أرض يكون سبباً للشفعة من حيث الجوار لا من حيث الإشتراك. وذلك كما مر في شرح المادة (١٠٠٨) (أبو السعود، مجمع الأنهر) فلو بيع عقار متصل بدار علويها لشخص وسفليها لآخر على ما جاء في هذه المادة تثبت الشفعة لصاحب العلوي وصاحب السفلي لكن لو انهدم العلوي قبل الأخذ بالشفعة فتكون الشفعة لصاحب السفلي فقط عند أبي يوسف وعند محمد تبقى الشفعة لها معاً (الهندية في الباب الأول).

وهذه المادة موضوعة لبيان الحكم في الصورة التي يكون العلوي فيها موجوداً. أما لو بيع السفلي بعد انهدام العلوي فلا يبقى حق الشفعة عند الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى. لأن الجوار يكون بالاتصال وقد زال الاتصال. أما عند الإمام محمد فالشفعة باقية. لأن حق الشفعة لم يكن للبناء وإنما هو ناشئ عن حق اقرار وحق القرار لا يزال باقياً (رد المحتار والهندية في الباب الأول) وإذا كان طريق العلوي يمر من السفلي فيعتبر خليطاً في حق المبيع ويقدم على الجار الملاصق (الشرنبلالي). حتى إذا كانت طريق العلوي تمر من دار آخر فتقدم شفعة هذا عن السفلي (الهداية).

﴿مادة ١٠١٢﴾ - (المشارك في حائط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار وأما إذا لم يكن مشاركاً في الحائط ولكن كانت أخشاب سقفه ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكاً وخليطاً بمجرد حقه في وضع رؤوس أخشاب سقفه على حائط جاره)

المشارك في حائط الدار. يعني أن المشارك في الأرض المبني عليها حائط الدار وفي الحائط أيضاً هو

في حكم المشارك في نفس الدار. وصور هذا هي : أن تكون عرصه مشتركة بين اثنين شائعة فاقسماها بعد أن أنشأ في وسط العرصه حائط الباقي من العرصه، يعني لو أخذ كل منها طرفاً من العرصه من احدى جهتي الحائط فالحائط والأرض التي بني عليها تبقيان مشتركتين كما في السابق (الطحطاوي) وإذا باع أحدهما ما أصابه من الحصه من آخر كان صاحب الحصه الأخرى شريكاً في بعض المبيع وعليه فيقدم على الخليط بمقتضى المادة (١٠٠٩) وكما يكون الشريك في نفس المبيع شريكاً في كل المبيع كما مر تفصيله في شرح المادة (١٠٠٨) يكون بناء على هذه المادة شريكاً في جزء المبيع أيضاً (الهداية). لكن إذا كان الحائط مشتركاً فقط وكانت الأرض القائم عليها الحائط غير مشتركة فيما أنه لا يكون في حكم المشارك فلا يتقدم الجار الملاصق (رد المحتار، وأبو السعود).

وإن كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لأن الشركة في البناء المجرد لا يستحق بها الشفعة (مجمع الأنهر).

وصورة هذا هي : أن تكون عرصته مشتركة بين اثنين شائعة وقسمت بينهما وجعل في الوسط خط فاصل وبعد ذلك أفرز كل منها على طول الخط أرضاً من جهته وبنيا على تلك الأرض المفرزة من الجهتين حائطاً فيكون كل منها للآخر جاراً في الأرض وشريكاً في البناء فقط والشركة في البناء المجرد لا توجب الشفعة بسبب الاشتراك (الهندية في الباب الثاني).

وقد قال صاحب الدر المنتقى بما أن ظاهر عبارة الملتقى تدل على أن الاشتراك في الجدار بدون الأرض أول اسباب الشفعة، فإن الشركة في الجدار كما هو شرح في عامة كتب المذهب، غير معتبرة ولا تكون في البناء المجرد مشفوعاً به، أما إذا كان المكان القائم عليه البناء مشتركاً كان شريكاً. وعليه فيلزم حمل المتن على هذا ويلزم أيضاً تأويل عبارة المجلة في الشرح، وحاصل الكلام : إن الاشتراك في الحائط فقط ليس سبباً للشفعة أما الاشتراك في الحائط مع الأرض القائم عليها من أسباب الشفعة في الدرجة الأولى ويقدم على الخليط والجار.

وعليه فالمشارك في حائط العقار المبيع مع الأرض على هذا الوجه يعد مشاركاً في ذلك العقار كله عند الإمام محمد وعلى رواية أبي يوسف الصحيحة يقدم على الجار الملاصق. ولا تنحصر هذه في الحائط أو في المحل المبني عليه الحائط (الهندية في الباب الثاني) لأن الضرر أخص به حيث كان شريكاً في البعض، وفي رواية يساوي الجار لأن استحقاقه فيه بالجوار وغيره يساويه فيه (الطحطاوي) وأما إذا لم يكن مشاركاً في الحائط مع الأرض ولكن كانت أخشاب داره ممتدة على حائط جاره، أي كان غير شريك في الأرض مع الحائط بل كان له حق وضع الأخشاب على حائط جاره، أو كان شريكاً في الأخشاب الموجودة في الحائط فيعد في هذه الصورة جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكاً في نفس المبيع وخليطاً في حق المبيع بمجرد كونه صاحب الحق في وضع رؤوس أخشاب بيته على حائط جاره لأن الشركة في العقار أول سبب من أسباب الشفعة والشركة الحاصلة على هذا الوجه ليست شركة في العقار (الدرر، والهداية، والكفاية والهندية في الباب الثاني، ومجمع الأنهر).

﴿مادة ١٠١٣﴾ - (إذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرؤوس ولا يعتبر مقدار السهام يعني لا اعتبار لمقدار الحصص. مثلاً لو كان نصف الدار لأحد وثلاثها وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر فطالب الأخران بالشفعة يقسم النصف بينهما بالمناصفة وليس لصاحب الثلث أن يأخذ بموجب حصته حصة زائدة على الآخر)

إذا تعدد الشفعاء وتساوا في الدرجة وقام جميعهم بشرائط الشفعة تماماً يعتبرون بحسب رؤوسهم أي يقسم المشفوع بين الشفعاء على عدد رؤوسهم وليس على مقدار السهام. يعني لا يقسم باعتبار الحصص وحسب الخلطة والاتصال. لأنه لما كان كل من الشفعاء المتعددين متساوياً مع الآخر في الاستحقاق فيقتضي ذلك مساواتهم في الحكم أيضاً. لأن الترجيح ليس بكثرة العلة والسبب وإنما هو بالقوة وفي هذا لا توجد قوة بل توجد كثرة، وعليه فملك أقل جزء في المشفوع علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة وفي هذه الحال لو اجتمعت علل متعددة في حق الشفيع ذي الحصة الكبيرة في المشفوع به ووجدت علة واحدة في حق الشفيع ذي الحصة الصغيرة فالمساواة متحققة بين العلل المتعددة والعلة الواحدة وقد ذكر هنا مثالان على كون ترجيح الكثرة ليس بدليل.

١ - لو أقام أحد الطرفين شاهدين على دعواه وأقام الطرف الثاني عشرة شهود كان الإثنان متساويين ولا حق يرجحان الشهود الكثيرة على ذي الشاهدين لمجرد كثرة شهود الأول وقلة شهود الثاني.

٢ - لو جرح أحد شخصاً جرحاً وجرح آخر المجرورح عشرة جروح وتوفي الشخص المذكور كان ذاك الشخصان الجارمان متساويين في حكم القتل ولا يكون الأول قد عمل من فعل القتل جزءاً من احد عشر جزءاً.

ذكر ثلاثة أمثلة على دليل ترجيح القوة.

١ - الشريك في نفس المبيع يرجح على الخليط والجار.
٢ - إذا بلغ شهود أحد الطرفين درجة التواتر وكان شهود الطرف الآخر دون حد التواتر يرجح طرف التواتر.

٣ - لو جرح أحد آخر وضرب آخر عنقه يضاف الحكم إلى قاطع الرقبة. ولا يضاف للجارح (الكفاية بعلاوة).

جاء في الشرح «إذا أوفى كلهم شرائط الشفعة». لأنه لو أوفى أحد الشفعاء المتعددين شرائط الشفعة فقط ولم يفها الباقيون فيأخذ الشفيع الذي أوفى الشرائط المشفوعة ويعد الباقيون كأن لم يكونوا (التنقيح).

المسائل الخمس التي قسمت على عدد الرؤوس:

المسائل التي تجب القسمة فيها على عدد الرؤوس خمس:

أولها، الشفعة التي بينت في هذه المادة .
 ثانيها، الساحة المشتركة بين البيوت .
 ثالثها، الطريق الخاص .
 رابعها، الجبايات، أي التكاليف الأميرية أنظر المادة (١١٥٢) .
 خامستها، اجرة القسام . (أبو السعود) .

وتفصيل هذا مذكور قبيل كتاب القسمة في الدر المختار وفي حاشية الطحطاوي .
 مثال لعدم اعتبار مقدار السهام مثلاً لو كان نصف الدار لأحد وثلاثها وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر أي من غير الشركاء وطلب الآخران بالشفعة يقسم النصف بينهما مناصفة أي يقسم نصف النصف المذكور لصاحب الثلث ونصفه الآخر لصاحب السدس وليس لصاحب الثلث أن يأخذ ضعفي صاحب السدس لأن حصته في المشفوع به ضعفا حصه الآخر .

وقيد (الآخر) في هذا المثال ليس قيماً احترازياً . لأنه لو اشترى أحد الشفعاء المتعددين العقار المشفوع يعتبر الشفعاء على عدد الرؤوس بما فيهم الشفيع المشتري فتبقى حصه المشتري الشفيع على عهده وتعطى باقي الحصص للشفعاء، فلو باع صاحب نصف الحصه حصته من صاحب حصه الثلث وطلب صاحب السدس الشفعة بنصف النصف فأحدهما يبقى في عهدة المشتري وثانيها يعطى لصاحب السدس، ولو باع في المثال المذكور صاحب السدس حصته من آخر ومن أحد شركائه تجري الأحكام المبينة آنفاً في المتن والشرح (الدر) .

مثال لعدم اعتبار مقدار المخالطة:

إذا كان في طريق خاص ثماني دور وكان أربع منها ملكاً لشخص وكان كل واحدة من الأربيع الباقية ملكاً لشخص فباع أحد هؤلاء الأربعة داره من آخر تقسم على عدد الرؤوس فيأخذ صاحب الأربيع الدور ربعاً والثلاثة الأرباع لأصحاب الدور الباقية .

مثال لعدم اعتبار مقدار الاتصال:

لو كان أحد ملاصقاً من جانب وآخر ملاصقاً من ثلاثة جوانب يكونان متساويين في الشفعة (أبو السعود) .

إذا كان أحد الشفعاء غائباً يحكم بالشفعة تامة للحاضر . ولا يلزم بقاء حصه الغائب عند المشتري لأنه يحتمل ألا يطلب الغائب الشفعة . لذلك لا يجوز تأخير الشفعة بناء على الشك . ولكن إذا حضر الغائب وطلب حصته وراعى شرائط الشفعة وكان مساوياً للحاضر درجة يحكم له بمقدار حصته .

مثلاً لو كان أحد الشفعاء حاضراً وإثنان غائبين يحكم بالشفعة كلها للحاضر ولو جاء بعد ذلك أحد الغائبين وطلب الشفعة فيحكم له بنصف المشفوع ويسترد من الشفيع ثم لو حضر بعد ذلك الغائب الآخر وطلب الشفعة أيضاً فيحكم بثلث العقار المشفوع له ويكون على هذا بينهم أثلاثاً وبذلك تحصل

بينهم المساواة (عبد الحليم). ولا يقال للشفيح الأول، أما أن تأخذه كله وأما أن تتركه كله. وإذا كان الشفيح الغائب مقدماً عليه الشفيح الحاضر درجة فمتى حضر وطلب الشفعة تبطل شفيعته شفعة الحاضر ويحكم له.

وإذا كان الشفيح الغائب مؤخراً عن الحاضر درجة فلا يلزم للشفيح الثاني شيء (الهندية في الباب السادس ومثلاً مسكين، وأبو السعود).

﴿مادة ١٠١٤﴾ - (إذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدم الأخص على الأعم مثلاً لو بيعت إحدى الرياض المملوكة التي لها حق شرب في الخرق الذي أحدث من النهر الصغير مع شربها يقدم ويرجح في حق الشفعة الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق وأما لو بيعت إحدى الرياض التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرقة كما أنه إذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك منشعب من زقاق آخر غير سالك لا يكون شفيحاً إلا من باب داره في المنشعب وإذا بيعت دار بابها في الزقاق المنشعب منه غير السالك تعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المنشعب والمنشعب منه)

يقدم في الشفعة الأخص بالضرر على الأعم، والأخصية كما تكون في الخليط في حق المبيع تكون أيضاً في المشارك في نفس المبيع.

وعليه إذا اجتمع صنفان من الخلطاء، يعني إذا ثبت حق الشفعة لعدة خلطاء وكانوا صنفين أحدهم أعم بالضرر والثاني أخص بالضرر يقدم الأخص على الأعم ويرجح. لأن للأخص قوة في التأثير (الهندية في الباب الثاني) والقوة وإن كانت دليلاً فقد بين في شرح المادة الأنفة أنها باعثة على الترجيح. لأنه أخص بالضرر (الجوهرية) مثلاً لو بيعت إحدى الرياض المملوكة التي بها حق شرب في الخرق الذي أحدث من النهر الصغير مع شربها كما هو محرر في المادة (٩٥٥) يقدم ويرجح في حق الشفعة الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق عن الذين لهم حق الشرب من ذلك النهر أما لو بيعت إحدى الرياض المملوكة التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرقة على حد سواء.

وتقسم الشفعة على عدد الرؤوس على الوجه المحرر آنفاً (الهندية في الباب الثاني، العيني). جاء «مع حق شربها»: لأنه إذا لم يبيع حق شربها فلا شفعة للخلطاء كما سيذكر في المادة الآتية. وقول المجلة (صنفين) مبنى على اكتفائها ببيان الأقل وإلا فالحكم على هذا المنوال إذا كان الخلطاء ثلاثة اصناف أو أربعة.

مجاري المياه للسقي أربعة أقسام.

يقال لأكبرها نهر ثم ماذيان ثم الساقية ثم الجدول.

وعليه فلو باع أحد بستانه الذي يروى بماء الجدول مع حق شربه، والشفعة بما أنها ناشئة عن سبب الخلطة في حق المبيع، فتثبت أولاً لأهل الجدول ثانياً لأهل الساقية ثالثاً لأهل الماذيان رابعاً لأهل النهر. وإذا باع أحد أهل الساقية بستانه مع حق شربه كان من له حق الشرب في الساقية أو في الجدول شفعاء. وتقاس البقية على ذلك (الدر المنتقى مع الإيضاح. وضم من اللغة).

كما أنه إذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك منشعب من زقاق آخر غير سالك لا يكون شفيعاً إلا من باب داره في المنشعب بالفعل أو لم يكن بالفعل بل كان له حق في فتح باب عليه سواء أكان المشفوع مقابلاً للعقار المشفوع به أو موازياً له (الدر المنتقى). يعني يقدم ويرجح من باب في المنشعب على من باب في الزقاق غير السالك لأن خلطة الذين في الأزقة المنشعبة أخص من خلطة من في الأزقة غير السالكة (الهندية في الباب الثاني).

ألا ترى أن لمن في الأزقة المنشعبة حقاً في الزقاق غير سالك حتى إن لهم أن يمروا من هناك، أما من في الزقاق غير السالك فليس له حق في المنشعب حتى إنه ليس له التصرف فيه على صورة أخرى كالمرور من هناك وفتح باب (أبو السعود).

وقوله «اصحاب الدور التي لها ابواب» ليس بتعبير احترازي، فلو لم يكن لها باب في المنشعب بل كان لأصحابها حق في فتح الباب كانوا شفعاء، لأن استحقاق الشفعة بجواز فتح الباب فيه، فمن كان له ولاية فتح الباب في الزقاق كان له حق الشفعة، ومن لم يكن له ولاية فتح الباب فليس له حق الشفعة بسبب ذلك الزقاق.

وإذا بيعت دار بابها في الزقاق المنشعب منه غير السالك نعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المنشعب والمنشعب منه على السواء. وتنقسم على عدد الرؤوس كما مبين آنفاً. سواء أكان العقار المشفوع مقابلاً أم كان موازياً (الدر المنتقى، ورد المختار). لأن خلطة الجميع في الزقاق غير السالك سواء (الهندية في الباب الثاني). وهذا الذي مر هو إيضاح الأخصية في حق المبيع. والآن نوضح الأخصية في المشارك في نفس المبيع:

إذا كان بيت مشترك شائعاً في قصرين اثنين والقصر أيضاً كان مشتركاً شائعاً بين قوم آخرين فلو باع أحد الشريكين في البيت حصته من أجنبي فالشريك في البيت مقدم ومرجح في حق الشفعة (الهندية في الباب الثاني) أنظر شرح المادة (١٠١٠).

مثال آخر: بين قصر واقع في زقاق وبين دار متصلة به حائط مشتركة بين الدار والقصر فلو باع أحدهما حصته الشائعة في القصر من أجنبي فالمشارك في القصر مقدم ومرجح. وإذا سلم هذا تثبت الشفعة لصاحب الدار المشارك في الحائط، وإذا سلم هذا أيضاً كان أهل الزقاق كلهم شفعاء على السواء (الهندية في الباب الثاني).

﴿مادة ١٠١٥﴾ - (إذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبيع حق

شربها فليس للخلطاء في حق شربها شفعة، ويقاس الطريق الخاص على هذا).

إذا لم يوجد سبب للشفعة فلا محل للشفعة وسبب الشفعة هو أن يكون خليطاً في حق المبيع أو متصلاً بالمبيع اتصال جوار.

امثلة على كون الخليط سبباً للشفعة:

المثال الأول: إذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبيع حق شربها فليس للخلطاء في حق شربها شفعة بسبب حق الشرب، لأن حق الشرب سبب الشفعة، وإذا لم يوجد السبب فلا يوجد المسبب.

المثال الثاني: ويقاس الطريق الخاص على هذا، فلو باع من له طريق خاص روضته فقط ولم يبيع حق شربها فليس للخلطاء شفعة من جهة حق الطريق (رد المحتار).

أما من جهة كونه جاراً ملاصقاً فيثبت له حق الشفعة.

امثلة على كون الاتصال سبباً للشفعة:

المثال الأول: لو باع أحد داره ولم يبيع مقداراً منها على امتداد الحائط المتصل بمنزل من له حق الشفعة حسب الجوار وأبقى ذلك في ملكه فليس لذلك الشخص حق شفعة لأنه لما كان الاستحقاق بالجوار ولم يبق اتصال بالمبيع فلم يبق الجوار، أنظر خاتمة هذا الكتاب.

المثال الثاني: لو أفرز البائع أولاً المقدار المذكور الممتد على طول الحائط ورهنه لمن سيصير مشترياً وسلمه اياه ثم بعد ذلك باعه الباقي فلا تجري في هذا الباقي الشفعة بسبب الجوار (مجمع الأنهر).

﴿مادة ١٠١٦﴾ - (حق الشرب مقدم على حق الطريق، فعليه لو بيعت روضة خليطها واحد في حق الشرب الخاص وآخر في طريقها الخاص يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق)

يعني أن حق الشرب وحق الطريق وإن كانا متساويين من حيث كونها من أسباب الشفعة لكن في حال اجتماعها يقدم حق الشرب على حق الطريق. فعليه لو بيعت روضة مع حق شربها وطريقها، وخليطها واحد في حق الشرب الخاص وآخر في طريقها الخاص، فعلى قول يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق وعلى قول آخر يقدم حق الطريق على حق الشرب، ولكن المجلة اختارت القول الأول (رد المحتار).

الفصل الثاني

في بيان شرائط الشفعة

قد بينت شرائط الشفعة مجملة في شرح عنوان الباب الثالث وسيوضح هنا ويفصل بعض الشرائط التسعة .

﴿مادة ١٠١٧﴾ - (يشترط أن يكون المشفوع ملكاً عقارياً . بناءً عليه لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات وعقار الوقف والأراضي الأميرية) للمشفوع شرطان :

أولهما أن يكون ملكاً، ثانيهما أن يكون عقاراً .

يعني إنما تجري الشفعة مقصودة في العقار المملوك، أما في المنقولات فلا تجري الشفعة مقصودة وإن كانت الشفعة تجري في المنقولات تبعاً للعقار (الهندية في الباب الأول).
العقار، كالأراضي العشرية والخراجية، والعرصة، والكروم الواقعة في الأرض المملوكة، والدار والرحى، والبئر، والحانوت، والروضة، وما إلى ذلك من الأشياء .
كذلك لو اشترى أحد أشجاراً في أرض مملوكة مع أصولها ومواضعها، أي مع الأرض المغروسة فيها فتجري في ذلك الشفعة أيضاً (الهندية في الباب الأول، والدر المنتقى) .
والمراد من العقار غير المنقول، وعليه فالعلوي داخل أيضاً في العقار. أنظر المادة (١٠١١) ولو لم يكن طريق ذلك العلوي من السفلي لأن العلوي قد التحق بالعقار بحق القرار (الدر، ورد المحتار).
ويفهم من ذكر العقار مطلقاً أن الشفعة تجري في العقار سواء أكان قابلاً للقسمة كالقصر والعرصة الواسعة أم لم يكن قابلاً للقسمة كالحمام والبئر . يعني تجري الشفعة في كلتا صورتين في العقار لأن الشفعة قد شرعت عند الحنفية لدفع ضرر الجوار أما عند الشافعية فقد شرعت لدفع ضرر القسمة ولذلك فلا تجب عندهم الشفعة في العقار الذي لا يكون قابلاً للقسمة (الهندية ومجمع الأنهر والدر المنتقى) .

فإذا جرت الشفعة في عقار قابل للقسم كهذا وبيع نصف ذلك العقار فقط ثم بعد ذلك قسم المشتري والبائع العقار، فللمشفع أخذ القسم الذي يصيب حصة المشتري بالشفعة فقط .
وليس له نقض القسمة، أنظر المادة (١٠١٠)، سواء أكان القسم المذكور محاذياً للمشفوع به أم لم يكن فلو بيع نصف العقار الشائع الذي فيه للشفع حق الشفعة بسبب كونه جاراً ملاصقاً ثم اقتسم المشتري والبائع العقار المذكور فأصاب المشتري القسم الغير المجاور للمشفوع به فللمشفع أخذ تلك الحصة بالشفعة (الهداية) .

فعلية لو بيعت سفينة أو غيرها من سائر المنقولات والأبنية والمزروعات التي تباع وحدها أو لو بيعت الأبنية والأشجار مع حق القرار فلا تجري الشفعة قصداً لأن الشفعة في العقار ثابتة بالنص، أي على خلاف القياس، فلا يجوز الحاق المنقول بالعقار. لأن الشفعة قد شرعت لدفع الضرر الدائم وضرر المنقول ليس بدائم كضرر العقار (الزيلعي) أنظر المادة (١٥). مثلاً لو باع أحد الأشجار التي في عرصته من آخر على أن يقطعها ويأتيه بها فلا تجري فيها الشفعة كما لا تجري الشفعة فيما لو باع الأشجار على أن يكون لها حق القرار أو مطلقاً. لأن ذلك من المنقولات (الدر المنتقى).

والمواقع أن الشفعة وإن لم تجر في المنقولات قصداً وأصالة إلا أن المنقولات تجري فيها الشفعة تبعاً للعقار.

فلو بيع عقار للمشتري أخذ الأشجار المتصلة بالعقار وأخذ أثمارها بالشفعة أنظر المادة (٥٤).

مثلاً: لو اشترى أحدهم عرصة مع الأشجار التي فيها وكان يوجد أثمار على تلك الأشجار فقد صرح بدخول الأثمار المذكورة في البيع أيضاً وأخذ الشفيع العرصة بالشفعة. وكما أن له أيضاً أخذ الأشجار المذكورة فله أخذ الأثمار التي على أشجارها أيضاً، كذلك لو أثمرت الأشجار التي في العرصة وهي في يد المشتري بعد اشتراؤه العرصة المذكورة للشفيع أخذ العرصة مع الأثمار المذكورة التي لم تكن قبل، لكن لو وجد المشتري قد استهلك الأشجار أو الأثمار فيجري فيه الحكم على ما سيأتي في شرح المادة (١٠٤٤) مفصلاً (أبو السعود).

والمنقولات التي تجري فيها الشفعة تضاهي المنقولات المتصلة، أما المنقولات المنفصلة فلا تجري فيها. فلو باع أحد من آخر داره وما فيها من الأمتعة بكذا ديناراً للشفيع أخذ الدار بحقها من الثمن وليس له أخذ الأثاث والآنية وما اشبهها، فليراجع شرح المادة (١٧٧).

ولا تجري الشفعة في عقار الوقف والأراضي الأميرية لفقدان الشرط الأول. إذا تفرغ المتصرف مشتركاً في عقارات موقوفة بطريق الإيجارين بحصته لآخر بدون إذن شريكه فليس للشريك أن يطلب أخذ الحصة المفروغة من المفروغ له بدفع بدل الفراغ.

كذلك إذا كان شخصان متصرفين في عقار وقف شائع بالاشتراك وتوفي أحدهما ولم يكن له أحد من أصحاب الانتقال، أي الذين تنتقل إليهم الحصة، وأصبحت حصته في ذلك العقار محلولة وفوض المتولي الحصة المحلولة إلى آخر بالبدل المثلي المعجل فليس للشريك أن يقول بما إني شريك فإني أدفع البدل المعجل الذي دفعه المفوض له وأخذ الحصة المفوض بها.

كذلك لو تفرغ أحد لآخر بحصته الشائعة في أرض أميرية يتصرف فيها مع آخر بدون إذن شريكه فليس للشريك أن يدفع بدل الفراغ ويأخذ الحصة المفروغة جبراً من المفروغ له لكونه شريكاً. إن حق الرجحان وإن يكن يجري في الأراضي الأميرية إلا أنه يوجد بين الشفعة وبين حق الرجحان فروق عديدة.

﴿مادة ١٠١٨﴾ - (يشترط أن يكون المشفوع به ملكاً أيضاً بناءً عليه لو بيع ملك عقاري لا يكون متولي عقار الوقف الذي في اتصاله أو متصرفه شفيعاً).

للمشفوع به شرطان كالمشفوع: أولهما، أن يكون ملكاً للشفيع. ثانيهما، أن يكون عقاراً وأما كونه مقبوضاً وموجوداً في يد الشفيع فليس بشرط، فلو اشترى أحد عقاراً وبيع عقار متصل به، ولو كان قبل أن يقبضه من بائعه، كان ذلك الشخص شفيعاً لذلك العقار، كذلك لو بيع عقار متصل بالدار المغصوبة التي في يد الغاصب وراعى المغصوب فيه شرائط الشفعة تماماً، ولو سكت المغصوب منه في حال انكار الغاصب كون تلك الدار ملكاً للمغصوب منه، فكما ان له ضبط تلك الدار فله أخذ العقار بالشفعة أيضاً. وإذا لم يثبت مدعاه يحلف الغاصب اليمين (البهجة).

فعلية لو بيع ملك عقاري لا يكون متولي عقار الوقف الذي في اتصاله أو واقفه أو الموقوف عليه أو متصرفه بالإجارتين شفيعاً للملك العقاري بناءً على فقدان الشرط الأول وليس لمتولي ذلك الوقف ضبط العقار المذكور.

كذلك إذا لم يكن ذلك العقار ملكاً للشفيع وكان في يده وديعة أو اجارة فلا يكون ذلك العقار المستودع أو المستأجر مشفوعاً به (مجمع الأنهر) وقد مر في شرح عنوان الباب الثالث بعض الإيضاحات في هذا الخصوص.

وإذا بيع ملك عقاري مع عدم الشرط الثاني في المشفوع به فلا يكون الشخص المالك لبناء مملوك متصل بذلك العقار في أرض وقف أو اميرية شفيعاً لهذا العقار، أنظر المادة الآتية. حاصل الكلام، لا يكون الوقف والمنقول مشفوعاً كما لا يكون مشفوعاً به (التنقيح).

مادة (١٠١٩) - (الأشجار والأبنية المملوكة الواقعة في أرض الوقف أو الأراضي الأميرية هي في حكم المنقول لا تجري فيه الشفعة).

الأشجار والأبنية المملوكة الواقعة في أرض الوقف أو في الأراضي الأميرية لا تجري فيها الشفعة، أي لا تكون مشفوعة، كما لا تجري الشفعة في المنقولات على ما هو مبين في المادة (١٠١٧) وكذلك لا تكون مشفوعاً بها (الهندية في الباب الأول). لأن حق بقاء البناء فيها ليس بدائم لأنه إذا امتنع صاحب الأبنية عن اعطاء أجر المثل في الوقف ترفع أبنيته. كما أنه إذا لم يعط البدل المعين للأرض الأميرية باسم اجارة الأرض يرفع بناؤه أيضاً (الدرر). مثلاً لو باع أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتصرف به مشاعاً عرضته وقف وبنائه ملك من اجنبي فليس للشريك الآخر أن يشفع فيها.

كذلك لو بيعت قطعة من أرض أميرية مغروس فيها كرم مملوك فليس لجاره حق الشفعة. وجريان الشفعة في أبنية مكة المكرمة مبني على قول بأن تلك الأبنية ملك. وليس على كونها مستثناة (الدرر المنتقى، وفي الطحطاوي إيضاح ذلك).

وأبو السعود، وان بين في حاشيته على الكنز كون الأبنية التي في الأراضي المحتكرة ملحقة بالعقار الذي له حق القرار في الأرض وتجري فيه الشفعة، إلا أن بيانه هذا لما كان مخالفاً لتصريحات الفقهاء فهو حري بأن لا يكون معتبراً.

﴿مادة ١٠٢٠﴾ - (لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية تجري الشفعة في الأشجار والأبنية أيضاً تبعاً للأرض وأما إذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجري فيها الشفعة).

لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار وما على الأشجار من الأثمار وما عليها أيضاً من الأبنية والمزروعات تجري الشفعة في الأثمار والمزروعات والأبنية تبعاً، أنظر المادة (٥٤).

جريان الشفعة في الأشجار والأثمار:

لو اشترى أحد أرضاً مملوكة فكبرت الأشجار الصغيرة وأثمرت فللشفيع أن يأخذ مع الأرض الأشجار والأثمار أيضاً، أنظر شرح المادة (١٠١٧).

جريان الشفعة في الزرع:

لو اشترى أحد أرضاً مملوكة مع ما فيها من الزرع وأوشك الزرع أن يدرك وهو في يده أو أدرك فللشفيع أخذ الأرض مع ما عليها من الزرع.

كذلك لو أخذ أحد أرضاً بطريق المزارعة وزرعها وبعد أن اشترى المزارع الأرض من صاحبها مع حصته فيها من المزروعات ظهر شفيع فكما ثبت له الشفعة في الأرض ثبت له الشفعة أيضاً في نصف الزرع أي في القسم العائد لصاحب الأرض الذي اشتراه منه. لكن لا يأخذه حتى يدرك الزرع (الهندية في الباب الثامن). وتفصيلات هذا مذكورة في خاتمة الكتاب.

جريان الشفعة في الأبنية المركبة:

لو اشترى أحد طاحوناً مبنياً على عرصة مملوكة مع بيتها ونهرها ومتاعها فللشفيع أن يأخذ بيت الرحي مع آلتها المركبة. لأنها تابعة لبيت الرحي. أما ما ليس مركباً بل كان منفصلاً فليس له أخذه. وقد استحسّن أن يأخذ الشفيع حجر الرحي العلوي بالشفعة أيضاً ولو كان منفصلاً.

كذلك لو اشترى أحد حماماً مع قدوره وغيرها من الأدوات المركبة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة أيضاً. أما ما كان منفصلاً منها فليس له أخذه كالقباقيب والمآزر والطاسات التي يؤخذ بها الماء من الجرن (الهندية في الباب الأول).

وفي هذه الصورة يأخذ الشفيع مع العقار الآلات المركبة بحصتها وتبقى غير المركبة للمشتري أنظر شرح المادة (١٠١٧).

لا يشترط في المنقولات أن تكون موجودة حين البيع لتجري فيها الشفعة، وتجري الشفعة أيضاً في

المنقولات الحادثة بنفسها بعد البيع . فلو أخذ المشتري العرصه مع ما عليها وأثمرت الأشجار وهي في يده فيأخذ الشفيح العرصه والأشجار مع أثمارها (الكفاية).

ولا يراد بقول المجلة «إذا بيع مع ما عليها» أنه إذا صرح بدخوله حين البيع ، لأن التوابع المتصلة المستقرة كالأشجار والأبنية تدخل في البيع بدون ذكر، كما هو مصرح في المادة (٢٣٢).

وربما كان المراد بقوله «مع ما عليها» أن يكونا بعقد واحد، ويحترز بهذا القيد عن المسألة الآتية . فلو اشترى أحد الأشجار والأبنية الواقعة في أرض على أن تقلع وتهدم ثم بعد ذلك اشترى الأرض وأبقى فيها الأشجار والأبنية فللشفيح أخذ الأرض بالشفعة فقط وليس له أخذ الأشجار والأبنية المباعة منفردة قبلاً (الهندية في الباب الأول).

مسألة تنفرع من دخول الأبنية والأشجار في الشفعة تبعاً:

إن دخول الأبنية والأشجار في الشفعة تبع، ولهذا لو جفت الأشجار وحرقت الدار بدون صنع أحد فللشفيح إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء تركها، وليس له تنزيل حصه ما جف من الأشجار وما حرق من الأبنية من الثمن، لأن هذه تابعة وداخله في البيع من غير ذكر، ولا حصه لها من الثمن بمقتضى المادة (٢٣٤) (الكفاية).

أما لو نقض المشتري البناء فللشفيح أخذ العرصه بحصتها من الثمن (الهداية) وفي هذه الصورة يقسم ثمن المبيع على قيمة الأرض والبناء في البيع وقت العقد، ويأخذ الشفيح الأرض بحصتها من الثمن (الزيلي والكفاية).

والمنقولات التي يكون للشفيح أخذها بالشفعة تبعاً للعقار هي المنقولات التي لم تفصل عن العقار . أما إذا فصلت قبل أخذ الشفيح بالشفعة فلا يبقى للشفيح حق في الأخذ . فلو أخذ المشتري العرصه والأشجار مع ما على الأشجار من ثمر وبعد ذلك جمع الثمر، فليس للشفيح أخذ هذا الثمر، لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ، حيث صار منفصلاً عنه فلا يأخذه (الهداية والكفاية).

أما لو بيعت الأشجار والأبنية بدون أرض فلا تجري الشفعة، لأنه لما كانت هذه الأشياء من المنقولات فلا قرار لها (الهداية).

ولو بيعت هذه الأشياء مع حق القرار فلا تجري فيها الشفعة، كما هو مبين في شرح المادة (١٠١٧) لأنه لو بيعت على هذا الوجه فلا تكون دائمة، إذ تزول الأشجار بجفافها والبناء بانهدامه واحتراقه.

ولو بيع العلوي، كما هو مبين في المادة (١٠١١)، تجري الشفعة ونظراً لكونه مجرد بناء فكان الأولى ألا تجري فيه الشفعة، إلا أنه نظراً لكون العلوي له حق القرار على السفلي ولصاحبه حق بنائه مجدداً بعد الانهدام . فلذلك يلحق بالعقار وتجري فيه الشفعة أيضاً (الهداية).

﴿مادة ١٠٢١﴾ - (الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع البات الصحيح).

إنما تثبت الشفعة بعقد البيع البات الصحيح أو ما أشبه ذلك من المعاولات المالية، كالإقالة التي في حكم البيع والسلم والهبة بشرط العوض وبعض أنواع الصلح، يعني تثبت الشفعة عند المعاولة المالية لخروج العقار المشفوع في مقابل عوض مالي من ملك المالك ولو لم يدخل في ملك المشتري، أما لو خرج من ملك المالك بدون مقابل أو عوض مالي سواء أخرج بلا عوض كالهبة أم خرج بعوض غير مالي كجعله بدلاً للمهر والإجارة والصلح عن دم العمد فلا تثبت الشفعة لأنه لو تثبت الشفعة فيه للزم أن يأخذه الشفيع أما بقيمته أو مجاناً ولا يمكن الأخذ بالقيمة لأن المالك لذلك العقار لم يملكه بقيمته حتى يستطيع الشفيع أخذه بالقيمة. أنظر المادة (٩٥٠). وليس في الامكان أخذه مجاناً. ولهذا السبب فالأخذ مجاناً هو تبرع ولم يشرع الإيجاب على التبرع (الهندية في الباب الأول).

إيضاح البيع: ولفظ البيع ذكر مطلقاً، بناء على المادة (٦٤)، أي سواء أكان البيع المذكور صحيحاً أم كان فاسداً وانقطع حق المالك بمقتضى المادة (٣٧٢) (مجمع الأنهر) وسواء أكان البيع باتاً أو شرط فيه الخيار للمشتري فقط يعني تثبت الشفعة في كل ذلك.

وعليه فإن كان للشفيع اتخاذ الشفعة وكان المشتري مخيراً، فأبطل المشتري البيع بسبب الخيار قبل الأخذ بالشفعة فلا تبقى للشفيع شفعة. لأن هذا الفسخ رفع للبيع من أصله وليس باقالة. بناء عليه فقد انعدم السبب في حق الشفيع من أصله.

سؤال: بما أن المبيع في صورة كون المشتري مخيراً لا يدخل في ملكه مدة الخيار. واستحقاق الشفعة باعتبار وجود الملك وعدم جريان الشفعة بناء على عدم الملك في عقد الإجارة والاستعارة يجب أن لا تجري الشفعة فيما إذا كان المشتري مخيراً؟

الجواب - إن خيار المشتري لا يمنع من زوال ملك البائع والشفعة قائمة على زوال ملك البائع. ألا ترى أنه لو أقر البائع بالبيع وكذب المشتري والبائع منكر ذلك فللشفيع أخذ العقار المذكور من البائع أيضاً. أنظر شرح المادة (٩٥٠) (الهداية، الكفاية، أبو السعود).

وفي المبسوط أن الشفعة بالبيع قبل ملك المشتري (الجوهرة). وفي هذه الحال أخذ الشفيع في مدة الخيار المشفوع وأصبح المشتري عاجزاً عن المبيع فيلزم البيع ولا ينتقل الخيار المذكور للشفيع (الكفاية، الهداية).

لكن بما أن حق المالك في بيع الوفاء لا ينقطع فلا تثبت الشفعة فيه. وفي هذه الصورة لو قال البائع إن بيعنا قد كان بيع معاملة وصدقه المشتري فلا تأثير لهذا القول في حق الشفيع، ولو ادعى الشفيع كون البيع قطعياً كان القول له. ما لم يوجد دليل على كونه بيع وفاء. كبيع المبيع الكثير بثمن قليل وغبن فاحش.

وفي هذه الحال فالقول للبائع والمشتري. وحينئذ لا شفعة للشفيع (الهندية في الباب الأول).
إيضاح الإقالة: الإقالة في ثبوت الشفعة في حكم البيع. أنظر المادة (١٩٦) سواء تقابلاً قبل

القبض، أو بعده فإن للشفيع الشفعة. لأنها عادت إلى البائع على حكم ملك مبتدأ. ألا ترى أنها دخلت في ملكه بقبوله ورضاه فصار ذلك كالشراء منه (الجوهرة).

وعليه فلو باع أحد عقاره من آخر وبعد أن سلم الشفيع الشفعة أقبل في البيع فللشفيع أخذه بناء على هذه الإقالة، لأن هذه الإقالة هي في حق الشفيع في حكم عقد جديد (رد المحتار).

إيضاح السلم: تجري الشفعة في العقار الذي يجعل رأس مال للسلم. فلو عقد السلم على أن يعطي في مقابل المسلم فيه عقار معلوم تجري الشفعة في العقار المذكور. حتى ولو نقض الطرفان عقد التسليم والافتراق فللشفيع أخذه لأن ذلك ليس بفسخ في حق الشفيع بل هو بيع جديد. أما لو افترق الطرفان ولم يسلم العقار في المجلس عقد السلم بطل السلم كما بطلت الشفعة أيضاً. أنظر المادة (١٨٧) (الهندية في الباب الأول).

إيضاح الهبة بشرط العوض: سيأتي ذلك في المادة الآتية.

إيضاح بعض أنواع الصلح:

إذا وقع الصلح عن الإقرار على مال عن دعوى مال معين كان في حكم البيع. فعليه تجري الشفعة سواء أكان العقار مصالحاً عنه أو كان مصالحاً عليه. وإذا وقع على المنفعة كان في حكم الإجارة ولا تجري الشفعة إذا كان المصالح عنه عقاراً.

أما الصلح عن انكار في دعوى مال معين أو عن سكوت، فيما أنه في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه تقطع المنازعة بالخلاص من اليمين، فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه. لأنه أخذه عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه (الهداية). أي إذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به لأنه حينئذ يكون أخذاً عين حقه في زعمه فلا شفعة (الكفاية، مجمع الأنهر).

أما العقار المصالح عنه فلا تجري الشفعة، أنظر المواد (١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠).

لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقيت الدار في يده، فهو يزعم أنها لم تنزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها سكوت لأنه يجهل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه كما أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها بالإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي (مجمع الأنهر) لأن الحكم لا يثبت بدون شرطه فلا يثبت مع الشك وجود شرطه ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي في إقامة الحجة فإن أقام البيينة على أن الدار كانت للمدعي عليه أو حلف المدعي عليه فنكل فله الشفعة (الهندية في الباب الأول).

الأحكام المترتبة على ثبوت الشفعة:

إذا ثبتت الشفعة للشفيع على هذا الوجه، فللشفيع نقض جميع تصرفات المشتري. فلو باع المشتري المشفوع أو وهبه وسلمه أو دفعه أو اتخذه مقبرة أو مسجداً وسمع الشفيع ذلك مؤخراً فله أن يضبطه بالشفعة وينقض التصرفات المذكورة (البهجة بزيادة).

بناء عليه لو باع أحد ملكه العقاري من آخر بثلاثمائة قرش وسلمه له وباعه هذا بثلاثمائة وخمسين

قرشاً من آخر وسلمه إليه ثم بعد ذلك جاء رجل شفيح لذلك العقار من ديار أخرى وسمع بالبيع فطلبه بالشفعة وراعى شرائطها بتامتها فلذلك الشخص إن شاء أخذه بثلاثمائة قرش من المشتري الأول أو بثلاثمائة وخمسين قرشاً من المشتري الثاني (فتاوى ابن نجيم) وفي هذه الحال لو أخذه الشفيح بثلاثمائة قرش من الأول فللمشتري الثاني أن يسترد الخمسين من المشتري الأول (الهندية في الباب الخامس).

لكن لو أراد الشفيح الأخذ بالبيع الأول، فيما أن حضور المشتري الأول في المحاكمة شرط فليس للشفيح حق مخاصمة المشتري الثاني في غيابه. أما لو أراد الشفيح الأخذ بالشفعة بالبيع الثاني فلا يشترط حضور المشتري الأول وله أن يدعي على المشتري الثاني ويأخذه منه (الهندية في المحل المزبور) وقد أشير بعبارة «إلا بعقد البيع» إلى أن الشفعة لا تثبت في الهبة والصدقة والميراث والوصية، وذلك كما هو مصرح في المادة (١٠٢٣).

والسبب في تفسير عبارة (بعقد البيع) بجمله (عند المعاوضة المالية) هو: إن أسباب الشفعة هي الحالات المبينة في المادة (١٠٠٨) وليس البيع من تلك الأسباب (الهندية). فتكون المعاوضة المالية من شرائط الشفعة وليست أحد أسبابها.

﴿مادة ١٠٢٢﴾ - (الهبة بشرط العوض في حكم البيع. بناء عليه لو ذهب وسلم أحد داره المملوكة لآخر بشرط عوض يكون جاره الملاصق شفيحاً)

الهبة الصحيحة بشرط العوض بعد التقابض هي في حكم البيع، أي في ثبوت الشفعة، لأن الهبة بشرط العوض وإن كانت هبة ابتداء فهي بيع انتهاء (الهداية) كما قد صار إيضاحه في شرح المادة (٨٥٥) يعني لو قال أحد لآخر وهبتك هذا المال على أن تعطيني كذا عوضاً وعقد عقد الهبة على هذه الصورة كانت هبة بشرط العوض. أما لو عقد عقداً بقله قد وهبتك هذا المال بكذا قرشاً كان العقد عقد بيع (أبو السعود) أنظر المادة (٣) مع شرح المادة (٨٥٥).
إيضاح القيود:

١ - الهبة المقصودة هي الصحيحة. أما الهبة الفاسدة فلا تثبت بها الشفعة وإن كانت بشرط العوض، فلو وهب أحد عقار ولده الصغير بشرط العوض تصح عند أبي يوسف ولا تثبت الشفعة. كذلك لو وهب أحد حصته في قصر بشرط العوض وقع التقابض تصح ولا تجري الشفعة (الهندية في الباب الأول).

٢ - بشرط العوض : فلهذه بهذا الشرط، أي فالمقصود بعقد الهبة بشرط العوض، هي الهبة التي يشترط فيها إعطاء العوض، كما قد بين في شرح المادة (٨٦٨)، وعليه فلو كان المال الموهوب في هذا النوع من الهبة عقاراً ليأخذه الشفيح ويعطي الموهوب له مثل العوض إن كان من المثليات ويعطيه قيمته إن كان من القيميات (أبو السعود) أنظر شرح المادة (١٠٣٦)

ثم اعلم ان الشفعة إذا وجبت في الموهوب قائماً تجب بمثل العوض إن كان له مثل، فإن لم يكن وجبت بقيمة الدار (انتهى أبو السعود).

ويلزم أن تكون عبارة «بقيمة العوض» بدل عبارة «قيمة الدار» وعليه فقد ترجم على هذه الصورة وإذا كان العوض عقاراً والمال الموهوب عقاراً فتجري الشفعة في الموهوب وفي العوض. فلو وهب أحد داره من آخر بشرط أن يعطيه دكانه الفلانية ووقع التقابض في العوض فكما تثبت الشفعة في الدار تثبت في الدكان. فيعطي من يأخذ الدار بالشفعة قيمتها كما يعطي من يأخذ الدكان قيمتها أيضاً.

٣ - بعد التقابض: يعني أن ثبوت الشفعة في الهبة بشرط العوض مشروط بقبض الموهوب وقبض العوض أيضاً. بناء عليه لو وهب أحد آخر عقاراً بشرط أن يهب له ألف قرش فإنما تثبت الشفعة عند قبض الواهب ألف قرش والموهوب له العقار. أنظر المادة (٨٥٥) وشرحها.

ولا تثبت الشفعة بقبض أحد العوضين حتى إنه يلزم طلب الشفعة في الهبة بشرط العوض وقت التقابض. وعليه فلو سلم الشفيع الشفعة بعد قبض أحد العوضين كان هذا التسليم باطلاً فإذا قبض العوض الآخر فللشفيع أن يطلب الشفعة، ولا بد وأن لا يكون الموهوب وعوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء (أبو السعود، والدر المنتقى).

فعليه لو وهب أحد داره المملوكة أو عقاراً آخر لآخر بشرط العوض وسلمه إياها وقبض العوض أيضاً وتسلمه كان شريكه في تلك الدار أو ذلك العقار أو خليطه أو جاره الملاصق شافعياً. وللشفيع، كما ذكر آنفاً، أخذ الموهوب بالشفعة بعد اعطاء الموهوب له مثل العوض أو قيمته وقت القبض.

﴿مادة ١٠٢٣﴾ - (لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كتملك أحد عقاراً بلا شرط عوض أو بميراث، أو بوصية).

أو ببديل غير مالي كالمهر. لأن الشفعة قد شرعت في المبادلة المالية، وبين السبب في شرح المادة (١٠٢١) (الكفاية).

إيضاح القيود:

١ - بلا عوض: وفائدة هذا تستفاد من المادة الأنفة.

وفي هذه الصورة لو أراد أحد بيع عرصته المملوكة من آخر، ولثلا يطلب الجار الملاصق الشفعة أفرز نصف ذراع من عرض العرصه على امتداد العقار المشفوع به ووهبه من المشتري وسلمه إياه ثم بعد ذلك باعه الباقي، فلا شفعة للجار، لأن القسم المتصل بالمشفوع به موهوب ولا تجري الشفعة في الهبة أما القسم المباع فليس ملاصق، وسيبين شرحاً في ختام هذا الكتاب ان هذه المسألة إحدى حيل أسقاط حق الشفعة.

٢ - بلا شرط: وفائدة هذا تستفاد من المادة الأنفة. مثلاً لو وهب الواهب عرصته المملوكة بلا شرط العوض لزيد وسلمه إياها وأعطى زيد واهبه داراً مملوكة له على أنها عوض وسلمه إياها أيضاً فكما أنه ليس لشفيع العرصه أخذها بالشفعة فليس لشفيع الدار أن يطلب الشفعة فيها.

﴿مادة ١٠٢٤﴾ - (يشترط أن لا يكون للشفيح رضی في عقد البيع الواقع صراحة أو دلالة مثلاً إذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب يسقط حق شفيعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك وكذا إذا أراد أن يشتري أو يستأجر العقار المشفوع من المشتري بعد سماعه بعقد البيع يسقط حق شفيعته وكذلك إذا كان وكيلًا للبائع فليس له حق شفيعته في العقار الذي باعه راجع مادة (١٠٠).

يشترط في الأخذ بالشفعة أن لا يكون للشفيح رضا في عقد البيع الواقع صراحة أو دلالة وأن لا يكون الشفيح قد أبرأ المشتري من حق الشفعة أو سلم الشفعة كلاً أو بعضاً بعد البيع وبعد أن يكون قد علم على وجه الصحة:

أولاً، بقدر الثمن وجنسه.

ثانياً، بمشترى المشفوع.

حتى أنه لو كان له رضا على هذا الوجه أو إبراء أو تسليم، تسقط الشفعة. يعني تسقط الشفعة بثلاثة أسباب:

أولاً، الإبراء من الشفعة.

ثانياً، تسليم الشفعة كلاً.

ثالثاً، تسليم الشفعة بعضاً.

لكن يشترط لصحة هذا الإبراء والتسليم ثلاثة شروط وقد بينت في شرح هذه المادة.

إيضاح القيود:

١ - قدر الثمن: يختلف الغرض بالشفعة باختلاف قدر الثمن، فعليه لو سلم الشفيح الشفعة لبعض الوجوه ثم تبين خلافها تبقى الشفعة على حالها. لأن التسليم لم يكن على الوجه الذي يستحق فيه الشفيح (أبو السعود). يعني لا يكون الشفيح قد سلم الشفعة التي يستحقها.
مسائل تتفرع من هذا:

أولاً - لو سلم الشفيح الشفعة بناء على استماعه وقوع البيع بألف قرش فضة ثم فهم أنه وقع بأقل من الدراهم الفضة المذكورة كان التسليم باطلاً.

ثانياً - لو حط وأنزل البائع مقداراً من الثمن بعد أن سلم الشفيح شفيعته تثبت شفعة الشفيح. لأن الحط يلحق بأصل العقد (الهدية في الباب التاسع).

ثالثاً - لو سلم الشفيح الشفعة بناء على اختياره إن المشفوع يبيع بألف قرش فضة ثم تحقق بعد ذلك أنه يبيع بألف قرش أو أكثر فلا شفعة للشفيح بعد، لأن تسليم الشفيح في هذه الصورة لما كان مبنياً على استنكار الثمن فإذا زاد الثمن كان أخرى أن يرضى بالتسليم (أبو السعود، رد المحتار).

رابعاً - لو سلم الشفيح الشفعة بعد أن استخبر أن البيع وقع بألف قرش فضة ثم فهم أنه قد يبيع بألف قرش أو أكثر من العروض. فلا شفعة له (الهداية).

لأن الشفيع في البيع بالعروض على هذا الوجه إنما يأخذ المشفوع بقيمة تلك العروض دراهم أو دنانير، وعلى هذا التقدير إذا تبين انه بيع بالف قرش ذهباً فيما ان هذا التسليم صحيح كان تسليم الشفعة صحيحاً أيضاً (ابو السعود).

خامساً، لو سلم الشفيع الشفعة باستخبار كونه بيع بالف قرش فضة ثم فهم انه بيع بذهب بقيمة الف قرش فضة فلا شفعة استحساناً.

وجه الاستحسان: انها جنس واحد في الثمنية، ولهذا ضم احدهما الى الآخر في الزكاة والقياس ان يثبت له حق الشفعة، وهو قول الامام وزفر (مجمع الأنهر).

اما اذا فهم انه بيع بذهب بقيمة اقل من الف قرش فضة فالشفعة باقية (ابو السعود، ومثلاً مسكين، والكنز).

سادساً، لو سلم الشفيع الشفعة باستخبار ان العقار المشفوع بيع في مقابل بقرة ثم تبين انه بيع مقابل فرس او عرض آخر ينظر، فاذا فهم ان قيمة ذلك الفرس أو العرض مساوية لقيمة البقرة او اكثر فلا شفعة له، واذا كانت اقل بطل تسليم شفيعته. لانها القيمة الواجبة على الشفيع (ابو السعود).

٢ - جنسه: يختلف الغرض في الشفعة باختلاف جنس الثمن. فلو سلم الشفيع الشفعة لاستعاه وقوع البيع بالف قرش فضة ثم بعد ذلك ظهر انه بيع بشعير او قمح باقل من تلك القيمة او اكثر او بغير ذلك من المكيلات او الموزونات والعدديات المتقاربة بطل تسليم الشفعة وبقيت شفعة الشفيع. لأن التسليم في جنس واحد للثمن لا يكون تسليمياً في جنس آخر له. لأنه قد يسهل على الشفيع الاداء من جنس مع تعذره عليه من جنس آخر، فالحكم في كل مكيل وكل موزون وكل عددي متقارب على هذا المنوال.

كذلك لو سلم الشفيع الشفعة بناء على اخباره ان الثمن عرض ثم فهم ان الثمن مكيل او موزون فتبقى شفيعته (ابو السعود).

٣ - مشتري المشفوع: يختلف الغرض في الشفعة باختلاف المشتري. فلو سلم الشفيع بالشفعة عند استعاه ان المشتري فلان ثم بعد ذلك لو فهم ان المشتري شخص آخر بطل تسليم الشفعة وبقيت له الشفعة لأن الناس متفاوتون في اخلاقهم فبعضهم يرغب في معاشرتهم وبعضهم يجتنبون لشهرهم. بناء عليه فتسليم الشفعة في حق اناس لا يكون تسليمياً في حق آخرين (ابو السعود ومجمع الأنهر).

كذلك لو سلم الشفيع الشفعة بناء على استعاه ان المشتري فلان وثبت ان المشتري شخص آخر مع المشتري المذكور تكون الشفعة للمشفيع في حصة ذلك الآخر، لأن تسليم الشفعة في حق هذا غير موجود (ابو السعود).

فلو اشترى رجل داراً وقال للشفيح اشتريتها لنفسي فسلم الشفيح الشفعة او سكت، ثم ظهر انه اشتراها لغيره فلا تبطل الشفعة وعليه الفتوى (الانقروي) ولو قال سلمتها ان كنت اشتريت لأجل نفسك فإن كان اشتراه لغيره فلا تبطل الشفعة، لأنه اسقاط، والاسقاط يحتمل التعليق (الهندية في الباب التاسع).

٤ - مقدار المبيع: لو سلم الشفيح الشفعة بناء على استخبار ان ما بيع هو نصف العقار فقط ثم بعد ذلك فهم انه قد بيع كل العقار فتثبت الشفعة للشفيح في كل المبيع وليس في الباقي فقط. لأنه لما كان اخذ الكل من حق الشفيح، وهو انما سلم بالنصف، والكل غير النصف، فاسقاط النصف ليس اسقاطاً للكل. وكذلك تسليم الشفيح الشفعة ناشئ عن خوف ضرر الشركة اما بيع الكل فليس فيه شركة.

وهذا التعليق يستقيم في الجار دون الشريك والأول يستقيم فيها (أبو السعود). أما الحكم في عكسه فليس كذلك يعني لو سلم الشفعة بناء على استماعه بيع العقار بتمامه ثم بعد ذلك فهم أن المبيع هو نصفه فلا تكون له شفعة على ظاهر الرواية (المداية) لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه لأن رغبة الناس في الكل عادة أكثر من رغبتهم في الأقسام لخلو الجمل عن التثقيص فإذا لم يرغب فيه فالأولى أن لا يرغب في التثقيص (أبو السعود ومجمع الأنهر) وهذا محمول على ما إذا كان ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف فسلم ثم ظهر أنه اشترى النصف بالألف، أما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف ثم بان أنه اشترى النصف بخمسائة فإنه على شفيعته (الجوهرة).

كذلك لو زاد البائع مالم على المبيع بعد تسليم الشفيح الشفعة تثبت الشفعة للشفيح وإن كان هذا المال منقولاً وفي هذه الصورة إذا كان الشيء المزيد منقولاً فللشفيح أخذ العقار فقط من الثمن (الهندية في الباب التاسع).

التقسيم الأول لتسليم الشفعة:

مبطلات الشفعة بعد ثبوتها قسماً، القسم الأول اختياري، والقسم الثاني ضروري.
الاختيارات نوعان:

النوع الأول، الصريح وما يجري مجراه. كأبطلت شفيعي أو اسقطتها أو أبرأتك من الشفعة أو سلمتك الشفعة وما إلى ذلك من الألفاظ، ولو قال أجنبي للشفيح سلم الشفعة للمشتري فقال سلمها لك أو وهبتها وأعرضت عنها كان تسليماً في الإستحسان لأن الأجنبي إذا خاطبه لزيد فقال سلمتها لك فكأنه قال سلمتها له من أجلك، وإن قال الشفيح لما خاطبه الأجنبي قد سلمت لك شفعة هذه الدار أو وهبت لك شفيعتها لم يكن ذلك لأنه كلام مبتدأ (الجوهرة).

كذا لو سمع الشفيح عقد البيع وقال هو مناسب، يسقط حق الشفعة، وليس له بعد ذلك طلب الشفعة أنظر المادة (٥١).

وقوله في هذا المثال «إذا سمع عقد البيع» ليس قيداً احترازياً. لأن العلم والجهل متساويان في الإسقاط الصريح، بخلاف الإسقاط بطريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه إلا بعد العلم بالبيع (الهندية

في الباب التاسع).

مثلاً لو قال البائع أو المشتري للشفيع أبرئنا من إقامة الدعاوي، وأبرأهما، أي البائع والمشتري، من كافة الدعاوى ولم يكن عالماً بوقوع البيع تسقط شفيعته قضاء وديانة على القول المفتى به (الهندية قبيل الباب العاشر، الطحطاوي).

وعليه، فتسليم الشفعة اسقاط، وبما أنه لا يتوقف على العلم فتسقط شفعة الشفيع بالتسليم سواء أكان وقت التسليم واقفاً عليه أو غير واقف وسواء أكان المشتري حاضراً أم غائباً (الهداية).

النوع الثاني، الدلالة: وهي كل ما يدل على عقد البيع من طرف الشفيع أو على الرضا بحكم العقد للمشتري. وذلك كترك الطلب فوراً، والمساومة، والإستئجار من المشتري، والأخذ مزارعة، والأخذ معاملة، والاستيداع، والاستيلاء، وطلب الشفيع أن يعطى له المشفوع صدقة، وقول المشتري للشفيع بعث تولية (هو البيع بثمن مثل الذي اشتراه به بعد بيانه ذلك) وقال الشفيع هو مناسب، وقول الشفيع للمشتري يعني توليه، وقول المشتري للشفيع انني قد صرفت كذا على البناء فإذا كنت تعطيني المصاريف أبيعك ما أخذته، فقال له الشفيع مناسب، فهذه الأشياء تسليم دلالة (الهندية في الباب التاسع).

وكذا لو أراد الشفيع بعد أن سمع بعقد البيع اشتراء العقار المشفوع من المشتري أو استجاره منه يسقط حق شفيعته ولا يعود له حق الشفعة بامتناع المشتري عن البيع أو الإيجار لأن ذلك دليل الإعراض (الزيلعي، والدرر، وفتح المعين).

القسم الثاني: الضروري، وهذا عبارة عن وفاة الشفيع بعد الطلبين وقبل الأخذ بالشفعة (الهندية في الباب التاسع).

التقسيم الثاني لتسليم الشفعة:

ويكون تسليم الشفعة أما كلاً أو بعضاً، كقولك سلمتك نصف شفيعتي أو ثلثها.

وعلى هذا الوجه يحصل تسليم الكل بتسليم البعض، أنظر المادة (٦٣) (مجمع الأنهر).

التقسيم الثالث لتسليم الشفعة:

ويكون تسليم الشفعة من طرف الشفيع، وهذا ظاهر. أو يكون من طرف الوكيل بالشراء. فلو سلم الوكيل بالشراء الشفعة تسقط شفعة الموكل بالإجماع. كذلك لو سكت الوكيل المرقوم عن طلب الموائبة تسقط الشفعة بالإجماع. أو سلم الوكيل بطلب الشفعة، فإذا سلم في مجلس الحاكم كان صحيحاً عند الشيخين وإذا سلم في غير مجلس الحاكم فالتسليم عند الإمام الأعظم غير صحيح وعند الإمام أبي يوسف صحيح، وهذا الاختلاف بما أنه فرع من الاختلاف في اقرار الوكيل وقد اختير في المادة (١٥١٧) قول الإمام الأعظم، هذه المسألة أيضاً يلزم أن تبني على قول هذا الإمام. (مجمع الأنهر).

وكما يجوز للوكيل بطلب الشفعة أن يسلم الشفعة على الوجه المشروح، بإقراره بتسليم موكله إذا كان في حضور الحاكم صحيح، أما في حضور غير الحاكم فليس بصحيح. (مجمع الأنهر) أنظر المادة (١٥١٧) لكنه يخرج من الخصومة (الدر المختار).

وقوله في المثال الأخير (إذا أراد) ليس للاحتراز، فإذا اشترى الشفيع بالفعل من المشتري فلا تبقى له شفعة. لأن محاولة الشفيع الشراء من المشتري اعراض عن الشفعة، ولذلك يسقط حق الشفعة، أنظر المادة (١٠٢٩).

وتتفرع المسألة الآتية من بطلان الشفعة إذا اشترى الشفيع من المشتري :
ثبتت حق الشفعة لغير شفيع مشتري المشتري من الشفعاء، سواء أكان هؤلاء الشفعاء مساوين لشفيع المشتري درجة أم كانوا دونه. وعليه فلهؤلاء الشفعاء أخذ المشفوع بالعقد الأول أو بالعقد الثاني. أما لو اشترى الشفيع من صاحب المال فلا شفعة لمن في داخله من الشفعاء (الزليعي، والدرر، وأبو السعود).

ويقوم من هذه الإيضاحات أن لا منافاة بين هذا الشرح ومسألة «ثبتت الشفعة للمشتري أيضاً» المبينة في شرح الماد (١٠٠٨).

جاء «بعد أن سمع بانعقاد البيع» لأن الشفيع لو استلم أو طلب الاستئجار من المشتري وهو غير عالم بالشراء فلا تبطل الشفعة (الهداية).

٢ - مثال: لا شفعة لمن يعقد البيع أو لمن يباع لأجله أو لمن يكون متمماً للعقد، أنظر المادة (١٠٠) هذه ضابطة يتفرع منها المسائل الآتية (أبو السعود).

المسألة الأولى، لا شفعة لأحد في المال الذي يبيعه، فلو باع أحد نصف حصته في العقار الذي يملكه مع آخر مناصفة ومشاعاً واتخذ صاحب الحصة الأخرى الشفعة، فليس للبائع أن يشارك الشفيع بحجة أنه شريك في المبيع.

المسألة الثانية، لو وكل أحد آخر في بيع نصف عقاره من أحد، ولدى بيعه وإرادة الجار الشفيع أخذه من المشتري، فليس لذلك الشخص، أي الوكيل بالبيع، أن يقول بما إنني شريك في نفس المبيع فإني شفيع به.

المسألة الثالثة، كذلك إذا كان أحد وكيلاً للبائع وكان شفيعاً في العقار، فلا يكون له حق الشفعة أيضاً (مجمع الأنهر).

المسألة الرابعة، لو اشترى اثنان عقاراً وكان أحدهما شفيعاً فليس لذلك الشفيع حق الشفعة في حصة ذلك المشتري الأجنبي لأن شراء الأجنبي لا يتم إلا بقبول الشفيع لنفسه (الهندية عن الخانية في الباب الأول).

المسألة الخامسة، إذا كان لعقار ثلاثة شفعاء فاشترى اثنان منهم فقط على أن يكون سدسه لأحدهما والخمسة اسداس للثاني، فيما أنها قد اشترى هذا العقار صفقة واحدة كان الشراء صحيحاً وليس لأحدهما على الآخر حق شفعة، لأنها متى اشترى بالعقار صفقة واحدة صار كل واحد منها متمماً عقد صاحبه لأنه لا يصح شراء أحدهما إلا بقبول الآخر، فلو أخذ منه كان ساعياً في نقض ما تم به (أبو السعود).

المسألة السادسة، لو كان أحد وكيلاً بالدرك في البيع، فلا تكون له شفعة في ذلك البيع، أنظر شرح المادة (٦٣٨) لأنه بضمائه له الدرك ضمن له أن يحصل له الدار. وذلك لا يكون إلا بتركه الشفعة، وفي أخذه بها إبطال ذلك (مجمع الأنهر).

المسألة السابعة، لو عقد البيع على أن الشفيع كفيل بضمن المبيع على وجه المادة (١٨٧) وكان الشفيع حاضراً وكفل فلا شفعة له، لأن البيع تم من جهة الشفيع فلا شفعة له (الهندية في الباب الأول).

المسألة الثامنة، إذا شرط الخيار في عقد البيع لشخص ثالث، ونفذ الشخص المذكور البيع وأسقط الخيار فلا شفعة له، إلا أنه لو قال لدي تنفيذ البيع (قد أمضيت البيع لكوفي لأخذت المبيع بالشفعة) فلا يكون مسقطاً لشفعته (الهندية في الباب الأول من الشفعة).

جاء في مثال المجلة الأخيرة «إذا كان وكيلاً للبيع» للاحتراز عن الوكيل بالشراء. فلو وكل المشتري لا شراء عقار شفيعه، والشفيع المشتري اشتراه بالوكالة أيضاً تثبت الشفعة أيضاً، لأن البيع يحصل للموكل بعقد البيع، والشفعة تجب بعده فلا تبطل إلا بتسليم أو سكوت ولم يوجد واحد منهما، ولأن أخذه بالشفعة تتميم للعقد فلذا صحت له، فإذا قلت كيف يقضي له بها؟ قلت: إن كان الأمر حاضراً قضى له بالشفعة على الأمر، ويؤمر المشتري، وهو الشفيع، بقبضها لنفسه، وعهدته على البائع، وإن كان الأمر غائباً قبضها أولاً للأمر والعهدة عليه (الجوهرة).

كذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة عقاراً فصار رب المال لذلك العقار شفيعاً، بسبب عقار آخر، كان لرب المال حق الشفعة والحكم واحد سواء أكان الشراء من الأصيل أم من الوكيل (مجمع الأنهر).

٧ - بعد البيع: أما التسليم قبل البيع فلا يسقط الشفعة. لأن ثبوت الشفعة يكون بعد وجود البيع وبما أن الشفعة قبل البيع معدومة، فالتسليم ليس بصحيح (عبد الحليم).

وفي خيار الرؤية نظير هذا، فلو أسقط المشتري خياره قبل رؤية المبيع فلا يسقط. أما بعد البيع فالتسليم صحيح، سواء أعلم الشفيع بوجود الشفعة أم لم يعلم وسواء أعلم المسقط إليه هذا الحق أم لم يعلم (الهندية في الباب التاسع) لأن تسليم الشفعة إسقاط حق، ولهذا يصح من غير قبول ولا يتردد بالرد، وإسقاط الحق يعتمد على وجوب الحق دون علم المسقط إليه، كالطلاق والعتاق (الطحطاوي).

وإذا وهب لرجل داراً على عوض ألف درهم، فقبض أحد العوضين دون الآخر، ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل، حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لأنه أسقط حقه قبل الوجوب (الطحطاوي).

٨ - الإبراء: لو أبرأ الشفيع بعد البيع المشتري من حق الشفعة سقط حق الشفعة.

وهذا الإبراء ليس بموقوف على قبول المشتري كما لا يرد برده (أبو السعود).

والإبراء كما يكون حقيقة يكون مجازاً، والإبراء من الشفعة مجازاً هو بيعها من المشتري أو اجراء صلح على مال مع المشتري عن حق الشفعة. فلو باع الشفيع حق شفيعته للمشتري بكذا درهماً وأخذه

المشتري تسقط الشفعة فلا بدل ويكون بيع الشفعة باطلاً. لأن البيع تمليك مال بمال، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك، فكان عبارة عن الإسقاط مجازاً، فتسقط الشفعة ولا يلزم المال (مجمع الأنهر).
كذلك لو تصالح الشفيع مع المشتري على أن يترك حق شفيعته على مال غير المشفوع كان الصلح باطلاً، ولا يلزم المال المذكور، وإذا أخذ الشفيع المال المذكور، أي بدل الصلح، تلزم إعادته، لأن حق الشفعة حق التملك المجرد وهو غير متقرر في محل، فلا يجوز أخذ عوض في مقابلة ويكون المأخوذ رشوة (أبو السعود، ومجمع الأنهر، والدر المختار).

فلو كان الصلح على نصف الدار بنصف الثمن جاز الصلح بخلاف ما لو صالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن حيث لا يجوز الصلح لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الأعراض (العناية، وأبو السعود).

لصلح الشفيع ثلاثة أوجه:

الوجه الأول، الصلح على نصف المشفوع بنصف الثمن، وهذا الصلح جائز.
الوجه الثاني، الصلح على أن يؤخذ محل معين من العقار بحصته من الثمن، وهذا الصلح ليس صحيحاً لأن الحصة من الثمن مجهولة، ولا تبطل شفيعته، لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بعد الصلح.

الوجه الثالث، تبطل شفيعته ولا يلزم اعطاؤه بدل الصلح، كالصلح على مقدار من الدراهم على أن يترك الشفيع شفيعته، وهذا الصلح باطل. لأنه حصل إعراض عن الأخذ بالشفعة، ولا يجب المال (الأنقروبي).

﴿مادة ١٠٢٥﴾ - (يشترط أن يكون البديل مائلاً معلوم المقدار. بناء عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بالبديل الذي هو غير مال. مثلاً لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت بدل اجرة الحمام لأن بدل الدار هنا ليس بمال وإنما هو الاجرة التي هي من قبيل المنافع. كذلك لا تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلاً عن المهر)

يلزم أن يكون بدل العقار المشفوع الذي يملك حائزاً على شرطين، أولهما، أن يكون ذلك البديل معلوم المقدار، ثانيهما، أن يكون مائلاً.
إيضاح الشرط الأول: يشترط أن يكون بدل العقار المشفوع الذي يملك معلوم المقدار. وعليه فإن جهالة الثمن تمنع الشفعة (التنقيح).

وعليه فلو باع أحد عقاره من آخر بألف درهم مع قبضه فلوس مشار إليها وغير معلوم عددها وقبض الثمن ونثر الفلوس في مجلس البيع فأضاعها، فليس للشفيع طلب ذلك العقار وأخذه بالشفعة لأن البديل وإن كان معلوماً حال عقد البيع فقسّم منه مجهول في حال الشفعة ولذلك يتعذر حكم الحاكم،

أنظر المادة (٤٦)، وستذكر هذه المسألة في آخر هذا الكتاب في حيل إسقاط (الشفعة) إلا أنه إذا لم يصدق الشفيع جهالة الفلوس المفقودة بل قال إني أعلم مقدارها وإدعى بأنها كذا فلساً ولم يدع المتبايعان بأنها كانت أزيد وبقياً على جهالتها فللشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة بالمبلغ المذكور مع بدل الفلوس الضائعة بدون أن يحلف على أن الفلوس كانت أزيد من المقدار الذي اعترف به (البهجة والخلاصة).

إيضاح الشرط الثاني: يشترط أن يكون بدل العقار المشفوع الذي ملك مالاً.
بناء عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك ببديل غير المال، والبديل الذي ليس بمال هو:

(١) المنفعة .

(٢) المهر .

(٣) بدل الصلح عن دم العمد، وما أشبه ذلك .

١ - تفصيل المنفعة: لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بدل اجرة الحمام مثلاً، لأن بدل

العقار هنا ليس بمال وإنما هو الأجرة التي هي من قبيل المنافع .

والسبب في عدم جريان الشفعة في العقار الذي ملك ببديل المنفعة هو أن الأجرة لم تكن مالاً كما أنه ليس لها مثل ليمكن الشفيع من أخذه، لأن تقوم المنافع في الإجارة هو لضرورة الحاجة والثابت للضرورة يقدر بقدرها، فلا تكون المنافع متقومة في حق الشفعة (مجمع الأنهر).

وقول المجلة «الأجرة» للاحتراز عما يأتي، وهو أنه لو استؤجر حمام بمبلغ معين وبيعت الدار بدلاً للمبلغ المذكور فتجري الشفعة في تلك الدار (الهندية في الباب الأول استنباطاً).
مثال للعقار الذي يجعل بدلاً للمنفعة:

لو ادعى أحد على ورثة المتوفي ان مورثهم قد أوصى له أن يسكن داره المملوكة مدة كذا فصالحه الورثة على بيت فلا تجري الشفعة في ذلك البيت لأن بدل هذا المنفعة التي هي السكنى (الهندية في الباب الأول).

مثال آخر: إذا كان بدل الصلح منفعة فلا تجري الشفعة في العقار المصالح عنه سواء أكان الصلح عن اقرار أم عن انكار (الهندية في الباب الأول) أنظر المادة (١٥٤٩).

٢ - تفصيل المهر: كذلك لا تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلاً عن المهر المسمى، لأن بدل العقار الذي يجعل مهراً ليس بمال. بل هو منافع البضع. مثلاً لو تزوج شخص بامرأة وجعل مهرها عقاراً ودفعت الزوجة للزوج مائة درهم، فلا تجري الشفعة في أي جزء من ذلك العقار ولو في القسم الذي جعل مقابله نفوداً. لأن معنى البيع في هذا تابع والمهر أصل، وكما أن الشفعة لا تثبت في الأصل لا تثبت في التابع (مجمع الأنهر، الدرر).

المهر المسمى: وهو المهر المسمى للزوجة حين عقد النكاح، ويكون معجلاً ومؤجلاً.

وقول المجلة «بداً عن المهر» احتراز عما يأتي:

مثلاً، لو تزوج أحد بامرأة على مهر معين أي بعد تسميته لها مهراً معيناً أعطى زوجته العقار المذكور في مقابل ذلك المهر تجري الشفعة فيه لأن بدل العقار في هذه الصورة قد صار مالاً. كذلك لو

تزوج بغير مهر مسمى وتقرر عليه بناء على ذلك مهر المثل ثم أعطى ذلك العقار لزوجته مقابل مهرها تجري الشفعة في ذلك العقار (الهندية في الباب الأول).

مهر المثل، هو المهر الذي يلزم الزوج بعد الدخول لعدم تسميته لها مهرًا حين عقد النكاح.
٣ - إيضاح الصلح عن دم العمد:

لو تصالح القاتل عمدًا مع ورثة المقتول عن دم العمد على عقار فليس للشخص الذي يتصل ملكه بذلك العقار حق الشفعة (البهجة).

كذلك لو اشترط الورثة على القاتل إعطاءه أيضًا ألف درهم علاوة، فعند الإمام الأعظم لا تجري الشفعة في ذلك العقار أيضًا (الهندية في الباب الأول).

أما لو وقع الصلح على مبلغ معين عن دم العمد، وأعطى في مقابل بدل الصلح عقار فتجري الشفعة في هذا العقار، كذلك لو تصولح عن جناية توجب الدية أو الإرش فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه لأن بدل هذا العقار مال.

أما لو وقع الصلح على عقار عن جنائين أحدهما توجب القصاص والأخرى توجب الدية أو الإرش فلا تثبت الشفعة في مقدار ما عند الإمام الأعظم، فحسب المادة (٤٦)، لكن عند الإمامين تجري الشفعة في الحصاة التي تصيب الإرش أو الدية.

﴿مادة ١٠٢٦﴾ - (يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع. بناء عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حق استرداد البائع وإنما في البيع بشرط الخيار إن كان المخير المشتري فتجري الشفعة وإن كان المخير البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق خياره. وأما خيار العيب وخيار الرؤية فليسا بمانعين لثبوت الشفعة).
يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع ويزول حقه فيه. وعليه فإذا لم يزل ملكه فلا تثبت الشفعة كالبيع الذي فيه الخيار للبائع وكالبيع الفاسد قبل القبض.

كذلك لا تثبت الشفعة إذا زال الملك ولم يزل الحق كالبيع الفاسد بعد القبض.
لأنه كما ذكر في المادة (٣٦٢) إن البيع الفاسد يكون نافذاً عند القبض، كما أنه إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بإذن البائع يكون مالكاً له كما هو محرر في المادة (٣٧١) وتزول ملكية البائع بعد ذلك إلا أنه لما كان للبائع حق فسخ البيع واسترداد المبيع فلا يزول حق البائع من المبيع المذكور ويستفاد من هذه المادة وشرحها أربعة أحكام، وبما أن كلاً من التفريعات الآتية يتفرع من حكم فقد كان من المناسب بيانها اجمالاً.

الحكم الأول، إذا زال حق البائع من المبيع تثبت الشفعة. ويستفاد مثاله من الفقرة الآتية.
فلو زال حق البائع بالفسخ في البيع الفاسد بعد القبض تثبت الشفعة.

الحكم الثاني، إذا لم يزل حق البائع من المبيع فلا تجري الشفعة، ومثال هذا في الفقرة الآتية.
الحكم الثالث، إذا زال ملك البائع عن المبيع تثبت الشفعة. ومثال هذا جاء في المتن وهو (وإنما في

البيع بشرط الخيار إن كان المخير المشتري تجري الشفعة) ويستفاد من الجملة التالية مثال آخر، والجملة هي «وإن كان المخير البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق خياره».

الحكم الرابع، لا تثبت الشفعة إذا لم يزل ملك البائع عن المبيع.
ومثال هذا فقرة «وان كان المخير البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق خياره».

وعليه فلما كان ملك البائع لا يزول عن العقار الذي يبيع بيعاً فاسداً قبل القبض فلا تجري الشفعة فيه وبما أنه لا يسقط حق البائع في استرداد هذا المبيع حتى بعد القبض فلا تجري الشفعة فيه ما لم يسقط حتى البائع في استرداده. وإذا اتفقا على الفساد وكذبها الشفيع فلا شفعة للشفيع على كل حال، كما لو اتفقا على البيع بشرط الخيار وكذبها فيه الشفيع (الهندية في الباب العاشر).
والحاصل، أنه لا تجري الشفعة قبل القبض في العقار المباع بيعاً فاسداً، كما أنه لا تجري الشفعة بعد القبض أيضاً.

والسبب في عدم جريان الشفعة قبل القبض هو أن القبض في البيع الفاسد لا يفيد حكم الملكية قبل القبض أي لأنه لا تزول ملكية البائع من المبيع، وأما البيع الفاسد بعد القبض فإنه وإن كان يفيد الملكية إلا أنه لما كان للبائع حق الفسخ، كما هو مذكور في المادة (٣٧٢)، فلا ينقطع حق البائع من المبيع.

فلو جرت الشفعة فيه لاستوجب ذلك انتقال الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفيع مع وصف الفساد ولما كان ذلك إقراراً للفساد وإبقاء له فهو غير جائز (أبو السعود، والهندية).

وتدل عبارة «ما لم يسقط حق استرداده» في المجلة أنه إذا سقط حق الاسترداد فتثبت الشفعة حينئذ فوراً.

فلو بني المشتري بناء في ذلك العقار فيها أنه يسقط بذلك حق الفسخ، بمقتضى المادة (٣٧٢)، ويزول حق البائع فتثبت الشفعة (البهجة) لأن المانع للشفعة هو حق فسخ البائع، فإذا زال المانع المذكور تعود الشفعة الممنوعة (الهداية).

مثال آخر: لو اشترط للمشتري خيار مؤبد فلا شفعة للشفيع بناء على فساد البيع. لكن لو أبطل المشتري الخيار المذكور ونفذ البيع تثبت الشفعة لزوال فساد البيع (الهندية في الباب الأول).

وقت طلب المواثبة في البيع الفاسد:

كما ينقطع حق البائع على هذا الوجه في البيع الفاسد فيجب أن يطلب الشفيع الشفعة فوراً (البدري المنتقى) فلو باع المشتري فاسداً العقار المذكور من آخر يثبت حق شفعة الشفيع، أنظر المادة (٣٧٢).

لكن في هذه الحال يكون الشفيع مخيراً إن شاء أخذه بالبيع الأول. وفي هذه الصورة يعطي الشفيع قيمة المبيع يوم قبضه لأن ملكه في المشفوع قد تقرر بالحكم فلا يبطل بإخراج الأولى عن ملكه (مجمع الأنهر).

وإن شاء أخذه بالبيع الثاني، وفي هذه الصورة يعطى الشفيع الثمن المسمى، أي الثمن المسمى في البيع الثاني.

كذلك لو أخرج المشتري شراء فاسداً المبيع من ملكه بوجه ما كأن يبيعه لآخر أو يجعله مهراً فللشفيع أن ينقض تلك التصرفات ويأخذ المبيع بقيمته (أبو السعود).

تنبيهان:

التنبيه الأول - البيع الفاسد الذي لا تجري فيه الشفعة هو البيع الذي ينعقد فاسداً ابتداءً. أما في البيع الذي يكون فاسداً بعد أن ينعقد صحيحاً ابتداءً فتجري الشفعة فيه. مثلاً لو اشترى غير مسلم عقاراً من آخر غير مسلم في مقابل خمر ثم أسلم الإثنان قبل التقابض أو أسلم أحدهما كان البيع فاسداً لكن تثبت الشفعة للشفيع (أبو السعود).

التنبيه الثاني - إن العقار الذي يبيع بيعاً فاسداً، كما هو مبين في هذه المادة، لا يكون مشفوعاً، ولكن يكون مشفوعاً به أحياناً للبائع وأحياناً للمشتري.

فلو باع أحد عقاراً بيعاً فاسداً وقبل أن يسلمه للمشتري يبيع عقاراً آخر في جانبه يكون البائع شافعاً لذلك العقار الآخر. لأن ملك البائع في المشفوع له باق. كذلك لو يبيع عقار متصل بالعقار الذي اشتراه المشتري شراء فاسداً وقبضه للمشتري أن يكون شافعاً في العقار المذكور بسبب ذلك العقار المشتري لأن المشفوع به ملك للمشتري، أنظر المادة (٣٧١) وفي هذه الصورة لا يكون في ذلك اقراراً للفساد لأنه لو حكم في هذه الحال بالشفعة للمشتري في ذلك الملك فلا يكون ذلك مانعاً من حق البائع في استرداد المبيع بسبب فساد البيع وفي هذه الحال يبقى الملك المشفوع المذكور، كما كان، ملكاً للمشتري لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض كالمغصوب أما لو استرده البائع قبل الحكم بالشفعة فتبطل شفعة المشتري بناء على المادة (١٠٣٩) (الهندية في الباب الأول، أبو السعود، الهداية، رد المحتار).

وإذا كان المشتري في البيع بشرط الخيار غيراً وحده فقط فتجري الشفعة. لأن خيار المشتري ليس مانعاً من زوال ملك البائع، وفي هذه الحال أيضاً يزول ملك البائع عن المبيع بالاتفاق. أما الشفعة فتكون بخروج المبيع من ملك البائع وليس بدخوله في ملك المشتري. ألا ترى أنه تجري الشفعة في العقار الذي يدعى البائع أنه باعه من زيد وينكر زيد الشراء. والسبب هو أن البائع معترف بخروج العقار من ملكه، مع أن العقار المذكور لم يدخل في ملك زيد لإنكاره الشراء (أبو السعود) أنظر شرح المادة (٩٥٠).

ولو ضبط الشفيع العقار المبيع في مدة خيار المشتري بالشفعة فليس للمشتري بعد أن يفسخ البيع بخيار الشرط ويلزم الشفيع ولا ينتقل خيار المشتري للشفيع. لأن خيار الشرط إنما يثبت بالشرط. والشرط كان للمشتري وليس للشفيع (أبو السعود).

وإذا وقع الإشتراء في مقابل فرس معين وشرط الخيار للمشتري فإذا أخذ الشفيع العقار بالشفعة وجب البيع. وإذا أبطل المشتري في هذه الصورة خياره فيسلم ذلك الفرس للبائع. وإذا امتنع المشتري

عن ابطال خياره أخذ فرسه ويعطي البائع قيمة الفرس الذي أخذه من الشفيع . ولا يكون أخذ الشفيع العقار بالشفعة اختياراً من المشتري واسقاطاً لخياره في الفرس بخلاف ما إذا باعها المشتري فذلك اختيار منه (الهندية في الباب الأول بتغيير).

إن المبين في هذه الفقرة هو أن العقار الذي يباع بخيار الشرط للمشتري يكون مشفوعاً، كما أن العقار المذكور يكون مشفوعاً به .

مثلاً لو بيع عقار متصل بعقار آخر شري بشرط الخيار للمشتري فللمشتري أخذه بالشفعة عند الإمامين، إذ يدخل المبيع في ملك المشتري عندهما إذا كان المشتري مخيراً وحده وكذا عند الإمام لأنه صار أحق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة (مجمع الأنهر).

لو اتخذ المشتري على هذا الوجه الشفعة فيكون قد أجاز البيع في المشفوع به . فلو جاء الشفيع بعد ذلك وأخذ العقار الأول بالشفعة فليس له كذلك أخذ العقار الثاني بالشفعة لأنه إنما يملكها الآن فلا يصير بها جاراً للدار الأخرى من وقت العقد (الهندية في الباب الأول، وأبو السعود).

هذا إذا لم تكن متصلة بملكه فإن كانت متصلة كان له يشاركه فيها بالشفعة (مجمع الأنهر).

وإذا كان البائع مخيراً في المبيع أو في بدل المبيع، مثلاً كهذا الفرس أو هذه الصبرة من الخنطة، فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق الخيار (الهندية في الباب الأول عن المحيط).

لأن خيار البائع مانع لزوال ملكه عن المبيع . أما لو أسقط البائع خياره فتجري الشفعة بناء على المادة (٢٤) لكن اختلف في هذه الصورة في زمان طلب الشفعة، فعند بعض الفقهاء يجب طلب الشفعة عند سقوط الخيار والصحيح هو هذا (الهداية والجوهره).

وعند بعضهم يقتضي طلب الشفعة عند البيع (فتح المعين على الكنز).

وعليه لو بيع في جنب العقار الذي يباع والبائع غير عقار آخر فللبائع أخذ هذا العقار بالشفعة . لأن البائع إذا كان مخيراً فيما أن المبيع لا يخرج عن ملكه فله الحق في اتخاذ الشفعة في هذا العقار الآخر وعى هذا الوجه فلو اتخذ الشفعة سقط الخيار وانفسخ البيع لأن الأخذ بالشفعة نقض منه للبيع (فتح المعين الهندية في الباب الأول).

أما الخيار العيب وخيار الرؤية اللذان يثبتان للمشتري من غير شرط فليسا بمعينين لثبوت الشفعة وعليه فللشفيع حق الشفعة ولو كان هذان الخياران باقيين للمشتري .

ولذلك لو فسخ الشفيع البيع قبل أخذه العقار بالشفعة بأخذ هذين الخيارين، سواء أكان الفسخ قبل القبض أم بعده، فلا يسقط حق شفعة الشفيع، سواء أكان الفسخ بحكم القاضي أم برضاء البائع .

﴿مادة ١٠٢٧﴾ - (لا تجري الشفعة في تقسيم العقار فلو اقتسمت دار مشتركة

بين المشاركين فلا يكون الجار الملاصق شفيعاً).

لا تجري الشفعة في تقسيم العقار وفي رد المبيع بخيار الرؤية أو بخيار الشرط أو بخيار العيب بحكم الحاكم .

إيضاح تقسيم العقار: لا تجري الشفعة سواء أوقع التقسيم رضاء أم وقع قضاء على كلتا صورتين (الهندية في الباب الأول) لأن القسمة فيها معنى الإفراز، بمقتضى المادة (١١١٦)، ولذلك يجوز فيها الجبر لهذا الاعتبار، والحال أن الشفعة مشروعة في المبادلة من كل وجه ولذلك فلا تكون مشروعة في القسمة التي هي مبادلة من وجه وإفراز من وجه آخر (الدرر، عزمي زاده، أبو السعود).
مثلاً لو اقتسمت دار مملوكة مشتركة بين المشاركين بالرضاء أو بالقضاء فلا يكون الجار الملاصق أو الخليط في حق المبيع شفعياً.

إيضاح رد المبيع بخيار الرؤية وخيار الشرط:

لا تجري الشفعة في رد المبيع بخيار الرؤية وخيار الشرط سواء أكان بحكم الحاكم أم كان بلا حكم الحاكم لأن رد المبيع بهذين الخيارين فسخ للمبيع من كل وجه، وبما أنه لا يصلح بوجه ما ان يكون بيعاً جديداً فلا تثبت الشفعة به (أبو السعود).
مثلاً لو باع أحد عقاراً له من آخر وسلم الشفع الشفعة فرد المشتري العقار المذكور بخيار الرؤية وخيار الشرط فليس للشفع اتخاذ الشفعة بسبب ذلك (أبو السعود).

إيضاح الرد بخيار العيب:

وكذا لا تثبت الشفعة في رد المبيع بخيار العيب بحكم الحاكم بعد قبض المبيع أو قبل قبضه، كما لا تثبت الشفعة في الرد بخيار العيب بلا حكم الحاكم قبل قبض المبيع. لأن هذا فسخ من الأصل (أبو السعود).

مثلاً لو باع أحد عقاراً وبعد أن سلم الشفع الشفعة رد وأعاد المشتري المذكور العقار المبيع بخيار العيب بحكم الحاكم فليس للشفع اتخاذ الشفعة لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في البيع لا في الفسخ (مجمع الأنهر).

كذلك لو كان للعقار شفعان، أحدهما حاضر والآخر غائب، وبعد أن حكم بكل الشفعة للحاضر ورد الشفع ذلك العقار للمشتري بعيب قديم بحكم الحاكم وحضر الشفع الآخر فليس له أخذ الكل ولا النصف بالشفعة، يعني ليس له أخذ أحدهما لأنه فسخ مطلق ورفع للعقد من الأصل كأنه لم يكن والأخذ بالشفعة يختص بالبيع (الهندية في الباب السادس).
أما لو رد المشتري العقار المشتري بعد أن قبضه بخيار العيب للبائع بلا حكم الحاكم وأخذه هو وقبله فتجري الشفعة.

لأن هذا العقار قد عاد حينئذ إلى ملك البائع بقبوله ورضائه، فكان ذلك بمنزلة الشراء الجديد فيتعلق به حق الشفعة (أبو السعود، ومجمع الأنهر، والهداية).

كذلك قد ذكر في شرح المادة (١٠٢١) إن الشفعة تجري في الإقالة أيضاً.

الفصل الثالث

في بيان أنواع طلب الشفعة وكيفية طلبها

تكون الشفعة واجبة بالعقد والحوار وتتأكد بطلب الإشهاد، كما أن المشفوع يملك بالأخذ (الهندية في الباب الثالث).

﴿مادة ١٠٢٨﴾ - (يلزم في الشفعة ثلاثة طلبات وهي طلب الموائبة وطلب التقرير والإشهاد وطلب الخصومة والتملك).

على الشفيع في الشفعة ثلاثة طلبات.

أولها: طلب الموائبة.

ثانيها: طلب التقرير والإشهاد.

ثالثها: طلب الخصومة والتملك.

وصورة اجزاء هذه الطلبات ستوضح في المواد الآتية (التفتيح).

وبما أن كلا من هذه الطلبات مؤقتة بوقت معين في الشفعة فإذا فات ذلك الوقت تبطل الشفعة فطلب الموائبة يجري فوراً عند علم الشفيع بعقد البيع، والمشتري، وخمس الثمن، ومقداره. وطلب التقرير والإشهاد يكون في الحال، أي بلا تأخير، متى تمكن الشفيع من اجرائها. أما طلب الخصومة والتملك فلا بد من أن يباشر فيه في ظرف شهر، وإذا مرت المدة بلا طلب سقطت الشفعة. وسيأتي في المواد الآتية تفصيل ذلك.

﴿مادة ١٠٢٩﴾ - (ويلزم الشفيع أن يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله أنا شفيع المبيع أو اطلبه بالشفعة ويقال لهذا طلب الموائبة).

على الشفيع في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وعلم بالمشتري والثمن أن يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة لولم يكن أحد عنده فوراً أي في ذلك الحين بدون أن يمر زمن بالسكوت كقوله أنا شفيع المبيع أو اطلبه بالشفعة أو انني اطلبه بالشفعة أو انني طالبه بالشفعة أو طلبته بالشفعة (الهندية في الباب الثالث).

إيضاح القيود.

١ - عقد البيع: هذا التعبير ليس احترازياً، فالحكم على هذا المنوال أيضاً في سائر المعاملات المالية

التي هي في حكم البيع كالإقالة، والسلم، وبعض أنواع الصلح، أنظر شرح المادة (١٠٢١) كذلك الرد بخيار العيب بعد القبض بلا حكم الحاكم، كالبيع أيضاً كما هو مذكور في شرح المادة الآتية.

٢ - سمع فيه: يعني يشترط للزوم الشفيع طلب الموائبة سماعه عقد البيع، أي أن يكون عالماً وأسباب العلم في هذا سبعة، ستة منها اتفاقية وواحد خلافي.

أولها: سماع الشفيع بالذات، أي أن يكون حاضراً في مجلس البيع.

ثانيها: يحصل العلم بالاتفاق باخبار من كان حائزاً أحد شطري الشهادة.

شطر الشهادة: أحدهما، العدد، يعني رجلين أو رجلاً وامرأتين. ثانيهما العدالة، وعليه إذا كان المخبر رجلين أو رجلاً وامرأتين يحصل العلم بخبرهما وإن لم يكونا عدلين كما أنه لو أخبر شخص واحد عدل يحصل العلم أيضاً بإخباره ويلزم في الحال طلب الموائبة ولا يعفى الشفيع من طلب الموائبة فوراً بقوله إنني لم أصدق كلام هؤلاء.

ثالثها: يحصل العلم بالمبيع بالإجماع لو أخبر رجل غير عادل وصدقه الشفيع.

رابعها: يحصل العلم اجماعاً إذا كان المخبر هو المشتري سواء أكان المشتري عادلاً أم غير عادل لأن

المشتري خصم الشفيع ولا تطلب في الخصم العدالة.

خامساً: يحصل العلم أيضاً بخير الرسول، يعني لو جاء شخص من طرف المشتري للشفيع

لاخباره بالشراء وأخبره به ثبت العلم (أبو السعود، والعيني، والهندية في الباب الثالث).

سادسها: الكتاب مثلاً لو أخبر المشتري الشفيع بشرائه بكتاب حصل العلم.

سابعها: يثبت العلم عند الإمامين باخبار شخص واحد غير عدل.

يعني لو أخبر شخص واحد سواء أكان عدلاً أم فاسقاً، حراماً أم عبداً، مأذوناً بالغاً أم صبياً، رجلاً أم امرأة، يحصل العلم.

وعليه فإذا لم يطلب الشفيع لعدم تصديقه المخبر ثم فهم مؤخراً أن المخبر صادق بطلت شفيعته عند

الإمامين وعند الإمام الأعظم ليست باطلت في الصورة السابعة (الهندية في الباب الثالث، والجوهرة).

٣ - ولو لم يكن عند أحد: يلزم الشفيع أن يقوم بطلب الموائبة في المجلس الذي يسمع فيه عقد

البيع. ولو لم يكن عنده أحد. حتى لا يسقط حقه ديانة. وإذا أراد أن يحلف اليمين، بمقتضى المادة

(١٧٤٦)، يمكنه أن يحلف على أنه طلب الشفيع في الوقت الذي يسمع فيه البيع (أبو السعود).

ولا بد من طلبه باللسان ولا يكفي الطلب القلبي إلا في قول حسن بن زياد إذا لم يكن عنده أحد

(الطحطاوي).

٤ - العلم بالمشتري والثمن: توضيح هذا مذكور في المادة (١٠٢٤) فينبغي مراجعتها لمعرفة

(التفصيل).

٥ - أنا شفيع المبيع الخ: يستفاد من هذا التعبير أنه يجب طلب الشفيع في كل المبيع. حتى

أنه إذا تعدد الشفيع يلزم كلاً منهم أن يطلب الموائبة في كل الشفيع. والحكم في طلب التقرير

والإشهاد على هذا المنوال أيضاً - وإلا لو كان الشفعاء للمبيع اثنين فطلب أحدهما الموائبة أو طلب التقرير والإشهاد في نصف المبيع لكون حصة كل واحد من الشفيعين النصف فقط بطلت شفעתه في الكل سواء اكان كلاهما حاضرين أو كان أحدهما حاضراً والثاني غائباً.

مثلاً لو باع أحد الشركاء حصته في الدار المشتركة بين ثلاثة اشخاص من أجنبي فسمع شريكا البيع في مجلس واحد فطلب كل منهما الشفعة في نصف المبيع كانت شفعة كل منهما باطلة لأن الشفعة لا تقبل التجزئة كما هو مذكور في المادة (١٠٤١) (التفقيح، والهندية في الباب الثالث).

٦ - فوراً: قد وقع الاختلاف بين العلماء في طلب الموائبة فبعضهم قال بلزوم كونها فوراً يعني يلزم طلب الموائبة بدون تأخير وسكوت لحظة واحدة في الحين الذي يسبق فيه الشفيع عقد البيع ولو سمعه وكان في مكان بعيد. لأن الشفعة لما كانت حقلاً ضعيفاً فتسقط بالأحوال التي تدل على الأعراض كالسكوت (الهداية بإيضاح).

حتى إنه لو أخبر الشفيع بالبيع بكتاب وكان الخبر في أول الكتاب أو في وسطه وطلب الشفيع الشفعة بعد انتهائه من قراءة الكتاب فلا يصح الطلب (فتح المعين على الكنز).

ولو قال بعد ما بلغه خبر البيع من اشتراه وبكم بيعت ثم طلبها فهو على شفעתه (الجوهرية).

وهذا القول هو الرواية الأصلية، كما أنه قول عامة مشايخ بخارى وبعض مشايخ الخ.

ولذلك قيل في مجمع الأنهر أنه عليه الفتوى. كما أن مفتي الثقلين قد أفتى به وأجاب على سؤال بأن دعوى الشفعة قبل البيع غير ممكنة، وعلى الشفيع عند استماعه بالبيع أن يجريها بلا تأخير لأنه قد ورد في الهندية أنه (إذا علم الشفيع بالبيع ينبغي أن يطلب الشفعة على الفور ساعتئذ، وإذا سكت ولم يطلب بطلت شفעתه، وهذه رواية الأصل عن اصحابنا) (الهندية في الباب الثالث).

ويفهم من قول المجلة (في الحال) أنها اختارت هذا القول.

وعليه فلا يمتد طلب الموائبة إلى نهاية المجلس كامتداد خيار القبول إلى نهاية مجلس البيع كما هو مذكور في المادة (١٨٢)، وعند بعض العلماء إن طلب الموائبة ليس فوراً كالمخير في خيار القبول المذكور في المادة (١٨٢) لأن الشفيع محتاج إلى التروي والتأمل، وقد ذهب الكرخي وبعض مشايخ بلخ إلى هذا القول كما اختاره أيضاً صاحب الملتقى على رواية صاحبي الدر المنتقى ومجمع الأنهر، وقبل صاحب الدر المختار ذلك أيضاً إذ قال: يبطلها ترك طلب الموائبة وتركه بأن لا يطلب في مجلس أخبر فيه بالبيع: ابن كمال، وتقدم ترجيحه انتهى.

وعلى هذا القول فللشفيع أن يطلب الشفعة إلى نهاية مجلس استماعه ما لم يصدر منه في المجلس قول أو فعل يدل على الأعراض، مهما طالت المدة من أول المجلس إلى آخره فيصح ويجوز طلبه الشفعة.

وجاء في المادة (١٠٣٤) من المجلة (مثلاً لو وجد في حال يدل على الأعراض عند استماعه عقد البيع ولم يطلب الشفعة في ذلك المجلس بأن اشتغل بأمر آخر أو اشتغل بالبحث عن صدد آخر أو قام من المجلس دون أن يطلب الشفعة يسقط حق شفעתه).

فيستدل من هذه المادة أنها ترجح هذا القول الثاني بحسب الظاهر.

وليس من المناسب أن يقبل قول في إحدى المادتين اللتين تبحثان في مسألة واحدة وأن يقبل في الأخرى قول آخر، بل يجب أن تطبق هاتان المادتان وتؤول إما على القول الأول وإما على القول الثاني.

وبما أن القول الأول، هو رواية الأصل ومرجح، كما بين آنفاً، وقد أفتى به شيخ الإسلام أبو السعود فيجب أن تبقى هذه المادة على ظاهرها ويجب تأويل المادة (١٠٣٢) وحملها على القول الأول وبذلك تكون الرواية مطابقة لرواية الأصل، وموافقة للفتوى، وستؤول المادة (١٠٣٢) اثناء شرحها على هذا الوجه، ولما كانت المادة (١٠٣٢) متممة لهذه المادة فقد كان من المناسب ورودها هنا. إن لزوم طلب الموائبة مشروط بسماع عقد البيع، وعليه فمتى سمع ألعقد يثبت له حق الشفعة سواء اسمعه عند وقوعه أم بعد مرور عدة سنوات (الدرر، عبد الحليم، رد المحتار).

لكن في البيع الفاسد لا يلزم اجراء طلب الموائبة عند سماع عقد البيع، بل يلزم اجراؤه وقت انقطاع حق الفسخ، وذلك كما هو مبين في شرح المادة (١٠٢٦) ويجب طلب الشفعة في بيع الفضولي الذي فيه خيار الشرط للبائع وقت البيع عند الإمام أبي يوسف، وعند الإمام محمد يجب طلب الشفعة وقت الإجازة.

ويلزم طلب الشفعة في الهبة بشرط العوض وقت القبض وعلى رواية وقت العقد (الهداية في الباب الثالث).

٧ - طلب الشفعة كقوله أنا: إن الفاظ الطلب لا تنحصر في الألفاظ المذكورة، فكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة يصح طلب الشفعة به.

لأن العبارة للمعاني، بمقتضى المادة (٣)، والصحيح أنه لو طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة جاز (الهندية) كطلبت الشفعة، لأن هذه الألفاظ في العرف يراد بها الطلب في الحال لا الاخبار عن ماض أو مستقبل، وقيل يقول اطلب الشفعة وأخذها ولا يقول طلبتها وأخذتها فإن قال ذلك بطلت شفعتها، لأن ذلك كذب محض والجواب ما قلنا (الطحطاوي).

وصيغة هذا الطلب تكون بالماضي والمستقبل على الصحيح، ويقول الشفعة كذا في الحانية. ويقال لهذا طلب الموائبة. والموائبة مأخوذة من الوثوب على وزن مفاعلة، وفي هذا استعارة لأن السير مع الوثوب يكون اسرع في قطع المسافة، سمي به ليدل على غاية التعجيل (مجمع الأنهر). وتسمية ذلك بطلب الموائبة للتبرك بلفظ الحديث الشريف القائل «الشفعة لمن وثبها». أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (أبو السعود).

قال الطحطاوي: تبركا بلفظه ﷺ «الشفعة لمن وثبها».

لا يشترط في طلب الموائبة الإشهاد. يعني لا يشترط في صحة طلب الموائبة الاشهاد، أي حضور شهود وعليه فلو صدق المشتري على اجراء الشفيع طلب الموائبة كان الطلب المذكور مقبولاً ومعتبراً (التفيع، مجمع الأنهر).

يعني إن عدم الإشهاد على طلب الموائبة، ولو أمكن الإشهاد، لا يستلزم بطلان الطلب المذكور إلا

أن ترك الطلب المذكور بلا عذر يوجب سقوط الشفعة، والعذر هو كأن يكف أحد فم الشفيع أو أن يكون الشفيع في الصلاة.

لكن لو أنكر المشتري إجراء الطلب المذكور فيجب الإشهاد لإثباته (الدرر).

يعني لو ادعى المشتري أثناء المحاكمة لأجل الشفعة أن الشفيع لم يطلب الموائبة وإن شفيعه قد سقطت بناء على ذلك، وأظهر الشفيع أنه أجرى طلب الموائبة عند علمه بالبيع، كان القول للمشتري وبما أن الشفيع مجبر على طلب الموائبة فيجب على الشفيع توثيقاً لحقه الإشهاد على طلب الموائبة.

وفي هذه الصورة إذا كان الشفيع في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وجده ولم يكن لديه شهود يستشهدهم. وإذا فهم أن الشفيع محتاج إلى إقامة البينة فعليه، أن يفتش على الشهود ويقول لهم إنني علمت الآن بالبيع وإني أطلب المبيع بالشفعة، فإن فعل ذلك جاز، أنظر شرح المادة (٣٠). ويخلف على ذلك ويستثنى في يمينه (الهندية في الباب الثالث).

وإن كان وقت طلب الموائبة أحد العاقدين أو كان عند الدار وتمكن من الإشهاد ولم يشهد عند طلب الموائبة بطلت لأعراضه وإلا فلا يشترط الإشهاد إلا لإسقاط اليمين (الطحطاوي).

قيام طلب الموائبة مقام طلب التقرير والإشهاد:

إذا أشهد على طلب الموائبة، وكان الإشهاد المذكور في محضر المبيع أو البائع أو المشتري، فلا يبقى لزوم لطلب التقرير والإشهاد كما في المادة الآتية.

ويكون الطلب الواحد قائماً مقام الطلبين، وذلك سبباً في شرح المادة المذكورة. أما مجرد الإشهاد على طلب الموائبة بدون أن يكون في حضور البائع أو المشتري أو العقار المبيع فلا يقوم مقام طلب التقرير والإشهاد، وستوضح المسألة أكثر في شرح المادة (١٠٣٢) (الدرر، أبو السعود).

﴿مادة ١٠٣٠﴾ - (يجب على الشفيع بعد طلب الموائبة أن يطلب التقرير وأن يشهد بأن يقول في حضور رجلين عند العقار المبيع أن فلاناً قد اشترى هذا العقار أو عند المشتري أنت قد اشتريت العقار الفلاني أو عند البائع إن كان العقار موجوداً في يده أنت قد بعث عقارك وأنا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والآن أطلبها أيضاً اشهداً. وإن كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والإشهاد بهذا الوجه يوكل آخر فإن لم يجد وكليلاً أرسل كتاباً).

إذا لم يشهد الشفيع أثناء طلب الموائبة فيجب عليه أن يطلب التقرير والإشهاد وقت تمكنه وقدرته بلا تأخير حتى تستقر الشفعة (فتح المعين على الكنز).

مدة هذا الطلب لم تكن على فور المجلس في الأكثر بل هي مقدرة بمدة لتمكن من الإشهاد حتى لو
تكن ولم يطلب بطلت شفيعته (مجمع الأنهر بتغيير).

وطلب الشفعة طلبان، طلب موثبة وطلب استحقاق، فطلب الموثبة عند سماعه بالبيع يشهد
على طلبها ثم لا يمكث حتى يذهب إلى المشتري أو إلى البائع أو إلى الدار المبيعة (الجوهرة باختصار).
إن مدة طلب الإشهاد مقيدة بالتمكن منه، كما أشير إليه شرحاً وصرح به أيضاً في المادة
(١٠٣٣) وعليه فإذا كان مقتدرًا على طلب التقرير والإشهاد عند وجود واحد من ثلاثة أشياء،
وهي المذكورة في الفقرة الآتية، ولم يطلب وهو مقتدر، أي تأخر، كانت الشفعة باطلة نفيًا للضرر
عن المشتري بالتمكن من الإشهاد لأنه لو علم الشفيع بالشفعة ليلاً فلا يكون مقتدرًا على الخروج
للإشهاد ولذلك فلو طلب التقرير والإشهاد صباحاً بلا تأخير كان طلبه صحيحاً (الهندية في الباب
الثالث) أنظر المادة (٢١).

وبما أن المادة (١٠٣٢) متممة لهذه المادة فكان مناسباً جعلها في مادة واحدة.

قيل شرحاً «إذا لم يشهد الشفيع أثناء طلب الموثبة» لأن لزوم طلب التقرير والإشهاد، المبين في
هذه المادة، هو في حالة عدم حصول الإشهاد أثناء طلب الموثبة عند ثلاثة أشياء، وهي المبيع أو المشتري
أو العقار، فإذا وجد الشفيع عند أحد تلك الأشياء الثلاثة، فسمع بالبيع وطلب الشفعة بالموثبة وأشهد
عليه في الحال كان هذا الطلب والإشهاد قائمين مقام طلبين، ولا حاجة بعدهما إلى طلب تقرير
وإشهاد، كما ذكر في شرح المادة الأنفة.

مثلاً لو أجرى الشفيع طلب التقرير والإشهاد فوراً في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وكان
المشتري أو الهائغ الذي لا يزال المبيع في يده حاضراً فهذا الطلب يقوم مقام طلب الموثبة وطلب التقرير
والإشهاد معاً (فتح المعين، الهداية).

إنما يحتاج إلى طلب الموثبة ثم إلى طلب الإشهاد بعده إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب الموثبة بأن
سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار، أما إذا سمع في حضرة هؤلاء الثلاثة وأشهد على
ذلك فذلك يكفي ويقوم مقام الطلبين (الهندية في الباب الثالث).

وعليه فيجب أن يقول الشفيع في حضور الرجلين اللذين يريد اشهادهما أو الرجل والإمرأتين عند
المبيع بالإشارة إليه: اشترى هذا العقار فلان وبما إنني شريك في نفس المبيع مثلاً فأنا شفيعه وقد أجريت
طلب الموثبة في المجلس الذي سمعت فيه عقد البيع فوراً والآن اطلبها أيضاً فكونا شاهدين أو يقول
خطاباً للمشتري، سواء أكان المشتري قابضاً المشفوع أم كان غير قابض، في حضور نصاب الشهادة من
الشهود: إنك اشتريت العقار المحدود بالحدود الفلانية وبما انني خليط في حق المبيع مثلاً فأنا شفيعه
وقد طلبت الموثبة وإنني اطلبها الآن أيضاً، وأنتم ايها الشاهدان اشهدا، أو يقول والمبيع لا يزال في
يد البائع، يعني قبل أن يسلم للمشتري، خطاباً للبائع في حضور الشاهدين: إنك بعت عقارك

الفلاي من فلان وبما إنني جار ملاصق فأنا شفيعه وقد طلبت طلب المواثبة وأنا الآن أيضاً ويقول بعد ذلك اشهدوا أيها الشهود على هذا (الهداية).

إيضاح القيود:

١ - في حضور شخصين: المفهوم من عبارات الفقهاء وظاهر هذه المادة لزوم إجراء طلب التقرير والإشهاد في حضور الشاهدين.

إلا أنه قد صرح في الخاتمة والبدائع بأن الإشهاد ليس شرطاً في صحة الطلب المذكور. بل إنما يجب الإشهاد للتمكن من الإثبات بإقامة الشهود فيما إذا أنكر الخصم الذي هو المشتري وقوع طلب التقرير والإشهاد حتى إن الشفيح لو أجرى طلب التقرير بلا اشهاد وأقر به المشتري وصدقه أو نكل المشتري عن اليمين المكلف بها فيثبت ويتحقق طلب التقرير (أبو السعود والتنقيح بعلاوة).

٢ - عند المبيع: يكون طلب التقرير والإشهاد في أحد ثلاثة مواضع:

أولها، عند المبيع لأن حق الشفعة يتعلق بالمبيع.

ثانيها، عند المشتري، لأن المبيع، أي المشفوع، ملك للمشتري.

ثالثها، عند البائع، إذا كان المبيع لا يزال في يد البائع ولم يسلم للمشتري بعد.

لأنه وإن زال ملك البائع عن المبيع، فيما أن يده لا تزال باقية فالتقرير والإشهاد عنده باعتبار بقاء يده على البيع صحيحان. أما إذا سلم المبيع للمشتري، فيما أنه لم تبق يد البائع عليه فقد قال أكثر الفقهاء بعدم صحة طلب التقرير والإشهاد عنده وإن قال بعضهم بصحة طلب التقرير والإشهاد عند البائع في هذه الصورة أيضاً استحساناً.

وفهم من عبارة المجلة (وإذا كان المبيع في يد البائع . . الخ) إنها اختارت القول الأول كما أن اصحاب المتن قد اختاروا هذا القول أيضاً. وقد قدم في هذه المسألة القياس على الاستحسان (فتح المعين، والجوهرة). وذكر شيخ الإسلام أنه يصح الإشهاد عليه وإن لم يكن العقار في يده استحساناً (الطحطاوي).

وفهم من الإيضاحات السالفة أن الشفيح مخير في إجراء طلب التقرير والإشهاد عند أي الثلاثة الأشياء المذكورة شاء.

ومع ذلك وإن كان بعض الفقهاء قد قيدوا صحة طلب التقرير، والإشهاد عند العقار فيما إذا كان الشفيح غير قادر على طلب التقرير والإشهاد عند البائع والمشتري إلا أنه يفهم من ذكره في المجلة بالتردد والتخيير أنها لم تقبل هذا القول (الدر المنتقى).

وعليه فإذا كان ثلاثتهم في بلدة واحدة وكان بعضهم قريباً من الشفيح وبعضهم الآخر بعيداً عنه ولم يشهد ولم يقرر الشفيح عند القريب منه وأشهد وقرر عند البعيد عنه جاز لأن البلدة الواحدة تعتبر مع نواحيها وأماكنها كالمكان الواحد.

أما لو كان بعضهم موجوداً في البلدة التي يوجد فيها الشفيع، والبعض الآخر في قرية تابعة لتلك البلدة أو في بلدة أخرى فلم يطلب ولم يشهد الشفيع عند من كان في بلده فذهب إلى القرية أو المدينة الأخرى بطلت شفيعته.

كذلك لو كان ثلاثتهم في بلدة، وبعضهم قريب وبعضهم بعيد، ولم يقرر ولم يشهد عندما وصل إلى القريب ومر عنه وقرر وأشهد عندما مر عن البعيد كانت شفيعته باطلة أيضاً (الهندية في الباب الثالث، مجمع الأنهر، الشرنبلالي).

قال في البرازية إلا أن يختار الأبعد ويترك الأقرب فحينئذ تبطل (الطحطاوي).

٣ - عقارك الفلاني: ليس تسمية المبيع وتحديد شرطاً في صحة الطلب على ظاهر الرواية، ولكن على رواية عن أبي يوسف هي شرط، لأن الطلب إنما يصح بعد العلم وبما أن العقار يعلم بالتحديد فقط فلا يكون الطلب والإشهاد صحيحين بدون التحديد (فتح المعين).

وإن كان الشفيع في مكان بعيد ولا يستطيع طلب التقرير والإشهاد على هذا الوجه، يعني عند العقار أو المشتري أو البائع، فله توكيل أحد، ويرسل الوكيل من ذلك المحل لإجراء طلب التقرير والإشهاد عند البائع أو المشتري أو العقار المشفوع لأن للإنسان بمقتضى المادة (١٤٥٩) أن يوكل آخر في الخصومات التي يجوز له أن يعملها بالذات، وطلب التقرير أحد تلك الخصومات أيضاً.

وإذا لم يجد وكيلاً يرسله فيرسل كتاباً، مع ساع أو بالبريد، إلى المشتري وإلى البائع إذا كان المبيع في يده، أنظر المادة (٦٩) وإذا لم يمكن إرسال كتاب أيضاً فلا تسقط شفيعته (الدرر والهندية في الباب الثالث).

ولا ريب في أن الشفيع إذا وجد في محل بعيد على هذا الوجه فيمكنه أن يذهب بنفسه من ذلك المحل ويجري طلب التقرير والإشهاد، والمدة التي يقضيها أثناء الطريق معفو عنها (البهجة).

﴿مادة ١٠٣١﴾ - (يلزم أن يطلب الشفيع ويدعي في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والإشهاد ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك).

يجب على الشفيع إذا لم يسلمه المشتري العقار المشفوع بعد طلب التقرير والإشهاد أن يطلب الشفعة ويدعي في حضور الحاكم، أي في محكمة البلدة التي يوجد فيها العقار المشفوع، وفي مواجهة الخصم.

لأن سبق الدعوى في الحكم لما كان شرطاً فلا يحكم الحاكم بدون الطلب والدعوى (مجمع الأنهر) ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك.

إيضاح القيود:

١ - التسليم برضائه: لو سلم المشتري العقار المشفوع برضائه للشفيع بقاء على شفيعته فلا حاجة

طلب الخصومة بعد، كما يستفاد ذلك من المادة (١٠٣٦) وليس للمشتري بعد ذلك استرداد العقار بلا رضاء الشفيع.

٢- في حضور الحاكم: حضور المحكم كحضور الحاكم أيضاً، فتصبح دعوى الشفعة في حضوره أنظر المادة (١٨٤١).

٣- في محكمة البلد الذي يوجد فيه العقار المشفوع:

أما لو ظهر المشتري في بلد غير البلد الموجود فيه العقار المشفوع فليس للشفيع أن يدعي الشفعة هناك، وإنما يلزم الادعاء في محكمة البلد الذي يوجد فيه العقار المشفوع (الهندية في الباب الثالث).
قد اختلف الفقهاء في جواز رؤية دعوى عقار من قاضي بلد في بلد آخر، فقال بعضهم بجواز ذلك وقال بعضهم الآخر بعدم الجواز وقد اختلفت المجلة في المادة (١٨٠٧) القول الأول، ويجب أن تبنى مسألة الهندية المذكورة على القول الثاني، لأن في بعض المسائل المذكورة في الباب الثالث عشر يمكن الإدعاء في غير البلد الموجود فيه العقار المشفوع.
ومع ذلك فترى الدعوى المتعلقة بعقار، بناء على الأصول المرعية الآن، في محكمة البلد القائم فيها العقار والمنسوب إليه.

٤- في مواجهة الخصم: والخصم الأشخاص الآتي ذكرهم:

أولاً: البائع، فإذا كان العقار المشفوع لم يسلم للمشتري بعد فالخصم للشفيع هو البائع لكن حضور المشتري حين المحاكمة شرط. لأنه يوجد في المبيع يد البائع وملك المشتري، والشفيع بما أنه يتعرض لليد والملك معاً، فيلزم حضور الإثنين أيضاً.

وفي هذه الصورة إذا أتم الحاكم المحاكمة في حضور البائع وتحقق حق الشفعة للشفيع، فيحكم الحاكم بفسخ اشتراء المشتري في حضور البائع وتتحول في هذه الحال صفقة البيع إلى الشفيع، أي كأن الشفيع قد اشتري العقار من البائع. والعهد تكون على البائع، أي الاحكام التي تترتب على البيع، لأن المبيع إذا كان في يد البائع. فيتعلق به حقه، لأن له حبه حتى يستوفي الثمن (الجوهرة، مجمع الأنهر، الطحطاوي).

وعلى هذا التقدير فتعود العهدة، يعني ضمان الثمن، عند استحقاق الدار وتسليم العقار والصك القديم على البائع (الهندية في الباب الثالث، الدر المنتقى، منلا مسكين).

وعليه فلو أدى الثمن للبائع وحكم الحاكم على البائع في حضور المشتري بالشفعة ولم يقبض المشتري العقار فيأخذ الشفيع العقار من البائع ويؤدي الثمن إلى المشتري وتكون العهدة على المشتري وإذا كان المشتري لم يؤد الثمن للبائع بعد، فيعطي الشفيع الثمن للبائع وتكون العهدة على البائع (الهندية في الباب الخامس).

ويجعل العهدة، أي حقوق العقد كضمان الدرك وتسليم العقار والصك القديم على البائع (الطحطاوي).

ثانياً: المشتري، فلو سلم العقار المشفوع للمشتري كان المشتري هو الخصم وحينئذ لا يلزم حضور البائع ولا تكون العهدة عليه لأن البائع يصير بعد ذلك أجنبياً (الهداية، والدرر).
والحاصل، أنه إذا أخذ الشفيع المشفوع من البائع ودفع له ثمنه كانت العهدة وضمان الثمن على البائع أنظر المادة (١٠٣٧).
كما أنه إذا أخذ الشفيع المشفوع من المشتري كانت العهدة وضمان المال على المشتري (الهندية في الباب الخامس).

ثالثاً: الوكيل بالشراء. إذا لم يسلم الوكيل بالشراء العقار الذي اشتراه لموكله كان الوكيل المذكور خصماً للشفيع، لأن الوكيل المذكور عاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد. وعليه للشفيع أن يأخذ المشفوع بالشفعة من يد الوكيل المذكور في حضور المشتري، أي حضور الموكل، ويسلمه الثمن (مجمع الأنهر) وتعود العهدة عليه (الجوهرة).
رابعاً: موكل الوكيل بالشراء. فلو سلم الوكيل بالشراء العقار لموكله كان الموكل هو الخصم، ولا يكون الوكيل حينئذ خصماً (الهداية، والدرر).
لأنه إذا سلمها لم يبق له يد فيكون الخصم هو الموكل (الجوهرة).
خامساً: وصي اليتيم يكون خصماً.

فلو باع الوصي العقار الذي يجوز بيعه، للشفيع الادعاء على هذا الوصي، أنظر شرح المادة (٣٦٥) لأن الوصي عاقد (فتح المعين) أي إذا لم يسلم الوصي العقار للمشتري بعد.
سادساً: يكون الوكيل بالبيع خصماً، يعني إذا لم يسلم الوكيل بالبيع المال للمشتري يكون خصماً للشفيع ولا يشترط حضور الموكل في هذا (الهداية). لكن قد ذكر أيضاً أن حضور المشتري شرط.
٥ - الطلب والدعوى: يلزم أن تكون صورة المحاكمة على الوجه الآتي:
بما أن الشفيع مدع، فعليه، بمقتضى المادة (١٨١٦):
أولاً أن يصور دعواه في حضور الحاكم على الوجه الآتي:

بما أن هذا الرجل قد اشترى العقار المحدود بالحدود الفلانية في الحي الفلاني من المدينة الفلانية أو القرية الفلانية من فلان بكذا درهماً وأعطاه الثمن الفلاني وقبض المبيع وتسلمه وبما انني شفيع لهذا العقار بداري المحدودة بالحدود الفلانية وقد طلبت طلب الشفعة والمواثبة وأشهدت عليه عند سماعي بالبيع بلا تأخير. فاطلب أن تأمروا وتنبهوا على البائع أن يأخذ من يدي ما دفعه من الثمن وأن يسلمني ذلك العقار المشفوع (مجمع الأنهر، ودرر الصكوك).

وعليه فيما أن المدعي يدعي بالعقار المشفوع فيجب أن يكون المدعى به معلوماً بمقتضى المادة (١٦١٩) فيشترط بيان حدود العقار المشفوع به على الوجه المذكور في الفتوى كما اقتضى تحديد المشفوع وبيانه وإن لم يشترط الخصاص (فتح المعين).

وعليه فإذا ادعى الشفيع الشفعة، فكما أنه يسأله الحاكم، كما هو مذكور آنفاً، عن محله وحدوده، فيستوضح منه أيضاً عن الخصوصات الآتية:

أولاً: يسأله عما إذا قبض المشتري ذلك العقار أم لا . وقد بين ذلك في صورة الدعوى أيضاً لأن المشتري إذا لم يقبضه فلا تصح الدعوى ما لم يكن البائع حاضراً (الزليعي) .
ثانياً: يسأله أي الأسباب الثلاثة كان سبب الشفعة، لأنه قد يكون محجوباً بغيره، أو قد يكون ادعى الشفعة بسبب غير صالح، ككونه جاراً مقابلاً، فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً، فلا بد من البيان (فتح المعين، والطحطاوي) .
فيه أنه تصح الدعوى من المحجوب أيضاً إن لم يدع المقدم .

ثالثاً، الاستفسار عن حدود المشفوع به والاستيضاح عن وقت سماع عقد البيع أو متى أخبر به . لأنه يلزم أن يعلم الحاكم بالمدة التي بين وقت العلم وبين وقت المرافعة، أي يلزم أن يعلم، بمقتضى المادة (١٠٣٤)، بأنه قد مر شهراً أو لم يمر (منلا مسكين، وفتح المعين) .

رابعاً: يسأله ماذا عمل في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع وعند من من المشتري والبائع والعقار المبيع أجرى طلب التقرير والإشهاد، وهل أن أحد الأشياء الثلاثة الذي أجرى الإشهاد عنده كان أقرب إليه من الشئيين الآخرين، أو لم يكن أقرب، لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه، فلا بد من كشف ذلك (الهندية في الباب الثالث والطحطاوي) .
وعليه فإذا أجاب الشفيع على تلك الأسئلة كلها، وفهم بناء على جوابه إن له الشفعة بحق، فيرجع الحاكم ويسأل المشتري عن الخصوصات الآتية :

أولاً: يستوضح منه عما إذا كان الشفيع المدعي مالكاً للعقار المشفوع به أم لا . لأن ظاهر اليد وإن كان صالحاً لدفع دعوى الغير فليس صالحاً للاستحقاق، ولذلك لا يكتفي بظاهر اليد (فتح المعين) .
يعني أنه لا يقتضي مجرد وضع يد الشفيع على العقار المشفوع به كون الشفيع مالكاً له . لأنه قد يحتمل أن تكون يد الشفيع يد إعاره أو يد إجارة ولا حجة مع الإحتمال، أنظر المادة (٧٣) (الهداية) .
فإن قال المدعى عليه هذه الدار التي ذكرها في يده ولكنها ليست ملكه فإن أبا حنيفة ومحمداً قالوا لا يقضي له بالشفعة حتى يقيم البينة على أنها ملكه (الجوهرة) .

يتحقق ملك الشفيع للعقار المشفوع به على ثلاثة أوجه .

١ - يتحقق بإقرار المشتري، أنظر المادتين (٧٨، ٧٩) .

٢ - يتحقق بإقامة الشهود . للشفيع في حال إنكار المشتري أن يقيم الشهود على امتلاكه المشفوع به، وصورة الشهادة تكون على الوجه الآتي :

إن هذا العقار المجاور للعقار المبيع ملك لذلك الشفيع قبل أن يشتري المشتري العقار المشفوع ولا يزال ملكه حتى الساعة أيضاً ولم يعلم أن الشفيع أخرجه من ملكه . كذلك يكفي أن شهد الشهود أن هذا الشفيع اشترى العقار المشفوع به من فلان أو وهبه إليه وسلمه له وهو في يده الآن .

٣ - يتحقق بتحليف المشتري، إذا لم يثبت الشفيع أن العقار المشفوع به ملكه يحلف المشتري اليمين بطلب الشفيع، وتكون اليمين على الصورة الآتية :

يخلف اليمين على أنه لم يعلم بأن هذا الرجل أي الشفيح، مالك للعقار الذي اتخذه مشفوعاً به (مجمع الأنهر).

التحليف على عدم العلم، وعدم التحليف على البتات، مبني على كون الإستحلاف واقعاً على فعل الغير أنظر المادة (١٧٤٨) لكن قيده في شرح المجمع بما إذا قال المشتري ما أعلم ولو قال أعلم أنه غير مملوك للشفيح يخلف على البتات هذا إذا كان الشفيح ينكر ملكه فيما يشفع به وإن كان ينكر جواره للدار المشتراة حلفه على ذلك (فتح المعين).

ثانياً: يسأل المشتري عما إذا اشترى المشفوع أو لم يشتره، ويسأل البائع في الصورة التي يكون البائع خصماً عما إذا باعه أو لم يبعه، فإذا أقر بتحقيق الشراء أو البيع كما أنه إذا أنكر تطلب البينة من الشفيح على الشراء أو البيع، فإذا أقامها ثبت الشراء أو البيع. وعلى هذا التقدير فلو أقام الشفيح البينة على أن المشتري، الذي هو واضع اليد، قد اشتراه من فلان، وأقام واضع اليد البينة أيضاً على أن ذلك الشخص قد أودعه إياه، فيحكم الحاكم بالشفعة للشفيح مرجحاً بينته لأن صاحب اليد انتصب خصماً بدعوى الفعل وهو شراؤه (الهندية في الباب الخامس).

وإذا لم يثبت الشفيح الشراء أو البيع بالبينة يخلف المشتري اليمين بالطلب، وعند الطرفين يخلف على الحاصل، يعني أن ثبوت الشفعة إن كان متفقاً عليه يخلف على الحاصل بالله ما استحق هذا الشفيح الشفعة على.

يعني يخلف على أن الشفيح لا حق له في أخذ هذا العقار بالسبب المذكور لجواز أن يكون قد ابتاع وسلم الشفيح الشفعة (الجوهرة).

وعند الإمام أبي يوسف يخلف على السبب، يعني يخلف على أنه لم يشتر هذا العقار المشفوع ما لم يكن المدعى عليه على مذهب الإمام الشافعي القائل بعدم لزوم الشفعة بسبب الجوار، وكان سبب الشفعة هو الجوار فتلزم اليمين على السبب، لأنه إذا حلفت اليمين على الحاصل وحلف المدعى عليه اليمين يكون صادقاً على مذهبه (الدرر، عبد الحلیم، فتح المعين، مجمع الأنهر). قال في الجوهرة لثلاث يتأول عليه أنه مما لا تستحق عليه الشفعة بالجوار.

ثالثاً: ويستوضح من المشتري هل أجرى الشفيح في الوقت الذي سمع فيه عقد البيع طلب المواثبة وطلب التقرير والإشهاد في الزمن الذي تمكن فيه من ذلك بلا تأخير أم لا، فإذا أقر بتحقيق هذه الجهة وإذا أنكر فالقول للمشتري. وفي هذه الصورة يجب على الشفيح الإثبات، وعليه فلو أقام المشتري البينة على أن الشفيح سمع البيع منذ زمن ولم يطلب الشفعة وأقام الشفيح البينة على أنه طلب الشفعة فوراً عندما سمع البيع يحكم عند الإمام الأعظم ببينة الشفيح وعند أبي يوسف ببينة المشتري (الهندية في الباب الثالث).

وإذا لم يثبت الشفيح طلب الشفعة يخلف المشتري بالطلب، والمشتري إذا أنكر طلب الشفيح

الشفعة عند سماع البيع يخلف على العلم وإن أنكر طلبه عند لقائه يخلف على البتات (الهندية في المحل المذكور والدر المختار).

تجري المحاكمة في دائرة الإيضاحات السابقة، وإذا جاء الدور للحكم بالشفعة يحكم الحاكم بلا طلب بعد تحليف الشفيع على الوجه الوارد في المادة (١٧٤٦).

لا يشترط أن يحضر الشفيع الثمن وقت الدعوى فتسمع دعوى الشفيع ولو لم يكن في يده ثمن المشفوع، لأن لزوم الثمن الشفيع بعد الحكم (الطحطاوي).

لكن على رواية محمد إذا لم يحضر الشفيع الثمن فلا يحكم الحاكم بالشفعة لأنه يحتمل أن يكون الشفيع مفلساً ويهلك الثمن على المشتري (مجمع الأنهر).

لكن يجب على الشفيع بعد الحكم احضار الدراهم. لأنه حينئذ قد تحقق سبب اللزوم، وللمشتري حبس العقار المشفوع وتوقيفه إلى أن يؤديه الثمن، لأن الشفيع والمشتري لما كانا بمنزلة البائع والمشتري، فيجري عليها حكم المادة (٢٧٨) أيضاً. ولا تبطل بعد الحكم شفعة الشفيع بمجرد تأخيرها تأدية الثمن لأن الشفعة قد تأكدت قضاء (مجمع الأنهر بإيضاح).

وعلى الحاكم أن يجبره على وفاء الثمن للمشتري، وإن فهم بعد ذلك أنه عاجز عن ادائه للمشتري يبطل الحاكم الشفعة (الجوهرة).

وإن كان شراء المشتري بثمن مؤجل، كان الشفيع مخيراً إن شاء دفع الثمن سلفاً وأخذ المشفوع وفي هذه الصورة لو أخذ الشفيع المشفوع من البائع بدراهم دفعها سلفاً سقط ثمن المبيع عن المشتري لأن الشفيع في هذه الصورة قام مقام المشتري (المداية).

أو لو أخذه من المشتري فللبائع أن يراجع المشتري عند حلول وقت إداء الثمن ويطلبه منه لأن الأجل يثبت له بالشرط فلا يبطل بأخذ الشفيع بثمن حال (الزيلعي، مجمع الأنهر).

وإن شاء طلب شفيعه في الحال وبأخذه بعد مضي الأجل لأن له أن لا يلزم الضرر الزائد (مجمع الأنهر).

وليس له أن يقول له أخذه في الحال وأعطى الثمن عند حلول الأجل. لأن الأصل في الثمن أن يكون حالاً، وإنما يؤجل بالشرط، ولا شرط في حق الشفيع (مجمع الأنهر).

لكن تكون هذه التفصيلات في البيع إذا وقع على أجل معلوم. أما إذا كان الأجل مجهولاً في البيع فلا تجري الشفعة بمقتضى المادة (١٠٢٦) إذ يكون البيع فاسداً كالحصاد والدياس ونحوهما.

حتى إنه لو قال الشفيع أنا أعطى الثمن معجلاً وأخذ العقار المشفوع وأزيل الفساد على هذا الوجه فلا يلتفت لكلامه. إلا أنه إذا زال حق فسخ المشتري لوجه كانشائه فيه بناء أو غرسه اشجاراً فثبت الشفعة بعد ذلك حينئذ (فتح المعين، عبد الحلیم، الهندية في الباب الخامس).

﴿مادة ١٠٣٢﴾ - (إن أخرج الشفيع طلب المواثبة بان كان في حال يدل على

الإعراض مثلاً كأن لم يطلب الشفعة لما سمع عقد البيع في ذلك المجلس أو كاشتغاله بشغل آخر أو بحث آخر أو قام من المجلس دون أن يطلب الشفعة يسقط حق شفيعته)

لو أصر الشفيع طلب الموائبة بلا عذر ولو كان ذلك التأخير لعدم وقوفه على بطلان الشفعة بهذا التأخير ولو كان غير عالم بكونه شريكاً في العقار المبيع لأن الجهل ليس عذراً، مثلاً لو وجد في حال يدل على الإعراض عند استماعه: أولاً عقد البيع، ثانياً المشتري ثالثاً: جنس الثمن ومقداره، ولم يطلب الشفعة فوراً في ذلك المجلس، بأن سكت هنيهة بلا عذر، أي ساعة يسيرة، أو اشتغل بأمر آخر أو بحث عن صدد آخر أو قام من المجلس من دون أن يطلب الشفعة يسقط حق شفيعته (فتح المعين).

لأن شرط التأكيد بطلب الشفعة طلب الموائبة عند استماع البيع فوراً وإذا لم يفعل الشفيع ذلك ولو عن جهل يكون ذلك منه دليلاً على الإعراض، والشفعة تبطل بالإعراض (الهندية في الباب الثالث، مجمع الأنهر).

وقد جاء في فتح المعين (أن يطلب كما سمع)، معنى الكاف يفيد المبادرة والقران والمفاجئة أي عند استماعه. وجاء في كليات أبي البقاء في فصل الكاف: والكاف الجارة قد تكون للمبادرة وتسمى كاف المفاجئة والقران إذا اتصلت بما، نحو سلم كما تدخل.

وقد قبلت المجلة في هذه المادة القول بكون طلب المفاجئة فوراً، بناء على التفصيلات الواردة في شرح المادة (١٠٣٠)، وهذا القول هو ظاهر الرواية أيضاً.

وليس من المناسب أن يقال إن المجلة قبلت في هذه المادة القول بامتداد طلب الموائبة إلى آخر المجلس. لأن هذا القول كما أنه خلاف ظاهر الرواية وخلاف المفتي به فهو مناف لقول المادة (١٠٣٠) (في الحال) ولعبارة (كما سمع) في هذه المادة (فتح المعين).

والحاصل أن المجلة قبلت القول بكون طلب الموائبة فوراً. يوجد في هذا دليلان ظاهراً للدلالة أولهما عبارة «في الحال» في المادة «١٠٣٠»، ثانيهما، جملة «كما سمع» في هذه المادة. وبعد إيضاح هذه المادة على هذا الوجه فمن المناسب القول (إذا لم يطلب الشفعة كما سمع يسقط حق شفيعته)، وحذف ما بين ذلك من العبارات، لأنه إذا لم يطلب كما سمع البيع يسقط حق شفيعته على ظاهر الرواية سواء أفتد ساكتاً في ذلك المجلس أو وجد في حال اعراض بأن انشغل بشيء آخر أو كان يبحث بصدد آخر أو لم يبحث أو قام من المجلس بدون أن يطلب الشفعة أو لم يقم. على أنه وإن وجد في الباب التاسع من الهندية عبارة (.. فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام من المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين)، وهي مماثلة لهذه المادة، فقد صرح هناك أنه قد بينت الروايتان.

الجمع بين القولين: من الممكن أن يستدل من عبارة «كاشتغاله بشغل آخر أو بحث آخر» إن العبارتين اللتين تدلان على أن الموائبة فورية، لم يكونا قيداً احترازياً، بل هما قيد وقوعي وأكثرية. (وهذا غير ممكن كما اعتقد) فلذلك يجب أن يقال: إما أن المجلة قبلت القول الثاني، وإما أنها قبلت القولين،

وان القاضي مخير إن شاء حكم بالقول الأول وإن شاء حكم بالقول الثاني. وقد مرّ في المادة (٩٩٩) نظير هذا، إذ قبل فيها قولان مختلفان. أنظر شرح المادة المذكورة.

وإذا ترك الشفيع طلب الموائبة كما سمع البيع على ما صار إيضاحه في شرح المادة (١٠٢٤) تسقط الشفعة وإنما يكون ذلك فيما إذا علم بمشترى العقار المشفوع وجنس الثمن ومقداره. أما إذا لم يعلم بها في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع فلا يسقط حق الشفعة، وعليه أن يسأل من أخبره بالبيع عن باعه منه وبكم باعه وما جنس البديل الذي باعه به، ولو طلب الموائبة على الفور كما علم بذلك بقيت شفيعته وحفظت حتى إن الشفيع لو سلم شفيعته بناء على سماعه اشتراء المشتري العقار بألف درهم فتثبت له الشفعة بتزليل البائع بعد ذلك مائة درهم من الثمن (فتح المعين).

امثلة أخرى على سقوط الشفعة للتأخير بلا عذر:

١ - لو اطلع يهودي على البيع يوم السبت فعلق طلب الموائبة بالغد بطلت شفيعته (فتاوى ابن نجيم، الهندية في الباب الثالث).

٢ - إذا كان لعقار ثلاثة شفعاء وكان لكل منهم سبب للشفعة مختلف عن سبب الآخر وطلب الشريك في نفس المبيع طلب الموائبة ولم يجز الباقيان طلب الموائبة كما سمعا عقد البيع بداعي انهما لا شفعة لهما يطلب المشارك في نفس المبيع ثم سلم المشارك المذكور الشفعة فبادرا إلى طلب الموائبة في الحال فلا تكون لهما شفعة، أنظر المادة (٥١) (عبد الحلیم) وكذلك قد بين في شرح المادة (١٠٠٩).

اختلاف الشفيع والمشتري:

لو اتفق المشتري والشفيع على أن الشفيع علم بالبيع منذ أيام ولكنها اختلفا فقال أجريت طلب الموائبة على الفور عندما سمعت بالبيع، وقال له المشتري لم تطلبها، فالقول للمشتري ويلزم الشفيع الإثبات.

أما لو قال الشفيع قد وقفت الآن على البيع واطلب الشفعة، وقال له المشتري قد وقفت عليه من قبل فلم تطلبها، فالقول للشفيع. (الهندية في الباب الثالث).

قيل شرحاً «بلا عذر» لأن تأخير الشفعة الواقع في الطلبات الثلاثة المشروطة في الشفعة لا يسقط الشفعة. كذلك لو سد أحد فم الشفيع كما سمع عقد البيع أو كان الشفيع في الصلاة ولم يطلب الشفعة فوراً وطلبها بعد زوال المانع المذكور على الفور فلا يسقط حق الشفعة (فتح المعين).

﴿مادة ١٠٣٣﴾ - (لو أخرج الشفيع طلب التقرير والإشهاد مدة يمكن إجراؤه

فيها ولو بإرسال كتاب يسقط حق شفيعته).

لأن تركه طلب التقرير مع قدرته عليه يدل على الإعراض، ويسقط حق الشفعة بالإعراض

(مجمع الأنهر) أنظر المادة (٦٨).

أراد إن يفتح الصلاة مع الإمام بجماعة فلم يذهب لطلبها تبطل شفيعته (الهندية قبيل الباب العاشر).

إلا أنه إذا سمع الشفيع البيع ليلاً ولم يكن قادراً على الخروج والإشهاد وأوفى صباحاً طلب التقرير والإشهاد كان صحيحاً (فتح المعين).
وقوله في هذه المادة (ولو بارسال كتاب) إعادة لمسألة (لم يجد وكيلاً فيرسل كتاباً) المحررة في المادة (١٠٣٠).

والحاصل، يلزم الشفيع اجراء طلب التقرير والإشهاد في المدة اللازمة لإجراء ذلك أما بنفسه وإما بالكتابة أو بالوكالة ولا يبقى له حق شفعة. ولا يسقط حق الشفيع إذا كان الشفيع في محل بعيد التأخر الواقع إلى أن يصل بنفسه أو وكيله أو كتابه (البهجة).
قد ذكر في المادة (١٠٣٠) إن هذه المادة هي لاكمال تلك.

﴿مادة ١٠٣٤﴾ - (لو أخرج الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهراً من دون عذر شرعي ككونه في ديار يسقط حق شفيعته).

لو أخرج الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهراً من دون عذر شرعي ككونه أو كون المشتري في ديار أخرى أو كونه مريضاً أو محبوساً أو لعدم وجود قاضٍ أو وجود قاضٍ شافعي يرى أن ليس للجار شفعة أو كان الخصم من المتغلبة وانتظر زوال تغلبه، يسقط حق شفيعته عند الإمام محمد لأن مدة طلب الخصومة لو تركت لإرادة الشفيع فلا يستطيع المشتري التصرف في العقار المشفوع هدماً وبناءً بملاحظة أن الشفيع سيأخذه منه بالشفعة وإذا أقام الشفيع بعد أن تصرف المشتري في المبيع بطلب الشفعة فيكون قد أضر بالمشتري. وعليه فقد قدرت مدة طلب الخصومة بشهر لأن الشهر أجل وما دونه عاجل. وبما أن الناس يميلون إلى قصد الأضرار ببعضهم فقد اختارت المجلة هذا القول وهو القول المفتى به (التنقيح، فتح المعين، الدرر، عبد الحلیم).

أما عند الإمام الأعظم متى استقرت الشفعة بالإشهاد فلا تسقط بتأخير طلب الخصومة (الملتقى) ومع ذلك فلو طلب الشفيع الخصومة في ظرف شهر ومضى شهر في المحاكمة دون أن يفصل في الدعوى فلا تسقط الشفعة (الفتاوى الجديدة).

المسائل التي تنفر من سقوط الشفعة بتأخيرها أكثر من شهر:

إذا باع البائع المشفوع بثمن مؤجل فيما أن يأخذه الشفيع بثمن معجل من المشتري أو أن يجري طلب الخصومة والتملك في الحال ويأخذه بعد حلول الأجل. أنظر شرح المادة (١٠٣١).
ولذلك فلو كان البيع مؤجلاً لأكثر من شهر فأجل الشفيع طلب الخصومة أكثر من شهر حتى يحل الأجل سقطت شفيعته. ولا يتعجل ما على المشتري لو أخذ بحال لأن الأجل حق المشتري فلا يبطل بتعجيل الشفيع (الطحطاوي والدرر).

قيل في المجلة «بدون عذر شرعي» لأن التأخير الذي يقع بعذر شرعي لا يسقط حق الشفعة. فلو كان الشفيع في ديار سفر بعيد وراعى شرائط الشفعة لدى استماعه عقد البيع فأخر طلب الخصومة والتملك أكثر من سنة بسبب كونه في تلك الديار فلا تسقط شفته وله الرجوع إلى بلده وطلب الخصومة (الفتاوي الجديدة).

كذلك لو فر المشتري لديار أخرى بعيدة وغاب واختفى ولم يتمكن الشفيع من إجراء طلب الخصومة ثلاث سنوات فلا تسقط شفته مثلاً لو كان أحد يملك عقاراً بالاشتراك مع آخر وباع حصته من آخر بثمن معلوم وسلمه اياها وكان شريكه غائباً في ديار أخرى وعندما سمع شريكه بذلك أجرى طلب الموائبة وقفل إلى دياره بلا مكث ففر ذلك الشخص لديار سفر بعيد واختفى وقام بطلب التقرير والإشهاد عند العقار أيضاً ولم يدع على ذلك الشخص مدة ثلاث سنوات لعدم حضوره فإذا جاء بعد ذلك فله الإدعاء والأخذ بالشفعة (البهجة).

﴿مادة ١٠٣٥﴾ - (يطلب حق شفعة المحجورين وليهم وإن لم يطلب الولي حق شفعة الصغير فلا تبقى له صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ)

يستحق المحجورون والحمل الشفعة أيضاً لأن الشفعة لما كانت ثابتة لإزالة الضرر فإن إزالة الضرر عن الصغير واجبة (الجوهرية).

وفي هذا الحال يطلب حق شفعة المحجورين أولياؤهم وأوصياؤهم يعني إذا ثبتت الشفعة^٤ للقاصرين والمحجورين، كالصغير والمعتوه والمجنون، فلمن يقوم مقامهم في استيفاء الحقوق طلبها، أي لأوليائهم وأوصياؤهم طلب شفعتهم، وإن شاؤوا تركوها. لأن الأخذ بالشفعة دائر بين الكسب والنفع وبين الضرر فوليه أو وصيه قادر على تركه وتسليم الشفعة ولو بيع المشفوع ببذل أقل من ثمنه وذلك كما ذهب إليه الشيخان (فتح المعين).

خلافاً لمحمد فيما بيع بقيمته أو أقل الملتقى .

ويطلب شفعة الصغير أحد الأشخاص المذكورين في المادة (٩٧٤). فيطلبها أولاً أبو الصغير، ثانياً وصي الأب، ثالثاً وصي هذا الوصي، رابعاً الجد الصحيح، خامساً وصي هذا الجد، سادساً وصي هذا الوصي، سابعاً الوصي الذي نصبه الحاكم.

على أن الحاكم وإن ذكر في الأولياء المذكورين في المادة (٩٧٤) فلم يذكر هنا بين الأولياء لأنه على ما صار إيضاحه في المادة (١٨٠٨) لا يكون الرجل مدعياً وحاكماً معاً. وفي هذه الصورة إذا لم يكن للصغير ولي من الأولياء المذكورين فيعين الحاكم للصغير وصياً. فلو طلب هذا الوصي بعد ذلك الشفعة جاز (الدر المختار).

وعليه فلو بيع عقار بثمن المثل وكان الصبي له شفيعاً فللوصي طلبه بالشفعة وأخذه إذا رأى فيه منفعة للصبي (التقيح).

لكن إذا بيع عقار بغبن فاحش على ما أشير إليه في الشرح وكان شفاعؤه محجوراً عليه فليس لأوليائهم ولا لأوصيائهم طلبه وأخذه بالشفعة (الدر المنتقى).

وإذا لم يوجد للصغير أحد الأشخاص المحررين في المادة (٩٧٤) فتبقى شفעתه لبلوغه. يعني إذا راعى طلب الموائية وسائر الشرائط بتمامها وقت بلوغه فله طلب الشفعة (البهجة، الفتاوى الجديدة، والجوهرة). صغيرة أدركت وثبت لها خيار البلوغ والشفعة، إن قالت طلبت الشفعة واخترت نفسي أو قالت اخترت نفسي وطلبت الشفعة صح الأول وبطل الثاني ولو قالت طلبت الحقيين الشفعة والخيار صح كلاهما (الأنقروي).

حتى إن الأب لو باع عقاره من آخر وكان شفيعه ولده الصغير فلوراعى الصبي عندما بلغ شرائط الشفعة فله أخذ ذلك العقار بالشفعة لأن الأب لما كان هو البائع فليس له أن يطلب الشفعة لولده (الخانية) أنظر شرح المادة (١٠٢٤) (الهندية).

يستحق الحمل الشفعة أيضاً فلو ولد الحمل حياً لأقل من ستة أشهر اعتباراً من وقوع عقد الشراء استحق الشفعة أما لو ولد لسته أشهر تماماً أو أكثر من ستة أشهر فلا شفعة له لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع لا حقيقة ولا حكماً لكن لو توفي أبوه قبل البيع وورثه الحمل استحق الشفعة أيضاً، ولو ولد في مدة أكثر من ستة أشهر (الدر المنتقى قبيل كتاب القسمة، وجامع أحكام الصغار) لأن وجوده وقت البيع ثابت حكماً لما ورث من أبيه (الهندية في الباب الثاني عشر).

ولو وجد للصغير ولي أو وصي يطلب له حق الشفعة، ولم يطلبها له، تسقط شفעתه عند الشيخين، وعليه فلا يبقى له حق طلب الشفعة بعد البلوغ، أنظر المادة (٥١). أما عند الإمام محمد فلا تبطل شفعة الصغير بعدم طلب الولي الشفعة له. ويجري الاختلاف المذكور في تسليم شفعة الصغير.

فلو سلم ولي الصغير أو وصيه شفعة الصغير كان التسليم صحيحاً عند الشيخين حتى لا يبقى له بعد البلوغ حق في طلب الشفعة. سواء أكان التسليم في مجلس الحاكم أم في غير مجلس الحاكم، وسواء أبيع العقار المشفوع بثمن المثل أم بأكثر من ثمن المثل، وسلمت شفعة الصغير على الوجه المذكور صراحة أو دلالة، كان صحيحاً، لأن هذا التسليم هو امتناع عن ادخال عقار في ملك الصغير وليس ازالة للملك الصغير وتبرعاً (مجمع الأنهر، جامع أحكام الصغار) حتى إن الأب لو اشترى العقار الذي كان الصغير شفيعه لنفسه فليس للصغير متى بلغ أخذ ذلك العقار بالشفعة (الخانية، جامع أحكام الصغار) لأن الشراء لما كان غير مناف للأخذ بالشفعة فتبطل الشفعة في هذه الصورة لترك الأب اياه مع تمكنه من أخذه بالشفعة (الهندية في الباب الثاني عشر).

ولو باع الأب داراً لنفسه، وابنه الصغير شفيعها، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير فلا تبطل شفعة الصغير، حتى لو بلغ الصغير كان له أن يأخذها، لأن الأب هنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعاً وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلاً (الهندية في الباب الثاني عشر).

كذلك لو بيع عقار بأقل من قيمته بغين فاحش وكان الصغير شفيعه أيضاً فيجوز تسليم الشفعة أيضاً على رواية عن الإمام الأعظم، لأنه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه، ولم يكن تبرعاً كما قلنا. أما عند الإمام محمد فلا يجوز تسليم الشفعة، لأن هذا بمنزلة التبرع من مال الصغير.

استثناء: إذا بيع العقار الذي يكون الصغير شفيعه بأكثر من قيمته بغين فاحش فلا يصح تسليم ولي الصغير شفعة بالإجماع. لأن ولي الصغير في هذه الصورة ليس له أن يأخذ للصغير ذلك العقار بالشفعة وسكوته عن الطلب وتسليمه إنما يصح إذا كان مالكاً للأخذ فيبقى الصبي على حقه إذا بلغ (الهندية في الباب الثاني عشر).

وعليه فلا يجوز تسليمه أيضاً (الدر المتقى).

فإذا لم يكن هذا التسليم صحيحاً للصغير متى بلغ أخذ هذا العقار بالشفعة.

الفصل الرابع

في بيان حكم الشفعة

﴿مادة ١٠٣٦﴾ - (يكون الشفيع مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع

المشتري أو بحكم الحاكم)

لأنه لما كان ملك المشتري في المشفوع تاماً، فإذا لم يكن واحد من هذين الشفيعين، فلا ينتقل ذلك الملك من المشتري إلى الشفيع. وتتفرع المسائل الآتية من عدم ذلك الانتقال:

المسألة الأولى: لو توفي الشفيع بعد طلب الموائبة والتقارير بطلت الشفعة ولا تورث.

المسألة الثانية: لو باع الشفيع المشفوع به قبل التراضي والحكم بطلت شفيعته.

المسألة الثالثة: لو بيعت عرصة في جنب العقار المشفوع قبل التراضي والحكم فلا تثبت للشفيع

الشفعة بسبب ذلك العقار.

المسألة الرابعة: لو استهلك المشتري الأثمار الحادثة في المشفوع، وهو في يد المشتري، قبل

التراضي والحكم فلا يلزم المشتري ضمان وليس للشفيع تنزيل حصة من الثمن (الطحطاوي).

يستفاد من هذا صراحة وضمناً حكمان:

الحكم الأول - يصير الشفيع مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم.

يعني يصير الشفيع مالكاً للمال المشفوع في إحدى صورتين:

الصورة الأولى - يصير مالكاً للمشفوع بتسليم المشتري إياه برضاه.

يعني أنه يشترط في هذه الصورة ليكون الشفيع مالكاً للمشفوع قبضه إياه ولا يملكه بدون القبض

الصورة الثانية - يصير مالكاً له بحكم الحاكم بالشفعة لدى المحاكمة بناء على عدم تسليم المشتري

المشفوع برضاه.

وعلى هذه الصورة يدخل المشفوع في ملك الشفيع بمجرد حكم الحاكم ولو لم يقبضه الشفيع.

(الدرر عبد الحلیم).

على ان للشفيع أن يقول لا آخذ بدون حكم الحاكم، ولو أعطاه إياه المشتري برضاه، ويرفع

الدعوى ويستصدر حكماً بذلك. لأن في قضاء القاضي زيادة منفعة، وهي معرفة القاضي بسبب ملكه،

وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين، فهذا أحوط من الأخذ بغير قضاء (الجوهرة).

التراضي، من باب التفاعل، يقال تراضى يتراضى تراضياً، وبما أنه يكتفي في التسليم برضاه

المشتري فقط فكان من المناسب أن يقال (برضاه المشتري) بدلاً من قوله (بالتراضي).

المسائل المتفرعة من هذا الحكم :

المسألة الأولى - لا يستطيع الشفيع ترك المشفوع بعد حكم الحاكم (الدر المنتقى).

يعني ليس للشفيع بعد ذلك أن يقول تركت شفيعي فلا أخذ العقار .

المسألة الثانية - إذا توفي الشفيع بعد لحوق الحكم لا تبطل الشفعة، ويرث ورثة الشفيع المشفوع

الحكم الثاني - لا يملك الشفيع المشفوع قبل التسليم برضى المشتري أو قبل حكم الحاكم .

المسائل المتفرعة من هذا الحكم :

المسألة الأولى - لو بيعت عرصة في جوار العقار المشفوع قبل حكم الحاكم أثناء طلب الشفيع

خصومة المشتري وقبل التسليم برضا المشتري ثم حكم الحاكم بالشفعة بعد ذلك، أو سلم برضا

المشتري، فلا يكون الشفيع شفيعاً لهذه العرصة (أنظر المادة ١٠٤٠).

المسألة الثانية - إذا توفي قبل التسليم أو قبل الحكم بطلت الشفعة (أنظر المادة ١٠٣٨)

المسألة الثالثة - لو أخرج الشفيع المشفوع به من ملكه بعد الطلين قبل حكم الحاكم أو تسليم

المشتري بالرضا بطلت الشفعة (أنظر المادة ١٠٣٩) (الهندية في الباب الثالث).

المسألة الرابعة - لو أخذ المشتري الثمر الحادث والحاصل في المشفوع واستهلكه وهو في يده قبل أن

يصير الشفيع مالكا له بأحد الوجهين المذكورين فلا يلزم ضمان (رد المحتار).

مثلاً لو كان المشفوع كرمًا وأخذ واستهلك المشتري، وهو في يده العنب الحادث فيه، أي العنب

الحادث بعد البيع، فلا يلزم المشتري ضمان، كما أنه لو حكم للشفيع بالشفعة فليس له أن يطلب تنزيل

شيء من ثمن المبيع مقابل ما استهلك من الأثمار. لأن الملك ثابت للمشتري وهو مخير إن شاء أخذه

بجميع الثمن وإن شاء ترك (الجوهرة).

المسألة الخامسة - لو أجز المشتري المشفوع لآخر وأخذ أجرته قبل أن يملكه الشفيع على الوجه

المشروح، كانت هذه الاجرة طيبة للمشتري (فتح العين).

المسألة السادسة - لو باع المشتري المشفوع قبل أن يملكه الشفيع من آخر جاز، ويكون الشفيع

في هذه الصورة مخيراً إن شاء أخذه بالشفعة بالبيع الأول أو البيع الثاني.

المسألة السابعة - للمشتري أن يهدم العقار المشفوع قبل أن يملك الشفيع المشفوع (الجوهرة)

(أنظر شرح المادة ١٠٤٤).

البدل الذي يجب أن يعطيه الشفيع للمشتري :

إذا اشترى المشتري المشفوع ببدل من المثليات فعلى الشفيع أن يعطى المشتري مثل ذلك البدل .

أما لو أخذه ببدل من القيميات فيعطى الشفيع قيمة ذلك البدل للمشتري . مثلاً لو اشترى المشتري

عقاراً بمائة دينار أو بخمسمائة ريال أو بستمائة كيلة حنطة، فعلى الشفيع أن يعطى مائة دينار أو خمسمائة

ريال أو ستمائة كيلة حنطة للمشتري ويضبط المشفوع .

أما لو اشترى المشتري العقار في مقابل فرسين فللشفيع أن يعطى المشتري قيمتها وقت الشراء

ويضبط العقار .

يعني إذا كان بدل العقار من القيميات فالقيمة المعتبرة في البدل هي القيمة وقت الشراء ولا تعتبر قيمته وقت الأخذ بالشفعة (فتح المعين).

كذلك لو تبادل شخصان عقاراً بعرضه فلشفيع العقار أن يعطى قيمة العرضة ولشفيع العرضة أن يعطى قيمة العقار وقت الشراء ويضبط كل منهما مشفوعه (الدرر).
رجلان لكل واحد منهما دار وهما متلاصقان فتبايعا بالدارين فشفيع كل واحد من الدارين أحق بها من المشتري (الأنقروي).

يأخذ الشفيع بما يجب بالعقد وليس بما يعطى بدلاً له. فلو اشترى المشتري بدراهم أو بدنانير وأعطى عرضاً لبايعه بدلاً منه فيأخذ الشفيع بدراهم ودنانير ليس بقيمة العرض (الهندية في الباب الثالث عشر).

كذلك لو اشترى المشتري عقاراً بسكة خالصة ثم بعد الإشتراء لو أعطى بائعه سكة مغشوشة ورضي البائع بذلك فيجبر الشفيع على إعطاء المشتري سكة خالصة «الهندية في الباب الخامس».

حكم ما يقع من حط وتزليل في ثمن المبيع بين البائع والمشتري بالنظر إلى الشفيع:

إن حط البائع بعض ثمن المبيع في حق المشتري يستلزم حطه في حق الشفيع أيضاً سواء أكان الحط بعد أن أخذ الشفيع العقار المشفوع بالشفعة أم كان قبل أخذه إياه (عزمي زاده). لأن الحط يلتحق بأصل العقد فالحط عن المشتري حط عن الشفيع (مجمع الأنهر ملخصاً).

وكذا إذا أبرأه من بعض الثمن أو وهب له فحكمه حكم الحط (الجوهرة). أما لو حط ثمن المبيع كله فلا يستفيد منه الشفيع. لأن هذا الحط لا يلتحق بأصل العقد، لأنه لو التحق بأصل العقد لوجب أن يكون بيع بلا ثمن، وهذا بيع باطل. هذا إذا حط الكل بكلمة واحدة، أما إذا كان بكلمات فيأخذه بالأخيرة (الجوهرة) كذلك إذا زيد على ثمن المبيع من المشتري فلا تكون هذه الزيادة ذات تأثير على الشفيع، لأن حق الشفيع قد تعلق بالثمن الأول، وليس للمشتري أن يبطل حق الشفيع بزيادته الثمن (مجمع الأنهر).

مثلاً لو اشترى المشتري عقاراً بألف درهم، فحط البائع مائتي درهم من الثمن قبل أن يأخذ الشفيع العقار بالشفعة، أو وهب البائع قبل القبض مائتي درهم للمشتري فللشفيع أخذ ذلك العقار بثمانمائة درهم.

كذلك لو اشترى المشتري العقار بألف درهم ودفع الشفيع الألف درهم للمشتري وضبط المشفوع فحط البائع بعد ذلك مائتي درهم من الثمن فللشفيع حينئذ حق استرداد المائتي درهم من المشتري (عزمي زاده).

أما لو أفرز البائع مائتي درهم من الثمن بعد أن أعطاه المشتري إياه ووهبها للمشتري سلمه إياها فلا يستفيد الشفيع من ذلك لأنه تمليك مبتدأ (الحانية).

وعليه فلو حط البائع نصف ثمن المبيع ثم حط النصف الثاني يثبت الحط الأول في حق الشفيع

أيضاً لكن الخط الثاني فيما أنه لا يستفيد الشفيع منه فيلزم أن يأخذ المشفوع بنصف الثمن المسمى (مجمع الأنهر).

لأنه لما حط النصف التحق بأصل العقد، فوجب عليه النصف، فلما حط النصف الآخر، كان خطأً للجميع، فلا يسقط للشفيع (مجمع الأنهر). وإذا حط عنه جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع وهذا إذا حط الكل بكلمة واحدة، وأما إذا كان بكلمات فيأخذها في الأخيرة (الهندية في الباب السابع عشر).

أما إذا ضم المشتري على ثمن المبيع مائتي درهم فأبلغه إلى ألف ومائتي درهم فيأخذ الشفيع بألف درهم ولا يلزمه إعطاء المائتين المزيدتين دفعة للضرر. وإنما لا تظهر الزيادة بحق الشفيع لأنه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك المشتري ابطال حقه السابق له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير تجديدهما العقد، لما يلحق بذلك من الضرر ويلتحق به في حق نفسه لأن له ولاية على نفسه دون الشفيع (الطحطاوي) (أنظر المواد ٢٥٩ و ٢٦٠ و ٢٦١).

اختلاف الشفيع والمشتري في ثمن المشفوع:

المسألة الأولى - إذا اختلف الشفيع والمشتري في ثمن المبيع وكان المشفوع قد قبض من طرف المشتري وأعطى ثمنه للبائع فالقول مع اليمين للمشتري لأن الشفيع يدعي أن له حقاً في إعطاء الثمن القليل أخذ المشفوع، والمشتري منكر (أنظر المادة ٧٦) (فتح المعين ومجمع الأنهر).

ولا يجري التحالف في هذا لأن الشفيع وإن كان يدعي استحقاق المشفوع للمشتري لا يدعي شيئاً على الشفيع، لأن الشفيع مخير بين أخذ المشفوع وتركه (الهداية) والحال أن التحالف يجري في المحل الذي يقع فيه الإنكار والدعوى من الطرفين، ويثبت على خلاف القياس، (أنظر المادة ١٧٨٧) (فتح المعين).

الأب إذا اشترى لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في الثمن فالقول قول الأب لأنه ينكر حق التملك للشفيع بما يدعيه ولا يمين عليه، لأن النكول لا يفيد (الهندية قبيل الباب الثالث عشر). وإذا اختلف في جنس الثمن فالحكم على المنوال المشروح (الدرر، عبد الحلیم).

أما لو أقام كل منها البينة، فترجح بينة الشفيع عند الطرفين، لأن بينة الشفيع تثبت الأكثر معنى، حيث إذا قبلت بينة الشفيع توجب تسليم المشتري العقار المشفوع للشفيع لأن بينته ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست ملزمة للشفيع لتخيره بين الأخذ والترك «الطحطاوي». لكن إذا قبلت بينة المشتري فلا يلزم الشفيع شيء بتلك البينة، لأن الشفيع مخير بين الأخذ والترك كما قلنا «الدرر وفتح المعين».

وإن كانت بينة المشتري تثبت صورة الأكثر فلا عبرة لذلك.

بينة الشفيع أحق بالتقديم عند الطرفين لكونه مدعياً ولأنه يمكن صدق البينة بجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين فالشفيع يأخذ بأيهما شاء «مجمع الأنهر». ولو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار قيمة العروض التي هي بدل الدار فالقول قول المشتري فإن أقاماً جميعاً فالبينة أيضاً بينة المشتري «الأنقروي».

المسألة الثانية - إذا اختلف المشتري والبائع فقال المشتري اشترت المشفوع بألف درهم فيلزم الشفيع اداء ألف درهم، وقال البائع بعته بثمانمائة درهم، ينظر، فإذا لم يكن البائع قابضاً شيئاً من ثمن المبيع فالقول للبائع ويأخذه الشفيع بثمانمائة درهم بلا يمين، سواء أقبض المشتري العقار المشفوع أم لا «مجمع الأنهر».

لأنه إذا كان ثمن المبيع في هذه الحالة ثمانمائة حقيقة فيأخذه الشفيع بها، وإذا كان ألفاً فيكون البائع بإدعائه الأقل قد حط مائتي درهم من الثمن، والشفيع يستفيد من حط بعض الثمن (الهداية والدر المنتقى) وإذا قبض البائع ثمن المبيع كله وثبت القبض المذكور بالبينة أو بالنكول عن اليمين، فيأخذه بالثمن الذي قال به المشتري لأن البائع باستيفائه الثمن خرج من الوسط والتحق بالأجانب، ويكون الاختلاف قاصراً على الشفيع والمشتري، فالقول في هذا للمشتري (فتح المعين) أما إذا لم يثبت قبض الثمن على الوجه المذكور، وقال البائع بعته بألف درهم وأخذت ثمن البيع فقط فيأخذه الشفيع بألف درهم لأنه بين الثمن في حال له ولاية البيان فيه فقبل بيانه، إلا أنه لو قال البائع قبل بيان القدر بادئاً بقبض الثمن بقوله بعته وقبضت الثمن ثمن المبيع ألف درهم فلا يلتفت لقول البائع في حق ثمن المبيع ويأخذه الشفيع بالثمن الذي يقول به المشتري. لأنه لما أقر باستيفاء الثمن أولاً صار أجنبياً فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن (مجمع الأنهر) حتى لو قبض بعضه وبقي شيء منه فالقول قول البائع (فتح المعين).

وبالعكس لو قال المشتري ثمن المبيع ألف درهم وقال البائع الف ومائتا درهم وكان الاختلاف المذكور قبل أن يقبض البائع الثمن يجري التحالف بينهما على الوجه المذكور في المادة (١٧٧٨) فأيهما حلف يثبت ثمن المبيع على الوجه الذي ادعاه الآخر فيأخذه الشفيع به لأن نكول الخصم كالإقرار (الزيلعي) وإذا حلف الإثنين كلاهما يفسخ الحاكم البيع. لكن بما أن هذا الفسخ لا يوجب بطلان حق الشفيع فيأخذ الشفيع المشفوع بالثمن الذي ادعاه البائع (الهداية مجمع الأنهر). لأنه لما ثبت حق الشفعة للشفيع بسبب البيع فلا يبطل حق الشفيع بفسخ الحاكم البيع على هذا الوجه. ألا ترى أن الدار إذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه إن كان الرد بغير قضاء (الزيلعي وفتح المعين). وإن كان الاختلاف المذكور بعد قبض الثمن كان قول المشتري معتبراً (مجمع الأنهر).

وإذا اختلف في صفة الثمن، يعني لو قال المشتري اشترته بثمن معجل والشفيع قال اشترته بثمن مؤجل، فالقول للمشتري (الهندية في الباب العاشر).

كذلك لو اشترى المشتري عقاراً بعروض، فإذا تلفت العروض قبل تسليمها للبائع ينتقض البيع في حق العروض، ويبقى حق الشفعة للشفيع، فإذا اختلف في قيمة العروض فأيهما أقام البينة تقبل منه، وإذا أقامها الإثنين ترجح بينة البائع، وإذا عجز كلاهما عن إقامتها فالقول مع اليمين للبائع (الهندية في الباب العاشر).

وإذا اختلف في جنس الثمن، يعني إذا اختلف الشفيع والمشتري في جنس الثمن، فقال المشتري إنني أخذته بمائة دينار وقال الشفيع أنك أخذته بخمسمائة ريال فالقول للمشتري. لأن المشتري

أعرف بجنس الثمن من الشفيع، فيرجع في معرفة الجنس إليه (الهندية في الباب العاشر).
 ﴿مادة ١٠٣٧﴾ - (تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداء بناء عليه
 فالأحكام التي تثبت بالشراء ابتداء كالزرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت في العقار
 المأخوذ بالشفعة أيضاً)

الشفعة في كل الأحكام كالبيع (الدر المنتقى).

يعني تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة اشتراء ذلك الملك ابتداء، ويستفاد من المواد «٩٥، ١٠٢١،
 ١٠٣١» أنه أحياناً بمنزلة الاشتراء من البائع وأحياناً أخرى بمنزلة الإشتراء من المشتري، لأن الأخذ
 بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله، شراء من البائع لتحويل الصفقة
 إليه، فيثبت له الخيار كما إذا اشتراه منها «الطحطاوي».

بناء عليه فالأحكام التي تثبت بالشراء ابتداء للبائع أو للمشتري، كالرد بخيار الرؤية، وخيار
 العيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن، تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة
 أيضاً للشفيع والمشتري. ولا يثبت للشفيع خيار الشرط وإن كان مشروطاً في العقد لعدم اشتراط منه ولا
 الأجل في الثمن يعني إن اشترط المشتري على البائع تأجيل الثمن لا يثبت في حق الشفيع «الطحطاوي».

إيضاح خيار الرؤية والعيب: يفهم من ذكر ثبوت خيار الرؤية والعيب مطلقاً إن رؤية المشتري
 المبيع ورضاه به أو براءة البائع من كل عيب أو شراء المشتري إياه بشرط البراءة من كل عيب لا يسقط
 خيار الرؤية والعيب للشفيع. لأن المشتري لما لم يكن نائباً للشفيع فلا يستطيع المشتري إسقاط حق ثابت
 للشفيع (الهداية، فتح المعين، الدرر، الدر المنتقى).

وعليه فلو اتخذ الشفيع الشفعة في العقار الذي رآه المشتري قبل الشراء واشتراه أو رآه بعد الشراء
 ورضي به وضبطه الشفيع بالرضاء أو بحكم القضاء كان مخيراً متى رآه.

كذلك لو اشترى المشتري عقاراً وهو عالم بعيه فاتخذ الشفيع فيه الشفعة وهو غير عالم بالعيب،
 فمتى اطلع على عيبه بعد أن أخذه بالرضاء أو بالقضاء كان مخيراً، إن شاء قبله وإن شاء أعاده للبائع إذا
 كانت عهدة الأخذ عائدة إلى البائع أو للمشتري إذا كانت العهدة راجعة إليه لوبنى الشفيع ثم وجد بها
 عيباً رجع بالنقصان ورجع المشتري على بائعها أيضاً إن كان الأول بقضاء (الهندية في الباب السابع
 عشر).

إيضاح الاستحقاق: إذا ظهر مستحق للعقار المشفوع بعد أن أخذه الشفيع بالرضى أو بالحكم
 وأخذه بعد الإثبات والحلف والحكم من الشفيع للشفيع أيضاً أن يسترد ثمن المبيع أو المشتري لأنه تبين
 أن ثمن المبيع قد أخذ من الشفيع بغير حق. لأن الأرض لم تكن في ملكه (الطحطاوي). يعني إذا كانت
 عهدة الشفعة عائدة إلى البائع فيرجع بالثمن عليه، وإذا كانت راجعة إلى المشتري فيرجع بالثمن عليه
 أيضاً.

إيضاح الحبس بالثمن :

للمشتري أن يجس المشفوع لاستيفاء الثمن، يعني له أن يتمتع من تسليمه للشفيع وإذا أصر الشفيع إيفاء الثمن بعد الحكم، على ما صار إيضاحه في شرح المادة (١٠٣١)، فلا تسقط شفيعته «الهداية فتح المعين، الدرر، الدر المنتقى، الهندية في الباب الخامس».

استثناء: الشفعة ليست كالبيع في ضمان الغرور. يعني لا يجري ضمان الغرور في الشفعة كما يجري في البيع، بمقتضى المادة «٦٥٨»، لأن في الشفعة جبراً.

مثلاً، لو بنى الشفيع أبنية على العرصه المشفوعة بعد أخذها إياها بالشفعة ثم ظهر لها مستحق، فضبط العرصه وهدمت الأبنية بطلبه، فللشفيع أن يأخذ الثمن من البائع أو المشتري كما وضح آنفاً، إلا أنه ليس له حق الرجوع عليهما بقيمة الأبنية «الهندية في الباب الخامس».

والفرق بين الشفيع والمشتري إن المشتري صار مغروراً من جهة البائع لما أوجب له في الدار صار غارراً له والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان والخسران أما الشفيع فلم يصير مغروراً من جهة المشتري لأنه تملك الدار على كره منه فلا رجوع عليه (الطحطاوي).

﴿مادة ١٠٣٨﴾ - (لومات الشفيع بعد طلب الموائبة وطلب التقرير وقبل أن يكون مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم لم ينتقل حق الشفعة إلى ورثته)

سواء توفي قبل الطلب أم بعده. بناء عليه فلا حق للورثة في طلب الشفعة، لأنه لما كان المورث غير مالك للعقار المشفوع وكذلك الوارث لا يكون مالكاً، وبما أن حق الشفعة هو عبارة عن حق تملك ومشيئة فهو قائم بالشفيع ويموت بالشفيع تبطل الشفعة (الهندية وفتح المعين ومجمع الأنهر) لأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها وتثبت الملك فيها للوارث بعد البيع، وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط، ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ (الطحطاوي).

أما لو توفي بعد أن ملك المشفوع بتسليم المشتري إياه بالرضاء أو بحكم الحاكم فيرث ورثة الشفيع المشفوع (البهجة).

حتى انه لو توفي الشفيع بعد أن حكم الحاكم له بالشفعة وقبل أن يؤدي الثمن ويقبض المشفوع فتلزم الشفعة في حق ورثة الشفيع (الهداية).

جاء في هذه المادة (إذا توفي الشفيع) لأن وفاة المشتري لا تبطل الشفعة، لأن المستحق باق وسبب الحق لم يتغير، فوفاة المستحق عليه لا تغير سبب الإستحقاق، والواقع أنه وإن انتقل المشفوع إلى الورثة فلو دخل المشفوع في ملك آخر بوجه كبيع المشتري إياه من آخر أو هبته منه تبقى شفعة الشفيع وكما أن للمشتري حق نقض تصرفاته ولو وقفه وجعله مسجداً أو مقبرة فحق الشفيع باق في الإرث أيضاً.

مثلاً إذا باع أحد عقاراً من آخر وسلمه اياه، وبعد ذلك توفي ذلك الآخر وضبط الورثة ذلك العقار وبعد ذلك لو سمع شفيع البيع وراعى شرائط الشفعة، فله أخذه بالشفعة من الورثة.

فعلية لو باع الوصي أو الحاكم بعد وفاة المشتري المشفوع لدينه أو لوصيته فيبطل الشفيع ذلك ويضبط المشفوع. كذلك لو تصرف المشتري في حياته على وجه المشروح فللمشفيع نقض تصرفه أيضاً (أنظر شرح المادة ١٠٢١) «الهداية والبهجة وفتح المعين».

﴿مادة ١٠٣٩﴾ - (لو باع الشفيع المشفوع به بعد الطلبين على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفيعته).

يشترط بقاء المشفوع به في ملك الشفيع إلى وقت القضاء أو التسليم بالرضاء، فإذا خرج المشفوع به من ملكه قبل ذلك بطلت شفيعته، وإليك مسائل متفرعة من ذلك:

المسألة الأولى - لو باع الشفيع المشفوع به كاملاً بيعاً باتاً بعد الطلبين، يعني طلبى الموائبة والتقريب على الوجه المشروح، يعني قبل أن يملك المشفوع بالرضاء أو بالقضاء، سقط حق شفيعته، سواء أكان عالماً بالشراء الموجب للشفعة أم غير عالم به، لأنه إذا لم يسبق المشفوع به الذي هو سبب الشفعة قبل الملكية بالشفعة، فلا يثبت حكم الشفعة أيضاً. فإن رجعت إليه بأن ردت عليه بعبء، بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية لم تعد الشفعة لأنها قد بطلت (الجوهرة).

ايضاح القيود:

١ - بيعاً باتاً: أما لو باع الشفيع المشفوع به على أنه مخير فيما أنه لا يزول ملكه من المشفوع به مدة خياره، بمقتضى المادة (٣٠٨)، فلا تسقط شفيعته قبل أن يسقط خياره (الهندية) فإن طلب الشفعة في مدة الخيار فذلك منه نقض للبيع وله الشفعة (الجوهرة) كذلك لو باع الشفيع المشفوع به بيعاً وفائياً فلا تسقط شفيعته لبقائه في ملكه.

٢ - كاملاً: أما لو أبقى الشفيع من المشفوع به في ملكه ولو مقداراً جزئياً وباع الباقي فلا تبطل شفيعته لأن المقدار الجزئي الباقي في ملك الشفيع كاف ابتداء للشفعة فيكفي بقاء وانتهاء أيضاً (الخانية).

٣ - إذا باع: يفهم من قوله (إذا باع) مطلقاً ان شفعة الشفيع تسقط، سواء أباعه وهو عالم ببيع المشفوع أم غير عالم ببيعه (الطحطاوي).

٤ - مسألة: لو باع أحد عقاراً بيعاً فاسداً فما لم يسلمه يكون هذا العقار للبائع مشفوعاً به، وفي هذا الحال لو بيعت دار أخرى متصلة بالعقار المذكور فللبائع طلبها بالشفعة أما لو سلم البائع المشتري هذا العقار قبل الحكم بالشفعة، بطلت شفيعته، أما لو سلمه بعد الحكم فلا يطرأ خلل على شفيعته (الهداية).

٥ - مسألة : لو وقف الشفيع المشفوع قبل أن يملك المشفوع على الوجه المشروح وسجله أو جعله مسجداً أو مقبرة بطلت شفعته (فتح المعين) ، وينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول أن تسقط الشفعة به وإن لم يسجل (فتح المعين).

﴿مادة ١٠٤٠﴾ - (لو بيع ملك عقاري آخر متصل بالملك المشفوع قبل أن يتملكه الشفيع على الوجه المشروح فلا يكون شفيعاً لهذا العقار الثاني).

وقوله (على الوجه المشروح) أي أن يملكه الشفيع بالرضاء أو بالقضاء كما في المادة (١٠٣٨) لأن الشفيع بما أنه لم يملك المشفوع فلا يكون شفيعاً لعقار آخر بسببه (الهداية). إلا أنه للمشتري أن يكون شفيعاً للعقار الثاني لأن المشفوع به باق في ملك المشتري قبل التسليم والحكم.

﴿مادة ١٠٤١﴾ - (الشفعة لا تقبل التجزئة . بناء على ذلك ليس للشفيع حق في أخذ مقدار من العقار المشفوع وترك باقيه)

لا تقبل الشفعة التجزئة والتبعيض إذا لم يرضى المشتري الواحد بذلك . لأنه على هذا التقدير يتضرر المشتري من تفرق الصفقة تضرراً فادحاً فكما أنه يتضرر بخروج ملكه من يده فيتضرر بحصول الشركة أيضاً.

قيل شرحاً «بلا رضا المشتري» لأنه إذا رضي المشتري كانت الشفعة قابلة للتجزئة . فلو كان أحد الشفيعين غائباً وطلب الحاضر منها النصف فقط، ورضي المشتري بذلك جاز . لكن إذا أراد الشفيع الحاضر أخذ الكل، فلا حق للمشتري أن يقول لا أعطيه غير النصف والنصف الباقي أريد أن أعطيه للغائب، وللشفيع الحاضر أن يأخذ الكل (الهندية في الباب السادس).

قيل «المشتري الواحد»، لأنه إذا تعدد المشترون كان للشفيع أخذ حصة أحدهما بالشفعة فقط ويترك حصص الباقيين، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده . وسواء سمي ثمن واحد لهم جملة أم سمي لكل مشتري ثمن على حدة وسواء أكان المشتري عاقداً لنفسه أم لغيره . لأن الشفيع بما أنه في هذه الصورة يقوم مقام المشتري الذي أخذ حصته فليس من ضرر لتفرق الصفقة على هذا المشتري ولا على المشتريين الآخرين . إلا أنه قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا فقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع لثلاً يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشتريين الفهم لأنه كواحد منهم (مجمع الأنهر).

مثلاً لو اشترى خمسة أشخاص عقاراً من آخر، فللشفيع إن شاء أخذ حصة أحدهما وإن شاء أخذ حصص الجميع . سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده (فتح المعين، الهداية، الهندية في الباب الرابع)

والمعتبر في التعدد والإتحاد العاقد، وليس المالك والمشتري له بناء عليه لو وكل شخص واحد عدة أشخاص لشراء عقار واحد واشتروا العقار صفقة واحدة أو عدة صفقات فللشفيع أن يشتري حصة أحد

المشتريين الوكلاء. فلو اشترى عشرة وكلاء عقاراً لشخص واحد، فللشفيع أخذ حصص اثنين أو ثلاثة منهم (الهندية في الباب الرابع).

وبالعكس لو وكل جماعة وكيلاً واحداً بالشراء واشترى لهم جميعاً عقاراً واحداً فليس للشفيع أن يأخذ حصة أحد الموكلين ويترك الباقي لأن حقوق العقد تتعلق بالتعاقد (فتح المعين). وتتفرع من هذه المادة عدة مسائل:

المسألة الأولى: إذا ترك الشفيع مقداراً من العقار المشفوع قليلاً أو كثيراً وأخذ الباقي بالجبر عن المشتري ينظر، فإذا كان الشفيع شفيعاً للإثنين فلا حق له في أخذه سواء أكان البعض ممتازاً عن الآخر أم لم يكن.

مثال لما هو غير ممتاز: لو باع أحد عقاراً له فللشفيع أخذ الكل أو تركه وإلا فليس له ترك نصفه. مثال لما هو ممتاز: لو اشترى أحد عقارين صفقة واحدة وكان الشفيع شفيعاً لكليهما فأما أن يأخذهما معاً أو يتركهما معاً، ولا حق للشفيع في أن يأخذ أحدهما ويترك الثاني سواء أكان هذان العقاران متلاصقين أم مفترقين وسواء أكانا في بلد واحد أم في بلدين (الهندية في الباب الرابع).

جاء في المجلة (العقار المشفوع) إذا تعددت العقارات وكانت جميعها مشفوعاً فقد بين حكمها آنفاً. لكن إذا تعددت العقارات المشتراة وامتاز بعضها عن البعض الآخر، وكان الشفيع شفيعاً لأحدهما ولم يكن شفيعاً للآخر ووقع البيع صفقة واحدة، فعلى رواية إنما يأخذ الشفيع العقار الذي هو شفيعه بحصته من الثمن والصحيح هذه الرواية، وللشفيع أخذها كلها رواية أخرى (الهندية في الباب الرابع، فتح المعين) ويستفاد من لفظ (العقار) إن المشتري لو اشترى عقاراً ودابة صفقة واحدة وإنما يأخذ الشفيع العقار بحصته من الثمن، أما الدابة فليس له أخذها (فتح المعين). والواقع أنه وإن كان في ذلك تفریق صفقة فقد جاز ذلك في الشفعة، كما هو مبين في شرح المادة (١٧٧) من كتاب البيوع.

المسألة الثانية: لو اشترى المشتري منزلاً ذا أربع غرف في طريق غير نافذة وأراد الشفيع أخذ غرف واحدة فقط. فإذا كان يطلب الشفعة بسبب الشركة في الطريق فليس له أخذ بعض المبيع لأن الشفعة في هذه الصورة تكون قد تجزأت. وإذا كان طلب الشفعة بسبب الجوار وكانت هذه الغرفة مجاورة له فقط فله الحق في أخذ هذه الغرفة فقط (الهندية في الباب الرابع).

المسألة الثالثة: لو اشترى أحد عقاراً من اثنين، فليس لشفيعه أن يأخذ حصة أحد البائعين فقط، سواء أقبض المشتري العقار أم لم يقبضه (الهندية في الباب الرابع). لأنه بأخذ البعض تفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه ويعيب الشركة (مجمع الأنهر).

المسألة الرابعة: إذا كان لعقار شفيعان متساويان في الدرجة وطلبا نصف مالهما من حصة الشفعة بطلت شفعتها في الكل، أنظر شرح المادة (١٠٢٩) (فتح المعين). كذلك لو طلب أحد هذين الشفيعين وطلب الثاني النصف فقط تسقط شفعة طالب النصف. ويأخذ الشفيع طالب الكل كل المشفوع (التفيع).

المسألة الخامسة: لو سلم الشفيع بعد البيع بعد البيع نصف الشفعة كانت شفيعته باطلة كلها. لأن حق الشفعة كما أنه لا يقبل التجزئة ثبوتاً لا يقبل التجزئة اسقاطاً أيضاً، وذكر بعضه كذكر كله. أنظر المادة (٦٣) (مجمع الأنهر).

المسألة السادسة: لو ظهر للعقار شفيع بعد أن باع المشتري نصفه من آخر وأراد الشفيع أخذ المشفوع ينظر، فإذا كان يريد أخذه بالبيع الأول فيلزم أن يأخذه كله ويبطل البيع الثاني، وليس له في هذه الصورة أن يأخذ نصف العقار الباقي بالشفعة فقط وإذا أراد أخذه بالبيع الثاني بالشفعة يأخذ النصف (الهندية في الباب السادس).

المسألة السابعة: لو ظهر شفيع للعقار بعد أن أفرز المشتري نصفه ووجهه لآخر وسلمه إياه فيلزم أن يأخذ العقار كله بالشفعة وتبطل الهبة، وإلا ليس له أخذ النصف الباقي في يد المشتري فقط (الهندية في الباب الثالث).

﴿مادة ١٠٤٢﴾ - (ليس لبعض الشفعاء أن يهبوا حصتهم لبعض، وإن فعل أحدهم ذلك أسقط حق شفيعته).

ليس لبعض الشفعاء أن يهبوا حصتهم في الشفعة لبعض قبل الحكم، أي ليس لهم أن يتركوا حصتهم لبعض، لأن الهبة عبارة عن تملك المال، ولما كانت الشفعة ليست بمال، فهبة الشفعة بمعنى تركها، ولفظ الهبة هنا ليس قيداً احترازياً. ولذلك فليس للشفيع أن يترك حق شفيعته في مقابل نقود لشفيع آخر أو أجنبي. يعني أن يعتاض عوضاً عن حق الشفعة، حتى أنه لو باع شفيعته في مقابل مال أو صالح المشتري على مال عن حق الشفعة، سقطت شفيعته ويلزم رد العوض (الهندية). أنظر شرح المادة (١٠٢٤).

فلو هبوه أو باعه فيكون قد أسقط حق شفيعته مجاناً، وليس له المطالبة بالشفعة بعدئذ، أنظر المادة (٥١).

وعلى هذا فتقسيم الشفعة على عدد رؤوس الشفعاء بما فيهم الشفيع الموهوب له ما عدا الشفيع الواهب، وإلا فلا يلزم بقاء الحصص الموهوبة في عهدة المشتري أو اعطائها للموهوب له (فتاوى ابن نجيم).

أما بعد الحكم، أي بعد أن تدخل حصته في المشفوع إلى ملكه بحكم الحاكم، فمن البديهي أن للشفيع أن يهب حصته حينئذ لمن شاء من الشفعاء، توفيقاً للمسائل الواردة في كتاب الهبة.

﴿مادة ١٠٤٣﴾ - (إن أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم للشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار المشفوع وإن أسقطه بعد حكم الحاكم فليس للآخر أن يأخذ حقه).

إن أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم، أي حق شفيعته، فللشفيع الآخر، سواء أكان هذا الشفيع في درجة الشفيع المسقط أم دونه، أن يأخذ تمام العقار المشفوع، أي له أن يأخذ المشفوع كله أو أن يتركه كله، وليس له، كما يفهم من المادة (١٠٤١)، صلاحية في أن يأخذ حصته فقط ويترك حصة المسقط (رد المحتار) كذلك إذا كان الشفعاء ثلاثة أو أكثر فأسقط أحدهما حقه على الوجه المشروح تقسم الشفعة على عدد رؤوس الباقين، لأن ملك الشفعاء لا يتقرر قبل الحكم، فلو ترك قبل تقرر ملكه يعني لو ترك أحد الشفعاء حصته قبل دخولها في ملكه فيها أنه يعد هذا التارك في حكم العدم، فيأخذ الباقون العقار المشفوع تماماً، مثلاً إذا كان لعقار شفيعان، أحدهما حاضر والآخر غائب، فأنخذ الحاضر الشفعة في العقار، ثم اطلع قبل الحكم على عيب قديم في العقار المشفوع فتركه، فللشفيع الغائب أخذ العقار المشفوع كله بالشفعة (الهندية في الباب السادس).

مثال للشفيع الآخر الذي يكون في درجة المسقط:

لو باع أحد ثلاثة شركاء في عقار شائع حصته من أجنبي، وأسقط أحد الشريكين الباقين حقه في الشفعة قبل الحكم، فللشريك الآخر أخذ جميع الحصة المبيعة بالشفعة.

مثال للشفيع الذي يكون دون الشفيع المسقط:

إذا كان لعقار شفيعان، أحدهما شريك والثاني جار ملاصق، وأسقط الشريك حقه قبل الحكم كان للجار الملاصق أخذه بالشفعة (الهندية في الباب السادس).

وإذا أسقط أحد الشفعاء حقه بعد حكم الحاكم، فليس للشفيع الآخر أخذ حقه.

لأنه لما قد تقرر ملك كل من الشفعاء في المشفوع وأبطل حق الآخرين فيه واسقط، فلا تعود حقوق الآخرين الساقطة فيه بترك أحدهم حقه مؤخراً (فتح المعين، الهندية في الباب السادس).

سؤال - يملك الشفيع المال المشفوع بحكم الحاكم، كما يستفاد من المادة (١٠٣٦)، بناء عليه فليس للشفيع حق في أن يقول لا أخذ المشفوع، على ما جاء في شرح المادة المذكورة، فلا يقصد بقوله (حقه) في المتن الحصة العقارية التي يملكها الشفيع بالشفعة، لأن العين لا تسقط بالإسقاط، فلو كان أحد مالكا للدار وقال قد اسقطت هذه الدار فلا يسقط حقه بل تبقى ملكاً له كالأول. وإنما يزول ملك ذلك الشخص عن تلك الدار بتملكه إياها ببيع أو هبة مثلاً، ولا يقصد حق الشفعة أيضاً من قوله (حقه). لأن حق الشفعة ينتهي بلحوق الحكم وبعد ذلك لا يبقى حق للشفعة. بناء عليه فإسقاط هذا الحق إسقاط الساقط. ألا ترى لو أعفي ولي القاتل من القصاص سقط عنه، أما لو أعفاه من بعد القصاص كان العقوب باطلاً. وقد جاء في الهندية في الباب التاسع: ولا يصح تسليم الشفعة بعدما أخذ الدار بالشفعة.

جواب: المقصود من قوله (حقه) الحصة العقارية التي أخذها الشفيع بالشفعة والمقصود من الإسقاط هو الترك أيضاً.

يعني إذا ترك الشفيع بعد الحكم العقار المشفوع المملوك له حكماً، أي إذا رده للمشتري، بخيار العيب مثلاً، فليس للشفيع الآخر أن يأخذ حقه، أي نصيبه في العقار.

مثلاً إذا كان لعقار شفيعان أحدهما غائب والآخر حاضر، فرد الحاضر العقار بعيب قديم بعد أن أخذه كله بالشفعة بحكم إلى المشتري، فحضر الشفيع الآخر بعد ذلك، فإنما له أخذ نصف العقار بالبيع الأول وليس له أخذه كله إلا أنه إذا رده الشفيع الحاضر بخيار العيب بلا حكم الحاكم، فيما أن هذا الرد في حق الشفعة بيع جديد للشفيع الغائب أخذ العقار كله بسبب هذا الرد.

كذلك إذا كان لعقار ثلاثة شفعاء، أحدهم حاضر واثنان غائبان، وحكم بالشفعة كلها للحاضر وحضر الشفيعان الغائبان، بعد الرد على الوجه المشروح، فلها أخذ ثلثي ذلك العقار بالشفعة ويبقى الثلث للمشتري (الهندية في الباب السادس).

جواب آخر: لو أسقط أحد الشفعاء حقه بعد حكم الحاكم ولم يكن ذلك الإسقاط بسبب موجب لرد المشفوع كخيار الرؤية وخيار العيب. فلا يكون صحيحاً، وبما أن العقار المشفوع لا يخرج من ملك المسقط بالإسقاط الواقع، وبعبارة أخرى بما أنه ليس للشفيع ترك العقار المشفوع بعد الحكم، فليس للشفيع الآخر أخذ حقه.

أي لا يتسنى للشفيع الآخر أن يأخذ حصة الشفيع المسقط بالشفعة، حيث لا تخرج الحصة من ملك الشفيع بعد أن يحكم بها الحاكم، فعلم به أن عدم أخذ الباقي نصيب التارك لعدم صحة الترك لتقرر ملكه بالقضاء لا لانقطاع حقهم به مع صحة الترك منه (الطحطاوي).

وقوله في هذه الفقرة «بعد حكم الحاكم» احتراز عن شراء الشفيع، فلو كان لعقار شفيعان، أحدهما حاضر والآخر غائب، واشترى الشفيع الحاضر ذلك العقار من المشتري وجاء الشفيع الآخر، فله أخذ العقار كله إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الثاني، أنظر المادة (١٠٢٤) مع الفقرة الأولى من هذه المادة (الهندية في الباب السادس).

﴿مادة ١٠٤٤﴾ - (لوزاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله كصبغه فشفيعه مخير إن شاء تركه وإن شاء تملكه بإعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة، وإن كان المشتري قد أحدث على العقار المشفوع بناء أو غرس فيه أشجار فالشفيع بالخيار إن شاء تركه وإن شاء تملك المشفوع بإعطاء ثمنه وقيمة الأبنية والأشجار وليس له أن يجبر المشتري على قلع الأبنية أو الأشجار)

لوزاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله كصبغة أو تطيينه كان شفيعه مخيراً إن شاء ترك حق شفيعته تماماً لأن للشفيع ترك ذلك الحق ولو بعد الزيادة وإن شاء تملكه بإعطاء ثمن الزيادة مع ثمن البناء بالشفعة، وليس له إجبار المشتري على قلع الصبغة والطين ونقضها لأن نقضها متعذر. ولا قيمة لأنقاضها (فتح العين).

وهذه الفقرة مثال للزيادة غير القابلة للانفصال، كما ان الفقرة الآتية مثال للزيادة القابلة

للتفريق أيضاً ويوضح إن الحكم فيها واحد إيراد الأمثلة المتعددة على ذلك .
 إن هذه الفقرة من الجلة متفق عليها عند الحنفية أما الفقرة الآتية فهي على مذهب الإمام أبي يوسف .

ولذلك إن كان المشتري قد أحدث على العقار المشفوع بناء أو غرس فيه أشجاراً فالشفيع بالخيار إن شاء ترك حق شفيعته وإن شاء تملك المشفوع بإعطاء ثمنه وقيمة الأبنية والأشجار قائمة .

وقد فهم من المواد (٨٨٢ و ٨٨٤ و ٨٨٥) إن للقيمة ثلاثة أنواع ، وقد صرح في الجوهرية والدر المنتقى في هذا بلزوم قيمته قائماً لأن المشتري لما كان محققاً في البناء فلا يجوز أن يجبر على قلعه كما أنه لا يجوز أن يجبر على إعطائه للشفيع بقيمته مستحقاً للقلع وكذلك لا يجبر المشتري على قلع الأبنية والأشجار لأنه لما كان المشتري قد بنى فيه أو غرس الشجر على أنه ملكه فهو محق في بنائه وعرسه ، مع أن إجباره على القلع حكم يترتب على الشيء الذي بدون حق كالغصب ، على ما جاء في المادة (٩٠٦) هذا على رأي الإمام أبي يوسف أما على رأي الطرفين فإذا كان قلع الأبنية والأشجار مضرراً بالأرض فلا تعلق ويلزم الشفيع أخذها بقيمتها مقلوعة وإذا لم يكن قلعه مضرراً تعلق (فتح المعين) .

هذه المادة متفرعة من قاعدة «يزال الضرر الأشد بالضرر الأخر» البينة في المادة (٢٧) . لأنه يجتمع بهذا ضرران ، أولهما ضرر إجبار المشتري على قلع الأشجار والأبنية .

وليس لهذا الضرر عوض يقابله ، فيزول حق المشتري بلا عوض ويكون هباءً ، مثلاً لو أنشأ المشتري على العرصة التي تساوي مائة دينار بناء يساوي خمسمائة دينار وأجبر على قلعه فانقاضه تساوي مائة دينار فقط ويكون الأربعمائة قد ذهبت أدراج الرياح ،

الثاني ضرر إعطاء نقود زيادة عن ثمن المشفوع بإجباره على إعطاء المشتري قيمة الأبنية أو الأشجار زيادة عن ثمن المشفوع إذا أراد أخذه بالشفعة ، وفي مقابل هذا الضرر يدخل في ملك الشفيع الأبنية أو الأشجار ، وهي تكون بدلاً للضرر . وعليه فالضرر الذي له بدل ، أخف من الضرر الذي ليس له بدل بناء عليه فيلزم ارتكاب أهون الضررين (الهندية ، فتح المعين بإيضاح) .

وقوله في الفقرة الثانية (الأبنية والأشجار) احتراز عن الزرع . لأنه لو ظهر للعرصة المشتراة شفيع يعد أن زرع فيها المشتري زرعاً فبقى في يد المشتري إلى ادراك الزرع . وعليه فلا يلزم المشتري إعطاء اجرة مدة مضت قبل الحكم لوجودها في ملكه ، أما بعد لحوق الحكم بالشفعة ، فيعطي المشتري للشفيع اجرة في الحصاد . والفرق بين الزرع والأبنية أو الأشجار هو هذا : بما أن للزرع نهاية معلومة فليس في تأخيرها ضرر كبير على الشفيع لأنه سيأخذ اجرة الأرض (فتح المعين ، رد المحتار) . ثم إذا ترك الأرض في يد المشتري يترك بغير اجرة (الهندية في الباب الثامن) .

الإختلاف بين الشفيع والمشتري في الأرض :

لو أراد الشفيع أخذ عقار بالشفعة بعد أن اشتراه المشتري ، وأدعى المشتري أنه أحدث فيه بناء

وكذبه الشفيع، فالقول للمشتري. فإذا أقام كلاهما البينة رجحت بينة الشفيع. والاختلاف في شجر الأرض هكذا أيضاً، ولكن إنما يقبل قول المشتري إذا كان محتملاً حتى إذا قال أحدثت فيها هذه الأشجار أمس لم يصدق على ذلك، وكذلك فيما أشبهه من البناء وغيره، وإن قال اشتريتها من عشرين سنة وأحدثت فيها هذا فالقول قوله (الهندية في الباب العاشر).

أحكام النقصان في المشفوع:

بما أن للنقصان في المشفوع أحكاماً فقد روي بيانها على الوجه الآتي:

المسألة الأولى - إذا انهدمت أو احترقت أو خربت الدار المشفوعة بغير فعل المشتري أو جفت الأشجار التي في البستان بغير فعل أحد لم يبق من انقاضها شيء أي إذا لم يأخذها المشتري وضاعت فإذا شاء الشفيع أخذ العرصه بكل الثمن. وإن شاء ترك شفعته وإلا فليس له تنزيل مقدار من الثمن في مقابل الأبنية والأشجار لأن الأشجار والأبنية بما أنها تابعة للأرض، حتى إنها تدخل في البيع من غير ذكر، كما هو مذكور في المادة (٢٣٢)، فلا حصة لها من الثمن، لأن بالانهدام لم يدخل في ضمان أحد فتعتبر قيمته على الحالة التي عليها مهدوماً.

أما إذا انهدمت الأبنية والأشجار وانقلعت وكانت الانقاض موجودة فيلزم تنزيل حصة ما يصيب الموجودة من الثمن. بناء عليه يقسم ثمن الدار المبيعة على قيمة الدار وقت العقد مع قيمة الانقاض يوم الانقاض الأخذ فيأخذ الشفيع الدار بالشفعة بحصتها من الثمن ويترك الانقاض للمشتري (فتح المعين).

المسألة الثانية: إذا لم يكن التلف في المشفوع في الأوصاف، على الوجه المشروح آنفاً، وكان جزئياً، سقطت حصته من الثمن، وعليه فلو ظهر الشفيع للعرصة بعد أن غمر البحر أو الماء مقدراً منها فيأخذ الشفيع الباقي من العرصه سالماً بحصته من الثمن لأن الغائب في هذه المسألة بعض الأصل، أما في المسألة الأولى فالغائب وصف (فتح المعين، مجمع الأنهر):

كذلك لو زرع المشتري العرصه المشتراة، فحصل فيها نقصان بسبب الزراعة، فأخذها الشفيع بعد ذلك بالشفعة، فيقسم الثمن بين قيمة الأرض يوم الاثراء وقيمتها بعد الزراعة ويأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن (الهندية في الباب الثاني).

المسألة الثالثة، إذا هدم المشتري الدار المشفوعة، فالشفيع مخير إن شاء أخذ عرصه الدار بحصتها من الثمن وإن شاء تركها لأنه لما كانت الأبنية التي تعد من الأوصاف على هذه الصورة مقصودة بسبب الإلتلاف وحيث إنه إذا قصد الشيء الذي يكون تبعاً بالإلتلاف فيجب أخذه بحصته من الثمن وترك الانقاض للمشتري. لأن الشفيع سيأخذ البناء بطريق التبعية، فلم تبق التبعية في تلك الحالة.

المسألة الرابعة: هدم الأجنبي للبناء كهدم المشتري إياه، بناء عليه فيجري في هذه الصورة حكم المسألة الأنفة (فتح المعين، مجمع الأنهر).

لأن العوض يسلم للمشتري فكأنه باعه (الجوهرة).

لأن بالهدم دخل في ضمان الهادم فتعتبر القيمة على الوصف الذي دخل في ضمانه (الهندية في الباب الثامن).

المسألة الخامسة: لو أخذ المشتري الثمن، الموجود في يد البائع والذي صرح بدخوله في البيع واستهلكه، فللشفيع المذكور تنزيل ما يصيب الثمر من الثمن، لأن الثمر لما دخل في البيع قصداً وله حصة من الثمن فيلزم عند فواته تنزيل حصة من الثمن. كذلك لو اشترى أحد الأرض المملوكة على أنها مبدورة ونبت فيها الزرع وبعد أن حصدها المشتري ظهر شفيعها فتقوم الأرض مبدورة فيأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن (الهندية في الباب الأول).

أما لو أخذ المشتري الثمر الحادث في العرصة وهي في يده بعد الشراء واستهلكه فليس للشفيع تنزيل بدله. لأن هذا حادث بعد العقد، وعليه فيها أن العقد لم يرد على الثمر، فلا يوجب فواته سقوط الثمن (فتح المعين).

كذا إذا كان شفيع الكرم الذي اشتراه أحد غائباً وأعطى الكرم في هذه الأثناء عنياً وحضر الشفيع الغائب وأخذ الكرم بالشفعة بعد استهلاك المشتري العنب ينظر فإذا كان شجر الكرم عند قبض المشتري الكرم في حالة الأزهار ولم تعقد قطفه فلا يسقط شيء من الثمن، يعني على الشفيع إعطاء الثمن المسمى كاملاً وإذا كانت القطف عاقدة عندما قبض المشتري الكرم فتنزل قيمة تلك الأثمار يوم قبضها من الثمن ويأخذ الشفيع الكرم بالباقي من الثمن (الهندية في الباب الأول).
أما إذا لم تستهلك الثمار وكانت موجودة على اشجارها فيأخذها الشفيع بالشفعة أيضاً استحساناً، لأنه لما كان متصلاً خلقه بالشيء المتصل بالعقار كان تابعاً للعقار (مجمع الأنهر).
أنظر شرح المادة (١٠١٧).

الخاتمة

في بيان حيل اسقاط الشفعة

إن اتخاذ الحيلة في أمر اسقاط الشفعة قبل وجوبها ليس مكروهاً عند أبي يوسف لأن الشفعة كانت على غير رضا المشتري فهو يدفع عن نفسه ضرر أخذ الشفيع ما له .
وعليه فالإحتيال الذي من هذا القبيل مباح ولو كان موجباً لضرر الغير. وهذا هو القول المفتى به، وقيد في السراجية بما إذا كان الشفيع غير محتاج إليه (الدر المختار، الطحطاوي بتصرف).
أما عند محمد فمكروه، وأما الإحتيال بعد وجوب الشفعة فمكروه بالإجماع (مجمع الأنهر) أنظر الحيلة السادسة.

مسألة: لاسقاط الشفعة عدة حيل:

الحيلة الأولى: إذا اشترى المشتري عقاراً بنقود معينة مشار إليها فلوس مجهولة المقدار وأضاع البائع الفلوس بعد القبض. فلا تجري الشفعة في العقار المذكور، لأن الثمن في حال العقد كان معلوماً وبناء عليه فالبيع صحيح. لكن الثمن في حال الشفعة لما كان مجهولاً فجهاالة الثمن في الشفعة مانعة لها، أنظر المادة (١٠٢٥)، مع أن هذه الحيلة أحسن وأسهل من غيرها، فإجراؤها في أسباب الشفعة الثلاثة ممكن (مجمع الأنهر، الدر المنتقى بإيضاح) رجل اشترى عقاراً بدراهم جزافاً واتفق المتبايعان على انهما لا يعلمان مقدار الدراهم وقد هلكت في يد البائع بعد التقابض فالشفيع كيف يفعل؟ قال القاضي الإمام أبو بكر يأخذ الدار بالشفعة ثم يعطي الثمن على زعمه لا إذا أثبت المشتري الزيادة عليه (الهندية في الباب السابع عشر).

والذي في المتون يفيد أنه لا يقبل قول الشفيع إذ لو قبل قوله لما كان لهذه الحيلة فائدة إلا إذا سكت (الطحطاوي).

الحيلة الثانية: أن يشتري العقار بثمن غال ثم يأخذ بعد الشراء مالاً خسيساً نظير ثمن المبيع للبائع برضاه. إذا أراد الشفيع الأخذ بالشفعة يلزمه أخذه بالثمن المسمى وليس بقيمة ذلك المال. لأن ذلك المال بما أنه عوض عن ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري فيكون البائع قد اشترى ذلك المال من المشتري بعقد آخر. وهذه الحيلة يمكن إجراؤها في الشريك والجار أيضاً لكن فيها ضرر للبائع وذلك لو ضبط العقار بالإستحقاق من يد المشتري فللمشتري الرجوع على البائع بثمن المبيع الغالي، وليس بقيمة المال الذي اعطاه بدلاً عنه، والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير (مجمع الأنهر).

ويوجد ضرر للمشتري أيضاً، وهو : لو باع البائع بثمان غال واشترى المشتري بهذا الثمن أملاً ان يقبل البائع المال الذي لا قيمة له في مقابلته فللبائع ان يطالب بذلك الثمن وأن لا يقبل ذلك البديل الذي لا قيمة له .

الحيلة الثالثة : أن يفرز البائع مقدار ذراع من العقار الذي يريد بيعه من جهة الجدار المتصل بعقار الشفيح وبعد أن يبقى ذلك في ملكه أو بعد هبة هذا المقدار للمشتري وتسليمه اياه لو باع الباقي فلا يبقى للجار شفعة لأنه لما كان استحقاق الشفعة بالجوهر والاتصال ففي هذه الصورة لم يبقى اتصال والتصاق (مجمع الأنهر).

هذه الحيلة لشفعة الجار .

الحيلة الرابعة : أن يشتري المشتري من العقار المبيع جزءاً صغيراً كالعشر بثمان غال بعقد ثم يشتري المقدار الباقي بثمان قليل، فالشفيح إنما يكون شفيحاً في السهم الذي بيع أولاً ولا يكون شفيحاً للمبيع بالعقد الثاني، وصورتها رجل له دار تساوي ألفاً فأراد بيعها على وجه لا يأخذها الشفيح فإنه يبيع العشر منها بتسعمائة ثم يبيع تسعة أعشارها بمائة فالشفعة تثبت في عشرها خاصة بثمانه ولا تثبت له الشفعة في التسعة الأعشار، لأن المشتري حين اشترى تسعة أعشارها صار شريكاً فيها بالعشر (الجوهرة).

فلو أراد أن يحلف بالله ما اردت بذلك ابطال شفعتي لم يكن له ذلك، لأنه لو أقر به لا يلزمه ولو استحلف بالله ما كان البيع الأول تلجئة فله ذلك، لأنه معنى لو أقر به يلزمه وهو خصم (المهندية في الباب العاشر) ولو بلغه البيعان معاً (فتح المعين).

لأن الشفيح في هذا المبيع جار والمشتري شريك . أما الشفيح فلا يرغب في المبيع لكثرة الثمن وقلة السهم (مجمع الأنهر مع الملتقى).

فأيها خاف من صاحبه شرط الخيار لنفسه ولو خافاً شرطاً معاً وبميجزان معاً، ولو خاف كل إن أجاز لم يجز الآخر وكل كل وكبلاً وشرط أن يميز صاحبه (فتح المعين).

الحيلة الخامسة : أن يقر البائع بكذا جزء من العقار الذي سيبيعه للمشتري ويبيع الباقي بعد ذلك من المشتري فلا شفعة عند الخصاف للجار، لأن المشتري مقدم على الشريك والجار . ورده بعضهم بأن الشركة لم تثبت إلا بإقرار فلا يظهر في حق الشفيح (الحموي، القنية، فتح المعين).

لو ادعى الشفيح أن المعاملة الواقعة بين البائع والمشتري إنما هي حيلة لاسقاط شفيعته فأراد أن يكلف المشتري باليمين على ذلك فليس له هذا الحق لأنه لا يلزم المشتري شيء إذا أقر بذلك فلا يتوجه عليه اليمين في حال انكاره (الخانية).

الحيلة السادسة : أن يقول المشتري للشفيح اشتر مني المشفوع ولا تخصمني، ويقول الآخر قد

فعلت، تبطل شفيعته كذلك لو قال المشتري للشفيع اجرتك هذا لمدة مائة سنة بكذا قرشاً أو أعرتك اياه وطلبه الآخر بطلت شفيعته أيضاً. وهذه كلها حيل في ابطال الشفعة (الجوهرة).
مسألة: لا حيلة لإسقاط الحيلة، وقد بحثنا عن ذلك كثيراً فلم نعثر عليه (مجمع الأنهر عن
البيازية).

انتهى