

كتاب الشفعة (١)

من سماع ابن القاسم من مالك رواية سحنون من كتاب الرطب باليابس

قال سحنون أخبرني ابن القاسم قال سمعت مالكا قال من باع شقصاً له في دار مشتركة فسلم بعض الشركاء وأبى بعضهم إلا أن يأخذ بشفعته إن ذلك له يأخذ جميع ما باع شريكه نصيبه ونصيب من سلم من شركائه .

قال محمد بن رشد : أما إذا سلم أحد الشفعاء بعد وجوبها له ولم يقل لك ولا له علي وجه تركها وكراهة الأخذ بها فلا اختلاف ولا إشكال في أن لمن بقي من الشفعاء أن يأخذ حظه وحظ من سلم من شركائه .

وأما إن قال للمشتري قد سلمت لك شفعتي او قال لمن سأله ذلك قد سلمت لك شفعتي فقد وقع لأصبع في الواضحة أن تسليمه الشفعة له إن كان على وجه الهبة والعطية للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة إلا حظه وحظ من لم يسلم للمشتري وللمشتري سهام المسلميين ، فإذا صح على قول أصبغ هذا

(١) بالأصل بياض للترجمة ولم يكتبها ، وهي من ق ٣ .

للمشتري بالهبة حظ المسلم ولم يكن لمن سواه من الشفعاء أخذه فكذلك البيع على هذا القياس ينزل المشتري منزلة الشفيع للبائع الشفعة فلا يكون لمن سواه من الشفعاء شفعة إلا أن يكونوا بمنزلته فيكون لهم منها بقدر حظوظهم وعلى هذا تأول ابن لبابة رواية ابن القاسم عن مالك في أنه لا يجوز أن يبيع الرجل شفعة قد وَجَبَتْ له ولا يهبها فقال معناه من غير المبتاع واستدل على تأويله برواية جلبها من كتاب الدعوى والصلح ، قال يجوز أن يبيع شفعة من المبتاع بعد وجوب صفقته قبل أن يستشفع ولا يجوز له بيع ذلك من غيره ومثل هذا حكى أيضاً عن مالك من رواية أشهب عنه أنه قال : ولا يجوز له أن يبيعه من غير المبتاع قبل أن يأخذ شفعته ، واختار هو من رأيه أن لا يبيع الشفعة ولا يهبها لا من المبتاع ولا من غيره وهو الصواب والروايات التي جلبها ليست بجلية لاحتمال أن يتأول على أنه إنما أراد بها أخذ العوض من المبتاع على تسليم الشفعة له بما يجوز له بعد وجوب الصفقة وسمي ذلك بيعاً لما فيه من شبهة البيع ، وقولُ أصبغ بعيد شاذ في النظر وحكى ابن لبابة أيضاً أنه رأى ابن الحسار يعقد لنفسه وثيقة شراء نصيب رجل من مال وما وجب له من الاستشفاع في نصيب كان بيع من ذلك المال قبل ذلك ، قال فلما تمت الوثيقة قال لي هذه من غرائب النتائج التي لا يعرفها واللّه غيرنا ، يريدني ونفسي .

فالذي يتحصل في هذا أنه لا يجوز للشفيع أن يهب ما وجب له من الاستشفاع لغير المبتاع ولا يبيعه منه .

واختلف هل له أن يهب ذلك للمبتاع أو يبيعه منه أم لا على قولين ، أحدهما أن ذلك جائز ويختص المشتري بما اشترى فلا يكون لغير البائع أو الواهب من الشفعاء عليه شفعة إلا أن يكون بمنزلته فيكون لهم منها بقدر حقوقهم والثاني أن ذلك لا يجوز وينسخ البيع فيكون الشفيع على شفعته وينسخ أيضاً حكم الهبة فيمضي على حكم التسليم .

وأما بيع الشفيع نصيبه الذي يستشفع قبل أخذه بالشفعة فلا يجوز

باتفاق وكذلك هبته لا تلزم باتفاق وأما تسليم الشفعة بمال بعد وجوبها له فجائز باتفاق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب حَلَفَ لَيَرْفَعَنَّ أَمْرًا إِلَى السُّلْطَانِ

قال : وسئل مالك عن رجل باع نصف أرضه بأرض آخر أو زيادة دنائير أترى له شفعة ؟ قال : نعم ، ويكون عليه قيمة أرضه التي أخذها ، قال : وقال ابن القاسم وقد كان يبلغنا من بعض إخواننا أنه كان من قول مالك وغيره من المدنيين أنه إذا علم أنه أراد المناقلة والسكنى ولم يرد وجه البيع ولم يكن يرضى أن يخرج من داره ويقعد لا دار له ، وكان بعض المدنيين يذكر ذلك ويذكر عن ربيعة أنه لا شفعة في ذلك فكلمنا مالكاً وحاججناه بوجه السكنى وإنما أراد المناقلة ولم يكن ذلك منه على وجه البيع فلم يره شيئاً وأنكره وكأنه قاله ورجع عنه ، واتبع الحديث ورآه بيعاً من البيوع ، وقال الشفعة فيه ، قال وكذلك لو أعطاها امرأة في صداقها وإنما تزوجها لهواه فيها فأرى الشفعة فيها ولم ير الذي ذكر عنه شيئاً ، قال ابن القاسم وهو رأيي وهو الشأن ، قال مطرف وابن الماجشون الذي قال مالك لا شفعة فيه إنما ذلك في المناقلة بين الشركاء في المسكنين أو الحائطين أو في الأرضين يناقل أحدهم بعض أشراكه يعطيه حظه في هذه الدار وهذه الأرض وهذا الحائط يحط صاحبه في الدار الأخرى أو الأرض الأخرى أو الأريط الآخر فيصير حظه من ذئبك الشئيين المفترقين في شيء واحد منهما ، فهذه المناقلة التي قال مالك لا شفعة فيها للشركاء لأنه لم يرد وجه البيع إنما أراد التوسع في حظه وجمعه لكي ينتفع به ، وأما إذا ناقل بنصيبه من هذه

المشتركة يدار أخرى أو أرض أخرى لا نصيب له فيها ولا حظ لكانت في ذلك الشفعة ولجری مَجْرَى البيع وليس مجرى المناقلة ، وسواء عامل بذلك بعض شركائه أو أجنبياً ممن لا شرك له معه .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة سئل مالك عن رجل باع نصف أرضه بأرض أخرى معناه نصف نصيبه بأرض أخرى وهذه مسألة فيها اختلاف ولها تفصيل ، وتحصيل القول أنه لم يختلف قول مالك في أن في الشقص المبيع الشفعة إذا بيع بعين أو بعرض ، فأما إن باع الرجل شقصه من شريكه أو من أجنبي بأصل أو شقص من أصل له فيه شرك أو لا شرك له فيه فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن في ذلك كله الشفعة ، ووقع هنا ما ظاهره أن قول مالك اختلف في ذلك كله ، وأنه كان يقول إذا علم أنه أراد المناقلة والسكنى ولم يرد وجه البيع إنه لا شفعة في ذلك ، وأن بعض المدنيين كان يذكر ذلك وأنه قول ربيعة ، فعلى هذا تكون المناقلة اختلف في وجوب الشفعة فيها في هذه الأربعة وجوه ، وحكى العتيبي عن مطرق وابن الماجشون أنهما قالاً إن المناقلة التي قال مالك لا شفعة فيها إنما هي أن يبيع الرجل شقصه من شريكه بشقص من أصل له فيه شرك ، فيكون كل واحد منهما إنما أراد التوسع في حظه مما صار إليه من حظ شريكه عوضاً عما عاوضه به ، فعلى هذا المناقلة إنما تكون في هذا الوجه الواحد من الأربعة الأوجه المذكورة وروى أبو زيد عن مطرف في الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما شقصه ، من شريكه بشقص من أصل له مع شريك آخر أنه لا شفعة لهذا الشريك الآخر في هذا الشقص ، لِأَنَّهُ لم يقصد به البيع وإنما أراد التوسع في حظه ، وكذلك على قول مطرف هذا لو كانت دار بين ثلاثة نفرٍ فباع أحدهم حظه من أحد شريكه بأصل فلا شفعة للشريك الثالث الذي لم يرد البيع وإنما أراد التوسع في حظه ، فعلى قول مطرف هذا تكون المناقلة المختلف في إيجاب الشفعة فيها في ثلاثة وجوه، وأصله أنك متى وجدت أحد المتعاضين في الأصول قد

أخذ من صاحبه شقصاً فيما له فيه شقص فهي المناقلة التي لا شفعة فيها فعلى رواية مطرف وابن الماجشون أن المعاملة في الأصول لا تكون مناقلة وتسقط فيها الشفعة حتى يكون كل واحد منهما قد أخذ من صاحبه شقصاً فيما له فيه شقص . وعلى ظاهر ما وقع في هذه المسألة من رواية ابن القاسم عن مالك أن المعاملة في الأصول كيف ما وقعت فهي مناقلة لا تجب فيها الشفعة على أحد القولين ، ففي تعيين المناقلة المختلف في إيجاب الشفعة فيها ثلاثة أقوال على ما بيناه ، وفي المدنية لابن كنانة أنه سئل عن ورثة بينهم أرض هم فيها أشراك فقال رجل من الورثة للورثة اعطوني حقي في مكان واحد واجمعوا لي أرضي في ناحية واحدة فرضوا بذلك وفعلوا ثم إن الشركاء في الأرض أرادوا الأخذ بشفعتهم وقالوا قد بعث قال : يحلف الذي جمعت له أرضه في مكان واحد بالله ما أردت بيعاً وما أردت إلا أن يجمع لي أرضي في مكان واحد فإذا حلف احتبس أرضه ولم يكن لاولئك فيها شفعة ، قال عيسى قال ابن القاسم لا شفعة فيه وقول ابن القاسم هو الصحيح وأما قول ابن كنانة فهو بعيد لأن ذلك ليس ببيع وإنما هي قسمة وليس لأحد المتقاسمين على صاحبه شفعة وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن أخوين ورثا دارين فباع أحدهما أحد الدارين فعلم أخوه الذي لم يبيع فقال أنا آخذ هذه الدار التي بعثت بشفعتي وأقاسمك الأخرى ، فقال له الذي باع ليس لك ذلك ولكن أقاسمك الدارين فإن تقع الدار التي بعثت لي نفذ بيعي وإلا تقع لي بطل بيعي وتكون لك قال مالك ليس ذلك له وأرى أن يأخذها أخوه بشفעתه فيها ويقاسمه الأخرى وليس له أن يأبى ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في آخر كتاب الشفعة من المدونة في الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما طائفةً منها بعينها ولا اختلاف فيها

عندي من أجل حق المشتري ، بخلاف مسألة أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الإستحقاق في أرض بين الرجلين يئني أحدهما فيها بُنياناً وشريكه غائبٌ أنهما يقتسمان الأرض فإن كان بنيانه فيما صار له من الأرض كان له وكان عليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب صاحبه ، وإن كان البنيان والغرس في نصيب غيره خَيْرَ الذي صار له في نصيبه بين أن يعطيه قيمته منقوضاً وبين أن يسلم إليه نقضه ينقله ويكون له أيضاً من الكراء على الباقي بقدر ما انتفع به من مصابة صاحبه الغائب لأن ذلك إنما يكون إذا اختلفا في القسمة فدعا إليها أحدهما ودعا أحدهما إلى أن يحكم بينهما في الغرس والبناء قبل القسمة حسبما ذكرناه هناك فيدخل في تلك الخلاف من هذه ولا يدخل من هذه الخلاف في تلك من أجل حق المبتاع لأنه قد يقول وجب لي حظ البائع من الدار فليس لكما أن تقتسما قبل مَخَافَةَ أن تصير الدار لغير البائع فيبطل جميع شرائي فالواجب أن يأخذ الشريك نصف الدار بالإستحقاق ونصفها بالشفعة إلا أن يتفقا على القسمة قبل ويرضى بذلك المبتاع فيجوز وبالله التوفيق .

ومن كتاب البرِّ

وسئل مالك عن رجل باع شركاً له في دار فأقام شريكه تسعة أشهر ثم طلب أن يأخذ بالشفعة أترى ذلك به ؟ قال : نعم ما تسعة أشهر عندي بكثير ، وإنني أرى أن يحلف بالله ما كانت إقامته تركاً لشفعته ويأخذ شفعته في هذا إلا أن يأتي من ذلك ما يطول زمانه .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في المدونة في التسعة الأشهر والسنة لأنه لم ير السنة فيها كثيراً ولو قام بعد الشهر أو الشهرين لم يكن عليه يمين على ما قال في رسم الشجرة بعد هذا إلا أن يكون قد كتب شهادته في عقد الشراء فيلزمه اليمين إن قام بقرب ذلك بعد العشرة الأيام ونحوها على ما قاله بعد هذا في رسم باع ، ولو كتب شهادته في عقد الشراء ولم يقم إلا بعد

شهرين لم يكن له شفعة .

فتحصيل هذه المسألة أنه إن لم يكتب شهادته وقام بالقرب مثل الشهر والشهرين كانت له الشفعة دون يمين ، وإن لم يقم إلا بعد السبعة أو التسعة أو السنة على ما في المدونة كانت له الشفعة بعد يمينه أنه لم يترك القيام راضياً بإسقاط حقه ، وإن طال الأمر أكثر من السنة لم تكن له شفعة ، وأما إن كتب شهادته وقام بالقرب أو العشرة الأيام ونحوها كانت له الشفعة بعد يمينه ، وإن لم يقم إلا بعد الشهرين لم يكن له شفعة وإذا قال لم أعلم بالشفعة فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان حاضراً بالبلد وإن كان بعد أربع سنين ، قاله ابن عبد الحكم .

وقد اختلف في الحد الذي تنقطع فيه شفعة الحاضر بمجرد السكوت بعد العلم بالبيع على أربعة أقوال أحدها أن حده السنة وهو قول أشهب وروايته عن مالك والثاني قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ان السنة قليل ولا ينقطع إلا فيما فرق السنة والثالث قول مطرف وابن الماجشون أنه على شفعته ما لم يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك أو يتركها طوعاً منه ويشهد بذلك على نفسه أو يمضي من طول الزمان ما يدل على أنه كان تركاً له والخمس سنين قليل إلا أن يحدث المشتري فيها بنياناً أو عرشاً فتنتقطع شفعته في أقل من ذلك ، فكأنهما رأيا الحد في ذلك ما تكون فيه الحيازة ، والرابع أنه على شفعته وإن طال ما لم يصرح بتركها روى ذلك عن مالك وهو مذهب الشافعي وأبو حنيفة يقول بضع ذلك أن الشفعة إنما هي الوقوف فإن لم يقم بشفعته ساعة علم بالبيع فلا شفعة له ، وهو قول خامس في المسألة وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله تأخير صلاة العشاء في الحرّس

وسئل مالك عن أربعة إخوة باع أحدهم نصيبه من دار لهم

فسلم إخوته للمشتري ما اشترى أتراه شفيعاً معهم إذا باع أحد منهم؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال وهو مما لا أعلم فيه اختلافاً لأن المبتاع يحل محلّ بائعه، واختلف لو كان المبتاعون لسهم الواحد جماعةً فباع أحدهم حظه فقال ابن القاسم لا يكون أشراكه أحقّ بالشفعة من أشراك البائع منهم ، وقال أشهبُ أشراكه أحقّ بالشفعة من أشراك البائع لأنهم كأهل سهم واحد وبالله تعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله كتب عليه ذُكِرَ حَقٌّ

وسئل مالك عن حائط بين رجلين تصدق أحدهما بنصيبه على قوم وعلى عقبهم ما عاشوا ، ثم إن الشريك باع نصيبه فأراد أهل الصدقة أن يأخذوا حصة شريكهم بالشفعة ، قال مالك : ليس لهم في مثل هذا شفعة ، إنما هي صدقة فما أرى الشفعة تكون في الصدقة ، قال : وسمعتُه يقول غير مرة : قال ابن القاسم وبلغني عن مالك أنه قال إذا أراد صاحب المتصدق أن يأخذ بالشفعة لم يكن ذلك له إلا أن يلحقه بالحبس فيكون ذلك له .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أن أهل الصدقة أرادوا أن يأخذوا بالشفعة لأنفسهم ملكاً فلذلك لم ير لهم شفعة ولو أرادوا أن يأخذوا بالشفعة ليلحقوها بالحبس لكان ذلك لهم ، وكذلك لو أراد المحبس أن يأخذ بالشفعة لنفسه لم يكن ذلك له ولو أراد أن يأخذ بها يلحقها بالحبس كان ذلك له ، وعلى قياس هذا لو أراد رجل أجنبي أن يأخذ بالشفعة للحبس لكان ذلك له ، وهذا على القول بأن من تصدق على رجل وعقبه بعقار ما عاشوا فإنها لا ترجع للمحبس بحال أبداً وتكون ملكاً لآخر العقب على ما روى أشهب عن

مالك في كتاب الحبس أو يرجع بمرجع الأحباس على ما حكاه ابن عبدوس وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة وأما على القول بأنه يرجع إلى المحبس ملكاً بعد انقراض المتصدق عليه وعقبه فَلِلْمَحْبَسِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشَّفْعَةِ لِنَفْسِهِ عَلَى مَا حَكَى ابْنُ حَبِيبٍ عَنْ مَطْرَفٍ مِنْ أَنَّ الْحَبْسَ إِذَا كَانَ لَهُ مَرْجِعٌ إِلَى الْمَحْبَسِ فَالشَّفْعَةُ لَهُ مَالٌ مِنْ مَالِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

ومن كتاب باع غلاماً

وسئل مالك عن رجل باع شقصاً له في أرض وشفيعه حاضر وشهد فيها ثم إنه بدا له بعد عشرة أيام ونحوها أن يأخذها بالشفعة قال أرى ذلك له وأشد ما عليه أن يحلف بالله ما كان ذلك منه تركاً لشفعته ثم يأخذ ماله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في رسم البز قبل هذا فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق .

ومن كتاب صلى نهائراً ثلاث ركعات

وسئل عن قوم لهم ثمرة حائط صدقة فأراد رجل ممن له أصل في ذلك الحائط أن يبيع أترى لهم سفعة ؟ قال : لا شفعة لهم ، وإنما الشفعة لمن كان له أصل مال ، قال مالك : ولو كان المحبس حياً وأراد أن يأخذ بالشفعة ليلحق ذلك بحبسه كان ذلك له ، وإن لم يكن يريد أن يلحقه بحبسه فلا شفعة له .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في

رسم كتب عليه ذكر حق فلا معنى لإعادته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب الشجرة

وسئل عن الشريكين في الدار يبيع أحدهما نصيبه فيقيم شريكه شهراً أو شهرين لا يطلب ثم يريد أخذها ، قال : ذلك له ما لم يتناول ذلك ، قلت له أفترى الشهرين قريباً ؟ قال : نعم قلت له أفيحلف أن إقامته ما كانت تركاً لذلك ، قال لا أرى عليه في مثل هذا يمينا إلا أن يأتي من ذلك ما يُستنكر من تباعد ذلك فأرى أن يحلف .

قال محمد بن رشد : قد مضى تحصيل القول فيها في رسم البر قبل هذا فلا معنى لاعادته وبالله التوفيق .

من سماع أشهب وابن نافع من مالك رواية سحنون

قال سحنون قال أشهب وابن نافع : سئل مالك عن ابتاع شركاً له في مال قيمته عند الناس عشرون ومائة درهم ثم زعم المشتري أنه ابتاعه بمائتي درهم وزعم البائع ذلك أيضاً فأراد الذي له الشفعة أن يحلف البائع أو المبتاع ، وزعم أنه إنما أراد أن يقطعا عليه شفעתه ولم يأت على ذلك ببينة ، قال ذلك في الأثمان مختلف لحاجتهم أما إذا كان المشتري السلطان أو الشريك في المال والجديد فيه أو الجار فإن هؤلاء ربما بالغوا في إعطاء الثمن لحاجتهم إلى ذلك وخفة مؤنته عليهم لقدرة السلطان وخفة الشأن عليه ، ولرغبة الجديد فيه والجار في ذلك وَلِكِرَاهِيَةِ أَنْ يَشَارِكَهُ أَحَدٌ

فيه أو يجاوره ، فإذا كان هذا فلا أرى على أحد يميناً ، لأن بعض هؤلاء قد يشتري المال لهذا الأمر بأضعاف ثمنه ، وأما إذا كان على غير هذا من الأمر الذي وصفت لك واشترى ذلك بما لا يعرف من الثمن فإني أرى على المبتاع اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد ابتاعه بهذا الثمن ولا أرى على البائع يميناً لأنه لو أبى أن يحلف لم يكن عليه في ذلك شيء ، وإنما اليمين على المبتاع إذا لم يكن على ما وصفت لك واشترى من الثمن ما يُستتكر ولا يعرف .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة كان الشيوخ يحملونها على أنها خلاف لما في الدونة ، لأنه قال فيها القول قول المشتري ولا يمين عليه إلا أن يأتي بما لا يشبهه ، وقال في المدونة القول قول المشتري يريد مع يمينه إلا أن يأتي بما لا يشبهه فيصدق ويكون القول قول الشفيع ، وليس ذلك بصحيح ، لأن معنى رواية أشهب هذه أن الشفيع لم يحقق الدعوى على المشتري ولا ادعي معرفة الثمن ، وإنما أراد أن يحلفه بالتهمة فلم يوجهها عليه إلا في الموضع الذي تظهر فيه التهمة وهو أن يأتي بما لا يشبه من الثمن ، وذلك بين من سياقة المسألة ، ومعنى ما في المدونة أنهما اختلفا في الثمن وحقق كل واحد منهم الدعوى فيه على صاحبه ، فوجب أن يكون القول قول المشتري إذا أتى بما يشبهه فإن لم يأت بما يشبهه كان القول قول الشفيع إن أتى بما يشبهه فإن لم يأت بما يشبهه حلفا جميعاً على دعواهما ، وكانت له الشفعة بالقيمة ، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف وإن أتى بما لا يشبهه ، لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه ، ولا اختلاف عندي في هذه المسألة إذا اختلفا في الثمن وحقق كل واحد منهما الدعوى على صاحبه ، وأما إذا لم يحقق الشفيع الدعوى على المشتري وأتى المشتري بما يشبهه فليل إنه لا يمين عليه ، وهو قول مالك في هذه الرواية ، وقيل القول قوله مع يمينه إلا أن تكون على ذلك بينة بتعاور البائع مع المشتري على ما ادعاه ، وأما إن أتى بما لا

يشبه فقيل القول قوله مع يمينه والشَّفِيعُ بالخيار إن شاء أخذ بذلك وإن شاء ترك، وهو قول مالك في هذه الرواية، وقول مطرف في الواضحة، وقيل إن الشفيع بالخيار إن شاء أن يأخذ بالقيمة أخذ لأن المشتري يتهم على تغيب الثمن لقطع الشفعة إلا أن تكون له بينة على مشاهدة السفقة والنقد، فيكون الشفيع مخيراً بين أن يأخذ بذلك أو يترك، وهو قول سحنون، ولا تأثير للبينه في هذا على تعاور البائع مع المشتري على الثمن الذي ادعاه، قاله ابن حبيب في الواضحة، ولا يمتنع عندي أن يكون له شاهد يحلف معه إذا كان عدلاً ولم يتهم في شهادته على ما قاله ابن القاسم في أول سماع أبي زيد في مسألة اللؤلؤ إذ لا تهمة عليه في شهادته له، وإنما كان يتهم لو شهد للشفيع على المشتري لأنه يقلل العهدة على نفسه فيما يستحق من الشقص أن استحق منه شيء، وإذا اختلفا المتبايعان في ثمن الشقص فَتَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا لم يكن للشفيع شفعة، ويشبه أن يكون له الشفعة إذا رضي أن تكون عهده على البائع، لأنه يقر أن الشقص للمشتري، واختلف إن نكل المشتري وحلف البائع فقيل يأخذ الشفيع إن شاء بالثمن الذي حلف عليه البائع، وقيل بل يأخذ بالثمن الذي أقر المشتري أنه اشتراه به، وليكلاً القولين وجه، والظاهر أن يكون للشفيع أن يأخذ إلا بالثمن الذي حلف عليه البائع وأخذه، ولا إشكال إذا حلف المشتري ونكل البائع في أنه يأخذ بما حلف عليه المشتري وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك هل في الثمرة شفعة؟ فقيل أفي رؤوس النخل هي؟ فقيل: نعم، قال فيه الشفعة، وإنما تكون الشفعة في الأرض وفي كُلاً ما انبتت الأرض، وسئل هل في الزرع شفعة؟ قال: لا إن كان قبل أن يحل بيعه، فهذا لا يصلح، وإن كان بعد أن يبس واستحصد وحل بيعه فلا يصلح أن يقتسماه إلا بكيل ولا تكون

الشفعة في مثل هذا وليس هذا مثل الأول .

قال محمد بن رشد : ظاهر قوله في أول هذه المسألة وإنما تكون الشفعة في الأرض وفي كل ما انبتت الأرض أن في الزرع الشفعة خلاف ما نص عليه بعد ذلك ، وفي المدونة من أنه لا شفعة في الزرع وفي تعليقه سقوط الشفعة في الزرع ها هنا وفي المدونة بأن يبيعه لا يجوز حتى يبيس فإذا بيس لم يصلح أن يقتسم إلا بالكيل ما يدل على أن الشفعة تجب فيه إذا بيع بعد أن أفترك وقبل أن يبيس على مذهب من يجير ذلك من أهل العلم أو يرى العقد فيه فوتاً إذا وقع من أصحابنا أو إذا بيع مع الأصل بعد أن نبت ، لأنه قد وقع عليه حصته من الثمن ، وقد قيل إن الشفعة فيه إذا بيع مع الأصل قبل أن ينبت لأنه قد وقع عليه حصة من الثمن ، وقد قيل إن الشفعة فيه إذا بيع مع الأصل قبل أن ينبت لأنه قد وقع عليه حصته من الثمن على كل حال لما فيه من البذر الذي قد أخرجه البائع من عنده بخلاف الثمرة إذا بيعت مع الأصل قبل أن تؤبر لأنها إذا لم تؤبر فلم يقع عليها حصة من الثمن وإنما يأخذها الشفيع بالشفعة على مذهب ابن القاسم ما لم تجد من جهة الاستحقاق لا من جهة الشفعة ، باختلاف قول مالك في إيجاب الشفعة في الزرع على أصل قد اختلف فيه قوله اختلافاً واحداً وهو ما كان متشبهاً بالأصول ومتصلاً بها كالثمرة والكراء ورقيق الحائط إذا بيعوا مع الحائط والرحا إذا بيعت مع الأصل والماء ، والنقض إذا بيعا دون الأصل فمرة قال مالك في ذلك كله الشفعة لتعلقه بأصل ما فيه الشفعة ، ومرة قال إن ذلك كالعروض المنفصلة من الأرض فلا شفعة فيها ، وفي قوله أيضاً إن الشفعة في كل ما انبتت الأرض دليل ظاهر من جهة العموم أن الشفعة واجبة في القول ، وسيأتي القول على ذلك في آخر سماع أبي زيد إن شاء الله وبه التوفيق .

ومن كتاب أوله مسائل بيوع

وسئل عمن باع شقصاً في حائطٍ غائبٍ فقال الشفيع حتى

اذهب فأنظر إلى شفيعته وهي ليست معه في القرية ، قال ليس ذلك له فراجع السائل ، فقال إن كان الحائط على ساعة من نهار فذلك له والا فليس ذلك له يخرج فيقيم أيضاً عشرة أيام ثم يجيء .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في كتاب ابن المواز وظاهر ما في المدونة من أن الشفيع إنما يؤخر في النقد لا في الإرتياء في الأخذ ، وهو مثل ما في هذا السماع من كتاب الايلاء في المولى يُوقَفُ أنه ليس له في ذلك أجل يترك إليه لينظر ، وإنما هو في مجلسه ذلك ، ومثل ما في كتاب النكاح الثالث من المدونة في الزوجين المجوسين يسلم الزوج فيعرض عليها الإسلام أنه يُفَرَّقُ بينها إن لم تسلم ولا تؤخر ، بخلاف إذا غفل عن عرض الإسلام عليها ومثله المملكة يوقفها السلطان أنها لا تؤخر لتستشير وتنظر وهو عُذر للشفيع يغيب عنه الحائط وإن كان لم يره أو كان قد رآه وطال عهده به وصف كما توصف الأرض والدار الغائبة ، وقد قال ابن عبد الحكم في المختصر يؤخر الإمام اليومين والثلاثة يستشير وينظر ، قاله والله أعلم قياساً على استتابة المرتد وعلى حديث المصرة ، ولا يبعد دخول هذا الاختلاف في هذه المسائل كلها لقرب معانيها ، والأصل في الثلاثة الأيام في هذه المعاني قول الله عز وجل : ﴿ فَقَالَ تَمَتُّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعَدُّ غَيْرٍ مَكْدُوبٍ ﴾ (٢١) ومنه أخذ القضاة التلوم ثلاثة أيام بعد الأجال ومنه استظهار الحائض بثلاثة أيام وبالله التوفيق .

مسألة

قال وسئل عن الدار تكون بين الرجلين فيبيع أحدهما نصيبه وشريكه مفلس فيقول له رجل من الناس خذ بالشفعة وأنا أربحك كذا

وكذا فأخذ بالشفعة فيسلم إليه الشفعة فيعطيه الذي أربحه فيظهر بعدُ على أنه أخذها لغيره ويقر بذلك ويقول : لم يكن لي شيء وقال لي هذا الرجل خذه ولك كذا كذا ، فقال مالك أما أصل البيع فلا يجوز ، ولكن من أين يعلم هذا أنه قال له ذلك؟ فقيل له يقر بذلك صاحب الشفعة ، فقال ليس اقراره بشيء ولكن لو ثبت بينة أو أمر ثابت رأيتُ أن يرد في رأي المشتري لأنه إنما أخذ الشفعة لغيره ولكن كيف يُعلم هذا وإذا عُلِمَ رد .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه ليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة لغيره ، لأن الحق إنما هو له لدفع الضرر عن نفسه ، قيل ضرر الإشتراك وقيل ضررُ القسمة ، وكذلك ليس له أن يأخذ بالبيع ، وقد قالوا في المديان إن له أن يأخذ بالشفعة فيباع لغرمائه ، وفي ذلك نظر ، لأنه إنما يأخذ للبيع وقد استحسن أشهب ألا يكون ذلك ، وأما المريض فإنه يأخذ بالشفعة ولا إعتراض في ذلك ، وإن كان أخذه في هذه الحال إنما هو لورثته لأنه إن لم يأخذ ذلك في مرضه كان لهم أن يأخذوه لأنفسهم بعد موته وبالله التوفيق .

مسألة

قلت لمالك أرايت الذي يوصي في حائط له لقوم بثلثه أو بسهم منه معلوم أو أجر معلوم فيبيع بعضهم ؟ فقال إذا باع بعضهم فشركاؤه في ذلك الثلث أو ذلك السهم أحق بالشفعة فيما باع شريكهم فيه من أهل الحائط .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك هذا في رواية أشهب عنه أن الموصى لهم أهل سهم واحد مثله في كتاب ابن المواز وحكاه عن أشهب وابن عبد الحكم وحكاه الفضل عن عيسى ابن دينار وابن القاسم بجعلهم كالعصبة فيرى للورثة الدخول معهم ، وعلى هذا الاختلاف يختلف في الموصى له

بجزء يَطْرَأُ على الورثة فقل إنه بمنزلة طُرُوِّ الغريم على الورثة ، وإلى هذا ذهب ابن حبيب وهو على قياس قول ابن القاسم ، وقيل إنه بمنزلة طُرُوِّ الوارث على الورثة ، وهو مذهب ابن القاسم ، وذلك يرد قوله أن الموصى لهم ليسوا بأهل سهم وبالله التوفيق .

مسألة

قلت رأيت العصابة يرثون ما بقي من المال أ يكونون أحق بالشفعة بينهم ؟ فقال : لا .

قال محمد بن رشد : قد روي عن مالك في العصابة أنهم أهل سهم وهو بعيد لم يأخذ به ابن القاسم وراء خطأ وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عمن ابتاع من رجل شقصاً له في أرض ثم يأتي إلى الشفيع فيقول له أني ابتعت أرضاً لفلان فإن كان لك بالشفعة حاجة فخذها ، فيقول بكم ابتعتها فيقول بألف دينار فيقول الشفيع ليس هذا ثمنها ولقد اشتريتها بأقل من هذا فاحلف لي لقد اشتريتها بهذا الثمن على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ذلك يختلف ، أما في الثمن الكثير المتفاوت إذا علم أنه ليس ثمنها فإن على المشتري أن يحلف لقد اشتريتها بذلك ، ولا أرى على البائع يمينا ، والمشتري هو الذي له الأرض والذي يؤخذ منه بالشفعة ، فأرى عليه اليمين على منبر الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإنما يكون ذلك عليه واجباً إذا جاء بما لا يشبه ثمن الأرض .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام فيها مستوفى في أول السماع فلا معنى لإعادته وبالله تعالى التوفيق .

مسألة

قال وسئل عن الذي يشتري البقعة فيبني فيها ويعمر فيأتي من يستحقها بشفعة فيقول الثاني أعطني ما انفقتُ ، فقال : ليس إلا قيمة ما بنى يوم يأخذ الرجل بالشفعة بنى بُيَانَهَا فانهدم أو فسده المطر أو مال أو انكسر أو خرب .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في سماع أشهب من كتاب الاستحقاق فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب البيوع الأول

وسئل عن رجل كانت له أرض مشتركة مع قوم فأفلس وعليه دين فبيعت الأرض فيه يريد بأمر السلطان هل فيها شفعة؟ قال : نعم ، وليس السلطان يقطع الشفعة .

قال محمد بن رشد : أشهب يستحسن ألا يكونَ في هذا شفعة ، وقد مضى القول على هذا في الرسم الذي قبل هذا والله الموفق .

من سماع عيسى من ابن القاسم من كتاب أوصى أن ينفق على أمهات أولاده

قال عيسى سألت ابن القاسم عن الثمرة هل فيها شفعة؟ قال : نعم قلت فإن أصابت الثمرة جائحةً هل يرجع أخذ الشفعة على بائع الثمرة بشيء؟ قال : نعم ، قلت فعلى من يرجع أعلى شريكه الذي باع منه أو على أخذ الشفعة من يديه؟ قال : على الذي أخذها من يديه ، قال عيسى : ويرجع المشتري على البائع .

قال محمد بن رشد : قوله في الثمرة إن فيها الشفعة يريد ما لم تيسر فهو نص قوله في المدونة ودليل قوله ها هنا إذا قال إن الجائحة فيها إذ لو كان من مذهبه أن الشفعة فيها وإن ييسر ما لم تجد ما أطلق القول بوجوب الجائحة فيها ، ولقال إن الجائحة تجب فيها إذا استشفعها قبل أن تيسر وقد قال ابن القاسم إن فيها الشفعة وإن ييسر ما لم تُجدَّ إذا اشتراها مع الأصول بعد الطياب ، ولا فرق بين المسألتين فهو اختلاف من قوله مرّة رأى في الثمرة الشفعة ما لم تيسر ، ومرة رآها فيها ما لم تجد وقوله عندي ما لم تجد أو ما لم يزيب على ما قاله في المدونة معناه ما لم تبلغ حدَّ جدادها للتيسير أو التزيب إذ لا تيسر الثمرة في أصولها حتى تجد منها ، فالمعنى على ذلك في هذا القول أن الشفعة فيها ما لم يجد جدادها للتيسير إن كانت ممّا ييسر أو للأكل خضراً إن كانت مما لا ييسر وكذلك قال ابن كنانة في المدنية أن الشفعة في الثمرة ما لم تيسر ، وقوله الثاني إن الشفعة فيها وإن حان جدادها ما لم تجد .

وقوله في الرواية إن الجائحة فيها صحيح على المشهور في المذهب من أن الأخذ بالشفعة ينزل منزلة البيع فيما يختص به من الأحكام ويأتي على مذهب من ينزله في ذلك منزلة الإستحقاق أن جائحة فيها .

وأما قوله إنه يرجع بالجائحة في الثمرة على المشتري الذي أخذها من يديه فهو صحيح على المنصوص في أن عهده عليه ، وقد وقع في كتاب الشفعة من المدونة ما يدل على أنه مخير في كتاب عهده على من شاء منهما ، وهو بعيد في النظر لا يحمله القياس ، لأن الشفعة لا تخلو من أن يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق ، فإن حكم لها بحكم البيع وهو الأظهر كانت العهدة على المشتري ، والرجوع بالجائحة عليه ، وهو مذهب ابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة إن أخذ الشفيع الشفص من يد البائع فالعهدة عليه وإن أخذه من يد المبتاع فالعُهدة عليه ، وقول مالك أظهر الأقوال ، لأن البيع لم يفسخ فيما بين البائع والمشتري ، فالحق انما هو واجب للشفيع على المشتري بإيجاب النبي عليه السلام ذلك له عليه ، ووجه قول ابن أبي ليلى أن الأخذ بالشفعة استحقاق فينتقض البيع ويأخذ الشقص من

البائع بما باع به . فيدفع الثمن إليه إن كان لم يقبضه من المشتري ، وإن كان قد قبضه منه دفعه إلى المشتري ، لأن الواجب أن يرد إليه إذا انتقض البيع ، ووجه ما وقع في كتاب الشفعة من الدليل على أن الشفيع مخير في كتاب عهده على من شاء منهما أنه بالخيار بين أن يجيز البيع فتكون عهده على المشتري على حكم البيع وبين أن ينقض البيع فتكون عهده على البائع على حكم الاستحقاق ، وقول عيسى ابن دينار إن المشتري يرجع على البائع بما يرجع به الشفيع عليه من الجائحة صحيح مفسر لقول ابن القاسم ، لأنه حق لكل واحد منهما على صاحبه ولو وجد الشفيع المشتري عديماً لكان من حقه أن يرجع على البائع لأنه غريم غريمه وبالله التوفيق .

وَمَنْ كَتَبَ أَسْلَمَ وَلَهُ بَنُونَ صِغَارٌ

وسئل عن الرجل يكون له شريك في أرض مبهمة فيغيب عنه فيبيع شريكه سهمه ثم يبيع الشريك الغائب وهو لا يعلم ببيع صاحبه هل يكون له أن يأخذ بالشفعة ؟ قال : ذلك له ويكتب عهده على الذي يعطيه الدنانير ويأخذها من يديه .

قال محمد بن رشد : قوله في أرض مبهمة يريد غير معينة ولا محوزة إلا أنها معروفة بالتسمية قد رآها المشتري أو وُصفت له إذ لو كانت غير معينة ولا محوزة ولا معروفة بالتسمية لما جاز بيعها ولا بيع جزء منها وفي قوله وهو لا يعلم ببيع صاحبه دليل على أنه لو علم ببيع صاحبه لم تكن له شفعة وإن كان دليلاً فيه ضعف إذ لم يقع ذلك في الجواب وإنما وقع في السؤال فالمعنى يؤيده لأنه إذا باع حقه بعد أن علم ببيع شريكه حظه فقد رغب عن المبيع ، وأما إذا باع حظه قبل أن يعلم ببيع شريكه حظه فمن حجته أن يقول إنما بعْتُ حظي لزهادتي فيه لقلته ، ولو علمتُ أن شريكي باع لما بعْتُ حظي ولأخذت

بالشفعة ، وهذا بين ، ففي المسألة ثلاثة أقوال أحدها هذا والثاني أن له الشفعة وإن باع حظه بعد أن علم ببيع شريكه حظه وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى عنه بعد هذا في رسم الصبرة وأحد قولي مالك والثالث أنه لا شفعة له إذا باع حظه وإن لن يعلم ببيع شريكه وهو أحد قولي مالك وظاهر ما في كتاب الشفعة من المدونة لابن القاسم لأنه قال فيه فيمن باع شقصاً بخيار ثم باع صاحبه ببيع بَتِّ أن الشفعة للمشتري بالخيار على مشتري البت إن اختار امضاء الشراء ، ووجه قوله أن بيع الخيار إذا أمضى فكأنه لم يزل ماضياً لمشتريه من يوم عقده وصار ملكاً له بالشراء قبل بيع البتل ، فلم يبيع بائع البتل سهمه على هذا التعليل إلا بعد وجوب الشفعة له فيما بيع بالخيار ، فلو كان من مذهبه أن يبيع الشفيع سهمه بعد وجوب الشفعة لا تسقط شفעתه لأوجب لبائع البتل الشفعة على مشتري الخيار ولَمَّا كان لمشتري الخيار شفعة على مشتري البت حتى يعرض الشفعة على بائع البت فيتركها على ما روى يحيى عن ابن القاسم في رسم الصبرة بعد هذا أن الشفعة للبائع الثاني فيما باع الأول حتى يترك البائع الثاني فيجب للمشتري من البائع الأول على المشتري من البائع الثاني .

فإن باع بعض حظه على قياس هذا القول كان له من الشفعة بقدر ما بقي من حظه وقع اختلاف قول مالك في هذا في كتاب ابن عبدوس حكى عن أشهب أنه قال اختلف قول مالك فيه ، فمرة قال إن الشفعة لا تسقط عنه ببيع نصيبه ، ومرة قال إنما تجب له الشفعة ما كان الشقص الذي به يستشفع في يديه ، فإذا زال من يديه قبل الآخر سقطت شفעתه ، وقال أشهب أحب إلي ألا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه ، لأنه إنما باع راغباً في البيع وإنما الشفعة للضرر ، فلم ير له شفعة في ظاهر قوله أصلاً إذا باع بعض نصيبه ، فهو قول رابع في المسألة ، وقال أحمد بن ميسر لا شفعة له بعد أن باع إلا أن تبقى له بقية أخرى وقوله إلا أن تبقى له بقية أخرى فيكون له من الشفعة بقدر ما بقي ، فيكون قوله مثل أحد قولي مالك وظاهر ما في المدونة، ويحتمل أن يريد إلا أن تبقى له بقية أخرى فيأخذ جميع شفעתه بقدر حظه كله ما باع منه وما بقي فيكون ذلك قولاً

خامساً في المسألة ، وأظهرُ هذه الأقوال كلها الفرق بين أن يبيع وهو عالم ببيع شريكه حظه أو غير علم وبالله التوفيق .

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

وسئل عن رجل تصدق بحظه في قرية مبهمة على أخت له وقال إني قد كنت أصبت من مورثها مالاً فسهمي عليها صدقة لِمَا أصبت من مالها ولا يعلم ما أصاب من مالها فأراد الشركاء الأخذ بالشفعة ألهم ذلك ؟ أم هل يجوز قوله إني أخذت من مالها أو تجوز لها الصدقة بما أخذ من مالها فيما يزعم على غير حوز حتى هلك ؟ قال ابن القاسم : ذلك لها ولا أرى لأحد فيها شفعة لأن أصل الثمن لا يعرف ، لأن مالكا قال لنا ما طال من الشفعة حتى نسي ثمنه ولم يُرَ أن صاحبه أخفى ذلك لقطع الشفعة فلا شفعة له فيه إذا أتى من يطلبه ولا حوز عليها في ذلك الحظ لأن ذلك الحظ إنما صار لها على وجه اشتراء ، فلا حوز فيه ، وسئل سحنون عن رجل تصدق بحظ في قرية مبهمة على أخت له وقال إني قد كنتُ أصبتُ من مورثها مالاً فسهمي عليها صدقة لما أصبت من مالها ولا يعلم ما أصاب من مالها فأراد الشفعاء الأخذ بالشفعة ألهم ذلك ؟ فقال : الصدقة لها ولا أرى لأحد فيها شفعة لأنه ليس ببيعاً ولا مطالبة إنما هو تمنح من شيء لا يطلبه المقر له ولا يعرفه ، فلو كان عن طلب من المقر له أو تدع فصالح عنه أنزل منزلة البائع وأخذ الشفعة بالقيمة إذا لم يسم الذي أصابه من مورثها .

قال محمد بن رشد : اتفق ابن القاسم وسحنون على الجواب في هذه المسألة بإسقاط الشفعة فيها واختلفا في التعليل أما ابن القاسم فرآه بيعاً

جُهَلٍ فِيهِ الثَّمَنُ فَاسْقَطَ الشَّفْعَةَ مِنْ أَجْلِ الْجَهْلِ بِالثَّمَنِ لِأَنَّهُ أَشْبَهَ عِنْدَهُ بِأَهْلِ مَنْ
أَمَرَ الشَّفْعَةَ حَتَّى نَسِيَ الثَّمَنَ وَلَمْ يَرِ عَلَى الْأَخْتِ فِي الْحِزَابِ حِيَازَةً، لِأَنَّهُ إِنَّمَا
صَارَ لَهَا عَلَى وَجْهِ الْبَيْعِ عِنْدَهُ، لَا عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ، وَأَمَّا سَحْنُونَ فَرَأَوْهَا
صَدَقَةً لَا تَصِحُّ لَهَا إِنْ مَاتَ إِلَّا بِالْحِيَازَةِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَعْطَاهَا الْحِزَابَ عَلَى وَجْهِ
الْمُتَمَنِّحِ مِنْ شَيْءٍ لَا يَعْرِفُهُ وَلَا يَطْلُبُهُ، فَأَبْطَلَ الشَّفْعَةَ فِيهِ مِنْ أَجْلِ أَنَّ الصَّدَقَةَ لَا
شَفْعَةَ فِيهَا عِنْدَهُ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَرَوَايَتِهِ عَنْ مَالِكٍ، فَعَلَى تَعْلِيلِهِ بِأَنَّهَا
صَدَقَةٌ يَجِبُ فِيهَا الشَّفْعَةُ بِالْقِيَمَةِ عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَرَى فِي الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ الشَّفْعَةَ
بِالْقِيَمَةِ، وَالْقَوْلَانِ فِي مَخْتَصَرِ ابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ، وَقَوْلِ سَحْنُونَ أَنَّ ذَلِكَ هَبَةٌ
أَظَنَّهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ومن كتاب الجواب

وسألته عن الرجل يَهَبُ الشَّقِصَ فِي شَيْءٍ مُشَاعٍ عَلَى الثَّوَابِ
ثُمَّ يَطْلُبُ الثَّوَابَ فَيَقُولُ الْمُوَهَّبُ لَهُ مَالِي غَائِبٌ أَوْ غَلَامِي بِمَالِي أَوْ
شَيْءٌ مِمَّا يَعْتَذِرُ بِهِ وَلَكِنْ هَذِهِ عَشْرَةٌ دَنَانِيرٍ فَخَذَهَا مَا دَامَ مَالِي غَائِبًا ،
فَإِذَا قَدِمَ مَالِي أَتَيْتِكَ بِثَوَابٍ تَرْضَاهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، فَيَأْخُذُهُ فَيَقِيمُ
الشَّفِيعَ عِنْدَ ذَلِكَ فَيُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشَّفْعَةِ كَيْفَ الْأَمْرُ فِي ذَلِكَ؟ قَالَ :
ابْنُ الْقَاسِمِ لَيْسَ لَهُ شَفْعَةٌ فِي هَذَا حَتَّى ثِيَابُ تَمَامِ الثَّوَابِ، وَإِنْ قَالَ
الشَّفِيعُ أَنَا آخُذُ الشَّفْعَةَ وَادْفَعِ الْعَشْرَةَ فَإِذَا أَتَاهُ التَّمَامُ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ لَمْ
يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَفْعَةٌ لِأَنَّ هَذَا لَوْ كَانَ بَيْعًا يُتَدَأُّ عَلَى هَذَا
الْوَجْهِ وَالْفِعْلُ وَالصَّفْعَةُ مَا حَلَّ، وَالْأَخْذُ بِالشَّفْعَةِ بَيْعٌ مِنَ الْبَيْعِ، فَلَيْسَ
ذَلِكَ لَهُ وَلَا يَجُوزُ هَذَا، وَلِأَنَّهُ أَيْضًا إِنْ لَمْ يَشْبَهْ رِضَاهُ، رَدَّ الْهَبَةَ وَرَجَعَ
فِي عَشْرَتِهِ وَلَمْ يَلْزَمْهُ تَمَامُ الْمَثُوبَةِ بِهِ وَلَا قِيَمَةُ الْهَبَةِ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي
يَفُوضُ إِلَيْهِ فِي النِّكَاحِ فَيَقْدَمُ شَيْئًا لَا يَكُونُ صَدَاقَ مِثْلِهَا أَوْ يَبْعَثُ بِهَا

فيطلبون بعد ذلك تَمَامَ ذلك ولم يكونوا رضوا بما بعث به، فالزوج بالخيار في أن يُتِمَّ له صداق مثلها أو يرد النكاح ويرجع بما كان بعث ولا يلزمه أن يُتِمَّ لها الصداق لما قدم قبل ذلك .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما المدونة وغيرها من أن من وهب شقصاً بما فيه الشفعة على ثواب يرجوه ولم يسمه فليس للشفيع فيه شفعة إلا بعد العوض، فإن أثنابه أقل من القيمة فرضي بذلك أخذ الشفيع به، وإن أثنابه أكثر من القيمة قبل تغير السلعة لم يكن للشفيع أن يأخذ إلا بجميع العوض، واختلف إن أثنابه أكثر من القيمة بعد تغير السلعة فقال ابن القاسم في المدونة ليس للشفيع أن يأخذ إلا بجميع العوض وهو قول ابن الماجشون، وقال أشهب في كتاب ابن المواز يأخذ الشفيع بالأقل من قيمة الشقص أو مما أثنابه، وفي قوله ولأنه أيضاً إن لم يشبه رضاء رَدَّ الهبة ورجع في عشرته دليل على أنه لا يلزمه الرضى بالقيمة إلا بعد فواتها، وهو قول مطرف وروايته عن مالك وظاهر قول عمر بن الخطاب خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة أنه يلزمه الرضى بالقيمة وإن لم تفت، والذي في المدونة أصح، لأن الهبة للثواب مقيسة على نكاح التفويض فكما يلزم الزوجة صداق المثل إذا فرضه لها الزوج وإن لم يدخل بها فكذلك يلزم الواهب القيمة إذا أثنابه بها، وإن لم تفت السلعة، ولم أعلمهم اختلفوا في أن الموهوب له لا يلزمه قيمة السلعة ما كانت قائمة ولا أقل منها إن رضي بذلك الواهب كما لا يلزم الزوج في نكاح التفويض صداق المثل قبل الدخول ولا أقل منه وإن رضيت بذلك المرأة، وإنما اختلفوا في نكاح التحكيم إذا كانت الزوجة هي المحكمة فقيل إن الصداق لا يلزم قبل الدخول بقليل ولا كثير إلا مع اتفاقهما جميعاً، وقيل إنه يلزم الزوجة صداق المثل فأكثر إذا رضي به الزوج ولا يلزم الزوج صداق المثل فأقل إن رضيت به المرأة ولا يلزم المرأة صداق مثلها فأكثر إن رضي به الزوج، فقولُه إن الموهوب له إذا قَدَّمَ بعض الثواب لا يلزمه تَمَامُه وله أن يَسْتَرِدَّ ما قدم

يريد إن لم ترض به منه وطلبت منه زيادة عليه كالمفوض إليه في النكاح إذا قدم شيئاً من صداق مثلها فطلبوه ببقية كان بالخيار بين أن يسترد ما قدم منه أو يتم ببقية وما وقع في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب النكاح ليس بخلاف لما هنا لأنه إنما وجب عليه هناك نصف صداق مثلها إذا طلقها لقوله : فإن لها صداق مثلها، ولو قدم في نكاح التفويض شيئاً من صداقها ولم يقل فإن لها صداق مثلها فطلقها قبل الدخول لكان لها نصف ما قدم إليها وبالله التوفيق .

ومن كتاب أن أمكنتني من حلق رأسك

وقال : إذا باع الرجل شقصاً له في دار بدين إلى أجل ثم أتى الشفيع فإنه يأخذه إلى ذلك الأجل إذا أتى بحميل ثقة، وإن كان ملياً أخذه بغير حميل .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في المدونة وفي الواضحة عن مالك من رواية مطرف عنه، وعن ابن الماجشون وأصنع، وظاهره أنه لا يلزمه الحميل إلا إذا كان معدماً، وأما إن كان ملياً فلا يلزمه حميل وإن كان المشتري أملاً منه وهو نص قول محمد بن المواز من رأيه خلاف قول أشهب إنه يلزمه وإن كان ملياً أن يأتي بحميل مثل المشتري في الملا، وكذلك اختلف إذا اشترى برهن وحميل فقيل لا شفعة للشفيع إلا أن يأتي برهن وحميل وقيل لا يلزمه ذلك إلا أن يكون أعسر منه فيفترق استواؤهما في العدم من استوائهما في الملا ويكون الشفيع أقل ملا من كوفه أشد عدماً لأنهما إذا استويا في العدم لزمه حميل على اختلاف، وإذا استويا في الملا لم يلزمه حميل باتفاق، وإن كان الشفيع أقل ملا لزمه حميل على اختلاف، وإن كان أشد عدماً لزمه حميل باتفاق، وإذا عجز الشفيع عن الحميل في الموضع الذي يلزمه فيه الحميل

فَعَجَزَةُ السُّلْطَانِ ثُمَّ قَدَرَ عَلَى حَمِيلٍ قَبْلَ مَحَلِّ الْأَجْلِ لَمْ تَكُنْ لَهُ شَفْعَةٌ ،
وَاخْتَلَفَ إِذَا لَمْ يَقُمْ الشَّفِيعُ بِشَفْعَتِهِ حَتَّى حُلَّ الْأَجْلُ فَقِيلَ إِنَّهُ يَكُونُ لَهُ مِنَ
الْأَجْلِ مِسْتَأْنَفًا مِثْلَ الَّذِي عَقَدَ عَلَيْهِ الْبَيْعَ ، وَقِيلَ لَا يَأْخُذُهُ إِلَّا بِالثَّمَنِ نَقْدًا وَهُوَ
قَوْلُ أَصْبَغَ ، وَالْأَوَّلُ قَوْلُ مَالِكٍ فِي رِوَايَةِ مَطْرَفٍ عَنْهُ ، وَقَوْلُ ابْنِ الْمَاجْشُونِ
وَهُوَ أَظْهَرُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ومن كتاب العتق

وقال في الرجل يشتري الشقص من الحائط وفيه رقيق يعملون
فيه فاشتره بريقه ثم أتى الشفيع ، فقال : إن أراد الأخذ بالشفعة
والرقيق لم يفوتوا لم يكن له أن يأخذ إلا بجميع الشفص والرقيق إذا
كانوا رقيق الحائط وعماله ولم يكن للحائط منهم بدٌّ أو يدع فإن كانوا
قد فاتوا ببيع قسيم الثمن الذي ابتاعوا به على قيمة الرقيق وقيمة
الشفص فيأخذ الشفص بما يُصِيبه من ذلك بالشفعة وكذلك لو
تصدق بالرقيق أو وقفهم مثل البيع سواء ، فأما الموت فإن شاء أخذ
الشقص بجميع الثمن كله أو يترك فذلك له .

قال محمد بن رشد : إيجابه الشفعة في رقيق الحائط إذا بيعوا مع
الحائط خلاف قوله في الرحا إذا بيعت مع الأصل أنه لا شفعة في الرحا
ويفض الثمن على قيمة الرحا وقيمة الأصل فيأخذ الأصل بالشفعة مما ينوبه
من الثمن لأن الرحا أكثر تشبهاً بالأرض من الرقيق بالحائط ، فإذا أوجب في
رقيق الحائط الشفعة فأحرى أن يوجبها في الرحا وإن لم يوجبها في الرحا
فأحرى ألا يوجبها في رقيق الحائط ويحتمل أن يفرق بين المسألتين فيكون في
المسألة ثلاثة أقوال إيجاب الشفعة فيها ، وإسقاطها ، وإيجابها في الرحي دون
رقيق الحائط والاختلاف فيها جميعاً جار على أصل قد اختلف فيه قول مالك ،

وهو ما كان من العروض التي لا شفعة فيها متشبهاً بالأصول التي فيها الشفعة أو متصلاً بها كالثمرة والزرع إذا بيعا مع الأصل أو دونه، وكالماء والنقض إذا بيعا دون الأصل إذ لا اختلاف فيهما إذا بيعا مع الأصل أن الشفعة تكون في الجميع وكالكراء إذا انفرد عن بيع الأصل ولا يتصور فيه غير ذلك، فمن هذه الأشياء التي ذكرناها يُخْتَلَفُ في إيجاب الشفعة فيما بيع مع الأصل أو دونه وهو الثمرة والزرع ومنها ما يختلف في إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت منفردة عن الأصل ويتفق على إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت مع الأصل وهو الماء والنقض، ومنها ما يختلف في إيجاب الشفعة فيها إذا بيعت مع الأصل ويتفق على ألا شفعة فيها إذا بيعت منفردة عن الأصل وهو الرحا والرقيق والحائط، وأما الكراء فلا يتصور فيه الانفراد، وفي الشفعة في الثمرة والنقض مسائل كثيرة تفرق أحكامها لافتراق معانيها تركت ذكرها هنا اختصاراً مخافة التطويل، إذ قد حصلناها وحكمنا القول فيها في كتاب المقدمات، وتفرقته في رقيق الحائط بين أن يفوتوا بموت صحيح على قوله في إيجاب الشفعة فيهم، لأن موتهم كأنهدام الدار التي فيها الشفعة وأما على القول بأنه لا شفعة فيهم فسواء فاتوا بموت أو بيع أو هبة أو صدقة إن كانوا قياماً يُفَضُّ الثمنُ عليهم وعلى الحائط فيأخذ الحائط الشفيع بما ينوبه من الثمن.

مسألة

وسئل عن رجل اشترى أرضاً وقبضها ثم إن رجلاً أتى يطلب فيها الشفعة فزعم المشتري أنه اشترى شيئاً مقسوماً وأدعى الشفيع أنها لم تقسم على من ترى البينة؟ قال : بلغني عن سعيد بن المسيب أنه قال : أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يَلْتَبَسْ عليه ما يحكم به بينهما ، فالمدعي أن يقول الرجل قد كان والمدعى عليه أن يقول لم يكن، فالذي قال هو مقسوم وقد اشترت مقسوماً مدع لأنه لا يُشَكُّ أن الأرض أصل ما كانت عليه أنها لم

تقسم ، فهو مدع حين يقول اشتريت شيئاً قد قسم ، فعليه أن يثبت ذلك ، والذي يقول لم يقسم مدعى عليه فالقول قوله حتى تُبطل قوله البينة .

قال محمد بن رشد : إنما هو إذا علم أن الأرض كانت مشتركة بين البائع والشفيع بيينة قامت على ذلك أو بإقرار البائع بذلك قبل البيع ، وأما إن لم يقر بذلك إلا بعد البيع فلا يجوز قوله على المشتري لأنه إنما هو شاهد للشفيع فيحلف معه إن كان عدلاً ويأخذ بالشفعة إلا أن يأتي المشتري بالبينة على أن البائع قد قاسم الشفيع قبل البيع ، ولو قاسم المشتري للبائع بعد الشراء والشفيع غائب دون أن يوكل أو يقسم عليه القاضي لم ينفذ القسم عليه وكانت له الشفعة ، واختلف إن قسم عليه القاضي وهو غائب ثم أتى ، فقيل إن له أن يرد القسمة ويأخذ بالشفعة ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ، وقيل ليس له أن يرد القسمة ويأخذ الشفيع الحظ الذي صار للمشتري بالشفعة وهو أحد قولي أشهب واختيار سحنون وابن عبدوس ، وهذا الاختلاف على اختلافهم في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق فيكون له أن يرد القسمة كما يرد البيع على القول بأن القسمة بيع من البيوع ولا يكون له أن يرد القسمة على القول بأنها بيع من البيوع أو تمييز حق ويأخذ الحظ الذي كان للمشتري بالقسمة .

وقول سعيد بن المسيب أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما ، فالمدعي أن يقول الرجل قد كان ليس على عمومه في كل موضع وإنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي في قوله قد كان من سبب يدل على تصديق دعواه ، فإن كان له سبب يدل على صدق دعواه أقوى من سبب المدعى عليه القائل لم يكن يُدلى عليه باليمين ، مثال ذلك من حاز شيئاً مدة تكون فيه الحيازة عاملة في وجه المدعي فادعى الشراء كان القول قوله مع يمينه في ذلك وهو مدعي يقول قد كان والمدعى عليه يقول لم يكن

ذلك ، وكذلك المودع يدعي رد الوديعة القول قوله وهو مدع يقول قد كان والمودع يقول لم يكن ، وإنما كان القول قوله في رد الوديعة وإن كان مدعياً في ذلك لأنه في معنى المدعي عليه لأن ذمته برية والمودع يريد تعميمها فهو في ذلك مدع ، فوجب أن يكون القول قول المدعي عليه وهو المودع في صرف الوديعة وبالله التوفيق .

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكباش

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن النصرانيين الشريكين في الأرض يبيع أحدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه أيقضى له بها على المشتري مسلماً كان أو نصرانياً؟ قال أما على المسلم فيقضي بها للنصراني لأنني كنت أقضي بها أيضاً للمسلم على النصراني وأما إذا كان الشفيع نصرانياً وكان شريكه مسلماً أو نصرانياً فاشترى نصراني نصيب شريك النصراني فلا أرى أن يقضي بينهما بشيء لأن الطالب والمطلوب نصرانيان، فهما يُردّان إلى أهل دينهما لأن المطلوب يقول بيس في ديننا الحكم بالشفعة ، فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما إلا أن يتراضيا على ذلك .

قال محمد بن رشد : تحصيل القول في هذه المسألة أنه إذا كان الشفيع الذي لم يبيع أو المشتري المشفوع عليه مسلماً قضي بالشفعة لكل واحد منهما على صاحبه باتفاق في المذهب لأنه حكم بين نصراني ومسلم ، واختلف إن كان الشفيع والمشتري المشفوع عليه نصرانيين والشريك للبائع مسلماً فقال في هذه الرواية إنه لا يقضي في ذلك بالشفعة ويُردّان إلى أهل دينهما لأن الشفيع والمشفوع عليه نصرانيان وهو مثل ما في كتاب العتق الثاني من المدونة

لأشهب ولغير ابن القاسم وهو ابن نافع فراعيا كون أحد الشريكين مسلماً، وهو قول أشهب في المجموعة أنه إذا كان أحد الثلاثة مسلماً بائعاً أو مبتاعاً أو شافعياً قضى في ذلك بالشفعة .

واختلف إذا باع نصراني من نصراني شقصاً بخمر أو بخنزير والشفيع مسلم ف قيل إنه يأخذ للشفعة بقيمة الشقص ، وهو قول أشهب، فكأنه لم ير للخمر قيمة، وقد قال ابن الماجشون في المسلم يستهلك الخمر للنصراني أنه لا قيمة عليه، فإذا دفعها بطوعه فأحرى ألا تكون لها قيمة، وقيل يأخذ بقيمة الخمر والخنازير وهو قول ابن عبد الحكم وأشهب على مذهب ابن القاسم لأن ذلك مما يضمن للنصراني فأشبهه شراء الشقص بعرض، ومن أهل العلم من لا يرى للنصراني على المسلم شفعة فيحكم بها للمسلم على النصراني والمسلم ولا يحكم بها للنصراني على المسلم ولا على النصراني ويردهما إلى أهل دينهما إن كانا نصرانيين وهو قول أحمد بن حنبل والحسن البصري والشعبي والله تعالى الموفق .

ومن كتاب الصُّبْرَةِ

وسألته عن ثلاثة نفر بينهم أرض مشتركة فباع أحدهم ولا علم لشريكه ببيعه أو عِلْمًا ولم يَقُتْ وقتُ طلب الشفعة حتى باع أحد الباقيين أتري للمشتري الأول شفعة فيما باع الشريك الثاني؟ فقال الشفعة فيما باع الأول للبائع الثاني وللشريك الثالث المتمسك بحظه، وذلك أن البائع الثاني باع حظه وقد كانت وَجِبَتْ له الشفعة فيما باع الأول فليس يبيعه حظه بالذي يقطع عنه شفعة قد كانت له واجبة قبل أن يبيع هو حظه قال : فإن ترك البائع الثاني الأخذ بالشفعة مع الشريك الذي لم يبع كانت الشفعة كلها واجبة للشريك الثالث الذي تمسك بحظه، فإن تركها هو أيضاً صار المشتري من البائع

الأول شفيحاً، والثالث الذي لم يبع فيما باع الثاني، وإن ترك الأخذ بالشفعة فيما باع الأول وأراد أن يستشفع ما باع الثاني صار المشتري من البائع الأول شفيحاً مع الثالث الذي لم يبع حظه فيما باع البائع الثاني لأنه قد نزل منزلة بائعه إذ لم يؤخذ منه بالشفعة، فقد صار شريكاً للبائع الثاني ولصاحبه الذي لم يبع فباع الثاني حين باع والمشتري من البائع الأول شريك تجب له الشفعة، إذ قد أقر على ما اشترى ولم يؤخذ ذلك منه، وأيضاً شريكين ترك أحدهما الأخذ بالشفعة مع شريكه فليس للشريك أن يأخذ بقدر حصته ولكن يأخذ الجميع أو يدع.

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم أسلم من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وباللله التوفيق.

ومن كتاب الصلاة

قال يحيى وسئل ابن القاسم عن الدار تشتري بالعبد أو بما أشبه ذلك من العروض فيستحق نصف الدار، فيقول المشتري للبائع أما إذا لم تتم لي كلها فلا حاجة لي بها فيردها على البائع فيريد الذي استحق نصف الدار أن يأخذ بالشفعة النصف الباقي وقد ردها المشتري على البائع، فقال : الشفعة له واجبة ولا يقطعها عنه ما فسَخَ البائع عن نفسه من الاثراء الذي لو شاء أن يأخذ أخذ به.

قال محمد بن رشد : قال ابن القاسم في هذه الرواية إن الشفعة للمستحق واجبة على المشتري في نصف الدار الذي بقي بيده وإن كان لم يقيم عليه فيه بالشفعة إلا بعد أن رده على البائع وأخذ عبده، وهذا على القول بأن الرد بالعيب ابتداءً يبيع، وأما على القول بأنه نقض بيع فلا شفعة فيه، لأنه قد

رجع إلى يد بائعه على الملك الأول، فإذا قلنا إن له الشفعة على قياس القول بأن الرد بالعيب ابتداءً يجب أن يكون مخيراً في عهده بجعلها على من شاء منهما كمن اشترى شقصاً ثم باعه من بائعه فالشفيع مخير إن شاء أجاز البيع وأخذ بالشفعة من المبتاع الثاني وهو البائع الأول وإن شاء نقضه وأخذ بالشفعة من المبتاع الأول، وهذا بين، ولو قال المشتري أنا أرُدُّ النصفَ وأخذُ عبدي وقال المستحق أنا أخذُ بالشفعة لَوَجَبَ أن يبدأ الشفيع على قياس هذا القول أن له أن ينقض رده ويأخذ بالشفعة فأحرى أن يكون له أن يمنعه من الرد، وقد اعترض سحنون قوله في المدونة، وقال لا يقول به لانا نعرف من قوله خلافه، وقوله على قياس القول إن الرد بالعيب نقض بيع لأنه إذا كان من حقه أن ينقض البيع وجب أن يبدأ على الشفيع إذا أراد أن يرد وأراد الشفيع أن يشفع، وقد رأيت في حواشي بعض الكتب على مسألة المدونة قال سحنون ليس للشفيع شفعة، وكيف يأخذ بالشفعة والبيع لم يتم؟ ولا يستقيم كتاب قول سحنون هذا على مسألة المدونة، لأنه لم يتكلم فيها إلا على أن الشفيع قام يطلب الشفعة قبل الرد وأراد أن يمنعه من الرد، وإنما يحسن أن يكتب قول سحنون على مسألتنا هذه في رواية يحيى، لأنه رأى الرد بالعيب فيها نقضاً للبيع فأبطل الشفعة، وهو القياس أن يبطل على القول بأن الرد بالعيب نقض بيع حسبما ذكرناه وبالله التوفيق.

مسألة

قال يحيى وسألت ابن القاسم عن رجل اشترى من رجل داراً معينة بعينها فردها حين علم ثم جاء فاستحق بعض الدار أتكون له الشفعة فيما بقي من حساب ما كان اشتراها به الذي ردها بالعيب؟ فقال: نعم، الشفعة له واجبة إن أراد الأخذ من حساب جميع الثمن لا يوضع عنه للعيب شيء.

قال محمد بن رشد: قوله في هذه المسألة على أصله في المسألة

التي قبلها من أن الرد بالعيب ابتداءً ببيع ، فتكون عهدهُ إذا أخذ بالشفعة على من شاء منهما حسبما ذكرناه قبل هذا وبيننا وجهه ، وعلى القول بأن الرد بالعيب نقض لا شفعة في ذلك وبالله التوفيق .

مسألة

قلت ارأيت إن اشتراها بالعبد واستحق نصفها رجلاً أو ترك المستحق الأخذ بالشفعة ورضي المشتري أن يحبس النصف ويرد اليه نصف العبد ويكون بذلك في العبد شريكاً لبائع الدار منه أيكون ذلك ؟ قال : نعم ، إلا أن يفوت العبد فيكون له على البائع نصف قيمة العبد الفائت .

قيل له : فإن قال البائع إنما بعثك داري ليكون لي العبد خالصاً ، فأما إذا أردت أن تشركني فيه فلا حاجة لي فيه ينتفض البيع بينهما ؟ قال : نعم ، أرى البيع مفسوخاً عنهما إلا أن يفوت العبد فلا يكون للبائع حجة في إمضاء البيع ويرد نصف قيمة العبد .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفي غاية الاستيفاء في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ الْمُكَاتِبِ

قال : وسألته عن الشفيع يعرض عليه الإمام الأخذ بالشفعة أو الترك فيقول أنا آخذ فيؤجله في الثمن فيبدو له فيقول لا حاجة لي بالشفعة ، ويقول المشتري لا أقيه ، قال الأخذ بالشفعة يلزم

الشفيع ، فإن لم يكن له مال يبيع عليه حظه الذي كان به شفيعاً ، والحظ الذي وجبت له الشفعة فيه حتى يوفي المشتري جميع حقه ، ولا يقال فيما قد رضي بأخذه إلا أن يرضى المشتري أن يقيله .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة لا تخلو عندي من ثلاثة أوجه أحدها أن يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك فيقول قد أخذت ويقول المشتري وأنا قد سلمت فادفع إلي مالي فيؤجله الإمام في ذلك ، فلا يأتي بالمال إلى الأجل ، فهذا يبيع تام يباع فيه جميع ماله ، الحظ الذي استشفعه والذي استشفع به ، وليس للشفيع أن يقول للمشتري : خذ حائطك لا أريده ولا للمشتري أن يقول للشفيع رد الي حائطي لا أسلمه لك إذا لم تنقذ لي مالي إلى الأجل الذي أجله لك السلطان فلا ينحل البيع إلا برضاها جميعاً والوجه الثاني أن يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك فيقول قد أخذت فيسكت المشتري ولا يقول وأنا قد سلمت ، فيؤجله الإمام في الثمن بطلب من أحدهما لذلك ، فلا يأتي به إلى الأجل ، فهذا إن طلب المشتري أن يباع له في الثمن مال الشفيع كان ذلك له ، وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص على المشتري أو يتمسك به حتى يباع ماله في ثمنه لم يكن له في ذلك خيار ، وهذا الوجه في المدونة ، والوجه الثالث أن يقول الشفيع أنا آخذ ولا يقول قد أخذت فيؤجله الإمام في إحضار الثمن فلا يأتي به إلى الأجل ، فهذا الوجه يختلف فيه ، قيل يرجع الشقص إلى المشتري إلا أن يتفقا جميعاً على إمضائه للشفيع واتباعها بالثمن ، وقيل إنه إن أراد المشتري أن يلزم الشفيع الأخذ كان ذلك له ، ويباع ما له في الثمن ، وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص لم يكن ذلك له ، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية وقول أشهب ، والقول الأول بين وباللله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ

قال : وسألت ابن القاسم عن الشفعاء أهل الميراث هل يكون

بعضهم أولى بمشافعة بعض أم كيف الأمر فيهم؟ قال: قال لي مالك: كل أهل مورث أحق بشفعتهم يتشافعون بينهم دون سائر الورثة، مثل أن يهلك الرجل ويرثه ابنه فيموت أحدهما فيبيع بعض ولده حقه، فيكون إخوته بنو الإبن أحق بالشفعة فيما باع أخوهم ومن شركهم في ميراث ابن الابن من عمهم أخي أبيهم، فأهل كل سهم يتشافعون بينهم، دون أهل رأس الميراث، وكذلك أهل كل سهم في كتاب الله أو السنة يتشافعون فيما بينهم، وهم أجمعون على العصبية فيما باع بعض العصبية، ولا تدخل العصبية على أهل السهام، قال: وقال لي مالك غير مرة: من باع من أهل السهام المفروضة ثم سلم ذلك للمشتري أهل شفعة البائع شركاؤه ذنباً في السهم الذي يجمعهم بفريضة مسماة فإن الشفعة تجب لجميع أهل الميراث شركاء البائع وأهل سهمه في رأس فريضة الميراث، قال وإن أسلموا أجمعون للمشتري أو كان المشترون جماعة ثم باع أحد المشتريين نصيبه مما اشترى فأراد شركاؤه في الصفقة أن يأخذوا بالشفعة وأن يتشافعوا فيما بينهم كما كان يتشافع أهل السهم الذي اشتروا منهم دون جماعة الورثة مثل أن يكونوا اشتروا رُبْع الزوجات أو سدس الجدتين أو ثلث الإخوة للأُم أو ما أشبه ذلك، قال ابن القاسم: فإن مالكا قال لا يكون ذلك لهم ولا يحملون محملهم بل يشافعهم جميع الورثة على قدر أنصبتهم في الميراث، ويكون شركاء البائع منهم في ذلك النصيب خاصة وبقية الورثة أجمعين وبقية شركاء البائع المشتري في ذلك الحظ الذي يؤخذ بالشفعة شفعا أجمعين، قال مالك: فإنما يتشافع في كل سهم دون جماعة الورثة أهل السهم بأعيانهم الذين ورثوه، لا ينزل من اشتراه منهم أو اشترى بعضه في ذلك منزلتهم، قال: وقال مالك ليس المشتري

كالورثة ولا العصة كأهل السهام المفروضة ، أهل السهام المفروضة يتشافعون بينهم على ما فسرت لك ، وهم أجمعون يدخلون على العصة فيما أخذهُ بعضُهُم فيما يبيعه بعضهم فكذلك أيضاً يدخل أهل السهام المفروضة على كل من اشترى من بعضهم بما باع بعض من اشترى انهم يدخلون أجمعون على أشراك البائع الذي اشترى معه وصاروا شفعاء باشترائهم معه يوم اشترى ، قال : وإذا باع بعض الورثة من أهل السهام المفروضة لم يدخل المشتري ولا العصة عليهم فيما يتشافعون به فيما بينهم إذا كان في ذلك السهم للبائع شريك فيه دنيا فإن أخذ جماعة الورثة بالشفعة دخل معهم العصة والمشتري .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة جيدة حسنة ، قوله فيها إن أهل السهم الواحد مثل الزوجات والجدات والإخوة للأم يتشافعون بينهم البين ولا يدخل غيرهم من الورثة عليهم ويدخلون هم عليهم ، هو مذهب مالك وجميع أصحابه حاشى ابن دينار ، واختلف في العصة والموصى لهم بجزء والمشتريين لسهم أهل السهم مثل أن يشتري جماعة ثمن الزوجات او سدس الجدات أو ثلث الاخوة للأم وما أشبه ذلك والمشتري يحظ واحد من الورثة فقليل في كل طائفة منهم إنهم أهل سهم واحد يتشافعون فيما بينهم دون الورثة وهو قول أشهب وأحد قولي مالك في العصة وقيل إنهم ليسوا كأهل سهم واحد فيدخل الورثة كلهم عليهم كانوا أهل سهم أو لم يكونوا أهل سهم ، ولا يدخلون هم على أهل السهام إلا أن يبيع جميعهم أو يكونوا واحداً ، وهو مذهب ابن القاسم ، واختلف في الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة ، فقال ابن القاسم إنهن كلهن أهل سهم واحد لا شراكهن في الثلثين إن فضلتهن الأخت الشقيقة فإن باعت إحدى الأخوات للأب حظها دخلت فيه الأخت الشقيقة ، وقال إن الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة أهل سهم واحد في

السدس فلا تدخل عليهن فيه الأخت الشقيقة ، وقد مضى هذا المعنى في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم وفي رسم مسائل ييوع من سماع أشهب وبالله التوفيق .

مسألة

يحيى حدثني ابنُ القاسم عن أبي الدراوري^(٢) عن سفيان الثوري أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قَضَى بالشفعة على قدر الأنصباء .

قال محمد بن رشد : هذا ما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب أن الشفعة على قدر الأنصباء ، والمخالف في ذلك أبو حنيفة يقول إنها على عدد الرؤس ، والحجة لمالك ومن قال بقوله أن الشفعة لما كانت تجب بالملك وجب أن تكون على قدر الأملاك كالغلل ، ولما كانت لدفع المضرة عن الاشراك وكانت المضرة عليهم على قدر حصصهم وجب أن تكون الشفعة التي تدفع الضرر عنهم على قدر حصصهم .

مسألة

قال ابن القاسم : قال مالك : الشفعة في الماء الذي يقتسمه بينهم الأوراث بالأقلا^(٣) وإن لم يكونوا شركاء في الأرضين التي تسقى بتلك العيون أو الحوائط التي تسقى بتلك العيون ، قال : وقال مالك وأهل كل ولد يتشافعون فيما بينهم دون جماعة الورثة وشفعتهم في ذلك الماء يجري مجرى شفعتهم في الدور والأرضين فيما وصفنا من أمر العصبه والمشتري وأهل السهام المفروضة وما يدخل به

(٢) في ق ٣ : عن الداودي .

(٣) الأقلا^(٣) جمع قلد بالكسر الحظ من الماء ويطلق على العقب .

بعضهم على بعض فيما فسرت لك في صدر هذه المسألة وبالله التوفيق .

قال محمد بن رشد : لا اختلاف أعلمه في المذهب في إيجاب الشفعة في الماء إذا بيع مع الأرض أو دونها ولم يقسم الأرض ، واختلف في إيجاب الشفعة فيه إذا قسمت الأرض فقال في المدونة إنه لا شفعة فيه ، وقال في هذه الرواية إن فيه الشفعة ، فذهب سحنون وابن لبابة إلى أن ذلك ليس باختلاف من القول ، إلا أنهما اختلفا في تأويل الجمع بينهما ، فقال سحنون معنى مسألة المدونة أنها بئرٌ واحد فلا شفعة فيها إذ لا تنقسم ، لأن الشفعة تكون فيما ينقسم دون ما لا ينقسم ، وقال ابن لبابة معنى مسألة المدونة أنها بئرٌ لا بناء لها ولا أرض ، ومعنى رواية يحيى أن لها بناء وأرضاً مشتركة يكون فيها القلد ، وذهب القاضي أبو الوليد الباجي إلى أن ذلك اختلاف من القول ، وأن الاختلاف في ذلك جار على الاختلاف في الشفعة فيما لا ينقسم كالنخلة والشجرة بين النفر ، إذ لا تنقسم العين والبير كما لا تنقسم النخلة والشجرة ، وكان من أدركت من الشيوخ يقول إن ذلك اختلاف من القول ، وإن الاختلاف في ذلك جار على اختلاف قول مالك فيما هو متعلق بالأرض ومتشبه بها كالنقض والنخل دون الأرض والكراء وما أشبه ذلك ، وهو أبين وأولى وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ أَوْلِهِ أُوَّلٌ عَبْدِ ابْتِاعَهُ فَهُوَ حُرٌّ

قال : وسألته عن الرجل يشتري الأرض من الرجل وهي فدان من أرض مشتركة أو بقعة لرجل فيها شرك فيشتري المشتري ذلك الفدان أو تلك البقعة بحضرة الشريك وعلمه فيبني فيها أو يغرس

فيريد الشريك الذي لم يبيع أن يأخذ حقه من تلك الأرض ويأخذ بقيتها بالشفعة ، قال ابن القاسم ليس في مثل هذا شفعة إنما الشفعة في أن يبيع الشريك جزءاً من أجزاء الأرض المشترك أو الدار وبعض ما تكون الشفعة فيه ، فيبيع نصف الدار أو ثلثها أو ربعها أو جزءاً من أجزائها قلّ أو كثر ، فإن الشريك حينئذ ، يأخذ نصف ما باع بحقه والنصف بشفعته ، وأما إذا باع فداناً بعينه أو بيتاً من الدار بعينه بحضرة الشريك فلم ينكر عليه بيعه فسكوته عليه تحويز لبيعه والاشتراء للمشتري ماض ولا شفعة فيه ، وإنما للشريك على شريكه البائع حصته من الثمن فقط ، قال وإنما مثل بيع الفدان من جملة الأرض أو البيت من جملة الدار بمنزلة بيع الثوب الذي يكون بين الشريكين بحضرة الشريك فإن سكت فذلك منه تجويز وإن أنكر لم يعض البيع عليه ، قال سحنون : قال لي ابن القاسم : في الأرض تكون بين الرجلين مشاعة غير مقسومة فيبيع أحدهما فداناً بعينه أو نصف فدان بعينه بحضرة صاحبه لا يغير ولا ينكر ثم أنكر بعد قال البيع لازم ولا تكون له الشفعة من قبل أنه قد بيع نصيبه وهو حاضر . لا يغير ولا ينكر ، وكذلك كل من يباع عليه شيء من ماله وهو حاضر لا يغير ولا ينكر فالبيع له لازم ، وكذلك لو كانت دار بين رجلين فباع أحدهما شيئاً من الدار وصاحبه حاضر لا يغير ولا ينكر لزمه البيع ولم يكن له أن يرد ، وإذا باع ثلث الأرض أو ربع الأرض ولم يره أرضاً بعينها لاربعاً أو ثلثاً فالبيع جائز وللشريك الشفعة .

قال محمد بن رشد : قوله في أول هذه المسألة في الذي يشتري الفدان أو البقعة من الرجل من أرض بينه وبين شريكه بحضرة فيني فيها أو يفرس فيريد الشريك الذي لم يبيع أن يأخذ حظه من تلك الأرض وبقيتها بالشفعة أنه ليس في مثل هذا شفعة صحيح ، لأنه إذا حضر بيع شريكه فلم

ينكره وسكت حتى بنى المشتري أو غرس فقد لزمه ومضى عليه ، فصار بمنزلة أن لو باعها جميعاً فلم يكن في ذلك وجه للشفعة ولا اشكال في هذا ، ولو حضر البيع فسكت ولم ينكره حتى انقضى أنكره في المجلس وقال إنما صمت لأنني علمت ان ذلك لا يلزمني لوجب ان يحلف أنه ما رضي ببيع نصيبه وتكون له الشفعة ، ولو أنكر ذلك قبل انقضاء البيع لكانت له الشفعة دون يمين ، ولو أنكر ذلك بعد انقضاء المجلس بالقرب لسقطت الشفعة ولم يكن له إلا الثمن إلا أن يدعي الشريك أن الأرض كلها صارت اليه منه بابتياح أو هبة أو مقاسمة فيكون القول في ذلك قوله مع يمينه ، لأن حضوره البيع مع سكوته هذه المدة حيازة عليه ، فقف على افتراق الأحكام في هذه الأربعة الأوجه ، وجه تكون له الشفعة فيه دون يمين ، ووجه تكون له الشفعة فيه بعد يمينه ووجه لا يكون له فيه إلا الثمن ، ووجه يكون الثمن فيه للشريك البائع مع يمينه ولو لو يحضر البيع ، وإنما علم به بعد وقوعه ، فإن أنكره حين علم بقي على حقه في نصيبه من الأرض وكانت له الشفعة في حظ شريكه ، وإن لن ينكره إلا بعد العام أو العامين أو الثلاثة لم يكن له إلا الثمن ، وإن لم ينكره ولا قام الا بعد العشرة الأعوام أو نحوها لم يكن له الا الثمن إن ادعى شريكه البائع لحيازته إياه عليه بالبيع مع طول هذه المدة ، وقد مضى هذا المعنى في غير ما موضع من هذا الديوان من ذلك في سماع سحنون من جامع البيوع وفي رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأفضية وفي رسم يسلف في المتاع والحيوان من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق ، وفي سماع أشهب منه وفي رسم الكبش من سماع يحيى منه أيضاً .

ووجه تفرقه بين أن يبيع أحد الشريكين طائفة بعينها من الأرض أو الدار المشتركة بينهما بحضرة شريكه وهو ساكت لا يغير ولا ينكر وبين أن يبيع جزءاً منها على الإشاعة وهو حاضر لا يغير ولا ينكر في أنه لا شفعة في الطائفة المعينة وله الشفعة في الجزء الشائع هو أن البيع لأزم له في حظه من الطائفة المعينة لحضوره وسكوته إذ لا عذر له في ذلك ، وإذا لزمه البيع بطلت الشفعة

ولا يلزمه البيع في حظه من الجزء الذي باع على الإشاعة بحضوره وسكوته لأن من حجته ان يقول ظننت أن البيع يختص بحظه ولا يكون شائعاً في حظي وحظه ، فلا يلزمني منه شيء ، وهي حجة ظاهرة لها وجه ، إذ قد قيل ذلك وهو دليل قوله في كتاب العتق من المدونة وفي العبد بين الشريكين يحلف أحدهما بعتق نصيبه ألا يفعل شيئاً فيبيع نصيبه ويشترى نصيب شريكه ثم يفعل ما حلف عليه أنه لا يحدث ، فإذا لم يلزمه البيع في نصيبه وعذر في سكوته لهذه العلة وجبت له الشفعة ، لأن من حقه أن يأخذ قدر حقه مما باع شريكه النصف إن كانت شركتهما على النصف بالاستحقاق ، ويرجع المشتري على البائع بنصف الثمن ويأخذ النصف الثاني بالشفعة بنصف الثمن ، فهذا وجه الفرق بين المسألتين ولو قال الشريك البائع أبيعك نصف حظي من هذه الدار ونصف حظ شريكي وشريكه حاضر ساكت لم تكن له شفعة ، واشتركت المسألتان ويأتي على قول ابن القاسم في هذه المسألة وعلى ما في كتاب المراجعة من المدونة في الرجل يتناع نصف السلعة ويرث نصفها أنه لا يجوز له أن يبيع نصفها مراجعة حتى يبين أن الدار أو العبد إذا كان بين الشريكين فباع أحدهما نصف الدار ونصف العبد أن البيع يقع على نصفه ونصف شريكه إلا أن يبين فيقول أبيعك نصفي من هذه الدار أو من هذا العبد وعلى ما في كتاب العتق الأول في المسألة التي ذكرناها أن البيع يقع على حظه دون حظ شريكه إلا أن يبين فيقول أبيعك نصف حظي ونصف حظ شريكي من هذا الدار أو من هذا العبد وبالله التوفيق .

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال سحنون سئل ابن القاسم عن الرجل يكون له شقص في دار ليس له غيره قيمته ثلاثون ديناراً فيبيعه من رجل بعشرة دنانير وهو مريض ، قال يُنظَرُ في ذلك إذا مات البائع فيقال للمُشتري إن أحببت

إن لم تُجزَّ الورثةُ هذه المحاباة برد عشرة أجزاء وخذ الدار ولا قول للورثة ، فإن فعل فللشفيع إن كان له شفيع أن يأخذ الدار بعشرين ديناراً فإن أبى المشتري أن يزيد عشرة دنائير وقد أبت الورثة أن يسلموا الدار إليه كما أوصى الميت قيل لهم أعطوه ثلث الشقص بتلا بلا شيء يأخذونه منه ، قلت لابن القاسم لم أعطيتها للشفيع بعشرين ديناراً إذا رضي المشتري أن يزيد عشرة على العشرة الأولى التي أخذها الميت بعشرة ؟ فلم لا تجعلها للمشتري وتقول للشفيع خذها بثلاثين ؟ قال : لا ، لأن الشراء إنما وقع بعشرين ، ألا ترى لو أن رجلاً باع شقصاً له في دار بعشرين ديناراً قيمته أربعون ديناراً حابه بعشرين فللشفيع أن يأخذ ذلك بعشرين وهو خلاف أن يبيع بأربعين ، ثم يضع عشرين لأنه إذا باع بأربعين فقد وجب للشفيع بأربعين ، فإذا حط البائع عن المشتري خطأً يعلم في مثله الهبة ، ليس مثل ما يتغابن الناس في مثله لم يوضع ذلك عن الشفيع ، وإن حط خطأً يعلم أن في مثله ما يتغابن الناس في مثله حط ذلك عن الشفيع ، قلت لابن القاسم رأيت الموصي له بيع الدار إن رد الدار وأبى أن يزيد العشرة فأراد الورثة أن يُخلَّوا له من ثلثها إذا أبوا أن يجيزوا الوصية أتكون فيه شفعة ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : اختلف في المريض يبيع في مرضه بمحاباة لا يحملها ثلثه على قولين ، أحدهما أن الورثة إن لم يجيزوا البيع قطعوا له بثلث الميت بتلاً من غير ثمن ، وردوا إليه ما دفع من الثمن إلا أن يشاء المشتري أن يزيد ما حوي به فينفذ البيع ، وهو قوله في هذه الرواية ، فإن كان المبيع شقصاً مما فيه الشفعة فرضي المشتري بزيادة المحاباة كان للشفيع في ذلك الشفعة بالثمن الذي اشترى به مع الزيادة ، هذا قوله في هذه الرواية إن الشفعة

له بعشرين، وإن كانت قيمة الشفص ثلاثين وكذلك على قياس قوله لو أجاز الورثة البيع لكانت الشفعة له بعشرة، وإن كانت قيمته ثلاثين، وهذا كما قال، إذ لا أعرف نص خلاف في أن الثمن إذا عرف للشفيع أن يأخذ به كان أقل من القيمة أو أكثر، وفي ذلك نظر إذا كانت القيمة أكثر من الثمن وتبينت في ذلك المحاباة، لأن القياس كان على قول ابن القاسم الذي لا يرى في الهبة الشفعة، ولا يكون له شفعة إلا في قدر ما لا محاباة فيه، ويسقط في قدر ما وقعت فيه المحاباة، وعلى قول ابن عبد الحكم عن مالك الذي يرى في الهبة الشفعة، أن لا يكون له شفعة إلا في قدر ما لا محاباة فيه، ويسقط في قدر ما وقعت فيه المحاباة بالقيمة.

فيتحصل على هذا فيمن باع شقصاً بعشرة دنانير ثمنه ثلاثون ديناراً ثلاثة أقوال، أحدها أن للشفيع الشفعة في جميع الشقص بعشرة والثاني أن له الشفعة في ثلثه بعشرة وفي ثلثيه بالقيمة والقول الثاني^(٤) أن الورثة إن لم يجيزوا البيع قطعوا له بثلث الميت بتلاً وكان له من المبيع بقدر ما نقد ولم يرد ذلك إليه لأنه لا يكون سلفاً جر منفعة إذا رد إليه رأس ماله وقطع له بثلث الدار إلا أن يشاء المشتري أن يزيد ما حوي به فينفذ البيع، وقد قيل إن ذلك ليس باختلاف، وإنما يرجع ذلك إلى المشتري بالخيار إن لم يجز الورثة له البيع أن يأخذ من المبيع بقدر ما نقد، وبين أن يسترده، وظاهر ما في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا أنه ليس للمشتري أن يزيد ما حباه به الميت زائداً ويستخلص البيع، وقد مضى القول على هذا المعنى في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس.

وقوله إذا باع بأربعين ثم حط عشرين إنه لا يوضع عن الشفيع معناه إذا كانت قيمة الشقص أكثر من العشرين الباقية مثل أن تكون قيمته ثلاثين لأنه إنما

(٤) كذا في ق ٣. ولعل الصواب: والقول الثالث.

يتبين أن الحطيطة هبة بذلك وأما إن كانت قيمته عشرين أو أقل فإنه يوضع عنه ، لأنه تبين بذلك أن حقيقة الثمن عشرون وإن تسميتهم الأربعين لغو قَصْدًا بذكرها إلى إبطال الشفعة ، وهذا بين من المدونة وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل سحنون عن الأناذِرِ^(٥) أفيها شفعة ؟ قال : لا تكون فيها شفعة ، قال وكذلك الأفنية لا شفعة فيها إذا بيعت والأناذِرُ عندي مثل الأفنية^(٦) .

قال محمد بن رشد : إنما لم يريد^(٧) سحنون في الأناذر شفعة لأن من مذهبه أن الشفعة لا تكون إلا فيما يحكم بقسمته والأناذر عنده لا يحكم بقسمته لأنه لا ينقسم إلا بضرر لأنه إذا قَسِمَ بَطَلَّ أن يكون أنذرا فلم ينتفع به في ذلك ، فالشفعة فيها واجبة على من يرى قسمتها ولا يُرَاعِي الضرر على ذلك وهو مذهب مالك لقول الله تعالى : ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾^(٨) وعلى مذهب من يرى الشفعة فيما لا يحكم بقسمته من الأصول إذا كان لا ينقسم إلا بضرر ، وهو قول ابن القاسم في المدونة خلاف قوله في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار ، وقد قيل إن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم بحال كالنخلة والشجرة بين النفر لأنها من جنس ما ينقسم .

فيتحصل في ذلك في المذهب ثلاثة أقوال أحدها أن الشفعة واجبة في

(٥) كذا الأناذِر - بالمعجمة - في الأصل ، وفي ق ٣ بالمهملة ، وهو الصواب . والأناذر

جمع نادر : البيدر الموضع الذي يدرس فيه القمح ونحوه ويُدَاسُ .

(٦) الأفنية جمع فناء : الساحة أمام البيت .

(٧) كذا بالأصل وفي نسخة ق ٣ والصواب وإنما لم ير .

(٨) الآية ٦ من سورة النساء .

الأصول كلها كانت مما ينقسم أو مما لا ينقسم ، وهو مذهب مطرق ، والثاني أنها لا تجب إلا فيما ينقسم ويحكم بقسمته ، وهو قول ابن القاسم في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار ، والثالث أنها تجب فيما ينقسم وإن كان لا يحكم بقسمته للضرر الواقع في ذلك ، وقد مضى ذكره والاختلاف فيه في رسم المكاتب من الكتاب المذكور .

وأما قوله وكذلك الألفية لا شفعة فيها إذا بيعت فمعناه في الفناء المشترك بين القوم كساحة الدار بين الشركاء إذا اقتسموا البيوت لأن حكمها حكم الأناذر في القسمة لها وفي جواز البيع فيها وفي وجوب الانتفاع بجمعها لمن احتاج من الشركاء إليها دون من لم يحتج إليها منهم ، وأما الألفية المتصلة بطرق المسلمين فلا يجوز بيعها ولا اقتطاعها وإنما يجوز الانتفاع بها وكراؤها إذا لم يضر ذلك بالمارة في الطريق المتصلة بها والله الموفق .

مِنْ سَمَاعِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ الْحَسَنِ

قال عبد الملك : سألت عبد الله بن وهب عن الأناذر الذي يدرس فيه الزرع هل فيه شفعة ؟ فإنه قد اختلف عندنا فيه وهل يحوز الأب على ابنه الصغير في حجره صدقة عليه بالأناذر أو لا يكون الأناذر للصغير بالصدقة حتى يبرأ منه كحال المسكن الذي يسكنه الأب حتى يموت عنه فلا يمضي صدقته فهل الأناذر بسبيل ذلك إذا كان الأب يدرس فيه حتى يموت ، فقال : إن كنت إنما تعني نفقة الأناذر من الأرض فنعم فيه الشفعة لا شك فيه ، وهو بمنزلة غيره من البقاع والأرضين بمنزلة عراض الدور المهذومة وغير المبنية .

وحوز الأب لابنه الصغير حوزاً إذا تصدق عليه وأعلن الصدقة وأظهرها بمنزلة غيرها من الأشياء والأرضين والمساكن إلا أن يكون

الأب يعمل فيها لنفسه وماله بحال ما كان من الصدقة فلا أرى ذلك شيئاً إن كان كذلك ، وقال أشهب الشفعة فيه كان أنذراً أو غير أنذر كان قليلاً أو كثيراً إذا كان ملكاً لهم .

وأما ما ذكرت من حوز الأب على ابنه الأندر فإن ذلك ليس بحوز حتى يبرأ منه كحال المسكن إن درس فيه أو انتفع به الأب حتى مات فلا شيء للابن فيه .

قال محمد بن رشد : قول ابن وهب وأشهب في أن الشفعة يجب في الأندر الذي يدرس فيه الزرع خلاف قول سحنون المتقدم قبل هذا في آخر سماعه ، وقد مضى ذكر الاختلاف في ذلك فلا معنى لإعادته ، وأما قولهما في صدقة الأب به على ابنه الصغير إن ذلك بمنزلة ائدار تبطل الصدقة به إن درس فيه بعد الصدقة كما كان يدرس فيه قبل الصدقة بمنزلة المسكن فهو خلاف مذهب ابن القاسم وما حكى ابن حبيب عن مطرق وابن الماجشون واصبغ من ان ما عدا المسكون والملبوس لا يبطل صدقة الأب به على ابنه الصغير انتفاعه به بعد الصدقة وان حرث الأرض واختدم العبيد وأكرى الحوانيت واغتل ماله غلة من الأصول ، بخلاف ما سكن أو لبس ، وقع بيان مذهب ابن القاسم في ذلك في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات ، وحكاها ابن حبيب أيضاً عنه من رواية أصبغ ، وجُلوسه في الحانوت للتجر كسكناه الدار ، بخلاف كرائه إياه ، وقول ابن وهب وأشهب هذا مثل ظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة من رواية مطرف عن مالك في تفسير قول عثمان بن عفان إن نَحْلَةَ الأب لابنه الصغير جائزة إذا شهد عليها وأعلن بها وإن وليها أن معنى ذلك أن يليها بالتشهير والتوفير ، فعلى هذا لا فرق بين الملبوس والمسكون وما سواه من الأشياء تبطل الصدقة بانتفاع الأب به فيتفق في المسكون والملبوس ويختلف فيما عداه على هذين القولين ، أحدهما أن الاشهاد والإعلان يكفي وإن انتفع الأب بذلك بعد الصدقة كما كان ينتفع به قبل الصدقة إلى أن مات كالمسكون

والملبوس سواء ، وفي المسألة قول ثالث وقع لأصبع في نوازله من كتاب الصدقات والهبات أن الصدقة لا تبطل إذا كان الانتفاع ممزوجاً مرة ينتفع الأب ومرة ينتفع الابن وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد سئل ابن القاسم عن رجل اشترى نصف دار بمائة دينار ولؤلؤة ثم جاء الشفيع يريد أن يأخذ ، قال : يصف المشتري اللؤلؤة ويحلف على صفتها ثم تُقَوَّمُ إلا أن يشهد الذين باعوه أن قيمة اللؤلؤة كذا وكذا فيكون القول قول ما شهدوا به ، فإن لم يعلموا قيمتها وفاتت ونكل المشتري عن صفتها وعن اليمين وَصَفَهَا الشفيع وحلف على الصفة وكان القول قوله فإن لم يعلم الشفيع صفتها كانت له الدار بقيمتها نقداً .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة ونكل المشتري عن صفتها وعن اليمين معناه أنه قال لا أعرف صفتها فلا أحلف فيها هنا يكون ما قال من أن الشفيع يحلف على ما يدعي من الصفة إن عرف صفتها ، فإن لم يعرف صفتها كانت له الدار بقيمتها نقداً ، وقوله كانت له الدار بقيمتها نقداً معناه كانت له الشفعة في الدار بقيمة نصفها نقداً يريد ما لم تكن القيمة أقل من المائة دينار فلا ينقص من المائة دينار ، وقد قيل إنه لا يمين عليه إذا أتى بما يشبهه ، وأما إن ادعى جميعاً معرفة صفتها ونكلا عن اليمين فالقول قول المشتري لأنه هو المبدأ باليمين على حكم المدعي والمدعى عليه إذا نكلا عن اليمين كان القول قول المدعى عليه ، ولو حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف ، وهذا إذا أتيا جميعاً من صفتها بما يشبهه ، كان الشفيع أو المشتري^(٩) فإن نكل عن اليمين كان القول قول الذي أتى منهما بما يشبهه ،

(٩) (في نسخة ق ٣ : أي كان الحالف الشفيع أو المشتري) .

لأنه هو المبدأ باليمين ولو أتيا جميعاً من الصفة بما لا يشبه لوجب أن يحلفا جميعاً فإن حلفا أو نكلا كانت له الشفعة بقيمة الحظ نقداً ما لم تكن أقل من المائة فلا ينقص من المائة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما وان أتى بما لا يشبه ، لأن صاحبه قد أمكنه من دعواه بنكوله .

فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه أحدها أن يدعي كل واحد منهما من صفتها ما يشبه والثاني أن يدعي كل واحد منهما من صفتها ما لا يشبه والثالث أن يدعي أحدهما من صفتها ما يشبه والثاني ما لا يشبه والرابع ألا يدعي واحد منهما معرفة صفتها وفيما ذكرناه بيان الحكم في كل واحد منهما لمن تدبره وفهمه .

وفي قوله إلا أن يشهد الذين باعوا أن قيمة اللؤلؤة كذا وكذا فيكون القول ما شهدوا به نظراً ، إذ ليس على عمومته في كل موضع وإنما معناه في الموضع الذي تكون شهادتهم لا منفعة لهم فيها بل قد يضرهم فيما يرجع به عليهم إن استحق المبيع أو بعضه ، وأما في الموضع الذي تكون شهادتهم فيه للشفيع على المشتري فلا يجوز لأنهم يتهمون على تقليل الثمن إن جاء استحقاق .

وقوله إن المشتري يصف اللؤلؤة ابتداءً ويحلف على صفتها أصح مما وقع من قوله في المدونة من أنه لا يقال للمشتري صف العرض الذي وقع به البيع إلا بعد أن يدعي جميعاً من قيمته ما لا يشبه ، وظاهر قوله فيها أنه إذا ادعى جميعاً من قيمة ما لا يشبه كان القول قول المشتري فيما ادعاه من الصفة وان لم يشبه ، وذلك بعيد لا يصح أن يكون القول قول من أتى منهما بما لا يشبه إذا كذبه الآخر وادعى ما يشبه ، وإنما يصح ذلك إذا لم يكذبه صاحبه وقال لا أدري وبالله التوفيق .

مسألة

وقال ليس في رحا شفعة لارحا الماء ولارحا الدواب ، وأما البيت الذي فيه الرَّحَا وجدراته وسقفه وأرضه ففيه الشفعة ، قال ولو باع رجل بيتاً فيه رحا فأراد الشفيع أن يأخذ ذلك بالشفعة فإنه يقوم البيت ويقوم الرحا بأداتها فيُفَضُّ الثمن عليها ، فما صار على البيت من القيمة من الثمن أخذ البيت بالشفعة بالذي يقع عليه من الثمن بالقيمة وهو بمنزلة ما لو باع رجل دابة وداراً فإنما يأخذ بالشفعة في الدار ولا شفعة في الدابة بمنزلة ما فسرت لك في الرحا .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا شفعة في الرحا إذا بيعت مع الأصل خلافاً ما مضى من قوله في رسم العتق من سماع عيسى في رقيق الحائط يُباعون مع الحائط ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك فلا معنى لاعادته .

مسألة

قال ابن القاسم في رجل باع داراً بعشرة دنانير فباع المشتري مِصْرَاعِي الدار بعشرة ، ثم جاء الشفيع ، فقال : يُقَوِّمُ المصراعان ويقوم الدار ثم يُفَضُّ الثمن عليهما فما وقع على الدار من الثمن أخذها بالشفعة ولا شيء له في المصراعين لانهما قد فاتا بالبيع .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة معلوم ، ولفظه فيها فاسدٌ معلول ، لأنه قال إنه باع الدار بعشرة دنانير فباع المشتري المصراعين بعشرة دنانير ، ثم جاء الشفيع ، وإذا بيعت الدار كلها فلا شفعة فيها فالمعنى الذي أراد والله أعلم أنه ابتاع الدار ثم أتى رجل فاستحق بعضها وأراد أخذ بقيتها بالشفعة ، فقال : إنه يقوم المصراعان وتقوم الدار فيفض الثمن عليهما فما وقع على الدار من الثمن أخذها بالشفعة يريد أخذ منها الحظ المستشفع

بما ينوبه من الثمن بالشفعة ، وقوله ولا شيء له في المصراعين لأنهما قد فاتا بالبيع ، يريد لا شيء له فيما ناب الجزء المستحق منهما فللشفيع أن يأخذه بالاستحقاق لا اختلاف في ذلك ، وإن شاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن فله ذلك ، وهذا كله بين والمصراعان البابان .

وقوله ولا شيء له في المصراعين لأنهما قد فاتا بالبيع خلاف ما نص عليه في المدونة من أن نقض الدار إذا هدمه المشتري فباعه لا يفوت بالبيع وللشفيع أن يأخذ بالشفعة من يد مشتريه من المشتري ، وهذا الاختلاف جارٍ على اختلافهم في الشفعة هل يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق ؟ فعلى القول بأنه يحكم لها بحكم البيع تفوت الأنقاض بالبيع ويأخذ الشفيع البقعة بما ينوبها من الثمن ، وعلى القول بأنه يحكم لها بحكم الاستحقاق لا تفوت الأنقاض بالبيع ويأخذها الشفيع من يد المشتري بالشفعة ويرجع المشتري على الذي باعه إياها بالثمن الذي دفع إليه فيها ، وإن شاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن كان ذلك له ، وفي المدونة أيضاً ما يدل على فواتها بالبيع .

واختلف إذا فاتت إما بالبيع على هذه الرواية ، وإما بفوات عينها بعد البيع على ما نص عليه في المدونة ، فقليل في ذلك ثلاثة أقوال أحدها وهو قوله في المدونة وفي هذه الرواية إنه يأخذ البقعة بما ينوبها من الثمن ، ووجه العمل في ذلك أن تقوم البقعة مهدومة والنقض مطروحاً بها يوم وقعت الصفقة ، ثم ينظر ما يقع للنقض من الجميع ، فإن كان الثلث مثل أن يكون قيمته مقلوعاً مطروحاً بالأرض مائة وقيمة البقعة مهدومة مائتين ، قيل للشفيع إن شئت أن تأخذ البقعة بالشفعة فخذها بثلاثي الثمن كان أقل من قيمة البقعة أو أكثر إن كان الثمن ثلاثمائة وستين أخذها بالشفعة بمائتين وأربعين ، وإن كان الثمن مائتين وأربعين أخذ الشفيع البقعة بالشفعة بمائة وستين ، وهذا القول على قياس القول بأنه يحكم للأخذ بالشفعة بحكم البيع ، والقول الثاني أنه يأخذ البقعة والثمن الذي باع به الانقراض كان أقل من قيمته أو أكثر ، ويؤدي جميع الثمن فإن كان

ثمن الانقاص من جنس الثمن الذي اشترى به المشتري النقض قاصه منه بثمان النقض ودفع إليه البقية، والقول الثالث أنه ليس للشفيع إلا الأقل من قيمة النقض أو الثمن الذي بيع به، وهو اختيار محمد بن المواز، وهذان القولان على قياس القول بأنه يحكم للأخذ بالشفعة بحكم الاستحقاق، وقد رأيت لسحنون أنه قال في هذه المسألة لمالك ثلاثة أقوال، وقد قسيتها فلم يعتدل عندي منها شيء، وأشهب يقول فيها أيضاً قولاً وفيها تنازع شديد، ولا أذكر في وقتي هذا قول أشهب، ويحتمل أن يريد سحنون أن النقض تفوت بالهدم، وهذا الذي يأتي في المسألة على حقيقة القياس بأن الأخذ بالشفعة يبيع من البيوع وباللّه التوفيق.

مسألة

وسئل عن القوم يشترون الثمرة في رؤوس النخيل فباع بعضهم قبل أن يقتسموها هل لشركائه الشفعة أيضاً أم لا؟ أو يكونوا شركاء في الزرع فباع بعضهم بعد ما حلّ بيع الزرع هل فيه شفعة؟ وفي المقاتي والبقول كلها أو ما تنبثه الأرض هل فيه شفعة أو جائحة؟

قال: قال مالك في الثمرة في النخل والعنب وما أشبهها من الأصول: لشركائه فيه شفعة إذا باع أحد منهم، والمساقاة كذلك، وقال لي مالك في الزرع: لا شفعة فيه، قال: وقال مالك والجوائح توضع في هذه كلها الثلث فصاعداً إلا الزرع فإنه لا جائحة فيه وذلك أنه إنما يباع بعدما يبيس.

قال محمد بن رشد: المشهور من الأقوال في الثمرة أن فيها الشفعة ما لم يبيس وقد قيل إن الشفعة فيها وإن يبيس ما لم تجد حسبما ذكرناه في أول مسألة من سماع عيسى، والمشهور في الزرع أنه لا شفعة فيه، ويتخرج وجوب الشفعة فيه وإن يبيس ما لم يحصد، وعلى قياس القول بوجوب الشفعة

في الثمرة ما لم تجد ، وهو ظاهر قوله في أول رسم من سماع أشهب إن الشفعة في الأرض وفي كل ما انبتت الأرض .

وأما البقول فالمنصوص أنه لا شفعة فيها ويتخرج وجوب الشفعة فيها أيضاً على قياس القول بوجوب الشفعة في الثمرة ما لم تجد وفي الزرع ما لم يُحصَد وعلى ظاهر ما في سماع أشهب أيضاً من قوله إن الشفعة في الأرض وفي كل ما أنبتت الأرض ، وقد مضى قولنا في آخر أول رسم من سماع أشهب وفي أول رسم من سماع عيسى ما فيه بيان لهذا .

وأما الجائحة فلا اختلاف في وجوب وضعها في البيع إذا بيعت بعد أن أزهرت وقبل أن تبيس أو يحين جداولها واختلف في وجوب وضعها في الشفعة على الاختلاف في الأخذ بالشفعة هل يحكم له بحكم البيع أو بحكم الإستحقاق حسبما مضى القول فيه في أول رسم من سماع عيسى ، واختلف في وجوب وضعها في البيع إذا بيعت وأجِحت بعد أن يبست وحان جداولها واختلف على القول بأنها توضع في البيع هل توضع في الشفعة أم لا ؟ على الاختلاف الذي ذكرناه في الأخذ بالشفعة هل يحكم لها بحكم البيع أو بحكم الإستحقاق .

وحكم البقول في وجوب وضع الجائحة فيها في البيع حكم الزرع إذ لا يباع حتى يبيس ويمكن حصاده ، وحكم الثمرة إذا بيعت وأجِحت بعد تناهي طيبها وإمكان جداولها قيل إنها توضع وقيل إنها لا توضع ، وفي البقول قول ثالث إنه يوضع فيها القليل والكثير ، واختلف أيضاً على القول بأنها توضع في البيع هل توضع في الشفعة أم لا على الإختلاف الذي ذكرناه في الأخذ بالشفعة هل يحكم له بحكم البيع أو بحكم الاستحقاق وبالله التوفيق .

مسألة

وقال أشهب في الغائب إذا كان له شفعة فقدم من سفره إن له

أجل سنة من حين يقدم في آخرها وكذلك الصغير أيضاً له سنة من يوم يبلغ .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنه لا يعتبر بمدة مغيب الشفيح ولا بمدة صغره وبلوغه ومِلكه أمر نفسه إذا كان صغيراً أو مولى عليه ، وقد مضى الاختلاف في حد المدة التي تنقطع فيها شفعة الحاضر المالك لنفسه في رسم البز من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصبغ بن الفرج : سئل اشهبُ عن الشفعة متى حُدَّ انقطاعها للحاضر ؟ فقال : إذا كان مشتريها يعالج فيها شيئاً هدماً أو مرمة أو ما أشبه ذلك فلا أراها إلاً وستنقطع قبل السنة ، وإن لم يكن كذلك فسنة ، قال أصبغ : ما أحسنها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول فيها في رسم البز من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألة

قال أبو زيد : وقال ابن القاسم في البقول لا أرى فيها شفعة والمقاتي فإني أراها بمنزلة الأصول فيها الشفعة لأنها ثمرة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول فيها قبل هذا فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق .

تم كتاب الشفعة من البيان والتحصيل بحمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله وسلم على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً .

[كتاب القسمة والشفعة]^(١)

مِنْ سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ مَالِكٍ
رَوَايَةً سَخَنُونَ مِنْ كِتَابِ حَلَفَ
لَيَرْفَعَنَّ أَمْرًا إِلَى السُّلْطَانِ

قال سحنون : أخبرني ابنُ القاسم عن مالك أنه قال في رجل هلك وترك نخلاً وترك عرقاً نحواً من خمسين عرقاً بخير ونحوها بواد القرى ومن ناحية الفرع ومن وراء المدينة إلى مكة نحو ذلك وفي ناحية الفرع مثل ذلك ، وَيَقْسِمُ وَرَثَتَهُ عَلَى ثَلَاثَةِ وَعِشْرِينَ سَهْمًا ، فقالوا اقسموا كل أعرق على ناحية .

قال مالك : لا أرى ذلك لهم ، كيف يأخذون نخلة نخلة؟! ورأى هذا وَجْهَ ضَرُورَةٍ ، ولكن يُقَسَمُ ما بخير وواد القرى ومن ناحية الفرع ، ويعدل في القسمة ، وما كان من ناحية الفرع مثل ذلك ، وما شابه وادي القرى وخير ثم يُقَوِّمُ ذلك ويقتسمونه ، وتضم النواحي بعضها الى بعض خير إلى واد القرى والفرع إلى ما كان من

(١) الترجمة بين معقوفين زيادة من نسخة ق ٣ .

ناحيته ولم يَرَهُ مثل القطع التي وصفتُ لك قبل ذلك .

قال محمد بن رشد : الحكمُ في قسم حَوَائِطِ النخل كالحكم في قسم الأرضين ما جاز من هذا قسمه بالسهمه جاز من هذا ، وما لم يجز من هذا لم يجز من هذا ، فإذا كانت الحوائط في موضع أو كانت قريبة بعضها من بعض مع إستوائها في القرب من الحاضرة التي تعمر منها أو تشابهها في ذلك قسمتُ قسماً واحداً بالسهمه ، وإن كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بِسِيرٍ تخرج ذلك عندي على اختلافهم في جواز قسم الأرض بالسهمه إذا كان بعضها أكرم وأطيب من بعض ، لأنها تتفق بالقرب كما تتفق بالكرم ، فتختلف لذلك قيمتها ، وَحَدُّ السِيرِ في ذلك الميل والميلان ونحو ذلك ، وكذلك يختلف أيضاً في جواز قسمتها بالسهمه إذا بَعُدَ بعضها من بعض وهي على حد واحد في القرب من الحاضرة ، لأن الأغراض تختلف في ذلك فتقسم قسماً واحداً على ما في كتاب القسمة من المدونة في الدارين أنها تقسم قسماً واحداً إذا استوت في النفاق وإن تباعدت في الموضع ، ويأتي على ما في رسم الأفضية من سماع أشهب من هذا الكتاب في قسمة الدور أنها لا تقسم قسماً واحداً الا على التراضي ، وأما إن كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بكثير فلا تقسم قسماً واحداً بالسهمه لأنها لكثرة تباينها في القيمة كالصنفين ، فقول مالك في هذه الرواية في الذي هلك وترك خمسين عرقاً بخبير وخمسين عرقاً بوادي القرى وخمسين في ناحية الفرع ويقسم ورثته على ثلاثة وعشرين سهماً لأن النواحي يضم بعضها الى بعض فتقسم قسماً واحداً ولا يقسم نخل كل ناحية على حدة لأنه ضرر من أجل أنه لا يصير لكل واحد منهم إن قسموا كل عرق على حدة إلا نخلة نخلة ، يريد إن دَعَا إلى ذلك بعضُ الأشرار لأن معنى قوله فقالوا اقسّموا كل أعرق على حدة أي فقال بعضهم ذلك إذ لو قال ذلك جميعهم واتفقوا عليه لجاز على التراضي ولم يكن فيه كلام ، فقول مالك في هذه المسألة يأتي مثل قول عيسى ابن دينار في رسم حَمَلٍ صبيبا على دابة من

سماع عيسى في الأرض الكريمة والدينية إن الكريمة تقسم على حدة والدينية على حدة إن كانت كل واحدة منهما تحتل أن تقسم على حدة .

ويأتي في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أنها لا تقسم إلا على حدة ، فإن لم تقسم على حدة بيعت على حدة وقسم الثمن بينهم إلا أن يتفقوا على قسمتها على التراضي بغير سهمه والثاني أنها تجمع في القسم وإن كانت تحتل أن تقسم كل واحدة منهما على حدة والثالث الفرق بين أن تحتل أن تقسم كل واحدة منهما على حدة أو لا تحتل وهو قول مالك في هذه الرواية وقول عيسى ابن دينار الذي ذكرته في مسألة الأرض الكريمة والدينية ، وقول مالك في آخر المسألة ولم يره مثل القطع التي وصفت لك قبل ذلك يريد والله أعلم ولم ير هذه الأعراق اليسيرة في كل ناحية التي لا تنقسم على سهام الورثة كالقطع الكثيرة التي تنقسم عليها .

ويتخرج في صفة قسمها بالسهم فيما يقسم منها بالسهم ثلاثة أقوال أحدها أنها تقسم قسماً واحداً من حيث تنتهي اليه سهامهم التي تنقسم منها وإن كان سهم أقلهم نصيباً ينتهي إلى عشرة أسهم أو أكثر ، ثم يقرع بينهم إما على طرف بعد طرف ، وإما على طرفين بعد طرفين فمن خرج سهمه على طرف ضم اليه بقية حقه منه وهو مذهب ابن القاسم في المدونة والثاني أنها تقسم على سهم أقلهم نصيباً فيسهم له على طرفين ، فيأخذ سهمه حيث خرج له ، ثم يقسم الباقي أيضاً على من بقي على سهم أقلهم نصيباً مما بقي اليه ، وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة ، وذلك يتبين بالتزليل ، مثال ذلك أن تموت امرأة وتترك زوجاً وأمّاً وابناً وابنة فللأم السدس ، وللابنة السدس وسدس السدس وللزوج السدس ونصف السدس وهو الربع ، وللإبن السدسان وثلث السدس وهي تنقسم من ستة وثلثين سهماً ، وترك أربعة حوائط تنقسم الحوائط الأربعة على مذهب ابن القاسم ستة وثلثين قسماً ثم يقرع بينهم إما على طرف بعد طرف وإما على الطرفين فمن خرج سهمه في

طرف ضم اليه بقية حظه فيه وتنقسم الحوائط على مذهب مالك أولاً أسداساً لأن سهم الأم أقل الأنصباء ، فتأخذ سدسها في طرف من الأطراف بالسهمه ، ثم تخلف الخمسة الأقسام الباقية فتقسم ثلاثين نصيباً ، تأخذ الإبنه منها سبعة أنصباء بالقرعة لأن حقها من الثلاثين الباقية بعد نصيب الأم سبعة ، ويأخذ الزوج منها تسعة أجزاء بالقرعة لأن حقه منها تسعة ويأخذ الإبن منها أربعة عشر جزءاً منها لأن حقه منها أربعة عشر جزءاً ، والقول الثالث ذهب إليه ابن حبيب وهو أن تقوم الحوائط كلها حائطاً حائطاً فيعرف حق كان وارث من جملة القيمة ، ثم يسهم بينهم ، فمن خرج سهمه على حائط منها وفي قيمته وفاءً من حقه أخذه ولم يكن له سواه ومن خرج سهمه على حائط منها وقيمه أكثر من حقه كان له منه بقدر حقه ، ومن خرج سهمه على حائط وقيمه أقل من حقه كان له جميعه وأكمل له بقية حقه في أقرب الحوائط اليه مثال ذلك أن يكون قيمة أحد الحوائط ستة ، والثاني تسعة ، والثالث سبعة ، والرابع أربعة عشر ، فإن خرج سهم الأم على الحائط الذي قيمته ستة ، وسهم الزوج على الحائط الذي قيمته تسعة ، وسهم الإبنه على الحائط الذي قيمته سبعة وسهم الإبن على الحائط الذي قيمته أربعة عشر انفصلوا وانفرد كل واحد منهم بالحائط الذي خرج اليه بالسهم ، وإن خرج سهم الزوج على الحائط الذي قيمته ستة أخذه وبقية حقه من أقرب الحوائط اليه ، فإن كان أقرب الحوائط اليه الحائط الذي قوم بستة كان له نصفه وإن كان أقرب الحوائط اليه الحائط الذي قوم بسبعة كان له منه ثلاثة وإن كان أقرب الحوائط اليه الحائط الذي قوم بأربعة عشر ، كان له منه سبعة ونصف سبعة ثم يضرب لمن بقي من الورثة بالسهم على ما بقي من الحوائط فإن خرج سهم الأم على الحائط الذي قيمته تسعة كان لها منه ثلثاه مع الزوج إن كان أخذ منه ثلثه أو مع من يخرج له السهم عليه بعد ذلك إن كان لم يأخذ الزوج منه شيئاً ، فإن خرج سهمها على الحائط الذي قيمته سبعة كان لها ستة أسباعه مع من يخرج له السهم عليه بعد ذلك إن

كان لم يأخذ الزوج منه شيئاً ، وإن كان الزوج قد أخذ منه ثلاثة أسباعه كان لها بقيته وبقية حقها من أقرب الحوائط اليه على ما تقدم إلى أن ينقضي الإستهام بينهم في ذلك ، وهو قول بعيد في النظر ، لأن الأمر قد يؤول بينهم على القول إلى ألا يفصل جميعهم عن الشركة أو إلى ألا يفصل عنها واحد منهم ، وقول مالك في تكرير القسمة مرة بعد أخرى تعب وعناء ، فقول ابن القاسم أصح في النظر وأولى والله الموفق .

مسألة

وسئل مالك عن جُعَلِ الذين يحبسون مع القاضي ويقتسمون الدور في جَعَائِلِهِمْ فكرهه ، وضرب لذلك وجهاً وقال قد كان خارجة ابن زيد ومجاهد يقسمان ولا يأخذان شيئاً يعني مع القضاء ، قال ابن القاسم : وذلك رأبي وأرى أن ينظر الوالي في ذلك إلى رجل ممن يحتاج الناس إليه في ذلك فيُجْرِي عليه عطاءً مع الناس كما يُجْرِيه على الغزاة ومن يحتاج إليه في أمر المسلمين ويحبسه عليهم مثل القاضي وشبهه .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما في المدونة من كراهية أرزاق قسام القاضي ، ووجه الكراهية في ذلك أن القاضي هو الحاكم بذلك على التَّيَمِّمِ باجتهاده فلعله لو كان مالكاً لأمره واحتاج إلى القسمة لَوَجَدَ من يستأجره على ذلك بأقل مما جعله القاضي عليه ، وكذلك إذا تحاكم عليه القوم واختصموا عنده في القسمة ففضي بها بينهم وأمر القاسم بذلك وجعل له الأجرة عليهم باجتهاده يكره له أخذ ذلك إذ لعلهم لا يرضون بذلك المقدار الذي جعله له عليهم ، وإن رضي بذلك المحكوم له لا يرضي به المحكوم عليه ، ولعلهم لا يرضون به قاسماً بينهم ، وكذلك قال مالك في رسم الأفضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الأفضية لمن سأله في هذا المعنى من القضاء : وليكن من

شأنك أن تدعو الورثة فتأمرهم يرتضون رجلاً ، فإذا ارتضوه وليته أمرهم يحسب بينهم ، فإنني قد رأيت بعض من عندنا يفعل ذلك ، فهذا كله بين في أن الأولى والأحسن لقسام القاضي أن يتزهوا ويتورعوا عن أخذ الجعل على ما يأمرهم به القاضي من القسمة كما كان يفعل خارجة بن زيد ومجاهد ، ومن هذا المعنى جعل الشرط على الناس فيما يبعثون فيه من أمرهم ، وقد مضى ذلك في رسم طلق من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان وأما إذا استأجر القوم قاسماً يقسم بينهم فلا كراهية في ذلك ، وكذلك قال في المدونة . وكذلك أيضاً لا يكره أخذ ما جعله له الإمام من بيت المال على ذلك لأن هذا وشبهه مما يحتاج إليه المسلمون ويعمهم نفعه فعلى الامام أن يرزقهم من بيت مالهم وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله باع غلاماً

وسئل عن رجل اشترى ثلاثة أخماس من حائط واشترى الآخر خمسين ثم إن أحدهما دعا صاحبه إلى القسم فأبى قال تعال أقاومك فيتقاومان نخلة نخلة فدخلت عليهما وضيعة ، قال مالك : الوضعية بينهما إنما لوباعها من رجل آخر يترد أن النقصان بينهما ويجمعان الثمن ثم يترادان بعد ذلك النقصان .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله من أن الوضعية بينهما أخماساً كما كان يكون الربح بينهما لو ربحا في ذلك . مثال ذلك أن يشتري أحدهما ثلاثة أخماس الحائط بثلاثين ويشتري الآخر خمسين بعشرين ، فيتقاومان الحائط صاحب الثلاثة الأخماس على صاحب الخمسين بأربعة دنانير لأن الواجب لصاحب الثلاثة الأخماس من جميع الثمن وهو أربعون ثلاثة أخماسه وهو أربعة وعشرون عنده من ذلك عشرون ، بقيت له على صاحبه

أربعة يرجع بها عليه كما لو باعا جميعاً الحائط من أجنبي بأربعين لوجب لصاحب الثلاثة الأحماس منها أربعة وعشرون ولصاحب الخمسين ستة عشر .

ومن كتاب المحرم يتخذ الخرقه لفرجه

وسئل مالك عن الرجل الغائب يأتي الى شريك له فيقول له تعالى أقاسمك فيقول قد قاسمتك وهذه ناحيتي التي أسكن فيها ، وهذه ناحيتك ، ويقول الآخر ما قاسمتك شيئاً ، على من ترى البينة ؟ قال : إن أولاهما بالبينة الذي يقول قد قاسمتك .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قال لقوله النبي عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر والذي يدعي القسمة مدع فعليه إقامة البينة إلا أن يحوز عليه في وجهه تلك الناحية مدة تكون فيها الحيابة عاملة فيكون القول قوله فيما ادعاه من القسمة مع يمينه وقد مضى الإختلاف في قدرها وتحصيل القول في ذلك بين الأجنبيين وغيرهم في رسم يسلف من سماع ابن القاسم من كتاب الإستحقاق .

مسألة

وسئل عن الرجل والمرأة يرثان الدار فيقع لأحدهما مواريث بعضها بعد بعض فِيرِيدَانِ القسمة أترى أن يجمع له حظه كله في قسم واحد أم يقسم على ما ورثا ؟ قال : بل يجمع حظه كله في قسم واحد كل ما ورث من ذلك المورث بعد المورث أو اشتراه في قسم واحد ولا يَجْمَعُ من يَقْسِمُ منهم لرجلين يقسم كل واحد منهما حقه ، قال ابن القاسم : يريد ألا يجمع لاثنين من الورثة سهمهما في

موضع واحد ويقسم لكل واحد منهما حقه على حدة .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إن القسمة لا تكون إلا على ما انتهى إليه حظه بالمواريث والأشربة ، وإن كان ذلك شيئاً بعد شيء ، إذ لا يصح أن يقسم له بعض حقه ويبقى شريكاً ببعضه الا مع اتفاقهما على ذلك ، وذلك بين إذا كانت الدراهم تنقسم على ما انتهى إليه حقه فيها وقد كانت تقسم على ماله فيها ولا يشبه أن يكون من حقه أن يقسم له حقه الأول منها إذا كان الزائد بميراث لأنه يقول قد وجب لي القسمة فليس الميراث الذي وجب لي بالذي يُسقط حقي في القسمة وألا يكون ذلك من حقه إذا كان بشراء أو هبة بعدها .

وأما قوله إنه لا يجمع حظ اثنين في القسم فهو قوله في المدونة ، ومعناه إذا لم يكونوا أهل سهم واحد مثل الزوجات والبنات والجندات والأخوات والإخوة للأم ، لأن أهل السهم الواحد يجمع حظهم في القسمة ، وأما غير أهل السهم الواحد لا يجمع حظهم في القسم يريد بالسهم لأنه غرر ، وأما في القسم على المراضاة بغير سهمه فذلك جائز وبالله التوفيق .

ومن كتاب يسلف في المتاع والحيوان المضمون

سئل مالك عن قوم ورثوا أرضين مفترقة فأراد بعضهم أن يجعل نصيبه في موضع وأبى الآخرون أن يفعلوا ذلك ، وقالوا نقطع نصيبك من كل أرض ، قال مالك : إن كانت الأرضون متقاربة وكانت كلها بنضح أو بعين كلها ، رأيت أن يجمع له نصيبه في موضع واحد ، وإن كانت متباعدة بعضها من بعض في مثل قرى مختلفة رأيت أن يُعطي نصيبه من كل أرض ، ومعنى قوله أن يجمع ما يسقى

بالعين ان كانت الأرضون متقاربة وأن يجمع ما يسقى بالنضح إن كانت الأرضون متقاربة ولا يجمع بين النضح والعين في القسم ، وإن لم تتقارب لم يجمع له نصيبه وإن كانت بنضح كلها .

قال محمد بن رشد : قد مضى في أول مسألة من السماع تحصيل القول في البعد من القرب المانع من الجمع في القسمة ، فلا معنى لإعادته ، ونص في هذه الرواية على أنه لا يجمع النضح مع السقي بالعين ولم ينص فيها هل يجمع ما يسقى بالعين مع البعل أم لا ؟ وظاهرها أنها لا تجمع مثل ما في الواضحة وسماع أشهب منصوص عليه ، خلافاً ما في الموطأ من أن البعل يقسم مع العين إذا كان يشبهها ، وأما النضح فلا يقسم مع البعل ولا مع العين قولاً واحداً على ما نص عليه في هذه الرواية ، وفي الموطأ وفي الواضحة ، واختلف إذا كانت كلها بعللاً أو تسقى بعين أو بنضح وبعضها أفضل من بعض على ما سيأتي القول فيه في رسم حمل صبيا من سماع عيسى وبالله التوفيق .

من سماع أشهب وابن نافع من مالك رواية سحنون

قال أشهب وابن نافع : سألنا مالكا عن الأرض فيها النخل بعضها أقرب من بعض من الماء ، وهي بين أشراك فأرادوا القسمة ، قال : يقسم بالقيمة فيفضل ما كان قرب الماء لأنه ربما بعد النخل من الماء وقل الماء فلم يشرب الماء من النخل إلا ما قرب ، تكون هذه التي هي أقرب الى الماء مائة نخلة ، والتي على أثرها ، خمسين ومائة ، والتي خلفها ثلاثمائة يقسم ذلك بالقيمة .

قال محمد بن رشد : هذا على الاختلاف في جمع الأرض في القسمة إذا كان بعضها أفضل من بعض وسيأتي ذلك في رسم حمل صبياً من

سماع عيسى بعد هذا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

ومن كتاب أوله مسائل بيوع

قال : وسألته عن الإخوة للأم يرثون الثلث فيقول أحدهم أقسموا لي حصتي على حدة ولا تضموني الى إخوتي ، قال : ليس ذلك له حتى يقسم له ولاخوته جميعاً الثلث ، ثم يقاسمهم بَعْدُ إن شاء ، وكذلك أزواج الميت يرثن الربع أو الثمن فتقول إحداهن أقسموا لي حصتي فتقع حصة هذه ها هنا وحصة هذه ها هنا فلا أرى ذلك لهن حتى يقسم لهن جميعاً ، فيقتسمن بعد أن يقسم لهن جميعاً إن شئن ، وكذلك العصبية الإخوة وغيرهم يقول بعضهم أقسموا لي حصتي فليس ذلك لهم حتى يقسم للإخوة للأم حصتهم وللأزواج حصتهن ثم يقسم العصبية ما صار لهم إن شاؤوا .

قال محمد بن رشد : أما أهل السهم الواحد وهم الزوجات والبنات والأخوات والجندات والإخوة للأم والموصى لهم بالثلث فلا اختلاف أحفظه أنه يجمع حظهم في القسمة بالسهمه شاؤوا أو أبوا ، لأنهم بمنزلة الواحد .

وأما العصبية فاختلف على ثلاثة أقوال أحدها أنهم كأهل السهم الواحد يقسم لهم بحقهم معاً ثم يقسمون بَعْدُ إن شاؤوا وهو قوله في هذه الرواية وإليه ذهب ابن حبيب في الواضحة ، والثاني أنهم ليسوا كأهل سهم واحد فلا يجمع حظهم في القسمة بالسهمه وإن رضوا ، وأراه قول المغيرة ، ويحتمل أن يكون ذهب إليه سحنون ، ولذلك طرح من كتاب القسمة من المدونة جملة المسألة التي وقع من قول ابن القاسم في آخرها متصلاً بقول مالك فيها ، وقد قال لي مالك ما أخبرتك أنه لا يجمع نصيب رجلين في القسم ، وهذا في أهل الميراث كلهم غيرها ولاء ، وهذا تفسير مني عن قول مالك ، والثالث أنه لا

يجمع حظهم في القسم بالسهمه إلا ولا يريدوا أن يقتسموا ، وإلى هذا ذهب ابن القاسم في المدونة لأنه فسر قول مالك فيها فيمن ترك زوجة وعصبة وترك أرضاً إن المرأة يضرب لها بحقها في أحد الطرفين ، فقال معناه عندي إذا كان العصبة واحداً أو عدداً لا يريدون القسمة ، وقد اختلف في تأويل قول مالك إن المرأة يضرب لها بحقها مع العصبة في أحد الطرفين ف قيل إنه يضرب لها في أحد الطرفين مع الورثة من كانوا ؟ ثم يقتسمون بعدُ إن أحبوا وهو ظاهر قول مالك في المدونة ورواية ابن الماجشون عن مالك ، وقيل إن ذلك مع العصبة بخاصة إذا لم يريدوا أن يقتسموا وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأفضية الثالث

قال وسئل عن المرأة يموت زوجها أيقسم ماله قبل أن يستبرأ رحمها ، فقال إن كانت حاملاً لم يقسم الميراث حتى تضع ، قيل له إنما مات زوجها ولم يعلم أنها حامل أيؤخر الميراث حتى يستبرأ رحمها بحيضه فقال ما سمعت بهذا ولكن إن كانت حاملاً أُخِرَ الميراث ولم يقسم حتى تضع ما في بطنها ثم سُئل بعد ذلك فقيل له أيضاً توفي وله امرأة قد أَبْطَأَتْ عنها حيضتها أيقسم ميراثه حتى تحيض ، فقال : لا يُقْتَسَمُ ميراثه ولا يعجل فيه حتى يتبين من حملها فقيل له حتى يستبرأ ، فقال ليس حتى يستبرأ ولكن لا يعجل في قسم ميراثه حتى ينظر في ذلك من أمرها .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في رسم العتق من هذا السماع من كتاب العتق أن الميراث لا يقسم حتى توضع الحمل ، فإن قال الورثة نحن نجعل الحمل ذكراً ونعزل له ميراثه لم يكن ذلك لهم ، قال أصبغ فإن فعلوا فسخت القسمة ووقف جميع المال فإن غُصِبَ سهمُ الورثة يريد في أيديهم بعد

أن أخذوه قبل أن تفسخ القسمة ويوقف المال وولد المولود أعطى نصيبه ومضى الضمان عليهم ، وإن تلف سهم المولود وسلم سهمهم أعطى سهمه مما بأيديهم وابتدئت القسمة فيه لا من الجميع ، هذا قول أصبغ إلا ما زدته فيه على سبيل البيان والتفسير ، ولو تلف الجميع سهم المولود الذي وقف له وسهامهم التي أخذوها بأيديهم لوجب أن يرجع عليهم بحظه مما تلف بأيديهم لأنهم تعدوا بأخذه لا بحظه من الجميع ، لأنهم فعلوا في توقيف حظه ما وجب إذ كان الواجب أن يوقف الجميع ، وكذلك إن كان له ولد فقالت امرأته عجلوا لي الثمن لأنه لي واجب وضعتُ ذكراً أو أنثى أو أنفست الحمل أو لم تضع شيئاً لم يكن ذلك لها ، قال مالك في المبسوطة : فإن جهلوا ذلك فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك أو هلك أو نقص لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها ، قال ابن القاسم مفسراً لِقَوْلِ مالِك : أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء ، وأما الحمل فإنه يرجع على من كان من الورثة مَلِيّاً فيقاسمهم ما في أيديهم ويتبع هو وهم المُعْدَمِينَ .

قيل له فما فرق بين ذلك وبين الورثة إذا إقتسموا ثم طراً ولد لم يرجع ذلك الولد على الأملياء دون المعدمين ، لكن يرجع على المليء والمعدم بقدر ما صار في يديه من مصابته ؟ فقال : فرق ما بينهما لأن الذين إقتسموا المال قبل أن يوضع الحمل صنعوا ما لا يجوز لهم ، وإن الذين إقتسموا المال وله ولد لم يعلموا به صنعوا ما كان يجوز لهم ، فهذا فرق بينهما ، وأراه قولَ مالك ، قال ابن القاسم فإن أعتق أحدُ الورثة رأساً من رقيق الميت قبل أن يوضع الحمل قَوْمَ عليه فعتق عليه كله ، ومعنى ذلك عندي إذا كان يرث مع الحمل ولم يكن الحمل يَحْجُبُهُ واللَّهِ أعلم .

واختلف إذا أوصى بوصايا وله حمل ، فقيل إنها لا تنفذ الوصايا وينظر الحمل ، وهو قول مالك في رسم البز من سماع ابن

القاسم من كتاب الوصايا ، وقولُهُ أيضاً في رواية ابن أبي أُويس عنه ، وقولُ محمد بن مسلمة ، قال لِأَنَّ ما يهلك يهلك من رأس المال وما زاد زاد من رأس المال ، فيكون الموصى له قد استوفى وصيته على غير ما ورث الورثة ، وروى ابن نافع عن مالك في المبسوط أن الوصايا تُنفَّذُ ويؤخر الورثةُ القسمةَ حتى تضع المرأة ، وهو قول أشهب في بعض روايات العتبية من رسم البز من الكتاب المذكور .

وأما الدِّين فإنه يُؤدِّي من تركته ولا ينتظر به وضع الحمل ، هذا ما لا أعرف فيه خلافاً إلا ما ذكر فيه عن بعض الشيوخ من الغلط الذي لا يعد في الخلاف ، قال الباجي شهدت ابن أَيْمَن يحكي في ميت مات وترك إمرأته حاملاً أنه لا يقسم ميراثه ولا يؤدي منه دَيْنه حتى يوضع الحمل فانكرت ذلك ، فقال : هذا مذهبنا ولم يأت ابن أَيْمَن بِحُجَّة ، والصحيح أن يؤدي دينه ولا ينتظر الحمل ، ولا يدخل في هذا اختلاف قول مالك في تنفيذ الوصية قبل وضع الحمل للورثة الرجوع على الوصي لهم بثلثي ما قبضوا ولعلمهم سواء كانوا معينين أو غير معينين فلا يجدون على من يرجعون ، وأما تأخير أداء الدِّين حتى يوضع الحمل فلا علة توجهه بل يجب ترك التوقيف وتعجيل أداء الدين مخافة أن يهلك المال فيبطل حق صاحب الدين من غير وجه منفعة كان في ذلك للورثة وإذا وجب أن يقضي دينُ الغائب مما يُوجد له من المال مع بقاء ذمته إن تلف المال الموجود له كان أحرى أن يؤدي الدين عن الميت من تركته لوجهين أحدهما أن الميت قد انقطعت ذمته ، والثاني أن الحمل لا يجب له في التركة حق حتى يولد حياً ويستهل صارخاً ، ولو مات قبل ذلك لم يورث عنه نصيبه ، والغائب حقه واجب في المال الموجود ، ولو مات ورثه عنه ورثته ،

فإذا لم ينتظر الغائب مع وجوب المال الذي يؤدي منه الدين الآن له كان أحرى ألا ينتظر الحمل إذ لم يجب له بعد في التركة حق ، ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها إن من أثبت حقاً على صغير قضى له به عليه ولم يُجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك ، فإذا قضى على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل بتأدية دين الميت ، وهذا كله بين لا اِرتِيَاب فيه ولا إشكال ، فقف على هذه الثلاث المسائل : الدِّين يؤدي باتفاق ولا ينتظر وضع الحمل والتركة لا يقتسمها الورثة باتفاق حتى يوضع الحمل ، والوصايا تختلف هل يعجل إنفاذها قبل وضع الحمل أو لا يعجل حتى يوضع الحمل ؟ فإذا توفي الرجل وله امرأة وجب ألا يعجل فيه الميراث حتى تسأل المرأة هل بها حمل أم لا ؟ فإن قالت أنا حامل وقفت التركة حتى تضع أو يظهر أنه ليس بها حمل ، بانقضاء أمدِ عِدَّة الوفاء وليس بها حمل ظاهر ، وان قالت لستُ بحامل قبل قولها واقتسمت التركة ، وان قالت لا أدري آخر قسم الميراث حتى يتبين أنه ليس بها حمل بأن تحيض حيضة أو يمضي أمد العدة وليس بها ربية من حمل ، وهذا معنى قوله في هذه الرواية لا يعجل بقسم الميراث حتى يتبين من حملها ، وكره أن يقول حتى تُسْتَبْرَأَ إذ هي مأمونة على نفسها في ذلك مصدقة في قولها بما دل من كتاب الله عز وجل على إيثمانها بقوله : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أرْحَامِهِنَّ ﴾ (٢) وباللَّهِ التوفيق .

(٢) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة .

ومن كتاب البيوع الأول

قال وسألت مالكا عن الرجلين يكون بينهما شيء من الثمار النخل أو العنب أو التين فيريدان إقتسام ذلك في رؤوس الشجر بالخرص فقال لا بأس باقتسام ذلك كله في رؤوس الشجر من النخل والعنب أو التين أو الثمار كلها إذا وُجدَ من يعرف ذلك ويحسنه ، وإنما يجوز ذلك إذا طابت الثمرة وحل بيعها ، فأما قبل أن يحل بيعها فلا يصلح ذلك وإنما يقسم ذلك إذا طاب وحل بيعه بالخرص وهو يعمل به ها هنا عندنا في ثمر النخل .

فقلت له وما يدعوهم إلى إقتسامه بالخرص ؟ فقال : إنما يدعوهم إلى ذلك أن يكون أحدهم يريد أن يأكله رطباً أو يبيعه والآخر يريد أن يأكله أو يبيعه تمراً ، فإذا اختلفا هكذا فكان هذا يريد به أن يقسم في شجره إذا طاب وحل بيعه ، لا يحل إقتسام شيء منه إلا بعد أن يطيب ويحل بيعه ، فأما قبل أن يطيب فلا يصلح ذلك .

قلت له بعد ذلك : إنك قد قلت لي في الثمار من النخل والأعناب والأتيان والثمار كلها تكون بين الشريكين إنه لا بأس أن يقتسما ذلك في رؤوس النخل أو الأشجار بالخرص إذا كان ذلك الثمر قد طاب وحل بيعه ، وأنه رحمك الله قد يكون في ذلك الثمر أصناف غير واحدة فيكون في النخل العجوة والصيحاني والبرني وغير ذلك من الأصناف ويكون في الأعناب الأبيض والأسود والأحمر ، ويكون مع ذلك في غيرها من الثمار فيكون في الشيء منها أصناف غير واحدة فكيف ترى أن يقسم ذلك ؟ أيقسم كل صنف منها على حدته حتى يصير لكل واحد منها من عدد الكيل عدداً واحداً ولا

يقتسمان فيأخذ هذا نخلة برني خرصها عشرة أصُوع بنخلة يعطيها الآخر من الصيحاني أو من العجوة وخرصها خمسة عشر صاعاً ، قال وكذلك لو كانت النخلة عجوة أو صيحانياً أو برنياً وبعض ذلك أفضل من بعض أسلم طعاماً وأكثرُ قدرأً وأقل حَشَفاً فإنه يقسم كل واحد منهما على حدته حتى يصير لكل واحد منهما من عدد الكيل عَدَدٌ واحد ، ولا يقتسمان فيأخذ هذا نخلة طيبة الطعام خرصها عشرة أصُوع بنخلة يعطيها الآخر خرصها خمسة عشر صاعاً .

فقلتُ له إني أمتع الله بك لم أرد هذا الذي أردت إذا كانت النخل فيها غير صنف واحد العجوة والصيحاني والبرني فأراد اقتسام ذلك مجتمعاً ليس كل صنف منها على حدته يعطي هذا نخلة صيحاني بنخلة يأخذها من برني وعجوة وخرصها واحد جميعاً أترى بذلك بأساً ؟ أم لا يقسم ذلك على كل حال من الحال إلا كل صنف من ذلك على حدته الصيحاني على حدته والعجوة على حدته والبرني على حدته .

فقال إذا كان أحدهما لا يأخذ أبداً من مكيلة الثمرة في الخرص أقل ولا أكثر مما يأخذ صاحبه فلا بأس بأن يقسم ذلك كله بالخرص مجتمعاً ليس كل صنف على حدته إذا لم يتفضل أحدهما على صاحبه في مكيلة الخرص ، وكان ما يصير إلى كل واحد منهما في الخرص من عدد المكيلة إلى عدد واحد فلا يُبالي كيف أقتسم ذلك كل صنف على حدته أو اقتسم جميعاً لا بأس بذلك كله إذا لم يتفضل أحدهما على صاحبه ، قيل رأيت الزرع أيقسم كذلك ؟ فقال لا أرى ذلك يجوز في الزرع ولا أراه يجوز إلا في الثمار .

قال محمد بن رشد : ساوى في هذه الرواية بين ثمار النخل وسائر

الثمار كلها من العنب والتين وغير ذلك مما يجوز فيه التفاضل ومما لا يجوز في جواز قسمة ذلك بالخرص إذا اختلفت الحاجة في ذلك ، خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك في أن القسمة في ذلك لا تجوز على الخرص مع اختلاف الحاجة إلا في العنب والنخل والذي مضى فيه الخرص لوجوب الزكاة فيه ، وإلى هذه الرواية أشار في المدونة بقوله : وذلك أنه ذكر بعض أصحابنا أن مالكا أرخص في قسم الفواكه بالخرص ، وهذه الرواية أظهر وأصح في المعنى من رواية ابن القاسم عن مالك ، لأنه إذا جاز التَّحْرِي والخرص فيما لا يجوز فيه التفاضل لضرورتهم إلى ذلك من أجل اختلاف حوائجهم فأحرى أن يجوز ذلك فيما يجوز فيه التفاضل لا تدخله المزابنة ، وقوله أيضاً إنما يجوز ذلك إذا طبقت الثمرة خلاف لما في المدونة ، لأنه أجاز فيها قسمة البلح الكبير على الخرص ، وفي رؤوس الثمار إذا اختلفت حوائجهما فيه خلاف قول سحنون في ذلك ، فاشتراط مالك في هذه الرواية طيب الثمرة مثل مذهب سحنون في البلح الكبير لأن العلة عنده في أن قسمته بالخرص لا تجوز هو أنه إن ترك أحدهما نصيبه أو شيئاً منه حتى يطيب انفسخت القسمة بينهما ، فإذا كان هذا يأكل وهذا يبيع وكل بجَدَادٍ لا يَجُوزُ لكل واحد منهما أن أن يترك شيئاً منه حتى يطيب فلم تختلف حوائجهما لأنهما إذا كان لا بد لهما من الجد قبل الطياب فليقتسماه إذا جدَّاه بالكيل ، وقول ابن القاسم في هذا أظهر لأنهما لا يجدان معاً وإرادة كل واحد منهما أن يجد بقدر حاجته ، أحدهما قليلاً والآخر كثيراً اختلاف حاجة يجوز لهما به قسمته على الخرص ، وأما الزرع فلا يجوز قسمته على الخرص بإتفاق لإتفاق حوائجها فيه ، إذ لا يؤكل فريكاً فلا تجوز قسمته إلا بالكيل بعد أن يحصد ويدرس إلا أن يكون ذلك قبل أن يبدو صلاحه على أن يحصد كل واحد منهما حصته مكانه فيجوز على الإختلاف في قسمة البقل القائم بالخرص والثمر الذي يجوز فيه التفاضل وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأفضية

وَسَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلَيْنِ يَشْتَرِيَانِ الرَّقِيقَ ثُمَّ يَدْعُو أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ إِلَى قِسْمِ الرَّقِيقِ أَيْ كَوْنَ ذَلِكَ عَلَى شَرِيكِهِ إِذَا كَانَتْ تِلْكَ الرَّقِيقُ تَنْقَسِمُ؟ قَالَ: نَعَمْ، أَرَى ذَلِكَ لَهُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَتْ الرَّقِيقُ تَنْقَسِمُ، فَقُلْتُ لَهُ يَقُولُ إِذَا دَعَا أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ إِلَى الْمَقَاسِمَةِ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يِقَاسِمَهُ إِيَّاهَا إِنْ كَانَتْ تَنْقَسِمُ وَإِلَّا بَاعُوهَا، فَقَالَ نَعَمْ إِذَا كَانَتْ تَنْقَسِمُ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يِقَاسِمَهُ إِيَّاهَا وَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمِ تَقَاوَمُوهَا أَوْ بَاعُوهَا فِي السُّوقِ، فَقُلْتُ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ: أَرَأَيْتَ الْقَوْمَ يَشْتَرِكُونَ فِي شَيْءٍ مِنَ الدُّورِ ثُمَّ يَدْعُو بَعْضُهُمْ إِلَى الْقِسْمِ أَيْ جَمْعِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ مِنَ الدُّورِ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ إِذَا كَانَ مُتَقَارِبًا أَمْ يِقَسِمُ بَيْنَهُمْ كُلِّ دَارٍ عَلَى حِدَّتِهَا؟ فَقَالَ: بَلْ يِقَسِمُ لِكُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ مِنَ الدُّورِ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ إِذَا كَانَ مُتَقَارِبًا، قُلْتُ لَهُ مَا تَقَارِبُ ذَلِكَ؟ قَالَ: فِي مَكَانٍ مِنَ الْمَدِينَةِ بِنَاحِيَةٍ وَاحِدَةٍ وَكَانَ لِعَرَضٍ وَاحِدٍ مِنَ الْأَعْرَاضِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ كُلَّهُ يِقَسِمُ جَمِيعًا فَيَجْمَعُ لِكُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ حَقَّهُ فِي مَوْضِعٍ وَلَا يُعْطَى حَقَّهُ مِنْ كُلِّ دَارٍ فِيهَا، وَأَمَّا مَا تَبَاعَدَ مِنْهَا بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ فَلَا يِقَسِمُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَّا عَلَى حِدَّتِهِ.

قال محمد بن رشد : قوله في الشريكين يكون بينهما الرقيق فيدعو أحدهما إلى القسمة إنها تنقسم بينهم إن كانت تنقسم يريد إن كانت تعدل في القسم بالقيمة حتى يصير لكل واحد منهما في حظه عبد كامل أو عبدان كاملان أو عبيد كاملة ، فإن لم تنقسم بينهما إلا بجزء من عبد تقاوموها أو باعوها فاقسما الثمن ، يريد تقاوموها ان أحبوا ذلك أو باعوا ، لأن المقاومة لا يُجبر من أبي منهما ، فكان الصواب في الكلام أن يقول إنها إن لم تنقسم باعوها في السوق إلا أن يريدوا أن يتقاوموها فيجوز ذلك بينهم ، ويأتي في هذه المسألة

على ما ذكرناه من قول ابن حبيب في أول مسألة من سماع ابن القاسم أنها إن لم تقسم بالقيمة على قدر حظوظهم منها قَوْمَ كل عبد منها على حدة ثم يضرب عليها بالسهام ، فإن خرج سهم أحدهم على عبد منها وقيمتُه أكثرُ من حظه كان له منه قدرُ حظه وكان بَقِيَّتُهُ وسائرُ العبيد لشريكه ، وإن خرج سهمه عليه وقيمته أقل من حظه كان له وضرب له بالسهم الثانية فإن خرج سهمه على عبد قيمته أكثر من بقية حظه كان له منه بقدر ما بقي له من حظه ، وإن خرج سهمه على عبد قيمته أقل من قيمة حظه أخذه وضرب له بالسهم الثالث على ما بقي من العبيد حتى يستكمل بقية حظه كاملاً ، وبالله التوفيق .

مسألة

قلت له أرأيت الدارين تكون إحداهما في موضع حي عامرٍ يُرْعَبُ والأخرى في موضع غير عامر ، وكلاهما بقرية واحدة ؟ قال : أما الشيء البعيد مثل منزلي هذا ومنزل آخر بالتشبيه ، فإنه يقسم كل واحد منهما على حدته ولا يقتسمان جميعاً حتى يجمع لأحدهما حقه إذا كانت متباعدة هكذا ، وإنما هذا في الدور إذا تباعدت هكذا قسم لكل واحد منهم في ذلك كله ، ولم تجمع له في موضع واحد ، وليس الحوائط في هذا مثل الدور والحوائط إذا كانت هكذا بالمدينة وما قاربها وإن تباعدت بعضها من بعض فإنها تقسم فيقطع لكل واحد منهم نصيبه من الحوائط كلها في موضع واحد إلا أن يكون بعضها ليس يعارض صاحبها سائر المدينة لا تقتسم حوائطها مع حوائط خير تقسم هذه على حدتها وهذه على حدتها ، وليس يقسم العين مع النضح ، ولا البعل مع السقي وإن تقاربت الحوائط ، وإنما يقسم كل شيء من هذه بينهم إذا كانت على هذه الصفة على حدته إلا أن يتراضوا أن يجمعوا ذلك كله في القسم فيكون ذلك لهم .

قلت له أرأيت إن كان الحائطان جميعاً متقاربين في الموضوع وكلاهما من سقيه على شيء واحد من عين أو نضح أو بعل إلا أن أحد الحائطين عجوة والآخر صيحاني إنما يختلفان في ثمارهما فأرادا اقتسامهما أيقسم لكل واحد منهما حقه من كل حائط أو يجمع له من الحائطين جميعاً في حائط واحد؟ فقال لي بل يقسم له كله من الحائطين فيجمع له في حائط واحد ولا يقسم له في كل حائط بحقه فيقطع له ذلك في الحائطين جميعاً ، وإن كان أحدهما صيحانياً والآخر عجوة فإن ذلك يجمع لكل واحد منهما في موضع واحد لا يقسم له في كل حائط بحقه ، قال لي : وكذلك ما ورث من الأموال والدور وهو مثل ما يشتري منها ، فالمرأة يقطع لها الربع من الدور في موضع واحد إذا كانت الدور متقاربة ، وإنما تقسم هذه الأشياء إذا كانت هكذا بالقيمة .

قال محمد بن رشد : راعي في قسمة الدور في هذه الرواية اختلاف مواضعها ولم يراع اختلاف نفاقها ، فلم يُجزَّ أن يجمع في القسمة إذا اختلف مواضعها بالبعد وإن اتفقت بالنفاق عكس ما في المدونة من أنها تقسم قسماً واحداً إذا اتفقت مواضعها في النفاق وإن اختلفت بالبعد ولا تقسم قسماً واحداً إذا اختلفت مواضعها في النفاق وإن اتفقت في القرب ، وفي المسألة قول ثالث يقوم من المدونة أنها لا تقسم قسماً واحداً إلا أن يتفقا في النفاق والقرب ، فإن تباعد ما بينهما في المواضع واختلف موضعهما في النفاق وإن كان قريباً لم يجمع في القسم ، وقسم كل واحد منهما على حدته .

وتفرقت بين الحوائط والدور في مراعاة البعد ليس بيّن في القياس والنظر ، الصواب أن يدخل في الحوائط الاختلاف من الدور حسبما ذكرناه في أول مسألة من سماع ابن القاسم وفي قوله بعد ذلك إن الحائطين إذا كانا جميعاً متقاربين في المواضع يجمعان في القسم دليل على أنه لا يجمعان فيه إذا لم

يكونا متقاربين ، فعلى هذا ساوى بين الدارين والحائطين وهو القياس على ما ذكرناه .

وقوله إن البعل لا يقسم مع السقي وهو خلاف قول مالك في الموطأ مثل ما حكى ابن حبيب في الواضحة وقد مضى هذا في آخر رسم من سماع ابن القاسم ، وقوله إن الحائطين يجمعان في القسم وإن كان ثمر أحدهما عجوة والآخر صيحاناً صحيح لا اختلاف فيه لأن العجوة والصيحاني صنف واحد ، ولو كان أحد الحائطين نخلاً والثاني تيناً أو عنباً لما جمعا في القسمة بالسهمه لأنَّهُما صنفان وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عمن توفي وترك ثلاثة ولد ذكوراً وترك ثلاثة أعبدٍ واقتسم الورثة فأخذ كل واحد منهم عبداً فنوفي أحدُ الأعبد عند احدهم واعترف الآخر في يد الثاني ، وبقي الآخر في يد الثالث ، فقال الذي مات العبد في يديه هو منه ، وليس للذي اعترف العبد في يديه عليه شيء ، لأنه قد فات عنده ، ويرجع الذي اعترف العبد في يديه على أخيه الذي في يديه العبد الثاني فيكون له ثلثه وللذي في يديه العبد الثلثان ، ولا يكون لأخيهما الذي توفي العبد في يديه فيه شيء لأنه مات عنده ، ولا يكون للذي انتزع منه العبد من الباقي إلا الثلث ، وإن كان هذا العبد الباقي مات أيضاً عند صاحبه ما كان عليه شيء ولا يكون للذي اعترف العبد في يديه عليه شيء .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضت في سماع سحنون من كتاب الاستحقاق والكلام عليها مستوفى فلا وجه لاعادته وبالله التوفيق .

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم من كتاب المكاتب

قال عيسى ابن دينار : سئل ابن القاسم عن رجلين اشتريا عشرة أرؤس فاقتسماها فأخذ كل واحد منهما خمسة ، فكان حظ أحدهما خيراً من حظ صاحبه بدينار ونصف ، فغرم لصاحبه ديناراً ونصفاً فوجد الذي أخذ الدينار ونصفاً في حظه رأساً به عيبٌ وقد فاتت رقيق صاحبه أو لم تفت ، قال ابن القاسم : إن لم تفت رقيق صاحبه نظر إلى قيمة رقيق هذا الذي وجد العيب بالعبد والعبد المعيب فيها يُقَامُ صحيحاً فينظر ما اسم هذا العبد المعيب من جميع قيمتها ، فإن كان السدس كان هذا العبد بينهما بنصفين ، ورد من الدينار ونصف على صاحبه نصف سدسها ، وكان شريكاً في رقيق صاحبه بنصف سدسها ، وإن كانت قد فاتت رجع عليه بنصف سدس قيمتها وحصه في نصف سدس قيمتها بنصف سدس الدينار ونصف ، وكان العبد المعيب بينهما ، لأن الدينار والنصف قد أصاب كل رأس منها بقدر قيمته فلما أن صار هذا العبد المعيب سدس قيمة الخمسة أرؤس كان الذي أصابه من الدينار نصف سدسه فكان للذي وجد العيب نصف السدس .

قال ابن القاسم : ولو كان العبد الذي وجد به العيب هو وجه الخمسة أروس التي أخر فيها رجاء الفضل ولم يفت رقيق صاحبه انتقضت القسمة كلها ، واقتسما ثانية ، ولو كانت قد فاتت رقيق صاحبه بنمائه أو نقصان أو اختلاف أسواق كان عليه قيمتها ثم اقتسما الرقيق والقيمة .

قال محمد بن رشد : قوله فكان حظ أحدهما خيراً من حظ صاحبه بدينار ونصف فغرم لصاحبه ديناراً ونصفاً كلامٌ وقع على غير تحصيل لا يصح ، لأنه إنما يجب أن يغرم له ديناراً ونصفاً من ماله إذا كان حظ صاحبه خيراً من صاحبه بثلاثة دینار ، وكذلك قوله إذا كان العبد المعيب سدس قيمة الأعبء التي صار في نصيبه أنه يكون بينهما نصفين ويكون شريكاً في رقيق صاحبه نصف سدسها ويرد من الدينار ونصف نصف سدسها غلط وكلام وقع على غير تحصيل ، لأن الواجب إنما هو أن يرد إليه جميع سدس الدينار ونصف أو يحاصه بذلك في سدس قيمة رقيقه إن كانت قد فاتت وبذلك تستقيم المسألة فيكون قد رد إليه قدر ما رجع به عليه فتدبر ذلك تجده صحيحاً ، ويتبين ذلك بالتنزيل مثال ذلك أن تكون الأروس التي بينهما خمس عشرة شاة فيقتسمانها بينهما يأخذ أحدهما ست شياه قيمتها ستة دنانير ويأخذ الآخر تسع شياه قيمتها تسعة دنانير ، ويعطي صاحبه ديناراً ونصفاً نصف ما زاد ما أخذ على ما أخذ شريكه فيعتدلان بذلك فإن وجد الذي أخذ الدينار ونصفاً عيباً بشاة من الست شياه التي أخذ وقيمتها دينار والتسع قائمة بيد شريكه لم تفت رد على شريكه الشاة المعيبة فكانت بينهما بنصفين ، ورد عليه سدس الدينار ونصف الذي قبض منه ، وكان شريكاً معه في التسع شياه بنصف سدسها فكان إذا فعل ذلك قد قبض كل واحد منهما من صاحبه ما ينوب ما دفع إليه مما بيده ، لأن الذي وجد العيب بالشاة أعطى صاحبه أربعة أسداس مثقال ونصف سدس مثقال نصف الشاة بثلاثة أسداس وسدس الدينار ونصف سدس ، وأخذ من صاحبه نصف سدس التسع شياه وقيمة ذلك أربعة أسداس ونصف سدس كما دفع ، لأن قيمتها تسعة مثاقيل فنصف سدسها أربعة أسداس ونصف سدس .

ولو كانت التسع شياه قد فاتت بيد الذي قبضها لوجب إذا رد عليه الشاة المعيبة فكانت بينهما أن يرجع عليه بنصف قيمة التسع شياه ، وذلك أربعة أسداس ونصف سدس بعد أن يدفع إليه سدس الدينار ونصف ، أو يقاصه به فيأخذ منه نصف دينار ، وهذا كله بين والحمد لله .

وقوله إنه يكون شريكاً في رقيق صاحبه بنصف سدسها إن كان العبد المعيب سدس حظه ، وإن كان وجهه انتقضت القسمة هو أحد قوله في المدونة ، وقوله الثاني فيها إنه في اليسير يرجع بما نابه من حظ صاحبه دنانير وإن كان قائماً ، وفي الكثير يكون شريكاً بما نابه ولا تنتقض القسمة ففرق في كلي القولين بين الوجهين وقال في كل وجه منها قولين ، فلا اختلاف في أنه لا تنتقض القسمة في اليسير ، ولا في أنه لا يرجع في قدره من الدنانير في الكثير ، وهذا الاختلاف كله في القيام ، ولا اختلاف في أنه يرجع بما ناب المعيب أو المستحق من الدنانير في الفوات وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ حَمَلِ صَبِيًّا عَلَى دَابَّةٍ

قال عيسى : سألت ابن القاسم عن الحائط والدار والأرض تكون بين الورثة كيف يقتسمون ذلك ؟ قال ابن القاسم : يقسم على أدناهم سهماً ثم يضرب في الطرفين فأبهم وقع سهمه في أحد الطرفين ضم له نصيبه إلى حيث وقع سهمه ، ثم يضرب لمن بقي فيما بقي كذلك في أحد الطرفين بعد الذي عزل ، فإذا وقع سهم أحدهم في شق ضم إليه نصيبه إلى حيث وقع سهمه حتى يكمل كذلك حتى يكون نصيب كل واحد به مجتمعاً ، ولا يقع حقه مُبَدَّأً وكذا وجه ما فسّر لي مالك ووصف لي قال ابن القاسم وتفسير يقسم على أدناهم سهماً إن كان أدناهم صاحب السدس قسمت الأرض على ستة أجزاء بالقيمة ، فإن كان بعض الأرض أفضل من بعض فضلت بالقيمة على قدر تفاضلهما ، فقد يكون الفدان الواحد ثمن فداين يُحمل كل سهم بالقيمة على قدر تفاضله حتى يستوي في القيمة فتكون قيمة كل سهم واحد وإن كثرت الأرض في بعض تلك

السهم لِرَدَائِهَا وفي بعضها^(٣) لارتفاعها في القيمة وكرمها ، فإذا استوت في القيمة كتب أهل كُلِّ سَهْمٍ اسمَ سهمهم ثم أسهم في الطرفين جميعاً ، فمن خرج سهمه في طرف ضم إليه ما بقي من حقه إلى حيث خرج سهمه ثم يضرب أيضاً في الطرفين فيصنعوا في ذلك كما صنعوا أولاً أبداً حتى يأتوا على آخرها ، قال عيسى : إذا كانت الكريمة تحمل القسمة ، والدنية تحمل القسمة الكريمة على حدتها والدنية على حدتها .

قال محمد بن رشد : قوله في أن الحائط والدار والأرض تقسم على أدناهم معناه إذا كانت فريضتهم تقسم على أدناهم سهماً مثل أن تهلك امرأة عن زوج وأم وأخت لأم ، فإنها تقسم أسداساً ثم يضرب بسهامهم على الطرفين فإن خرج سهم الزوج في أحد الطرفين وسهم الأم في الطرف الآخر أخذ الزوج النصف في الطرف الذي خرج سهمه فيه ، وأخذت الأم الثلث في الطرف الذي خرج سهمها فيه ، وكان للأخت السدس الباقي من الوسط حيث بقي وإن خرج سهم الأخت في أحد الطرفين وسهم الزوج أو الأم في الطرف الآخر أخذت الأخت السدس في الطرف الذي خرج سهمها فيه وكان للزوج النصف الباقي في الوسط ، وإن كان الزوج هو الذي خرج سهمه في الطرف الآخر أخذت فيه ، وكان للأم الثلث الباقي في الوسط ، وكذلك ما أشبهه على هذا القياس .

وقد قيل إنه إنما يضرب سهامهم على الطرف الواحد أبداً وهو الذي في المدونة ثابت في كل رواية ، وأما إن كانت فريضتهم لا تنقسم على أدناهم سهماً فلا بد أن تنقسم على مذهب ابن القاسم على ما تنتهي إليه سهام

(٣) بياض بالأصل ، وعدم ظهور الكلمة في ق ٣ . ولعل الكلمة الساقطة هي : « قُلْتُ » .

فريضتهم التي تنقسم منها وإن كان سهم أقلهم نصيباً ينتهي إلى عشرة أسهم أو أقل أو أكثر مثل أن تهلك امرأة عن زوج وأم وابن وابنة، فإنها تنقسم على ستة وثلاثين سهماً لأن فريضتهم لا تنقسم من أقل منها، يكون للزوج تسعة، وللأم ستة، وللابن أربعة عشر، وللبنات سبعة، ثم يضرب بسهامهم على الطرفين فمن خرج سهمه منهم في طرف ضم إليه فيه بقية حقه إن كان الزوج أخذ فيه تسعة أسهم وهو الربع وإن شئت قلت السدس ونصف السدس، وإن كانت الأم أخذت فيه ستة أسهم وهو السدس، وإن كان الابن أخذ فيه أربعة عشر سهماً وهو السدسان وثلث السدس، وإن كانت الأخت أخذت فيه سبعة أسهم وهو السدس وسدس السدس، ويأخذ في الطرف الآخر من خرج سهمه فيه على هذا الترتيب، ثم يسهم بين الباقيين منهما على ما بقي من السهام، فمن خرج سهمه منهما في طرف ضم إليه بقية حقه فيه، وكان للباقي ما بقي وقد قيل إنه لا يسهم إلا على طرف بعد طرف، فإن تشاحوا على أي الطرفين يسهم عليه أولاً أسهم على ذلك، وهو قوله في المدونة على ما ذكرناه، هذا مذهبه في القسمة في المدونة وغيرها، وقد ذكرنا مذهب مالك في ذلك في المدونة في تكلمنا على أول مسألة من سماع ابن القاسم فلا معنى لاعادته.

وقوله: فإن كان بعض الأرض أفضل من بعض فضلت بالقيمة فقد يكون الفدان الواحد تعدد للفدانين، هو مثل ما في كتاب الوصايا الثاني من المدونة خلاف ما في كتاب القسمة منها من أن الأرض لا تقسم قسماً واحداً إلا إذا كانت معتدلة في الطيب والكرم، وقول عيسى في المسألة قول ثالث وقد مضى بيان هذا في أول مسألة من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب البراءة

قال وسألت ابن القاسم عن الإخوة يرثون منزلاً عن أبيهم يقتسمونه فيغيب بعضهم ويُقيم بعضهم فيقدم الغائب بعد سنين

فتشبه عليهم حالهم ويقول الذين عملوا لا نعرف سهامكم هل يعيدون القسمة جميعاً؟ قال أما الذين عمروا فيحلفون بالله إذا لم يصدقهم أشراكهم أن الذين عمروا سهامهم ولا شيء عليهم ويعيدون هؤلاء الذين اشتبهت عليهم السهام القسمة فيما اشتبه عليهم .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنهم قد تقارروا على القسمة فوجب أن يكون من بيده منهم أرض في اعتماره أن يكون القول قوله مع يمينه أنها هي التي صارت له بالقسمة وبالله التوفيق .

مسألة

قلت فلو كان حظ رجل منهم من تلك الأرض بيد أخيه عشرين سنة أو نحوها فمات صاحب السهم وطلب ذلك بنوه من بعده من عمهم ، أو لم يمت فطلب ذلك هو والمنزل معروف لوالدهم أنه مات عنه ، قال : إن ادعى شراءً أو صدقة فذلك له أقام البينة أو لم يُقم ، لأن في عشرين سنة ما (بيد) الشهود وإن كان لا يدعي شراءً ولا صدقة وإنما يقول هو في يدي فإن ذلك لا ينتفع به ، قال ولو مات الذي كان الحائط في يديه فقال الورثة لا ندري بأي شيء كان في يد صاحبنا فليس عليهم شيء إلا أن يأتي الذين يدعونه بأمر يُبينُ حقوقهم .

قال محمد بن رشد : مساوئته في هذه المسألة بين الشراء والصدقة خلاف قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق في تفرقة بينهما في الأجنيين إذ لا فرق بين المسألتين على القول بأنه لا حياة بين الأجنيين في العشرة الأعوام إذا لم يكن هدم ولا بُنيان كالقراية لأنه جعل في هذه الرواية القول قول الحائز فيما يبدأ الشهود فيه من المدة إذا ادعى شراءً أو صدقة ولم يجعل في رواية عيسى عنه من كتاب الاستحقاق القول قوله في

ذلك إلا في الشراء دون الصدقة والهبة والنزول.

وقوله إن الورثة إذا قالوا لا ندري بما تصير ذلك إلى موروثنا الذي ورثناه عنه قبل ذلك منهم ونفعتهم الحيازة، وإن لم يدعوا الوجه الذي تصير به ذلك إلى موروثهم في أنهم لا ينتفعون بالحيازة إلا أن يدعوا الوجه الذي صار به إليهم، وقد مضى القول على هذا مستوفى في رسم تسلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

وسئل ابن القاسم عن الرجلين يقتسمان داراً بينهما فيجد أحدهما في حظه جُباً بالأولي ولا يجد الآخر شيئاً أيكون له معه في ذلك شيء؟ قال: نعم أرى له معه في ذلك حظاً، وأرى أن يعاوده القسم إذا كان لم يفت، فإن فات بينان رأيت له عليه نصف ذلك، وهو بمنزلة بيوت وجدها أسفل بيوت لم يكن علم بها، فليس له أن يأخذها دونه.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في هذه المسألة خلاف نص قول سحنون في آخر جامع البيوع، وما ذهب إليه ابن حبيب وابن دينار وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى غاية الإستيفاء في سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية ومن كتاب اللقطة وفي آخر البيوع فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

من سماع يحيى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الذي يوصي بوصايا

وعتاقة فتنفذ الوصايا والعتاقة ثم يطرأ على الوصي دين يحيط بماله، وقد شهد العبيد المعتقدون على حقوق وطلال زمان ذلك واقتسم الورثة ونما بعض ذلك في أيديهم أو نقص أو استهلكت، فقال: ترد الوصايا التي أخذها أهلها بحال ما يوجد في أيديهم نامية أو ناقصة وما هلك منها فلا ضمان عليهم إلا أن يستهلكوا شيئاً فيغرمونه أو يكونوا اشتروا شيئاً فحوسبوا به في وصاياهم فيكون لهم نماؤه وعليهم تواؤه^(٤) ويردون الثمن الذي حوسبوا به قال: والورثة بهذه المنزلة فيما اقتسموا مما أخذوا على حال الاقتسام، فنماؤه للغرماء ولا ضمان على الورثة فيه إلا أن يستهلكوا شيئاً فيكون عليهم غرمه، وما اشتروا على حال البيع وليس على وجه الاقتسام فنماؤه لهم وضمانه عليهم يغرمون الثمن الذي كان وجب به عليهم، قال: وما اقتسموا من ناض ذهب أو ورق أو طعام أو إدام فإنهم يغرمون ذلك كله، وإنما يوضع عنهم ضمان ما هلك من العروض والحيوان والعقار التي تقسم بالقيمة، قلت أرأيت ما اقتسموا من العروض بالقيمة فغابوا عليه ولم يُعَرَفْ هلاكه إلا بقولهم أيرؤون من ضمانه؟ أو الطعام أو الإدام أتوجب عليهم ضمانه وتراه كالذهب إذا عرف هلاكه بالبينة؟ كبراء المرتهن والمستعير وحاله فيما لم يغب عليه كحالهما.

قال محمد بن رشد: الأصل في هذه المسألة قول الله تبارك وتعالى في آية المواريث ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٥) فنص تعالى على أنه لا ميراث لأحد من الورثة إلا من بعد تأدية الدين والوصية.

واختلف إذا طرأ على التركة دين أو وصية بعدد بعد اقتسام الورثة ما ترك

(٤) كذا في نسخة ق ٣، ولعله: نقصانه.

(٥) الآيتان ١٠ و ١١ من سورة النساء.

الميت من دنائير أو دراهم أو طعام أو عرض أو حيوان أو عقار على خمسة أقوال أحدها أن القسمة تنتقض لحق الله تعالى شاء الورثة أو أبوا، فيكون ما هلك من جميعهم وما نَمَا لجميعهم، فيخرج الدين أو الوصية من ذلك وَيَقْسِمُ الورثة ما بقي إن بقي شيء، وهذا قول مالك في رواية أشهب عنه، والثاني أن القسمة تنتقض فيكون ما هلك أو نقص أو نما بين جميع الورثة إلا أن يتفق جميعهم على ألا ينقضوها ويخرجوا الدين أو الوصية من أموالهم فيقروها، فيكون ذلك لهم، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم المنصوص له في المدونة، وقد اضطرب في ذلك قوله، والثالث أن القسمة تنقض أيضاً فيكون ما هلك أو نقص أو نما بين جميعهم إلا أن لمن شاء من الورثة أن يخرج من ماله ما يُنوبه من الدين ويحمل نوبه مما هلك ويبقى حظه في يديه، فيكون ذلك له، وهو قول ابن حبيب في الواضحة، مثال ذلك أن يهلك المتوفي وله أربع بنين ويترك عروضاَ ثمانَ بقرات في التمثل قيمة كل بقرة منها عشرة مثاقيل، فيقسمونها بينهم فيأخذ كل واحد منهم منها بقرتين بقرتين، فتموت بيد واحد منهم بقرة من البقرتين اللتين صارتا له في سهمه ويطرأ على المتوفي دين عشرة مثاقيل، فإن الواجب في ذلك على مذهبه أن تنتقض القسمة ويخرج الدين من السبع بقرات الباقية، فإن بيع فيه بقرة واحدة قسمت الستة الباقية بين البنين الأربعة بالسهمه حسبما مضى من الاختلاف في صفة القسمة بها إن لم يتفقوا على قسمتها بالتراضي، ولمن شاء منهم على مذهبه أن يخرج من ماله ما ينوبه من الدين، وذلك ديناران ونصف دينار، ويحمل نوبه من قيمة البقرة التي مات، وذلك دينار ونصف دينار أيضاً إن كانت قيمتها عشرة فيؤدي خمسة دنائير، دينارين ونصف دينار لصاحب الدين، ودينارين ونصف لساير الورثة، ويترك حظه في يديه، ويردون الباقيون جميع ما بأيديهم إن أبوا إلا نقض القسمة فيقسمون الخمس بقرات التي في أيديهم مع الدينارين ونصف دينار التي حمل الراضي بالقسمة بينهم على السواء بعد أن يؤدوا بقية الدين وذلك سبعة دنائير ونصف دينار، والقول الرابع أن القسمة لا تنتقض، وهو قول

أشهب وسحنون إلاّ أنهما اختلفا في فض الدين ، فقال سحنون إنه يفض على ما بيد كل واحد منهم يوم الحكم ، وقال أشهب في أحد قوليّه إنه لا يفض على الأجزاء التي اقتسموا عليها زادت أو نقصت ما كانت قائمة ، فلا اختلاف في أنه لما لا يضمن من تلف ما بيده بأمر من السماء لصاحب الدين شيئاً من دينه والقول الخامس أن القسمة تنتقض بين من بقي بيده حظه أو شيء منه أو استهلكه أو شيئاً منه ، فأما من تلف جميع حظه بأمر من السماء فلا يرجع صاحب الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بعد تأدية الدين ، وقول ابن القاسم في هذه الرواية إذا لَحِقَ دين يغرّق التركة بعد تنفيذ الوصايا والعقّ واقسام الورثة إن الوصايا ترد بنمائها ونقصانها ، وتنقض القسمة ويكون النماء للغرماء والضمان عليهم ، ولا يكون على الورثة ضمان شيء منه إلاّ أن يستهلكوه فيكون عليهم غرمه بَيِّنٌ لا كلام فيه على مذهبه إذا كان الدين يغرّق التركة بنمائها ، وأما إن كان لا يغرّقها فاتفق جميعهم على أن يؤدوا الدين ويمضوا قسمتهم فذلك لهم على مذهبه .

وأما قوله فيما اشتروا من التركة فحوسبوا فيه في ميراثهم أو اشتراه الموصي لهم منها فحوسبوا به في وصاياهم إن لهم النماء وعليهم الضمان ، وليس عليهم إلاّ الثمن فهو بين صحيح لا اختلاف فيه إذ لا فرق بين أن يشتروه فيحاسبوا به في ميراثهم أو في وصاياهم وبين أن يباع من غيرهم فيدفع اليهم الثمن في ذلك .

وأما قوله وما اقتسموا من ناض ذهب أو ورق أو طعام أو إدام فإنهم يغرّمون ذلك كله وإنما يوضع عنهم ضمان ما هلك من الحيوان والعروض والعقار الذي يقسم بالقيمة فالظاهر منه أن الذهب والورق والطعام والإدام يغرّمونه إن هلك ولا يوضع عنهم ضمانه وإن قامت بينة على تلفه ، بخلاف العروض والحيوان والعقار التي تقسم بالقيمة ، وقد بين ذلك إذ جعل الحكم فيه حكم العارية فيما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه مضمونة كالقراض ، وكذلك

قال في العارية من المدونة إنها قرض . وهو قول ابن الماجسون في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح خلاف قوله فيه إنه لا ضمان عليه في العين ولا في كل ما يغاب عليه إذا قامت البينة على تلفه ، وخلاف قول أصبغ في تفرقة بين العين وبين ما سواه مما يغاب عليه .

فيتحصل في العين والطعام والإدام إذا قامت البينة على تلفه ثلاثة أقوال أحدها أنه ضامن وهو قوله في هذه الرواية ، والثاني أنه لا ضمان عليه ، وهو قوله في سماع أصبغ من كتاب النكاح ، والثالث الفرق بين العين والطعام والإدام وما كان في معناه من المكيل والموزون كله ، وهو قول أصبغ ، وأما إذا لم تقم بينة على تلف ذلك فهو ضامن ولا اختلاف في العروض التي يغاب عليها أنه ضامن إلا أن تقوم البينة على تلفها ولا في الحيوان الذي يغاب عليه أنه يصدق في تلفه وباللغة التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ

أخبرني من أرضي أنّ عبد العزيز بن أبي سلمة الماجسون قال إذا اقتسم الورثة الدور والأرضين على سنة اقتسامها ثم استحق منها بعض ما في أيديهم أو وجد بيع بعض ذلك عيب فإن القسم يُعاد بينهم ، قال : وإن كانوا اقتسموا على وجه المراضاة وكلهم قد بلغ أن يحوز أمره فيما نظر فيه لنفسه ثم استحق بعض ذلك أو وجد معيباً فأيمًا عيب دخل فيه فينظر فيه بما ينظر فيه فيما يوجد معيباً مما يشتري ، وذلك أنهم إذا تراضوا فكانما اشترى بعضهم من بعض إذا اقتسموا على وجه الاقتسام .

قال محمد بن رشد : تفرقة عبد العزيز بن أبي سلمة إذا استحق بعض نصيب أحد الأشرار بعد القسمة أو وجد بها عيب بين أن تكون القسمة

على التراضي أو على وجه الحكم بالسهمه يأتي على قياس القول بأن القسمة تمييز حق لا بيع من البيوع، لأنه إذا استحق بعض نصيب أحدهم أو وجد به عيب فليس الذي بقي بيده مع الذي يرجع به في الاستحقاق على حكم الرجوع بالبيع من مشاركة صاحبه فيما في يده أو الدنانير التي يأخذ منه في ذلك هو حقه الذي كان تمييز له بالقسمة، لأن الذي تمييز له بها أخذه بالقرعة، فإذا لزم الرجوع على صاحبه بقدر ما استحق من نصيبه شاء أو أبى فقد حصلت القرعة على ما لا يجوز الاقتراع عليه من الصنفين، ألا ترى أنه إذا كان أحد النصيبين أفضل من الآخر فجعل بينهما دنانير أنه لا يجوز الاقتراع على ذلك؟ وقول ابن القاسم وروايته عن مالك في إيجاب الرجوع في ذلك على حكم البيع هو على قياس القول بأن القسمة بيع من البيوع، وأما إذا كانت القسمة على التراضي فلا اختلاف في أن حكمه حكم البيع في جميع الأحكام التي تطرأ على البيوع من الاستحقاق والعيوب وسائر الأحكام المتعلقة بالبيوع وباللله التوفيق .

مسألة

قال ولا ينبغي أن يقسم شيء من الحيوان والعروض بالقيمة ولكن يباع ذلك فيشتره من أحب .

قال محمد بن رشد: إنما لم يُجز ابنُ أبي سلمة قسمة شيء من الحيوان والعروض بالقيمة لأنه رأي الإستهام غَرراً فلم يجزه إلا في قسمة الدور والأرضين لحاجة الناس إلى اقتسامها ليشفع كل واحد منهم إن باعها واقتسموا الثمن أو يعتاض بحظه منها مسكناً يسكنه وباللله التوفيق .

من سماع أبي زيد من ابن القاسم

قال ابنُ القاسم عن الرجل يكره داره سنة من رجل ثم يهلك

صاحب الدار بعد شهر أو شهرين كيف الأمر في ذلك إذا طلب الورثة قسمة دار أبيهم؟ قال ابن القاسم: الكراء الذي تكارى ليس لهم أن يخرجوه حتى يتم سنة، فإن أحبوا أن يقسموا فذلك لهم، يعرف كل إنسان منهم ما يصير له إذا كان لا يضر بالمتكاري ولا يضيق عليه شيء، وإن أراد ورثته إذا اقتسموا أن يبني كل إنسان منهم ما يصير له إذا كان ذلك لا يضر بالمتكاري كان ذلك له.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة لا اختلاف فيها لأن الكراء بيع من البيوع، فهو عقد لازم يلزم ورثة كل واحد من المتكاريين، فإن أمكنهم القسمة دون أن يضر ذلك بالمتكاري لم يمنع من ذلك مانع، ويقتسمونها إن شاءوا على الصفة، إذ من حق المكتري أن يمنعهم من الدخول فيها لقسمتها، فإن أذن لهم في ذلك لم يكن لهم أن يحجروا على أنصياتهم بالبيان إلا بإذنه ورضاه، وقوله في الرواية إن ذلك لهم إذا كان ذلك لا يضر بالمتكاري معناه عندي إذا كان قد أذن لهم بالبيان فلهم أن يبنوا ما لا يضره وبالله التوفيق تم كتاب القسمة بحمد الله تعالى وصلى الله على محمد.