

كتاب الشفعة

الشفعة : مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع . قال :
الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ،

م : (كتاب الشفعة)

ش : أي هذا كتاب في بيان أحكام الشفعة ، وجه المناسبة مع كتاب الغصب من حيث إن كل واحد من الغاصب والشفيع يملك مال الغير بغير رضاه ، إلا أن الغصب عدوان ، والشفعة مشروعة فكان حقها التقديم ، لكن معرفة أحكام الغصب أحوج لكثرة وقوعه ولا سيما في هذا الزمان ، وكثرة أسباب الغصب ، بخلاف الشفعة وهو اتصال ملك العقار عندنا .

م : (الشفعة : مشتقة من الشفع ، وهو الضم) ش : تقول : كان وترأ فشفعته شفعا ، والشفع خلاف الوتر وهو الزوج ، والشفيع صاحب الشفعة ، وصاحب الشفاعة أيضاً ، والتركيب يدل على مقارنة السببين ، فلذلك قال : وهو الضم م : (سميت بها) ش : أي سميت الشفعة المصطلحة في الشرع م : (لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع) ش : ؛ أي لما في الشفعة من ضم العقار المشتراة إلى عقار الشفيع ؛ لأنه يضم بسبب داره ملك جاره إلى نفسه ، ومنه سميت الشفاعة ؛ لأنها تضم المشفوع له إلى أهل الثواب .

وحدها في الشرع تملك المنفعة بما قام على المشتري بالشركة ، أو الجوار ، فكان فيها معناها اللغوي ، وسببها أحد الأشياء الثلاثة ؛ الشركة في العقار ، والشركة في الحقوق ، والجوار على سبيل الملاصقة . وعند الشافعي : لا يستحق بالجوار على ما يأتي . وقال الخصاصف : الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب ، فيه إشارة إلى أن سببها كلاهما على التعاقب ، وأنه غير صحيح ، لأن الشفعة لما وجبت بالبيع كيف يتصور وجوبها ثانياً .

وقال شيخ الإسلام : الاتصال مع البيع علة لها ، لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما ، ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط ، واتصال التسليم ؛ لأنه حصل بعد وجود سبب الوجوب .

م : (قال : الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع) ش : أي قال القدوري ومعنى واجبة ثابتة عند تحقق سببها لا أن يكون المراد بها لزوم الإثم عند تركها بالإجماع والخليط الشريك في البقعة وهو فاعل من المخالطة وهي المشاركة ، والخلطة وهي الشركة . وأجمع العلماء على ثبوت الشفعة في شريك لم يقسم ربه إلا الاسم وأبوه عليه قائماً قالوا : لا تثبت الشفعة

ثم للخليط في حق المبيع ، كالشرب والطريق ، ثم للجار . أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب . أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة لشريك لم يقاسم »

بخلاف القياس ، وأن القياس يأبى جوازها لأنها تملك على المشتري ملكه الصحيح بغير رضاه فإنه من نوع الأكل بالباطل ، وكذا ذهب بعض أصحابنا ، يقال : إن القياس يأبى جوازها ، ولكن تركنا القياس بالأثار المشهورة .

والأصح أنها أصل في الشرع فلا يجوز لأنها خلاف عن القياس ، بل هي ثابتة على موافقة القياس .

م : (ثم للخليط في حق المبيع ، كالشرب) ش : بكسر الشين م : (والطريق) ش : وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشرب الخاصين ، وإنما قيدنا بذلك لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

م : (ثم للجار) ش : يعني الملاصق ، أي ثم يثبت للجار خلافاً للشافعي على ما يأتي م : (أفاد هذا اللفظ) ش : أي قال المصنف أفاد لفظ القدوري هذا وهو قوله للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع ثم للجار م : (ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء) ش : أي من الخليطين والجار م : (وأفاد الترتيب) ش : حيث رتب الخليط في حق المبيع على الخليط في نفس المبيع ، ثم رتب الجار عليهما .

وفي «الذخيرة» : صورته منزلاً بين اثنين وسكة غير نافذة ، باع أحد الشريكين نصيبه فالشريك الملاصق في المنزل أحق بالشفعة ، فإن سلم فأهل السكة أحق ، فإن سلموا فالجار وهو الذي على ظهر المنزل وباب داره في سكة أخرى ، ومسألة الجار على وجهين إما أن تكون الدار المشتركة في سكة نافذة ، وفي هذا الوجه جميع أهل السكة شفعاء الملازق والمقابل في ذلك على السواء . وقد قيل الشفعة على أربع مراتب ويظهر ذلك في مسألتين : إحداهما : بيت في دار غير نافذة والبيت لاثنين والدار لقوم ، فباع أحدهما نصيبه من البيت فالشفعة أولى للشريك في البيت ، فإن سلم فلشريك الدار ، فإن سلم فأهل السكة ، فإن سلموا فللجار الملاصق وهو الذي على ظهر المنزل وبابه في سكة أخرى .

والثاني : دار بين اثنين في سكة غير نافذة فالشفعة أولى في الدار ، فإن سلم فللشريك في الحائط المشترك بين الدارين ، فإن سلم فأهل السكة ، فإن سلموا فللجار الملاصق .

م : (أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام : «الشفعة لشريك لم يقاسم») ش : هذا غريب ،

ولقوله عليه الصلاة والسلام: « جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً »

ولكن أخرج مسلم عن عبد الله بن إدريس عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر - رضي الله عنه - قال: قضى رسول الله ﷺ في الشفعة في كل شيء لم يقسم ربه أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك . فإذا باع ولم يؤذنه به فهو أحق به . وأخرجه الدارقطني في «سننه» وقال لم يقل في هذا لم يقسم إلا ابن إدريس وهو من الثقات الحفاظ ، وأخرج مسلم أيضاً عن ابن وهب عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: « الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فإن أبي فشريكه أحق به حتى يؤذنه » . م: (ولقوله عليه الصلاة والسلام: « جار الدار أحق بالدار والأرض ، ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً »^(١))

ش: هذا مركب من حديثين ، فصدر الحديث أخرجه أبو داود في البيوع ، والترمذي في الأحكام ، والنسائي في الشروط . وأبو داود ، والنسائي ، عن شعبة ، عن قتادة ، عن الحسن عن سمرة . والترمذي في الأحكام عن إسماعيل بن علي ، عن سعيد ، عن قتادة أن النبي ﷺ قال: « جار الدار أحق بدار الجار والأرض » . وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

ورواه أحمد في «مسنده» والطبراني في «معجمه» وابن أبي شيبه في «مصنفه» ، وفي بعض ألفاظهم جار الدار أحق بشفعة الدار ، وأخرجه النسائي أيضاً ، عن عيسى ابن يونس ، عن سعيد بن أبي عروبة ، عن قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة . وأخرجه أيضاً ، عن عيسى ابن يونس ، عن سعيد بن أبي عروبة ، عن قتادة عن أنس مرفوعاً جار الدار أحق بالدار .

فهذا الإسناد رواه ابن حبان في «صحيحه» ، ثم قال ، وهذا الحديث إنما ورد في الجار الذي يكون شريكاً دون الجار الذي ليس بشريك ، يدل عليه ما أخبرنا وأسند عن عمرو بن الشريد قال: كنت مع سعد بن أبي وقاص ، والمسور بن مخرمة فجاء أبو رافع مولى رسول الله ﷺ وقال لسعد بن مالك: اشترمني بيتي الذي في دارك ، فقال: لا إلا بأربعة آلاف منجمة ، فقال: أما والله لولا أنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: « الجار أحق بشفعة ما بعتهما وقد أعطيتها بخمسمائة دينار » ، انتهى .

(١) أخرجه أبو داود (٣٥١٧) والترمذي (١٣٩٣) من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة . . مرفوعاً . ولكن أخرجوا الجزء الأول منه وهو «جار الدار أحق بالجار» .

قلت : هذا معارض بما أخرجه النسائي وابن ماجه ، عن حسين المعلم ، عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد ، عن أبيه : « أن رجلاً قال : يا رسول الله ﷺ أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ، فقال الجار : أحق بشفعة ما كان » (١) . وأخرجه الطحاوي ولفظه ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار .

وأخرجه ابن جرير الطبري في « التهذيب » ولفظه : ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار ، فهذا صريح بوجوبها للجوار لا شركة فيه تدل على سقوط تأويلهم الجار بالشريك ، وعلى أن الجار الملازم تحجب له الشفعة وإن لم يكن شريكاً ، وبقية الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، عن عبد الملك بن أبي سليمان ، عن عطاء ابن أبي رباح ، عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظرها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » (٢) .

وقال الترمذي : حديث حسن غريب ، ولا يعلم أحد روى هذا الحديث غير عبد الملك ابن أبي سليمان ، عن عطاء ، عن جابر ، وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث .

وقال في « مختصره » قال الشافعي : يخاف أنه لا يكون محفوظاً . وسئل الإمام أحمد ، عن هذا الحديث فقال هو حديث منكر ، وقال يحيى : لم يحدث إلا عبد الملك وقد أنكره الناس عليه . وقال الترمذي : سألت محمد بن إسماعيل البخاري ، عن هذا الحديث فقال : لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به . وروى عن جابر خلاف هذا .

قلت : ذكر صاحب الكمال عن الثوري ، وابن حنبل قالوا : عبد الملك من الحفاظ ، وكان الثوري يسميه الميزان . وعن أحمد بن عبد الله ثقة ثبت ، وأخرج له مسلم في « صحيحه » .

(١) أخرجه النسائي في « البيوع » (٢٣٨٥) وابن ماجه في الشفعة (٢٤٩٦) وإسناده صحيح .

(٢) رواه أبو داود (٣٥١٨) والترمذي (١٣٩٤) والنسائي (٤٣٨٧) وابن ماجه (٢٤٩٤) من طريق عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر . . . مرفوعاً

قلت : سئل الإمام أحمد عن هذا الحديث فقال هو حديث منكر . وقال الترمذي سألت محمد بن إسماعيل البخاري عن هذا الحديث فقال لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به . ويروى عن جابر خلاف ذلك

قلت : خالفه أبو الزبير وأبو مسلمة وهما أجل منه وأحفظ بكثير . والحديث استنكره يحيى بن معين والشافعي . فليس بمحفوظ والله أعلم .

ولقوله عليه الصلاة والسلام : « الجار أحق بسقبه . قيل : يا رسول الله ! ما سقبه؟ قال : شفيعته » .

وقال الترمذي : ثقة مأمون عند أهل الحديث لانعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . وذكره ابن حبان في « الثقات » وقال روى عنه الثوري وشعبة وأهل العراق وكان من خيار أهل الكوفة وحفاظهم ، وليس من الإنصاف ترك شيخ ثبت بأوهام لهم في روايته ، ولو سلطنا ذلك للزمنا ترك حديث الزهري وابن جريج والثوري وشعبة ، لأنهم لم يكونوا معصومين .

وقال صاحب « التنقيح » : واعلم أن حديث عبد الملك بن أبي سليمان حديث صحيح ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة وهي الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، فإن في حديث عبد الملك إذا كان طريقهما واحداً ، وحديث جابر المشهور لم يثبت فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط تصرف الطرق ، فنقول إذا اشترك الجاران في المنافع كالبر أو السطح أو الطريق فالجار أحق بسقب جاره لحديث عبد الملك .

وإذا لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة لحديث جابر المشهور ، وطعن شعبة في عبد الملك بسبب هذا الحديث لا يقدح فيه ، فإنه ثقة . وشعبة لم يكن من الخذاق في الفقه ليجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها ، إنما كان حافظاً وغير شعبة إنما طعن فيه تبعاً لشعبة . وقد احتج بعبد الملك مسلم في « صحيحه » ، واستشهد به البخاري .

م : (ولقوله عليه الصلاة والسلام : « الجار أحق بسقبه ، قيل : يا رسول الله ! ما سقبه؟ قال : شفيعته ») ش : أخرج البخاري في « صحيحه » ، عن عمرو بن الشريد ، عن أبي رافع مولى النبي ﷺ يقول : « الجار أحق بسقبه » انتهى .

السقب : بفتح السين المهملة وفتح القاف وفي آخره باء موحدة القرب ، يقال سقبه داره بالكسر والمنزل سقب ، والساقب القريب ، ويقال للبعيد أيضاً جعلوه من الأضداد .

وقال إبراهيم الحربي : في كتابه « غريب الحديث » : الصقب بالصاد ما قرب من الدار ويجوز أن يقال : سقب فتكون السين عوض الصاد لأنه في أول الكلمة ، وكذا لو كان في أول الكلمة خاء أو غين أو طاء فنقول صخر وسخر ، وصدغ وسدغ ، واطر واطر ، فإن تقدمت هذه الحروف الأربعة السين لم تجز ذلك ، فلا يقال خصر وخسر ، ولا قصب وقسب ، ولا غرس وغرس .

وفي « المغرب » : السقب القرب والاتصال ، وأريد بالسقب هنا الساقب على معنى ذو السقب تسميته بالمصدر . وفي « الجمهرة » : يقال سقبته الدار وأسقبت لغتان فصيحتان ، والمنزل

ويروى « الجار أحق بشفעתه » . وقال الشافعي - رحمه الله - : لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام :

سقب وأسقب وأبيات القوم متساقبة أي متقاربة .

م: (ويروى « الجار أحق بشفעתه ») ش: قد ذكرنا عن قريب ، عن جابر - رضي الله عنه - ، عند الترمذي الجار أحق بشفעתه ينتظر بها ، وإن كان غائباً . وروى إسحاق بن راهويه مستنداً أخبرنا المحاربي وغيره ، عن سفیان الثوري ، عن إبراهيم بن ميسرة ، عن عمرو بن الشريد ، عن أبي رافع أن النبي ﷺ قال : « الجار أحق بشفעתه » .

وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في كتاب أقضيته ﷺ ثنا جرير ، عن منصور ، عن الحاكم ، عن علي ، وعبد الله قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار . وروى ابن جرير الطبري في « التهذيب » حديث موسى بن عقبة ، عن إسحاق بن يحيى ، عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى أن الجار أحق بسقب جاره .

وأخرجه ابن جرير أيضاً ، عن عكرمة ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أراد أحدكم أن يبيع عقاره فليعرضه على جاره » ، وأخرج ابن حبان في «صحيحه» حديث «الجار أحق بصقبه» من حديث أبي رافع وأنس ، عن النبي ﷺ فظهر بمجموع هذه الأحاديث أن للشفعة ثلاثة أسباب الشركة في نفس المبيع ، ثم في الطريق ، ثم في الجوار .

وحكى الطبري أن القول بشفعة الجوار هو قول الشعبي وشريح وابن سيرين والحكم وحمام ، والحسن وطاووس والثوري وأبي حنيفة وأصحابه .

قلت : وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة أيضاً . وفي «شرح الوجيز» عن ابن شريح كمذهب أبي حنيفة . قال القاضي الروياني : بعض أصحابنا يفتي به وهو الاختيار . وفي «الاستذكار» روى ابن عيينة ، عن عمرو بن دينار ، عن أبي بكر بن حفص بن عمر بن سعد ابن أبي وقاص أن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى شريح أن اقض بالشفعة للجار ، فكان يقضي بها . وسفيان عن إبراهيم أن ميسرة قال : كتب إلينا عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - إذا حدث الحدود فلا شفعة . قال إبراهيم فذكرت لطاووس فقال : لا الجار أحق .

م: (وقال الشافعي - رحمه الله - : لا شفعة بالجوار) ش: وكذا بالشركة في الحقوق كالطريق والشرب ، لأن ذلك كالجوار وكذا فيما لا يحتمل القسمة كالنهر والبئر ، وبه قال مالك ، وأحمد ، والأوزاعي ، وأبو ثور ، وابن ثور ، وابن المنذر .

وروي ذلك عن عمر ، وعثمان ، وعلي - رضي الله عنهم - م: (لقوله عليه الصلاة والسلام :

« الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس ؛ لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه ، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم ، وهذا ليس في معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع .

« الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » (ش: أخرج البخاري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله قال : قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وفي لفظ البخاري : إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وهذا يقتضي أن جنس الشفعة فيما لم يقسم ، إذ الألف واللام للجنس لعدم المعهود ، والدليل عليه أنه قال في رواية : إنما الشفعة فيما لم يقسم ، وإنما كلمة الحصر ، ويدل عليه أيضاً فإذا صرفت الطرق ، أي جعل لكل قسم طريق على حدة فلا شفعة .

م: (ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس) ش: هذا دليل معقول للشافعي ، والسنن بفتح السين الطريق ، وتقديره أن حق الشفعة خارج عن مقتضى القياس م: (لما فيه) ش: أي في حق الشفعة م: (من تملك المال على الغير من غير رضاه) ش: (إذا لا يجوز لقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه » (١) .

فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلاً ، لكن ثبت فيما لم يقسم على خلاف القياس ، وهو معنى قوله م: (وقد ورد الشرع به) ش: أي بحق الشفعة م: (فيما لم يقسم) ش: لدفع ضرر مؤنة القسمة ، فلا يلحق به غيره قياساً أصلاً ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه .

م: (وهذا) ش: أي الجار م: (ليس في معناه) ش: أي ليس في معنى ما ورد به الشرع م: (لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل) ش: أي فيما لم يقسم ، وهو موضع الإجماع م: (دون الفرع) ش: وهو المقسوم ، وهو موضع الخلاف . أراد أن الشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة لأنه يحتاج إلى أن يدفع من نفسه مطالبة القسمة ولا يمكنه إلا بالتملك عليه ، وهذا المعنى لا يتحقق في الجار .

(١) رواه أحمد (٧٢/٥) من طريق علي بن زيد عن أبي حرة الرقاشي عن عمه . . مرفوعاً وأخرجه الدارقطني (٢٥/٣) من طريق زيد بن الحباب عن عبد الملك بن الحسن الأحول . حدثني عبد الرحمن ابن أبي سعيد ، حدثني عمارة بن حارثة الضمري ذكر عن عمرو بن يثربي وأخرجه البيهقي (١٠٠/٦) من طريق علي بن زيد عن أبي حرة الرقاشي قال الهيثمي في «المجمع» (١٧٢/٤) رواه أبو يعلى وأبو حرة وثقه أبو داود وضعفه ابن معين .

م: (ولنا: ما رويناه) ش: من الأحاديث المذكورة عن قريب . فإن قيل يطلق لفظ الجار على الشريك كما في قول الأعشى :

أيا جارتي فإنك طالق كذلك أمور الناس عاد وطارق

والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش ، ولأنه ﷺ قال : « إنما الشفعة فيما لم يقسم » نص على النفي عن غيره ، لأن كلمة إنما للحصر ، ولأن تعليقكم الاستحقاق بالجوار بسبب دفع ضرر الجوار منقوض بالجار المقابل وبالجار الملاصق بطريق الإجارة .

قلنا : حمل اسم الجار على الشريك ترك الحقيقة فلا دليل ، وإذا لا يجوز . ولأن آخر الحديث يأبى حمله على الشريك فإنه قال في آخره إن كان طريقهما واحداً . وفي حمله على الشريك يلغو هذا لأن بالشركة يستحق الشفعة سواء كان الطريق واحداً أو لا .

وقال الإمام الحلواني : تركوا العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته والعجب منهم أنهم سموا أنفسهم أصحاب الحديث فالزموا أنفسهم بترك العمل بالحديث بأصحاب الحديث .

وقد روى ابن سعد - رضي الله عنه - عرض بيتاً له على جاره فدل أن جميع البيت له ، وسعد تأوله بالشريك ويطلق أيضاً تأويله بالشريك ما أخرجه ابن أبي شيبة ، عن أبي أسامة ، عن حسين المعلم ، عن عمرو بن شعيب ، عن عمرو بن الشريد ، عن أبيه ، قلت : يا رسول الله ﷺ أرضي ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار ، قال : « الجار أحق بسقبه ما كان » ، وسمى الزوجة جاراً لأنها تجاوره في الفراش ؛ لأنها لا تشاركه . وما روي يدل على ثبوت الشفعة في الشركة وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه .

وأما رواية إنما الشفعة فليست بثبت ، ولئن سلمنا ثبوتها يقتضي نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملاً بما روينا ، أو يقتضي تأكيد المذكور بطريق الكمال كما قال سبحانه وتعالى : ﴿ إنما أنت منذر ﴾ وكما يقال إنما العالم في البلد زيد ، أي الكامل فيه والمشهور به زيد ، والشريك في البقعة كامل في سبب استحقاق الشفعة دون نفي غيره ، بدليل سياق الحديث ، فإنه قال في آخره : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

وعند الشافعي لا شفعة هناك أيضاً ، فكان آخر الحديث حجة لنا أيضاً مع أنه قيل إن هذا من كلام الراوي لا من الحديث ، فلو صح أنه من الحديث فمعنى قوله لا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق ، فكان الموضع موضع إشكال ، لأن في القسمة بمعنى المبادلة .

ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع ، وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار على ما عرف ، وقطع هذه المادة بتملك الأصيل أولى ؛ لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى ،

ومما يشكل هل يستحق بها الشفعة ، فبين النبي ﷺ أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة ، ولا يلزم الجار المقابل . ولأن الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق رفعه بحق الملك ، فإن الشفعة حق الملك فيتحقق به رفع ضرر يلحق بسبب اتصال الملك ، ولهذا لم يثبت لجار السكنى كالمستأجر والمستعير ، لأن جواره ليس بمستدام .

م: (ولأن ملكه) ش: أي ملك الشفيع م: (متصل بملك الدخيل) ش: أي متصل بما ملك المشتري بالشراء ، وسماه دخيلاً لأنه ليس بأصيل في الجوار ، والأصيل هو الجوار م: (اتصال تأييد وقرار) ش: وفي بعض النسخ اتصال التأييد والقرار وفي بعض النسخ اتصال تأييد وقرار .

واحترز بالتأييد عن المنقول والسكنى بالعارية والقرار عن المشتري شراء فاسداً ، لأنه إقرار له لوجوب النقض رفعاً للفساد م: (فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال) ش: أي إذا كان كذلك يثبت للشفيع حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال احترز به عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهراً م: (اعتباراً بمورد الشرع) ش: أي إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم .

م: (وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة) ش: هذا ، كأنه جواب عن قوله : وهذا ليس في معناه ، أي لا معنى لقوله ، إذ الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التأييد والقرار م: (إنما انتصب سبباً فيه) ش: أي فيما ورد الشرع م: (لدفع ضرر الجوار إذ هو) ش: أي الجوار م: (مادة المضار) ش: من إيقاد النار ، وإثارة الغبار ، ومنع ضوء النهار ، وأعلى الجدار للاطلاع على الصغار والكبار م: (على ما عرف) ش: سوء هذا بين الجيران .

م: (وقطع هذه المادة) ش: جواب إشكال وهو أن يقال الشفيع يتضرر بالدخيل والدخيل أيضاً يتضرر بتملك الشفيع ما له عليه ، فأجاب بأن قطع هذه المادة م: (بتملك الأصيل) ش: يعني الشفيع م: (أولى لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى) ش: لأن ملك المشتري لم يتقرر بعد ، والمشتري رافع لتقرير ملكه ، لأنه مضطر إلى البيع لو لم يوافق المشتري والدفع أسهل من الرفع .

وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره . وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع »

م: (وضرر القسمة مشروع) ش: هذا جواب عن قول الشافعي لأن مؤنة القسمة تلزمه عند بيع أحد الشريكين ، لأنه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة ، فإنه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسبب مؤنته ، وذلك ضرر به فمكنته الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه .

وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع م: (لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) ش: وهو التملك على المشتري من غير رضاه لدفع ضرر القسمة ، لأنه ليس بضرر بل العلة هي دفع ضرر الجوار باتصال الملكين على الدوام .

فإن قلت: ضرر الدخيل موهوم ، وربما يكون وربما لا يكون لأنه مسلم مميز عاقل وعقله ودينه يمنعانه عن إضرار الغير وضرر المشتري وهو أخذ الملك منه بلا رضاه متحقق ، فلا يلتزم ضرر المتحقق لدفع ضرر موهوم . ولو كان ضرر الدخيل موجوداً لا موهوماً يمكن رفعه بالمرافعة إلى السلطان أو بالمقابلة قلت: لا نسلم أن ضرر الدخيل موهوم بل هو غالب ، فإن الإنسان لا يمكنه الانتفاع بملكه مدة عمره ولا يتأذى من جاره ، فما أجزأ من قال قبل حلوله لأنه إذا نزل ربما يمكن دفعه ، وربما لا يمكن فلا فائدة إذن في الاشتغال بالدفع والضرر الذي يلحق من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن . فلا يمكن رفع جميع ذلك إلى السلطان وفيه حرج . وربما يحصل ضرر في باب السلطان أي في المقابلة فوق ضرر سوء الصحبة ، فلا ينحمل إلا على الدفع الأدنى .

فإن قلت: العلة في استحقاق الشفعة للشريك دفع ضرر المقاسمة ، فلا يتحقق هذا المعنى في الجار فلا يثبت له الشفعة . قلت: المقاسمة حق مستحق على الشريك فلا يكون من الضرر .

فإن قلت: في المملوك بالإرث والهبة والوصية لا يثبت الشفعة فينتقض عليكم .

قلت: عدم الثبوت في هذه الأشياء لقلّة وجودها بخلاف البيع ، وأيضاً فإنها لو ثبت فيها إما أن يثبت بعوض فلا يمكن وهو ظاهر ، أو بغير عوض فليس بمشروع في الشفعة .

م: (وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع »^(١)) ش: هذا عطف على قوله أما الثبوت ، قد مر أن لفظ القدوري دل على شيئين ثبوت الشفعة والترتيب . أما ثبوتها فبالأحاديث المذكورة ، وأما الترتيب فلقوله ﷺ ، ولكن لم يثبت

(١) قال الحافظ الزيلعي : غريب ، وذكره ابن الجوزي في «التحقيق» وقال : إنه حديث لا يعرف .

فالشريك في نفس المبيع ، والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ،

الحديث بهذا اللفظ الذي ذكره المصنف .

وقال ابن الجوزي في «التحقيق» : هذا حديث لا يعرف . وأما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ، ثنا عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة النسفي قال : قال الشعبي : قال رسول الله ﷺ : « الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب » . وقال في «التنقيح» : هشام وثقه ابن معين وقال : أبو حاتم لا بأس بحديثه ، انتهى .

قلت : هذا الحديث رواه عبد الرزاق في «مصنفه» ، عن ابن المبارك به . ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» في أثناء البيوع ثنا أبو معاوية ، عن عاصم ، عن الشعبي ، عن شريح قال : الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من الجار ، والجار أحق بمن سواه . ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا معمر ، عن أيوب ، عن ابن سيرين ، عن شريح قال : الخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره .

وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» ، عن إبراهيم النخعي قال : الشريك أحق بالشفعة ، فإن لم يكن شريك فالجار ، والخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق بمن سواه . وروى أبو يوسف ، عن أشعب بن سوار ، عن محمد بن سيرين ، عن شريح أنه قال : الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من الجار ، والجار أحق من غيره .

م : (فالشريك في نفس المبيع ، والخليط في حقوق المبيع ، والشفيع هو الجار) ش : وهذا كما قد ترى فسر الشريك بمن كان شريكاً في نفس المبيع ، والخليط بمن كان في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء .

وقال الطحاوي في «شرح الآثار» : فإن قال فقد جعلت هؤلاء الثلاثة شفعاء بالأسباب التي ذكرت فلم جعلت الشريك أولى من الشريك في الطريق ثم الجار . قيل له : لأن الشريك له شركة في الطريق وفي الدار بعينه وليس لصاحب الطريق حق في الدار ، فلهذا صار هو أولى . وكذلك لصاحب الطريق حق في الطريق وليس في الطريق للجار ذلك ، فلهذا صار هو أولى ثم الجار .

وقال القدوري في «شرحه لمختصر الكرخي» : وقد قالوا في الشريك إذا سلم الشفعة وجبت للشريك في الطريق ، فإن سلمها وجبت للجار . وروي عن أبي يوسف أن الشفعاء إذا اجتمعوا فسلم الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره ، لأن عقد البيع وقع غير موجب للشفعة للجار ، ألا ترى أنه لا يملك المطالبة بها فلا يثبت حقه إلا بتجدد بيع آخر أصله إذا استحدث الجوار .

ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق ؛ لأنه شركة في مرافق الملك ، والترجيح يتحقق بقوة السبب ؛ ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً .

وقال الكرخي في «مختصره» : الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعاً بثلاثة معاني بالشركة ، وفيما وقع عليه عقد البيع أو بالشركة في حقوق ذلك ، أو بالجوار الأقرب ، وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ، ما هي مفردة لبعضهم وساحة الدار مرفوعة بينهم ينصرفون من منازلهم فيها ، وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ، ومن الشريك في الزقاق الذي فيه باب الدار .

فإن سلم الشريك في منزله الشفعة فالشريك في الساحة أحق بالشفعة ، وإن سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذي لا منفعة له الذي يشرع فيه باب الدار أحق بعد بالشفعة من الجار الملاصق جميع أهل الزقاق الذي طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان في أدناه وأقصاه في ذلك سواء .

فإن سلم الشريك في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق بعد هؤلاء أحق ، وليس بغير الملاصق من الجيران شفعة مما لا طريق له في الزقاق ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن ، والحسن بن زياد . قال بشر ابن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أن أبا يوسف قال : قال بعض أصحابنا : لا شفعة إلا للشريك لم يقاسم نصيبه ، وقال عامتهم للجار الشفعة ، انتهى .

م : (ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى) ش : هذا دليل عقلي على الترتيب م : (لأنه) ش : أي لأن الاتصال م : (في كل جزء) ش : من أجزاء المبيع م : (وبعده) ش : أي بعد الاتصال بالشركة م : (الاتصال في الحقوق ؛ لأنه شركة في مرافق الملك) ش : المرافق مواضع الرفق من صب الماء ورمي الكناسة وكسر الحطب وإيقاد النار والاستراحة في الخلاء ونحو ذلك وهو جمع مرفق بفتح الميم وكسر الفاء . وفي «العباب» : ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها .

م : (والترجيح يتحقق بقوة السبب) ش : لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ، وقوة السبب يوجب الترجيح كالضرب ، فلما كان أبلغ كان الألم أكثر م : (ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة) ش : لاستحقاق الشفعة ، لأن القسمة أمر مشروع م : (صلح مرجحاً) ش : ، لا لكونه علة ، ولا يلزم أن لا يصح للترجيح ، لأن الترجيح ، إنما يكون أبداً بزيادة وصف لا

قال : وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا أنه مقدم .
قال : فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب ، والمراد
بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى . وعن أبي يوسف :
أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به . ووجه
الظاهر : أن السبب قد تقرر في حق الكل ،

يصلح للعلية ، فلهذا كان الشريك في نفس المبيع هو الشريك الذي لم يقاسم أولى من غيره
كالأخ لأب وأم يرجع على الأخ لأب في الميراث بالعصوبة ، وإن كانت العصوبة لا تستحق
بالأم ، وكما إذا تنازع المستأجر مع رب الطاحونة في عدم جريان الماء يرجع بالحال إن كان الماء
جار في الحال يكون القول رب الطاحونة وإن كان منقطعاً يكون للمستأجر .

م : (قال : وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا أنه
مقدم ، قال : فإن سلم) ش : أي قال القدوري فإن سلم الخليط في الرقبة وهو الشريك في نفس
المبيع م : (فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم) ش : أي الشريك في الطريق م : (أخذها الجار
لما بينا من الترتيب ، والمراد بهذا الجار الملاصق) ش : وفي بعض النسخ الملاصق ولا اعتبار للجار
المحاذي ، خلافاً لما روي عن شريح .

وفي «خلاصة الفتاوى» ثبت الشفعة بجواز دار الوقف . وفي «الواقعات» في باب الشفعة
بعلامة الشين رجل له أرض وهي وقف عليه اشترى رجل أرضاً أخرى بجنبها ليس لصاحب
الأرض الموقوفة عليه شفعة ، لأن الشفعة بحق المالك ولا ملك له م : (وهو) ش : أي الجار
الملاصق م : (الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى) ش : أي في زقاق أخرى . وفي
الباب السكة الطريقة المصطفة من النخل ، وإنما سميت الزقة سكةً لاصطفاف الدور فيها
وسكة الدراهم هي المنقوشة .

م : (وعن أبي يوسف : أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى) ش : أي
الشريك في الرقبة سواء أسلم شفحته أو استوفاه م : (لأنهم محجوبون به) ش : أي لأن
الشريك في الطريق وغيره من الشفعاء محجوبون بالشريك في الرقبة والمحجوب لا شيء له
مع وجود الحاجب كما في الميراث ، فإن الأقرب ولو امتنع عن أحد الميراث لا يكون للأبعد ،
وقد ذكرناه عن قريب ناقلاً عن «شرح مختصر الكرخي» .

م : (ووجه الظاهر : أن السبب) ش : أي وجه ظاهر الرواية أن السبب وهو الاتصال م : (قد
تقرر في حق الكل) ش : ولهذا قلنا يجب للجار أن يطلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالمبيع حتى
يتمكن من الأخذ إذا سلم الشريك ، حتى لو لم يطلب بعد علمه بالمبيع لا حق له بعد تسليم

إلا أن للشريك حق التقدم ، فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها ، وهو مقدم على الجار في المنزل ، وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله - ؛

الشريك الشفعة ذكره في «المبسوط» م: (إلا أن للشريك حق التقدم) ش: أي الشريك في الرقبة أحق من الجار لما ذكرنا .

م: (فإذا سلم) ش: أي الشريك في الرقبة م: (كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض) ش: أي التي غير معروفة الأسباب في المرض مع ذي الصحة سواء ، وقد مر في الإقرار م: (والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) ش: بأن كانت الدار كبيرة فكان فيها بيوت وفي بيت واحد شركة والشفعة بذلك دون الجار م: (أو جدار معين منها) ش: أي من الدار ، صورته أرض بينهما غير مقسومة فبينا حائطاً في وسطها ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحته مشتركاً بينهما ، فكان هذا الجار شريكاً في بعض المبيع ، فيكون مقدماً على الشريك .

أما لو اقتسما الأرض قبل بناء الحائط وخط خطأ في وسطها ثم أعطى كل واحد شيئاً حتى بنيا حائطاً فكل واحد جار في الأرض شريكاً في البناء لا غير ، والشركة في البناء لا غير لا يوجب الشفعة ، كذا في «الذخيرة» .

م: (وهو مقدم) ش: أي الشريك في المبيع مقدم م: (على الجار في بقية الدار) ش: وكذا على الجار في بقية الدار م: (في أصح الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -) ش: أي وكذا الشريك في الجدار مع أرضه مقدم على الجار في بقية الدار . وفي «المغني»: ذكر القدوري أن الشريك في الأرض التي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع عند محمد وأحد الروايتين عن أبي يوسف فيكون مقدماً على الجار في كل المبيع . وفي رواية عن أبي يوسف يستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة ، وفي الباقي بحكم الجوار فيكون ذلك من جار آخر بينهما .

وقال الكرخي في «مختصره» قال أبو يوسف في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار أحق بالشفعة في ذلك فالشفعة لصاحب الطريق قال وكذلك دار بين اثنين لأحدهما حائط بينه وبين رجل يعني فباع الذي له منزل في الحائط نصيبه من الدار والحائط ، قال والشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط وأرضه ، وكذلك دار بين رجلين ولأحدهما بئر في الدار بينه وبين رجل آخر فباع له الشريك في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة

لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة ، ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً ، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن ، وما تجري فيه فهو عام ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- . وعن أبي يوسف - رحمه الله- أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراخان أو ثلاثة ،

للشريك في البئر في الدار وله شفعة في البئر ، م: (لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة) ش: لأن المنزل من حقوق الدار ومرافقه ، ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر كل حق هو لها .

وإذا كان المنزل من توابع الدار كانت الشركة في المنزل تبعاً للدار وتبع الشيء بمنزلة وصفه وما يصلح صفة لا علة يصلح مرجحاً لها كعدالة الشاهد .

وأراد بقوله : والبقعة واحدة أن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع لا حق لثالث فيه ، وذلك في حكم شيء واحد فإذا صار أحق بالبعض يكون أحق بالجميع .

م: (ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً ، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن) ش: قال عبد الواحد : أراد السفن الصغيرة مثل الزورق حتى لو كان نهراً كبيراً يجري فيه الزورق فالجار أحق ، لأن هؤلاء ليسوا شركاء في الشرب ، وذكره في «المبسوط» ، وفي «الذخيرة» النهر الكبير من يشرب منه لا يحصون .

واختلفوا في حد ما لا يحصى وما يحصى ، قيل ما لا يحصى خمسمائة ، وقيل أربعون ، وقيل مائة ، وقيل أصح ما قيل أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رآهم كان كبيراً وإلا كان صغيراً م: (وما تجري فيه) ش: أي والذي يجري فيه السفن م: (فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-) ش: .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله-: أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراخان أو ثلاثة) ش: أي أو يسقى منه ثلاثة أوجه ، والقراح في الأرض كل قطعة ليس فيها شجر ولا بناء . وقال الأترابي : القرح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء ، والماء القراح الذي لا يخالطه شيء ، كذا في «تهذيب الديوان» ، انتهى .

قلت : قد فرق بينهما بالضم في الأول ، والفتح في الثاني . وفي «العباب» القراح المزرعة التي ليس فيها بناء ولا عليها شجر .

وقال الكرخي في «مختصره» وقال هشام عن أبي يوسف في الساقية الصغيرة تسقي البستانين أو الثلاثة أو تسقي قطعتين أو ثلاثة أو نحو ذلك فصاحب الأرض والبستان له الشرب

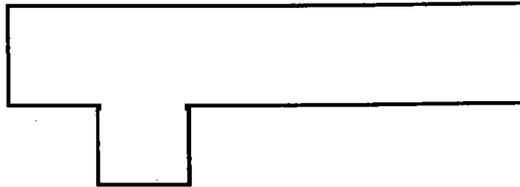
وما زاد على ذلك فهو عام ، فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة
فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا ، وإن بيعت في العليا

في الساقية أحق مما يبيع من الجار الذي له شرب في الساقية .

فإن ترك صاحب أحق مما يبيع من الجار الذي له شرب في الساقية ، فإن ترك صاحب
الساقية شفعة فللجار أن يطلب الشفعة . وقال أبو يوسف : ليس في الأرض التي شربها من
العظم شفعة إذا لم يجعل أبو يوسف العظم مثل الساقية بين القوم .

ثم قال الكرخي فيه وقال هشام : سألت محمداً عن النهر الذي يجري فيه السفن أيكون
للذي لهم النهر الشفعة فيما يبيع من ذلك النهر ، قال نعم ، قال محمد : ولكن ليس لهم الشفعة
بهذا النهر في الأرضين التي شربها من هذا النهر ، هذا بمنزلة الطريق النافذ وقال : وأما ما لا
يجري فيه السفن فإنه بمنزلة الطريق غير النافذ فهم شفعاء بالأنهار في الأرضين التي شربها في
النهر ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد . انتهى لفظه .

وقال القدوري في شرحه : أجرى محمد الحكم على جريان السفن ، لأن ما تجري فيه
السفن في حكم العظم فهو كالدجلة والفرات ، وما لا يجري فيه السفن في حكم الصغير فهو
كالزقاق الذي لا ينفذ . وقال الإمام الأسيجاوي : وفي «شرح الطحاوي» لو أن نهراً يسقي منه
أراضي معدودة وكروم معدودة فبيعت أرض من ذلك أو كرم منها فهم شفعاء فيها ، لأنهم
كلهم خلطاؤه فيها ، وكان النهر عاماً كأن الشفعة للجار الملاصق م : (وما زاد على ذلك) ش : أي
على قراحين أو ثلاثة أقرحة م : (فهو عام) ش : إذا كان عاماً لا يكون مستحقاً للشفعة فيه
بالشركة م : (فإن كانت سكة) ش : أي زقاق م : (غير نافذة) ش : بالرفع لأنها صفة السكة
وليست بخبر لكانت ، لأن كانت هنا تامة فلا تحتاج إلى خبر ، لأن المعنى فإن وجدت سكة غير
نافذة ، وإنما ذكرها بالفاء تفریباً على مسألة القدوري م : (يتشعب منها سكة غير نافذة وهي
مستطيلة) ش : أي والحال أنها مستطيلة هذه صورتها :



م : (بيعت دار في السفلى أي في المتشعبة فلاهلها) ش : أي لأهل المتشعبة م : (الشفعة خاصة
دون أهل العليا) ش : وفي أكثر النسخ وقدر أهل العليا وهو الأصح لأنه لا شركة لهم فيها ولا

فلأهل السكتين ، والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي . ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه . قال : ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفيح شركة ، ولكنه شفيح جوار لأن العلة هي الشركة في العقار ،

حق المرور ، ولهذا ليس لهم أن يفتحوا باباً منها سفلى فكانت كالمملوكة لأهلها . بخلاف الواحدة إذا بيعت داراً في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرور في حق الأقصى ، لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق واحد فيها فللكل فيها شركة من الأول إلى الآخر ، إلا أن الشركة لأهل السفلى أكثر والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف .

م: (وإن بيعت في العليا فلأهل السكتين) ش: أي وإن بيعت دار في السكة العليا فالشفعة لأهل السكتين جميعاً ، لأن لأهل السفلى لهم حق المرور فيها م: (والمعنى ما ذكر في كتاب أدب القاضي) ش: وهو أن حق المرور لأهل السفلى خاصة في الصورة الأولى ، وفي الثانية لأهل السكتين جميعاً ، فكانوا سواء في الشفعة .

م: (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق) ش: يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر فالشفعة لأهله لا أهل الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة .

قال القدوري في «شرح الكرخي» : إذا نزع منه نهر فبيعت أرض شربها من النهر النازع فأهل النهر النازع أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير ، لأنهم يختصون بشرب النهر النازع ، فأهل النهر النازع أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير فإن بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع سواء في الشفعة ، لأنهم سواء في استحقاق الشرب بالشركة في عمود النهر م: (فيما بيناه) ش: أي من استحقاق في الشفعة .

م: (قال : ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفيح شركة ، ولكنه شفيح جوار) ش: أي قال المصنف : قال الكرخي في « مختصره » : قال هشام سألت محمداً عن حائط بين دارين عليه خشب لصاحب هذه الدار ولصاحب الدار الأخرى فبيعت أحد الدارين فجاء صاحب الحائط يدعي الشفعة ، وجار الجار يدعيها ولا يعلم أن الحائط بينهما لك بالخشب الذي قال محمد أسأل المدعي الشفعة البينة أن الحائط بينهما . وإن أقام بينة فهو أحق من الجار لأنه شريك ، وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكاً ، انتهى . وذلك لأن استحقاق الحائط بالخشب ظاهر في الملك والشفعة لا تستحق بالظاهر .

م: (لأن العلة هي الشركة في العقار) ش: أي لأن علة استحقاق الشفعة هي الاشتراك في

وبوضع الجذوع لا يصير شريكاً في الدار لأنه جار ملازق قال : والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا . قال : وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ، ولا يعتبر اختلاف الأملآك . وقال الشافعي - رحمه الله - : هي على مقادير الأنصباء

العقار م : (وبوضع الجذوع لا يصير شريكاً في الدار لأنه جار ملازق) ش : أي موضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً في الدار وهو ظاهر ، ولكنه يكون جاراً ملاصقاً يستحق الشفعة بعد الشريك في الرقبة .

م : (قال : والشريك في الخشبة يكون على حائط الدار جار) ش : والشريك مبتدأ و جار خبره ، وقوله يكون على حائط الدار صفة للخشبة ، أي قال في بيوع «الجامع الصغير» : صورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة أنه قال الشريك في الطريق أحق بالشفعة من الجار ، فأما الشريك بالخشب يكون له على حائط الرجل ، فإنما هو جاره ، انتهى .

وذلك لأنه لا يكون بموضع الخشب شريكاً في شيء من الدار ، وإنما له حق الشغل فكان جاراً ملازماً ، فكان مؤخرأ عن الشريك وقال الكاكي : وتأويله إذا كان وضع الخشبة على الحائط من غير أن يملك شيئاً من رقبة الحائط لأنه إذا كان هكذا يكون جاراً لا شريكاً م : (لما بينا) ش : أشار به إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار .

م : (قال : وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملآك) ش : أي قال القدوري : م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : هي) ش : أي الشفعة م : (على مقادير الأنصباء) ش : وهو قول منه . وفي «شرح الوجيز» : وهو الأصح وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه .

وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية : الشفعة على عدد الرؤوس كقولنا ، واختاره المزني وابن عقيل من أصحاب أحمد ، وهو قول الشعبي والنخعي والثوري ، وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، صورتها دار بين الثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة ، قضى القاضي بها بينهما نصفين عندنا ، وعند الشافعي قضى بها ثلاثاً ، ثلثاها لصاحب الثلث ، وثلثها لصاحب السدس على مقادير أنصبائهما .

ولو أن داراً بيعت ولها شفيعان جاران جوار أحدهما الثلاثة أرباع الدار وجوار الآخر لربعها وجوار أحدهما في قدر شبر من الدار وطلبا جميعاً الشفعة يقضي بينهما نصفين ، وعند الشافعي لا تجب الشفعة للجار ، ولو حضر واحد من الشفعاء أولاً وأثبت شفעתه فإن القاضي يقضي له جميع الدار بالشفعة ، ثم إذا حضر شفيع آخر وأثبت شفעתه فإنه ينظر إن كان الثاني

لأن الشفعة من مرافق الملك ، ألا يرى أنها لتكميل منفعتها فأشبهه الريح والغلة والولد والثمرة .

شفيعاً مثل الأول قضي له بنصف الدار ، فإن كان الثاني أولى من الأول بأن كان الأول جار وهذا خليط فإن القاضي يبطل شفعة الأول ويقضي بجميع الثاني .

وإن كان الثاني دون الأول في الشفعة فإن القاضي لا يقضي للثاني بالشفعة ، وكذلك حكم الشراء . ولو أن رجلاً اشترى داراً وهو شفيعها ثم جاء شفيع مثله قضى القاضي له بنصفها ، وإن جاء شفيع آخر أول منه فإن القاضي يقضي له بجميع الدار فإن كان شفيع دونه فلا شفعة له ، الكل لفظ «شرح الطحاوي» .

م: (لأن الشفعة من مرافق الملك) ش: أي فوائده ، لأنه يستفاد به فيكون على قدر الملك م: (ألا يرى أنها لتكميل منفعتها) ش: أي لأن الشفعة لتكميل منفعة الملك م: (فأشبهه الريح) ش: يعني أن الشريكين إذا اشترى شيئاً ولم يشترط شيئاً ، وقال أحدهما خمسة ، وقال الآخر عشرة فحصل الريح كان الريح بينهما أثلاثاً ، الثلث لصاحب الخمس والثلثان لصاحب العشرة لأن الريح فرع المال ومالها كذلك م: (والغلة) ش: أي وأشبهه غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثاً يكون أثلاثاً م: (والولد والثمرة) ش: أي وأشبهه الولد من الجارية المشتركة أو البهيمة المشتركة يكون فيه الملك لكل واحد بقدر الملك في الأم . وكذلك ثمرة النخل المشترك .

ويشكل على هذا ثلاث مسائل ، إحداها : كما لو أعتق اثنان نصيبهما في عبد مشترك بين ثلاثة على التفاوت فالمعتقان إذا كانا موسرين يقومان مقام الثالث بالسوية .

والثانية : لو مات مالك الدار عن اثنين ثم مات أحدهما وله اثنان ثم باع أحد الاثنين نصيبه فالأخ والعم في الشفعة سواء مع تفاوت حصصهما .

والثالث : إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ ورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوه على العدد ، وامراته وابنه في ذلك سواء . وبهذه المسائل رجح المذني القول الثاني وهو قولنا .

فأجابوا عن مسألة العتق بأنه على القولين ، وسلم أنه قول أحمد فالفرق أن ذلك ضمان إتلاف لا فائدة ملك ، حتى يتقدر بقدره ، وفيه ضعف .

وعن الثانية أن للشافعي - رحمه الله - قولين في القديم وبه قال مالك الأخ مختص بالشفعة لأن ملكه أقرب إلى ملك الأخ ، وفي الجدد وهو قول أبي حنيفة وأحمد والمذني أن العم والأخ يشتركان نظراً إلى الملك لا إلى سبب الملك ، وعن الثالثة أن فيها قولين وعلى قول الاستواء أن أصل الاستحقاق باعتبار الإرث ، وفي هذا لا يختلف ، كذا في «شرح الوجيز» ، وفي الكل ضعف كما ترى .

ولنا : أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق . ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة ، وهذا آية كمال السبب ، وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة ، والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ، ولا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلته ،

م : (ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق) ش : أراد أن الوجود من يسبب في حق كل واحد منهم مثل الوجود في حق الآخر في اقتضاء الاستحقاق ، ألا ترى أن صاحب الكبير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل كما لصاحب الكبير لو باع صاحب القليل ، وهذه آية كمال السبب ، فعلم أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدره .

م : (ألا يرى أنه) ش : توضيح لما قبله أن الشأن م : (لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة ، وهذا آية كمال السبب) ش : أي علامة كمال السبب في حق كل واحد منهم م : (وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة) ش : هذا جواب عما يقال الاتصال سبب الاستحقاق ، وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فأني يتساويان .

أجاب بقوله وكثرة الاتصال يؤذن أي يعلم بكثرة العلة لأن الاتصال يؤذن أي يعلم بكثرة العلة ، لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع م : (والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته) ش : أي بكثرة الدليل كما في الشاهدين وعشرة شهود ، وجراحة واحدة وعشر جراحات ولهذا تنتصف الدية بين من جرح جراحة واحدة وبين من جرح أكثر .

م : (ولا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلته) ش : أي لم تظهر الأخرى بمقابلته ، أي لم يظهر الترجيح في مسألتنا ، إذ لو ظهر لكان المرجوح مدفوعاً بالراجع وهاهنا لا يبطل حق صاحب القليل ، فعرّفنا أنه لا ترجيح في جانبه وهو معنى قوله الظهور الأخرى بمقابلة تحريره أن صاحب القليل لو كان مرجوحاً في مقابلة حق صاحب الكثير لكان لا يظهر حق صاحب القليل في مقابلة حق صاحب الكثير لأن المرجوح مدفوع بالراجع وبه ظهر علم عدم الرجحان .

فإن قال الشافعي لا يلزمي ذلك الجواز أن تكون العلة الواحدة مبنية لكمال الحكم ، ولكن عند الانضمام مع الأخرى يثبت استحقاق أحدهما أكثر مما يثبت عند الانفراد كما في الرجالة في الغنيمة إذا انفردوا يستحقون كل الغنيمة ، وكذا الفرسان إذا انفردوا يستحقون الكل أيضاً ، وعند الاجتماع يقسم على التفاوت .

وكذا لو مات وترك بنتاً وأختاً فللبنت النصف والباقي للأخت أو للأخ بحق العصوبة ، أما لو ترك بنتاً وأختاً كان النصف بينهما أثلاثاً ، فكذا هاهنا . وكذا لو كان الحائض المائل مشتركاً

وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه ، بخلاف الثمرة وأشباهاها . ولو أسقط بعضهم حقه ، فهي للباقيين في الكل على عددهم ؛

بين اثنين أثلاثاً وأشهد عليهما ثم سقط وأصاب مالاً أو نفساً فالضمان بينهما أثلاثاً بقدر الملك ، فيجب أن يكون في الشفعة كذلك .

قلنا : تفضيل الفارس بيته شرعاً بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يصلح علة الاستحقاق فيصلح مرجحاً . أما في مسألتنا ملك كل جزء علة تامة للاستحقاق فلا تصلح مرجحاً .

وأما مسألة الميراث فليست نظيرها ، لأن نصيبه الأخ والأخت عند الانضمام باعتبار أن الشرع جعل عصوبة الأنثى بالذكر علة الاستحقاق نصف ما للذكر ولتفاوتهما في نفس العلة ، لأن العلة مرجحة بعله أخرى إذ العصوبة بالأخ غير العصوبة بالبنت ، فإذا جاءت العصوبة بالأخ زالت العصوبة بالبنت ، والعصوبة بالأخ متفاوتة شرعاً ، فلم يكن من قبل ترجيح العلة بالعله .

وأما مسألة الحائط فقلنا : إن مات يخرج الحائط فالضمان عليهما نصفان لاستوائهما في العلة ، وإن مات ينقل الحائط ، قلنا : فالضمان عليهما أثلاثاً ، لأن التساوي في العلة لم يوجد إذا نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير ، فكان هذا راجعاً إلى ما يتولد من الملك كالولد والثمرة والشفعة ليست من ثمرات الملك .

م : (وتملك ملك غيره) ش : هذا جواب عما قاله الشافعي أن الشفعة من مرافق الملك ، تقريره أن يقال : إن التمكن من التملك م : (لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه) ش : كالأب ، فإن له التمكن من تملك جارية ابنه ، ولا بعد ذلك من ثمرات ملكه م : (بخلاف الثمرة وأشباهاها) ش : وأنها من ثمرات الملك ، لأنها تحصل بلا اختيار ، بخلاف الشفعة فإنها باختياره .

م : (ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقيين في الكل على عددهم) ش : ذكر هذا تفريراً على مسألة القدوري - رحمه الله - هذا عندنا ، وعند الثلاثة على قدر ملكهم ، ولو أراد أن يأخذ حصته دون حصة الباقي ليس له ذلك بالإجماع ، لأن في ذلك تفریق الصفقة والإضرار بالمشتري في تبعض الملك عليه .

وهذا الذي ذكرنا قبل القضاء حتى لو قضى القاضي بالشفعة لأحدهما ثم سلم أحدهما نصيبه لم يجز للأخر أن يأخذ الجميع ، لأنه لما قضى بالدار بينهما بالشفعة سار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه فبطل حق شفعتة فيما قضى لصاحبه

لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ، ولو كان البعض غيباً يقضي بها بين الحضور على عددهم ؛ لأن الغائب لعله لا يطلب ، وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية ، فلو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف ؛ لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء .

ضرورة ، وهكذا إذا قضى للخليط ثم سلم الشفعة لم يكن للشريك في المرافق أن يأخذ بالشفعة لبطلان حقه الضعيف بالقضاء . وكذا لو قضى للشريك في المرافق ثم سلم لم يكن للجار أن يأخذ لما ذكرنا ، ذكره في «المبسوط» .

م : (لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت) ش : أي المزاحمة بالتسليم فبقي حقه في الجميع كالغرماء إذا تخاصموا من التركة فأسقط بعضهم حقه ، سلمت التركة للباقيين ، وهذا كالمقاتل لاثنين إذا عفا ولي أحدهما فلآخر القصاص ، لأن حقه ثبت في الجميع .

فإذا أبرأ الآخر فكأنه لم يكن وليس هذا كالعبد إذا قتل اثنين خطأ فعفا ولي الآخر يبقى حقه في نصف العبد ، ويقال للمولى إما أن يدفع إليه نصف العبد أو الفدية ، لأن جناية الخطأ مال ، فإذا تعلق الجنائتان بالرقبة تضايقت فيها فثبت لكل واحد منهما النصف ، فإذا سلم الآخر المال بعد حق الباقي وليس كذلك الشفعة لأنها حق ليس بمال فهي بدم العبد أشبه .

م : (ولو كان البعض غيباً) ش : بفتح الغين والياء جمع غائب وفي «العباب» : وجمع الغائب غيب وغياب بضم الغين وتشديد الباء وغيب بالتحريك وإنما ثبت فيه البائع للتحريك لأنه أشبه بصيد وإن كان جمعاً ، وصيد مصدر قولك بعيراً صيد لأنه يجوز أن يسوي به المصدر م : (يقضي بها) ش : أي بالشفعة م : (بين الحضور) ش : أي بين الحاضرين وهو جمع حاضر كالركوع جمع راكم م : (على عددهم ؛ لأن الغائب لعله لا يطلب) ش : يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك .

م : (وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف) ش : بأن كان للدار شفيعان فحضر أحدهما حكم له بجميعها ، فإن حضر الشفيح الآخر أخذ منه نصف الدار م : (ولو حضر ثالث) ش : أي شفيح ثالث م : (فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية) ش : لأن الدار بينهم أثلاث على عددهم م : (فلو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف ؛ لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف) ش : لأن الغائب صار مقضياً عليه في النصف ، فلو أخذ الكل يصير مقضياً له في ذلك النصف م : (بخلاف ما قبل القضاء) ش : حيث

قال : والشفعة تجب بعقد البيع ، ومعناه بعده لا أنه هو السبب ؛ لأن سببها الاتصال

يأخذ الكل بعدما حضر لأنه لم يصر مقضياً عليه .

فإن قلت : القاضي لما قضى بالشفعة للحاضر ثبت له الملك من المشتري ، فإذا سلم يكون بمنزلة الإقالة وفيها الشفعة فيأخذ الغائب النصف بالبيع الأول والنصف الآخر بهذا التسليم .

قلت : البيع الذي جرى بين البائع والمشتري لم يفسخ أصلاً وإنما الفسخ في حق الإضافة إلى المشتري ، فإذا سلم عاد إلى المشتري القديم ملك الارتفاع المانع ، فكانت القضية واحدة ، والغائب صار مقضياً عليه في هذه القضية فلا يصير مقضياً له بعد ذلك فيها .

وفي «المسوط» و «الذخيرة» شفيعان أحدهما حاضر والآخر غائب وقضى الحاضر بكل الدار فللغائب أن يأخذ نصفه ، ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه للآخر لم يصح الجعل وسقط حقه وقسمه على عدد من بقي ، وإن قال الذي قضى له بالشفعة للآخر أنا أسلم لك الكل فإما أن يأخذ الكل أو يدع ، فليس له ذلك ، وللثاني أن يأخذ النصف .

ولو كان الحاضر لم يأخذها بالشفعة ولكن اشتراها من المشتري فحضر الغائب إن شاء أخذها كلها بالبيع الأول أو بالبيع الثاني ، لأن الحاضر أسقط حقه بالإقدام على الشراء وخرج من الدين ، ولو كان المشتري الأول شفيعاً أيضاً فاشتراها شفيع حاضر أيضاً معه ، فحضر الغائب إن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول ، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

م : (قال : والشفعة تجب بعقد البيع) ش : أي قال القُدوري : م : (ومعناه بعده لا أنه هو السبب ؛ لأن سببها الاتصال) ش : أي معنى قول القُدوري يجب بعقد البيع أي بعد البيع ، لأن البيع هو السبب للشفعة ، لأن سبب الشفعة اتصال الأملاك ، وقال السغناقي هذا التأويل والتعليل مخالف لعامة روايات الكتب من «المسوط» و «الذخيرة» ، و«المغني» وغيرها لما أنه صرح بأن سبب وجوبها البيع والشراء ، وفساد تأويل الكتاب ظاهر ، لما أن سبب ثبوتها لو كان الاتصال ينتهي .

أما لو سلم الشفعة وفسد قبل البيع يبطل شفيعته ولم يبطل بالإجماع .

وأجيب : بأن هذا لا يلزم على المصنف ، لأنه قال يثبت بعد فيكون البيع شرطاً والشرط يمنع السبب عندنا عن الاتصال بالمحل ، فتسليم الشفعة قبل العقد ككفارة اليمين قبل الحنث فلا يجوز لأن العقد شرط .

ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداة الزكاة قبل

على ما بيناه ، والوجه فيه : أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ، ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه . قال : وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب الموائبة لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض ،

الحلول ، وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد م : (على ما بيناه) ش : يعني قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ، م : (والوجه فيه) ش : أي في هذا التأويل م : (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) ش : أي يعرف رغبة البائع عنه .

والحاصل : أن الاتصال بالملك سبب ، والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه ، بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذه وإن كذبه المشتري وهو معنى قوله م : (ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) ش : .

قال القدوري في «شرح مختصر الكرخي» : الشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك ، وحيث الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ، ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة ، انتهى .

فإن قلت : ينتقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع شفعة . قلت : في ذلك يرد دليل خيار البائع ، بخلاف الإقرار فإنه يجبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية لقبوله به كما زعمه ، والهبة لا تدل على ذلك ، لأن عرض الواهب المكافأة ، ولهذا كان له الرجوع عنه فلا ينقطع حقه بالكلية .

م : (قال : وتستقر بالإشهاد) ش : أي قال القدوري : إن الشفعة تستقر بالإشهاد م : (ولا بد من طلب الموائبة) ش : وهو طلب الشفعة على السرعة ، وإنما أضاف الطلب إلى الموائبة لتلبسها بها م : (لأنه حق ضعيف) ش : أي لأن الشفعة ذكر الضمير بالنظر إلى تذكير الخبر م : (يبطل بالإعراض) ش : قال ﷺ : «الشفعة كحل العقال»^(١) أي قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/٨٣٥) رقم (٢٥٠٠) من طريق محمد بن عبد الرحمن البيهقي عن أبيه عن ابن عمر ... مرفوعاً . قال في «الزوائد» : في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيهقي ، قال فيه ابن عدي : كل ما يرويه البيهقي . فالبلاء فيه منه ، وإذا روى عنه محمد بن الحارث فيهما ضعيفان ورواه ابن عدي (١٧٧/٦) في ترجمة محمد بن الحارث .

فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد . قال : وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم ، لأن الملك للمشتري قد تم ، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ، وتظهر فائدة هذا

السقوط ، فكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على الإعراض عنه أو دام عليه ، والإشهاد والطلب يدلان على ذلك ، فإذا كان كذلك م : (فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه) ش : أي الطلب ، قال في «شرح الطحاوي» : الطلب طلبان طلب موثبة وطلب استحقاق . أما طلب الموثبة فعند سماع البيع من غير سكوت ، ويشهد على طلبه شهوداً ثم لا يمكث حتى يذهب إلى المشتري أو إلى البائع إن كانت الدار في يده أو إلى الدار المبيعة .

وإن كانت الدار في يد المشتري إن شاء أشهد على المشتري بطلب الشفعة ، وإن شاء شهد عند الدار ، ولو طلب من البائع بطلت شفيعته ويطلب عند واحد من هؤلاء طلباً آخر وهو طلب الاستحقاق ويشهد عليه شهوداً ، فإذا ثبت الشفيع شفعة بطلين وأبى المشتري أن يسلمها إليه فهو على شفيعته بعد ذلك بترك الطلب في ظاهر الرواية .

وروي عن محمد بن الحسن أنه قال : إذا مضى شهر لم يطلب مرة أخرى بطلت شفيعته وهو أحد الروایتين عن أبي يوسف . وروي عنه في رواية أخرى له أن يطالب في كل مجلس من مجالس القاضي فإن ترك مجلساً من مجالس القاضي بطلت شفيعته .

م : (ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد) ش : هذا دليل ثان على وجوب الإشهاد وهو ظاهر .

م : (قال : وتملك بالأخذ) ش : أي قال القُدوري أي تملك الشفعة بأخذ الدار المشفوعة م : (إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم ؛ لأن الملك للمشتري قد تم) ش : التحقق سبب الملك وهو الشرط القاطع م : (فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي) ش : لأن تملك ملك الغير لا يجوز بدون رضاه ، إلا أن الشرع جعل للشفيع حق التملك والمقاضاة ، ولأنه عامة فإذا قضى بالشفعة ، وأخذ الشفيع ملكها ولا يملك الشفيع الدار الأبعد قبل تسليم المشتري إليه أو قضاء القاضي ، حتى أن المبيع لو كان كرمًا فأكل المشتري ثمان سنين فإنه لا يجوز مضموناً عليه ولا يطرح عن الشفيع شيء من الثمن لما أكل من ثماره إذا كانت الثمار حرثت بعدما قبض المشتري الكرم وكذا في «شرح الطحاوي» م : (كما في الرجوع في الهبة) ش : أي كما لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالتراضي وقضاء القاضي ، لأن الموهوب دخل في ملك الموهوب له فلا يخرج إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي لما ذكرنا آنفاً . م : (وتظهر فائدة هذا) ش : أي فائدة قوله ويملك

فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين ، أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم ، أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الأولى ، وتبطل شفעתه في الثانية ، ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له . ثم قوله : تجب بعقد البيع بيان بأنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نيينه إن شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

بالأخذ م: (فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين) ش: أي طلب الموائبة وطلب التقرير ، ويسمى طلب التقرير طلب الإشهاد أيضاً م: (أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم) ش: المشتري ، وهذا يرجع إلى الصور الثلاث ، وهي صورة الموت والتبعين والشفيعين م: (لا تورث عنه في الصورة الأولى) ش: وهي ما إذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ .

م: (وتبطل شفעתه في الثانية ولا يستحقها في الثالثة) ش: أي في الصورة الثانية وهي ما إذا باع داره المستحق بها الشفاعة قبل أخذ الدار المشفوعة ، لأن سبب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة بتسليم المخاصم ، وهو المشتري أو بقضاء القاضي م: (لانعدام الملك له) ش: يعني لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها .

م: (ثم قوله : تجب بعقد البيع) ش: يعني قول القدوري م: (بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال) ش: قال في «شرح الطحاوي»: والشفعة فيما إذا ملكت بعوض وهو عين مال ، فأما إذا ملكت بغير عوض كالهبة والصدقة والوصية والميراث فلا شفعة فيها ، وكذا لو ملك بعوض أي بغير مال ، كما إذا جعله مهراً في النكاح أو بدل في الخلع أو صلوح من دم عمد فلا شفعة فيه ، ولو تزوجها على غير مهر مسمى ثم باع داراً من امرأته بذلك المهر أو تزوجها على غير مهر مسمى ثم باع داره بمهر المثل وجبت فيه الشفعة .

ولو تزوجها على الدار تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهراً فلا شفعة فيها ، ولو صالح على الدار من الجناية التي يوجب الأرش بعد القصاص تجب فيها الشفعة بالأرش .
ولو جعلها أجرة في الإجازات لا شفعة فيها ، لأن بدلها ليس بعين مال م: (على ما نيينه إن شاء الله تعالى) ش: أي في باب ما تجب فيه الشفعة ، وما لا تجب .

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال : وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة . اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب الموائبة ، وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ، ولم يطلب شفيعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة لمن واثبها » .

م : (باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

ش : أي هذا باب في بيان طلب الشفعة والخصومة في الشفعة ، ولما لم يثبت الشفعة بدون الطلب والخصومة فيها شرع في بيانه وكيفيته .

م : (قال : وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) ش : أي قال القدوري وأراد بالمطالبة طلب الموائبة والإشهاد فيه في المجلس ليس بشرط ، والشرط هو نفس الطلب ، وإنما يشهد فيه لأنه لا يصدق على الطلب إلا بنيته ، فإن لم يكن يحضره من يشهده قال أنا مطالب بالشفعة ثم ينهض إلى من يشهد ، وإنما يفعل ذلك حتى لا يسقط حق الشفعة فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى .

م : (اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب الموائبة) ش : أي أحدها طلب الموائبة م : (وهو أن يطلبها كما علم) ش : أي على الفور ، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن في كتاب الأجناس نقلاً عن كتاب «الشفعة» لموسى بن نصر صاحب محمد بن الحسن ، يحتاج الشفيع أن يطلبها ساعة بلغة البيع ويتكلم بلسانه بطلب ، حضره المشهود أو لم يحضره ، وقال الحسن بن زياد من قول نفسه ليس عليه أن يكلم بالطلب إذا لم يكن بحضرته أحد .

وفي «شرح الأقطع» يطلبها كما علم وإن لم يكن عنده أحد لثلاث يسقط حقه ديانة ، وفي «المبسوط» لكي يتمكن من الخلف إذا خلفه المشتري م : (حتى لو بلغ الشفيع البيع ، ولم يطلب شفيعته بطلت شفيعته لما ذكرنا) ش : أشار به إلى قوله لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض .

م : (ولقوله عليه الصلاة والسلام : «الشفعة لمن واثبها») ش : هذا ليس بحديث ، وإنما أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» من قول شريح -رضي الله عنه- ، وكذا ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب «غريب الحديث» في باب كلام التابعين . ولو ذكر عوض هذا ما رواه ابن ماجة عن محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن بن اليلماني عن أبيه عن ابن عمر -رضي الله عنهما- ، عن النبي ﷺ قال : «الشفعة كحل العقال» ، لكان أحسن وأصوب ورواه البزار في «مسنده» ومن طريق البزار رواه ابن حزم في «المحلى» وزاد فيه : «ومن مثل بعبده فهو حر وهو مولى الله ورسوله والناس على شروطهم ما وافق الحق» .

ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفעתه ، وعلى هذا
عامة المشايخ - رحمهم الله - ،

ورواه ابن عدي بلفظ ابن ماجة وضعف محمد بن الحارث عن البخاري والنسائي وابن
معين . وقال ابن القطان : واعلم أن محمد بن الحارث هذا ضعيف جداً وهو أسوأ حالاً من ابن
البيلماني وأبيه قال فيه الفلاس : متروك الحديث .

وقال ابن معين : ليس بشيء ، ولم أر فيه أحسن من قول البزار فيه رجل مشهور ليس به
بأس ، وإنما أعله بمحمد بن عبد الرحمن بن البيلماني ، قوله : لمن واثبها أي طلبها على وجه
السرعة والمبادرة وهو من الوثوب على الاستعارة ، لأن من وثب بسرعة في طي الأرض بمشيئه .

م : (ولو أخبر بكتاب والشفعة) ش : أي ولو أخبر الشفيع بكتاب أن الدار التي لك فيها
شفعة قد بيعت م : (في أوله أو وسطه) ش : أي وذكر الشفعة في أول الكتاب أو في وسطه م :
(فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفעתه) ش : لأنه دليل الإعراض م : (وعلى هذا عامة المشايخ -
رحمهم الله -) ش : أي على أن طلب الشفعة على الفور عامة المشايخ ، وقال الكرخي وقال ابن
رستم عن محمد إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضا وهو ترك الشفعة . قال القدوري :
وهذا يدل على أنه للفور ، ثم قال الكرخي وقال هاشم عن محمد في «نواده» : إذا بلغه فسكت
ثم ادعاها من ساعته فهو على شفעתه .

قال القدوري : وهذا بقيد المجلس . وقال ابن أبي ليلى : إن ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت
شفعته . وقال الشعبي : إن تركها يوماً بطلت . وقال شريك : لا يبطل أبداً حتى يبطلها بقوله ،
وفي «شرح الأقطع» وللشافعي أربعة أقوال : أحدها أنها على الفور ، والآخر ثلاثة أيام
والآخر على التأييد ، إلا أن للمشتري مطالبة الشفيع بالأخذ والإسقاط . والرابع أنها على
التأييد ، وليس للمشتري مطالبة الشفيع بشيء .

وفي «مغني الخنابلة» لو علم البيع فسكت لا يبطل شفעתه حتى يعلم المشتري ثم يترك هذا
الطلب تبطل شفעתه عندنا والشافعي في الجديد وأحمد على المنقوص عنه وابن شبرمة
والأوزاعي ، وعن أحمد في رواية الشفعة على التراضي فلم تسقط ما لم يؤخذ منه دليل على
الرضا بالسقوط من عفو ومطالبة بقسمة ، وهو قول مالك والشافعي في قول ، وابن أبي ليلى
والثوري ، إلا أن مالكا قال : ينقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها ، وعنه بمضي
أربعة أشهر . ولو أحدث فيه عمارة من غراس وبناء فله قيمته وقد رأى ابن أبي ليلى والثوري
أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي .

وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم ، والروايتان في النوادر ، وبالثانية أخذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة . ولو قال بعدما بلغه البيع : الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله . أو قال : سبحان الله لا تبطل شفيعته ؛ لأن الأول حمد على الخلاص من جواره ، والثاني : تعجب منه لقصد إضراره . والثالث : لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض ، وكذا إذا قال : من ابتاعها وبكم بيعت

م : (وهو رواية عن محمد) ش : أي قول عامة المشايخ بأنه على الفور رواية عن محمد - رحمه الله - وفي «المحيط» وهي رواية مشهورة صحيحة وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأصح وأحمد في المنصوص م : (وعنه : له مجلس العلم) ش : أي وعن محمد - رحمه الله - أن للشفيع مجلس العلم إن طلبه في ذلك المجلس فله الشفعة وإن لم يطلب م : (والروايتان في النوادر) ش : أي الروايتان المذكورتان عن محمد المذكورتان في «نوادير محمد» .

م : (وبالثانية أخذ الكرخي) ش : أي بالرواية الثانية أخذ الشيخ أبو الحسن الكرخي م : (لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة) ش : قال الكرخي في «مختصره» بعدما ذكر فيه روايات الأصل والنوادر وليس هذا عندي اختلافاً في رواية ولا معنى ، لأن جميع هذه العبارات إنما أريد بها أن لا يكون الطلب متراحياً عن المال تراخياً يدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الإعراض عنها ، وهو عندي على مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته : أمرك بيدك ، وكخيار المشتري إذا أوجب له البائع البيع قال : قد بعثك هذا العبد بألف فللمشتري خيار الرد والقبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به على الإعراض عن الجواب والترك له .

م : (ولو قال بعدما بلغه البيع : الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفيعته ؛ لأن الأول حمد على الخلاص من جواره . والثاني : تعجب منه لقصد إضراره . والثالث : لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض) ش : ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري .

قال الكرخي في «مختصره» : قال هشام في «نوادير» سألت محمداً عن رجل قيل له إن فلاناً باع داره وهو شفيعها وهو صاحبه فقال : الحمد لله قد ادعيت شفيعتها أو لقي صاحبها الذي يدعي الشفعة قبله فبدأ بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها ، أو قال حين آخر بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطس صاحبه فشمته قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد في هذا كله على شفيعته . وقال في «النوادر» سئل أبو بكر البلخي عن الشفيع إذا سلم على المشتري قال : تبطل شفيعته .

م : (وكذا إذا قال) ش : أي الشفيع م : (من ابتاعها) ش : أي من اشترى الدار م : (وبكم بيعت

لأنه يرغب فيها بثمان دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ، والمراد بقوله في الكتاب: أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة ، طلب الموائبة ، والإشهاد فيه ليس بلازم وإنما هو لنفي التجاحد . والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي - رحمه الله- . ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة ، كما لو قال : طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها ؛ لأن الاعتبار للمعنى ،

لأنه يرغب فيها بثمان دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض (ش: فكان التعرف عن هذا تحقيقاً للطلب لا إعراضاً ، لأن كل ذلك من أسباب الشفعة فلا يسقطها م:) والمراد بقوله في الكتاب : أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة ، طلب الموائبة (ش: أي في «مختصر القُدوري» م:) (والإشهاد فيه ليس بلازم وإنما هو لنفي التجاحد) ش: أي في طلب الموائبة لأنه ليس لإثبات الحق ، وإنما هو ليعلم أنه غير معرض عنها حتى يمكنه الخلف حين طلب المشتري حلقه أنه طلبها كما سمع .

فإن قلت : هذا تناقض قوله يجب عليه أن يشهد .

قلت : لا لأن المراد من الأول الإشهاد على الطلب ومن الثاني طلب الموائبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة حتى لو لم يطلب لا يجب طلب الموائبة . وفي «الذخيرة» وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند الطلب لا لأنه شرط بعد هذا الطلب بل لاعتبار ثمرته على المشتري عند إنكاره الطلب كما قالوا : إذا وهب الأب لابنه الصغير وأشهد على ذلك فيما ذكروا الإشهاد لصحة الهبة ، بل لإثباتها عند إنكار الأب ، وكما ذكروا الإشهاد في الحائض المائل على طريق الاحتياط لا لأنه شرط صحة التفرع .

م: (والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي - رحمه الله-) ش: أي بتقييد القُدوري بقوله أشهد في مجلسه ذلك إشارة إلى ما اختاره الكرخي من روايتي محمد وهي أن له مجلس العلم م: (ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة ، كما لو قال : طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها ؛ لأن الاعتبار للمعنى) ش: أن في العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل ، حتى قال الفضلي : إذا سمع الرستا في بيع أرض بجنب أرض وقال شفعتة كان ذلك منهم طلباً ، كذا في «الذخيرة» . وفي «المعني» قيل لو قال طلبت الشفعة أخذتها بطلت شفعتة لأن كلامه وقع كذباً في الابتداء فصار كالكسوت والصحيح أنه طلب ولا يبطل به الشفعة . لأنها كالإنشاء عرفاً كما في بعت واشتريت .

وفي «المحيط» ولو قال طلبت الشفعة وأطلبها بطلت شفعتة ، وكذا لو قال الشفعة لي أطلبها فبطل . ولو قال للمشتري : أنا شفيعك وأخذ الدار منك شفعة تبطل شفعتة ولو كان

وإذا بلغ الشفيح بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالوا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرأ كان أو عبداً صبيّاً كان أو امرأة إذا كان الخبير حقاً .

المشتري واقفاً مع ابنه فسلم قبل الطلب إن سلم على الأب تبطل ، وإن سلم على الابن لا . ولو قال للمشتري بالفارسية شفعتهم خواهم بطلت . ولو قال للمشتري : بارك الله في صفقتك أو ادعى له بالمفقود بعد السلام عليه قبل الطلب تبطل شفعتهم . وقال الشافعي : لا تبطل .

وفي «فتاوى قاضي خان» لو أدركت الصغيرة وثبت لها خيار البلوغ والشفعة ، فلو قدمت أحدهما بطل الآخر ، فالخيلة أن يقول طلبت حقي في الشفعة والخيار في العيون ، قال هشام : سألت محمداً عن رجل حين طلب الشفعة أنا أطلبها ولم يقل قد طلبتها قال هو على شفعتهم . وقال الناطقي - رحمه الله - في «الأجناس» : قال في الهاروني إذا قال الشفيح : أشهدكم على شفعتي كان ذلك منه طلباً وله الشفعة .

وفي «نوادير أبي يوسف» قال علي بن الجعد لو قال الشفيح لي فيها شفعة وأنا أطلبها كان طلباً صحيحاً وله الشفعة . ولو قال لي فيما اشتريت شفعة لا يكون طلباً وبطلت شفعتهم لأنه أخير بما له من الحق ولم يبطله . وقال محمد في «نوادير هشام» قول الشفيح قد ادعيت شفعتهم طلب صحيح .

وقال الإمام الأسيبجي في «شرح الطحاوي» : ولفظ الطلب روي عن محمد بن مقاتل الرازي أن الشفيح يقول طلبت الشفعة فحسب . وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه يقول لا يراعى ألفاظ الطلب فإذا طلبها بأي لفظ كان بعد أن يعرف أنه قد طلبها فقد كفى ، لأن محمداً لم يشترط في كتابه مراعاة اللفظ .

م : (وإذا بلغ الشفيح بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية والمسطور كالعدل عند أبي حنيفة وزفر وأحمد - رحمهم الله - في رواية ، وهذا تفسير العلم الذي ذكر في أول الباب بقوله : وإذا علم الشفيح بالبيع أي إذا علم بأن أخبره رجلان أو رجل وامرأتان .

م : (وقالوا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرأ كان أو عبداً ، صبيّاً كان أو امرأة إذا كان الخبير حقاً) ش : أو به قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد - رحمه الله - في رواية ، وبهذا الخلاف فيهما إذا لم يصدق الشفيح المخبر ، أما لو صدقه فسكت تبطل شفعتهم بخبر كل مخبر مميز .

وأصل الاختلاف في عزل الوكيل ، وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم ، وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده ؛ لأنه ليس فيه إلزام حكم ، وبخلاف ما إذا أخبره المشتري ؛ لأنه خصم فيه ، والعدالة غير معتبرة في الخصوم ، والثاني طلب التقرير والإشهاد لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا ، ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب الموائبة ؛ لأنه على نور العلم بالشراء ، فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير ، وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده ، معناه لم يسلم إلى المشتري

م : (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل ، وقد ذكرناه بدلائله) ش : أي في آخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي م : (وأخواته فيما تقدم) ش : أراد بها المولى ، إذا أخبر بجناية عبد فأعتقه ، والبكر إذا سكنت بعدما أخبرت بإنكاح الولي ، والذي أسلم ولم يهاجر إلينا فأخبر بالشرائع ففي كل ذلك يشترط في المخبر العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

م : (وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت) ش : بأن زوجها خيرها تصير مخيرة م : (عنده) ش : أي عند أبي حنيفة وإن كان المخبر فرداً مميزاً م : (لأنه ليس فيه إلزام حكم) ش : أي في إخبار المخيرة بل هو أنفاً ما كان على ما كان ، لأن النكاح لازم قبل هذا ، وفي حق الشفيع يلزمه ضرر سواء بالجوار حتى لو اختارت نفسها في مجلس الخيرة بإخبار مخبر مميز يقع الطلاق ، وإلا فلا ، ولا يشترط في المخبر أحد شطري الشهادة لما ذكره .

م : (وبخلاف ما إذا أخبره المشتري) ش : يعني أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشتري وقال : اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد أو العدالة ، حتى إذا سكت الشفيع عند الإخبار ولم يطلب الشفعة بطلت شفيعته م : (لأنه خصم فيه) ش : أي لأن المشتري خصم للشفيع في حق الشفعة م : (والعدالة غير معتبرة في الخصوم) ش : لعدم فائدة اشتراطها م : (والثاني طلب التقرير والإشهاد ؛ لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي كما ذكرنا) ش : وهو قوله إنما هو نفي لتجاهه م : (ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب الموائبة ؛ لأنه على نور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير) ش : أي طلب الموائبة لأنه ينكر على المشتري طلب الشفيع حتى لو سمع الشفيع ، عند حضرة أحد من البائع والمشتري أو عند الدار ووجد عنده طلب الموائبة وأشهد على ذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلين ، كذا في «الفتاوى الظهيرية» .

م : (وبيانه) ش : أي بيان هذا الطلب م : (ما قال في الكتاب) ش : أي ما قال القُدوري في «مختصره» بقوله م : (ثم ينهض منه يعني من المجلس) ش : يعني يقوم الشفيع مسرعاً من المجلس م : (ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده ، معناه لم يسلم إلى المشتري) ش : يعني معنى قوله البيع في يده أنه لم يسلمه إلى المشتري ، أما إذا لم يكن في يده ذكر القُدوري والناطق لا يصح

أو على المتباع أو عند العقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفيعته

الطلب منه لأنه لم يبق له يد ولا ملك ، فصار كالأجنبي ، وذكر الإمام أحمد الطواويسي والشيخ الإمام خواهر زاده يصح استحساناً لأن الإشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري م: (أو على المتباع) ش: أي أو على المشتري سواء كانت الدار في يده أو لا ، لأن الملك له ويأخذ الشفعة منه م: (أو عند العقار) ش: أي أو يشهد عند العقار لتعلق الحق به م: (فإذا فعل ذلك استقرت شفيعته) ش: هذا الطلب مقدر بالتمكن ، حتى لو لم يطلب بعد التمكن بطلت شفيعته دفعاً للضرر عن المشتري ، لأنه ربما يتصرف فيها على تقدير أنه لا يطلب الشفعة ثم يطلب بعد زمان فينقص تصرفاته في الدار فيتضرر .

ثم إذا تأخر بعد زمان علم في الليل فأخره إلى الصبح وأقيمت الصلاة ويخاف فوت الصلاة فأخره لا يسقط شفيعته وبه قال الشافعي وأحمد .

وفي «المحيط»: لو صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفيعته ، ولو صلى أكثر تبطل . ولو صلى أربعاً بعد الجمعة لا تبطل . ولو صلى أكثر من أربع تبطل . وكذا لو سمع في الأربع قبل الظهر فأتمها أربعاً لا تبطل . وفي «مبسوط شيخ الإسلام» الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب الموائبة أن لا يمكنه الإشهاد عن طلب الموائبة بأن سمع الشراء حال غيبة المشتري والبائع والدار ، أما إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء ، وطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطليين ، فلو ترك الأقرب من الثلاثة وقصد الأبعد .

فإن كانوا حملة في مصر واحد فالقياس أن تبطل شفيعته . وفي الاستحسان لا تبطل ، لأن نواحي مصر كناحية واحدة حكماً ، أما لو كان أحد الثلاثة في مصر والآخر في مصر آخر وفي رستاق فقصد الأبعد وترك الأقرب بطلت شفيعته استحساناً ، وقياساً لأنهما لم يجعلاً كمكان واحد حكماً .

وفي «شرح الكافي» وقالوا هذا إذا كانوا على طريق واحد فأما إذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب إليهم لا يبطل حقه بالذهاب إلى الأبعد لأنه ربما يكون به عذر لا يكون ذلك في طريق آخر .

وقال في «الأجناس» قال في «نوادير ابن رستم» عن محمد إن كان البائع والمشتري بخراسان ، والدار بالعراق أن للشفيع أن يخاصم المشتري إذا كان بخراسان ولا تبطل شفيعته ، وإن كان الشفيع بالعراق عند الدار أشهد عند الدار على طلب الشفعة وليس عليه أن يأتي خراسان فيخاصم هناك ، ولو خرج إلى خراسان وطلب هناك ولم يطلب عند الدار بطلت شفيعته .

وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه؛ لأن للأول اليد وللثاني الملك ، وكذا يصح الإشهاد عند المبيع ؛ لأن الحق متعلق به ، فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً ، إذ لا يد له ولا ملك ، فصار كالأجنبي . وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف : أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدته ؛ لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم ، والثالث طلب الخصومة والتملك ، وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى . قال : ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وهو رواية عن أبي يوسف . وقال محمد : إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت وهو قول

م : (وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه) ش : أي الإشهاد على البائع أو المشتري ، لأن كلاً منهما خصم للشفيع م : (لأن للأول اليد) ش : أي البائع له اليد م : (وللثاني الملك) ش : أي المشتري له الملك م : (وكذا يصح الإشهاد عند المبيع ؛ لأن الحق متعلق به ، فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً ، إذ لا يد له ولا ملك فصار كالأجنبي) ش : ، وقد ذكرنا عن قريب ما نقل عن خواهر زاده من صحة الإشهاد على البائع بعد تسليمه المبيع إلى المشتري .

م : (وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلاناً اشترى هذه الدار ، وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف : أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدته ؛ لأن المطالبة لا تصح إلا في المعلوم) ش : قال الكرخي في « مختصره » : قال بشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف قال : فإن كان الشفيع غائباً فإذا علم فله من الأجل بقدر المسافة إما أن يقدم وإما أن يبعث وكيلاً في طلبها وذلك بعد أن يشهد حيث علم أنه على شفيعته ويسمي الدار ، والأرض والموضع ويحدد حتى يستوثق لنفسه م : (والثالث) ش : أي النوع الثالث من أنواع الطلب م : (طلب الخصومة والتمليك) ش : وسماه في « الكافي » طلب الاستحقاق وهو أن يرفع المشتري الأمر إلى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة م : (وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى) ش : أي عند قوله وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة إلى آخره .

م : (قال : ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : أي قال القدوري : لا تسقط الشفعة بتأخير طلب الخصومة والتمليك عند أبي حنيفة م : (وهو رواية عن أبي يوسف) ش : هذا قول المصنف - رحمه الله - ولم يذكره القدوري أي قول أبي حنيفة - رحمه الله - رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - وبه قال الشافعي ، وأحمد ، وقول محمد رواية عن أبي يوسف أيضاً .

م : (وقال محمد : إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت) ش : أي الشفعة م : (وهو قول

زفر - رحمه الله - معناه : إذا تركها من غير عذر . وعن أبي يوسف : أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته ؛ لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه . وجه قول محمد : أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري ؛ لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع ، فقد رناه بشهر ؛ لأنه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان . ووجه قول أبي حنيفة ، وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى :

زفر- رحمه الله -) ش: أي قول محمد هو قول زفر - رحمه الله - أيضاً م: (معناه : إذا تركها من غير عذر) ش: أي معنى قول ولا تسقط الشفاعة بتأخير هذا الطلب إذا تركها من غير عذر . وفي «الذخيرة» و«المغني» لو ترك المرافعة إلى القاضي بعد الطلبين بعذر مرض أو حبس أو عدم قدرته على التوكيل بالطلب لم تبطل شفيعته بالإجماع .

أما لو ترك المرافعة بغير عذر لا تبطل عند أبي حنيفة ، وبه قالت الثلاثة ، وهو رواية عن أبي يوسف . وعن محمد وأبي يوسف في رواية إذا طال المدة تبطل وهو قول زفر .

واختلفت الرواية عنهما في طول المدة عنه ففي رواية مقدر بثلاثة أيام . وفي رواية أخرى مقدر بشهر وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وذكر فيها أيضاً لو ترك المرافعة خوفاً أن القاضي يبطل شفيعته بأنه لا يرى الشفاعة على الجوار فهو على شفيعته . وقال الكرخي : قال هشام سألت محمداً عن قول أبي حنيفة فيمن طلب الشفاعة عند غير القاضي ثم سكت قال : هو على شفيعته أبداً ما لم يقل باللسان قد تركتها ، وكذلك قول أبي يوسف ، وقال محمد : فأما في قولنا فإن سكت بعد الطلب شهراً بطلت شفيعته .

م: (وعن أبي يوسف : أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته ؛ لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه) ش: لم يقدر أبو يوسف التأخير بمقدار على هذه الرواية بل جعله على ما يراه القاضي ، لأن ذلك يختلف باختلاف الأحوال .

م: (وجه قول محمد : أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه) ش: أي حذار من نقض البناء والغرس م: (من جهة الشفيع فقد رناه بشهر ؛ لأنه أجل وما دونه) ش: أي ما دون الشهر م: (عاجل على ما مر في الأيمان) ش: أي في مسألة ليقضين حقه عاجلاً ففضاه فيما دون الشهرين في يمينه .

م: (ووجه قول أبي حنيفة: وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى) ش: وهذا مخالف لما قاله القاضي

أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه ، وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائباً ، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر . ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق ؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً . قال : وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي ،

خان في «جامعه» و«صاحب المنافع» و«الخلاصة» مع أن الفتوى على قول محمد -رحمه الله - ولكن الذي أخذ به المصنف هو الذي أخذ به الطحاوي في «مختصره» والكرخي أخذ برواية الشهر ، إلا أن يكون القاضي عليلاً أو غائباً (أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه ، وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق) ش: فإنه إذا كان له حق ثابت عنده أخذ الجهة من الجهات ، فإنه لا يسقط عنه إلا بالأداء وبإسقاط صاحبه بالتصريح ، فكذا هذا .

م: (وما ذكر من الضرر) ش: جواب عن قول محمد ، أي ما ذكر محمد من ضرر المشتري م: (يشكل بما إذا كان) ش: أي الشفيع م: (غائباً ، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر) ش: أي لا فرق في لزوم الضرر على المشتري بين أن يكون الشفيع حاضراً أو غائباً لم يعتبر ضرره في الشفيع الغائب حيث لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ، فيجب أن لا تبطل فيما إذا كان الشفيع حاضراً .

وفي «الذخيرة» لو كان الشفيع غائباً ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ثم له في الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع والدار المبيعة لطلب الإشهاد ، ولو قدم المصّر وتغيّب المشتري وطلب الإشهاد على البائع أو عند الدار ثم ترك طلب التملك لا تبطل شفيعته ، وإن طال ذلك بلا خلاف ، لأن ذلك ترك بعذر إذ لا يمكنه اتباع المشتري لأجل الخصومة ، لأنه كلما قدم مصراً فيه المشتري ليأخذه هرب المشتري إلى مصر آخر . ثم الشفيع تثبت للغائب عند جمهور العلماء إلا عند النخعي والعكلي والبتي حيث قالوا لا شفيع للغائب ؛ لأن في إثباتها ضرراً بالمشتري ، وللجمهور عموم الأحاديث .

م: (ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق ؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً) ش: أراد بالاتفاق أصحابنا . وقال أحمد والشافعي : تبطل ، لأن الأخذ بالشفيع لا يفتقر إلى حكم الحاكم عندهما ، لأنه حق ثبت بالإجماع والنص ، فلا يفتقر إلى الحكم كالرد بالعيب . قلنا : هو نقل الملك عن مالكه إلى غيره قهراً فيحتاج إلى الحكم كالرد بالعيب .

م: (قال : وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي) ش: أي قال القدوري وهذا هو طلب الخصومة

فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه بإقامة البينة لأن اليد ظاهر محتمل ، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق . قال- رضي الله عنه:-
ويسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها ؛ لأنه ادعى

الذي وعده بقوله وسنذكر كيفيته من بعد م: (فادعى الشراء) ش: أي ادعى أن فلاناً اشترى الدار م: (وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه) ش: وهو المشتري م: (فإن اعترف بملكه الذي يشفع به) ش: أي فإن أقر المشتري بملك الشفيع الذي يشفع به صار خصماً فيسلمها ، وهذا هو جواب أن الشرطية .

م: (وإلا) ش: أي وإن لم يعترف بأن أنكر ملك الشفيع بأن قال الملك الذي في يده ليس له وإنما هو ساكن فيه م: (كلفه) ش: أي كلف القاضي الشفيع م: (بإقامة البينة) ش: على أن الدار التي هو فيها ملكه ليثبت كونه خصماً ، لأن الخصومة في الشفعة فرع على ثبوت السبب وهو المجاورة والشركة ، فإذا لم يثبت لم يصح إثبات ما هو فرع عليه .

وقال زفر : وهو أحد الروايتين عن أبي يوسف ليس عليه إقامة البينة على الملك ، لأن اليد دليل على الملك ، ألا ترى أن الشهود يشهدون بالملك بمشاهدة اليد فوجب بشهادة اليد فوجب أن يقضي بالشفعة لأجلها .

ودليلنا ما أشار إليه بقوله م: (لأن اليد ظاهر محتمل) ش: فيحتمل أنه يد ملك وغير ذلك م: (فلا تكفي لإثبات الاستحقاق) ش: لأن المحتمل لا يصلح أن يكون حجة للإلزام على الغير ، وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في «الحلية» و«مغني الحنابلة» وما ذكره في «الكافي» خلافاً للشافعي ليس بمعتمد مذهبه ، وظاهر اليد لا يثبت للاستحقاق على الغير ، ولهذا قالوا إذا زعم المقذوف أنه حر وقال القاذف هو عبد لم يجب الحد حتى يقيم المقذوف البينة على الحرية وذلك لأن الظاهر الحرية إلا أنه لا يستحق بهذا الظاهر حقاً على الغير ، وكذلك المقطوعة يده إذا زعم أنه حر وطلب القصاص من القاطع فقال القاطع : هو عبد لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى .

وكذلك قالوا في المشهود عليه إذا زعم أن الشاهد عبد لم يقض عليه بظاهر الحرية ، وكذلك إذا زعمت العاقلة أن القاتل عبد لم يقض عليه لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت أنه حر .

م: (قال - رضي الله عنه- : ويسأل القاضي المدعي) ش: أي قال صاحب «الهداية» يسأل القاضي مدعي الشفعة م: (قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار) ش: أي الدار المشفوعة بأن يقول الشفيع دار فلان في بلدة كذا في محلة كذا م: (وحدودها) ش: الأربع م: (لأنه ادعى

حقاً فيها فصار كما إذا ادعى رقبتهما ، وإذا بين ذلك يسأل عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها .
فإن قال : أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف - رحمه الله - ، وذكر
في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً

حقاً فيها) ش: أي في الدار والدعوى لا يصح إلا في المعلوم م: (فصار كما إذا ادعى رقبتهما) ش:
أي صار حكم هذا الحكم من يدعي رقبة الدار حيث لا يصح دعواه إلا إذا بينها بحدودها
وأوصافها .

م: (وإذا بين ذلك) ش: أي في موضع الدار وحدودها م: (يسأله عن سبب شفيعته) ش: أي
يسأل القاضي الشفيع بأي سبب يدعي الشفعة م: (لاختلاف أسبابها) ش: أي لاختلاف أسباب
الشفعة من الشركة والجوار فإنها على المراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو
محبوب بغيره أم لا ، وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سبباً فإنه سبب عند شريح إذا كان
أقرب باباً فلا بد من البيان . ويقول له أيضاً متى أخبرت بالشراء كيف صنعت حين أخبرت به
ليعلم أن المدة طالت أم لا ، فإن عند أبي يوسف ومحمد إذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى
دعواه وعليه الفتوى ، وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم
البطلان بالتأخير ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الإشهاد ، فإذا قال طلبت حين علمت أو أخبرت
من غير لبث يسأله عن طلب الاستقرار ، فإن قال طلبته من غير تأخير يسأله عن المطلوب
بحضرته فقد كان أقرب إليه من غيره . فإن قال نعم فقد صحح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه
فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البيعة على ما ذكرنا .

م: (فإن قال : أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف - رحمه الله -)
ش: ذكر هذا تفريراً على ما تقدم وبيانياً للخلاف الذي ذكر الحدود فإنه إذا قال أنا شفيع الدار
المشركة بدار تلاصق الدار المشفوعة وبين حدود الدار المشفوعة وأنها في بلدة كذا في محلة كذا
يتم دعواه عند الخصاف ولا يشترط ذكر حدود دار عنده .

م: (وذكر في «الفتاوى» تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً) ش: فالشرط على ما ذكر في
الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي بطلت الشفعة بها بأن يقول أنا شفيعها بالجوار بداري التي
أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث كذا ، والرابعة كذا وبيان صدور الدار المشتركة
المشفوعة ما ذكرنا .

وقال الفقيه أبو الليث : وأما الطلب عند الحاكم أن يقول اشترى هذه الدار التي أحد
حدودها كذا ، والثانية كذا ، والثالثة كذا ، والرابعة كذا ، وأنا شفيعها بالجوار بالدار التي أحد
حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث كذا ، والرابع كذا ، طلبت أخذها بشفعتي فمره بتسليمها

وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد . قال : فإن عجز عن البينة استحلّف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به، معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه . ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم . فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار ، فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع أم لا ، فإن أنكر الابتاع قيل للشفيع أقم البينة ، لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع ، وثبوته بالحجة .

إلي بشفعتي هذه م : (وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد) ش : فكلاهما اسم لكتاب واحد للمصنف في الفتاوى .

وذكر فيه وقال : ينبغي أن يقول : وأنا أطلب الشفعة بدار اشتريتها من فلان التي أحد حدودها كذا . والثاني كذا ، والثالث كذا والرابع كذا ، لأن الدار إنما تصير معلومة بذكر الحدود وبين حدود الدار المشتراة أيضاً ، لأن الدعوى إنما تصح بعد إعلام المدعي به والإعلام بذكر الحدود .

م : (قال : فإن عجز عن البينة) ش : أي قال القدوري : فإن عجز الشفيع عن إقامة البينة وهو عطف على قوله كلفه إقامة البينة م : (استحلّف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك الذي ذكره مما يشفع به) ش : هذا تحليف على العلم على ما نذكره ، وفي «الذخيرة» هذا على قول أبي يوسف لأنه استحق الشفعة بمجرد اليد عنده ، أما عند محمد فيحلف على البتات لأنه يدعي عليه استحقاق الشفعة ، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره ، وهناك يحلف على البتات ، فكذا هاهنا .

م : (معناه بطلب الشفيع) ش : أي معنى قول القدوري استحلّف المشتري إذا طلب الشفيع م : (لأنه) ش : أي لأن الشفيع م : (ادعى عليه) ش : أي على المشتري م : (معنى لو أقر به لزمه) ش : أي لو أقر به المشتري لزمه بإقرار م : (ثم هو استحلاف على ما في يد غيره) ش : أي ثم هذا الاستحلاف على ما في يد غيره م : (فيحلف على العلم) ش : والأصل فيه قوله ﷺ لليهود في القسامة : « فيحلف منكم خمسون رجلاً خمسين يميناً بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً » ، فكان ذلك أصلاً في أن اليمين إذا كانت على فعل المدعى عليه كانت على البتات ، وإذا كانت على فعل الغير كانت على العلم م : (فإن نكل) ش : أي المشتري عن اليمين م : (أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار ، فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه) ش : يعني على الشراء م : (هل ابتاع أم لا) ش : أي هل اشترى الدار المشفوعة أم لم يشتري م : (فإن أنكر الابتاع قيل للشفيع أقم البينة) ش : على الشراء م : (لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع ، وثبوته بالحجة) ش : وهي الإقرار أو البينة .

قال : فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره ، فهذا على الحاصل ، والأول على السبب ، وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله ، وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة ، وفي مثله يحلف على البتات قال : وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي . فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن ،

م : (قال : فإن عجز عنها) ش : أي قال القُدوري : فإن عجز الشفيع عن إقامة البينة م : (استحلف المشتري بالله ما ابتاع) ش : أي استحلف القاضي المشتري بالله ما اشترى م : (أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) ش : أي أو استحلف بالله ما استحق الشفيع عليه في هذه الدار شفعته . وفي بعض النسخ أو بالله ما استحق على هذه الدار شفعته م : (فهذا على الحاصل) ش : أي فهذا الاستحلف على الحاصل ، أعني استحلف على حكم الشيء في الحال .

والأصل في الاستحلف هو الاستحلف على الحاصل عندهما ، وعند أبي يوسف على السبب إلا إذا وجد التعريض من المدعى عليه فحيثئذ يحلف على الحاصل .

وفي «شرح الأقطع» فالذي ذكره في الكتاب إنما هو قول محمد . وقال أبو يوسف يحلف بالله ما ابتاع إلا أن يعرض فيقول قد يشتري الإنسان بالشيء ثم يفسخ العقد فلا يمكن استحلافه كذلك فيحلفه بالله ما يستحق عليه شفعته .

م : (والأول على السبب) ش : وهو قوله بالله ما ابتاع م : (وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى ، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله) ش : أي في فصل كيفية اليمين والاستحلف في الدعوى في قوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحلف في جميع ذلك على السبب إلى آخره م : (وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة ، وفي مثله يحلف على البتات) ش : أي يحلف القاضي المشتري في إنكاره الابتاع فيقول : بالله ما ابتعت أو يقول بالله ما يستحق الشفيع على هذه الدار شفعة ، بخلاف استحلف المشتري على إنكاره ملك الشفيع في الدار التي يسكنها الشفيع فإنه يحلفه على العلم فيقول بالله ما أعلم أنه ما تملك لها .

م : (قال : وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي) ش : أي قال القُدوري : وذلك لأن الثمن إنما يجب بعد انتقال الملك إلى الشفيع ففي حالة المنازعة للانتقال فلا يجب عليه إحضار الثمن م : (فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن) ش :

وهذا ظاهر رواية الأصل . وعن محمد : أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري ، وجه الظاهر : أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ،

لا انتقال الملك إليه م : (وهذا ظاهر رواية الأصل) ش : وبه قالت الثلاثة وابن شبرمة إلا عند الشافعي وابن شبرمة ينتظر ثلاثة أيام .

فإن أحضر وإلا فسخ عليه ، وعند مالك وأحمد ينتظر يوماً أو يومين وإلا يفسخ عليه ، وإنما قال هذا ظاهر رواية الأصل ، ولم يقل هذا رواية الأصل لأنه لم يصرح في الأصل هكذا ، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير إحضار الثمن ، لأنه قال للمشتري أن يجبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته إن مات .

م : (وعن محمد : أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري) ش : أي حتى لا يهلك ، وقال رسول الله ﷺ : « لا توى على مال امرئ مسلم » . قوله عساه أي عسى الشفيع يكون مفلساً . وأصل استعماله بأن نحوه عسى زيد أن يخرج ، وقد يشبهه يكاد فيترك أي نحو قول الشاعر :

عسى الكرب الذي أمسيت فيه يكون وراؤه فرج قريب

وما ذكره المصنف - رحمه الله - من هذا القبيل واسم عسى هاهنا الضمير البارز .

م : (وجه الظاهر : أنه لا ثمن له عليه) ش : أي الشأن لا ثمن للمشتري على الشفيع م : (قبل القضاء) ش : فلا يتمكن المشتري من مطالبته ، فكيف يجب إحضاره ، وفي « شرح الطحاوي » لا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن أما لو قضى ينفذ قضاؤه ووجب عليه الثمن فيجسب المشتري المبيع حتى يحضر الشفيع الثمن .

ولو قال للشفيع : ليس عندي الثمن أحضره اليوم أو غداً أو ما أشبه ذلك فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ، ويبطل حقه في الشفعة ، ثم قال والفرق بين البائع والمشتري وبين الشفيع والمشتري ، فإن المشتري في البيع لو ماطل لا يبطل الشراء ، وهاهنا يبطل والبائع أزال البيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد ضر بنفسه عن اختياره فلا يزيل ملك نفسه عن اختياره فلا يبطل ملك المشتري ، وإنما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع ، فإن المشتري هاهنا فلا يزيل ملكه نفسه عن اختياره ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن إليه ، بل الشفيع يتملك عليه كرهاً دفعاً للضرر عن نفسه ، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا ماطل في دفع الثمن .

ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره . وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد أيضاً ؛ لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو أدر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفيعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي . قال : وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة ؛ لأن اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ، ويجعل العهدة عليه ؛ لأن الملك للمشتري

م : (ولهذا) ش : أي ولعدم كون الثمن عليه قبل القضاء م : (لا يشترط تسليمه ، فكذا لا يشترط إحضاره) ش : لأنه ليس بثابت عليه م : (وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن) ش : أي فإذا قضى للشفيع بالدار . وفي بعض النسخ فإذا قضى بالدار للشفيع فللمشتري م : (وينفذ القضاء عند محمد أيضاً ؛ لأنه فصل مجتهد فيه) ش : يعني أن عند محمد لا يقضى بالشفعة قبل إحضار الثمن ، ومع هذا لو قضى بها قبل الإحضار ويفيد القضاء عنده أيضاً لوقوعه في محل مجتهد فيه ، وإنما قال عند محمد أيضاً ، لأن الإشكال يجيء على مذهبه إذ لا يجوز القضاء عنده حتى يحضر الثمن كما ذكرنا .

م : (ووجب عليه الثمن) ش : أي على الشفيع م : (فيحبس فيه) ش : أي في الثمن إذا أخره م : (فلو أدر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفيعته) ش : أي فلو أدر الشفيع الثمن بعدما قال القاضي له ادفع الثمن إليه ، أي إلى المشتري لا تبطل شفيعته . وفي «الكافي» عند محمد م : (لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي) ش : أي لأن الشفعة تأكدت بخصومة الشفيع عند القاضي .

م : (قال : إن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده) ش : أي قال القدوري أي وإن أحضر الشفيع البائع عند القاضي والحال أن الدار المشفوعة في يده ولم يسلمها إلى المشتري م : (فله أن يخاصمه في الشفعة) ش : أي للشفيع أن يخاصم البائع في الشفعة م : (لأن اليد له وهي يد مستحقة) ش : أي معتبرة كيد الملاك ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن . ولو هلك في يده ملك من ماله ، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه م : (ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه) ش : أي بحضور من المشتري والمشهد بفتح الميم مصدر اسمي بمعنى الشهود وهو الحضور م : (ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه) ش : أي على البائع وهي ضمان سبب الثمن عند الاستحقاق لأنه هو القابض للثمن م : (لأن الملك للمشتري) ش : لأنه ثبت له بالبيع فصار ملكه ، ألا ترى أنه يجوز له أن يتصرف فيه تصرف الملاك .

واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيح ، فلا بد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت ، حيث لا يعتبر حضور البائع ؛ لأنه صار أجنبياً إذ لا يبقى له يد ولا ملك . وقوله : فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى ، وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ، ثم وجه هذا الفسخ المذكور

م: (واليد للبائع) ش: ألا ترى أن له أن يحبس لاستيفاء الثمن م: (والقاضي يقضي بهما) ش: أي بالملك واليد م: (للشفيح فلا بد من حضورهما) ش: أي حضور البائع والمشتري ، إذ الشفيح يريد استحقاق الملك واليد ، ولأن أخذه من يد البائع يوجب انفساخ البيع بين البائع والمشتري وإذا لا يتم إلا بحضور من المشتري فيشترط حضوره ثم الأخذ من يد البائع يجوز عندنا وعند الشافعي في وجه واحد .

وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية : يجبر الحاكم المشتري حتى يقبضه من يد البائع فيأخذ الشفيح من يده والعهدة على المشتري بكل حال عند الثلاثة . وعند زفر وابن أبي ليلى والبناء على البائع بكل حال ، وعندنا إن أخذ من يد البائع فالعهدة عليه ، وإن أخذه من يد المشتري فالعهدة عليه .

وروى ابن سماعه وبشر بن الوليد عن أبي يوسف أن المشتري إن كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيح بالشفعة بحضور من البائع والمشتري ، فإن الشفيح يقبض الدار من البائع ويتقد الثمن للمشتري وعهده عليه ، وإن كان لم يتقد الثمن دفع الثمن إلى البائع وعهده عليه .

م: (بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبياً إذ لم يبق له يد ولا ملك) ش: أي للبائع ، أما عدم اليد فظاهر ، لأن المبيع قبض ، وأما عدم الملك فلأن المشتري ملكه بالعقد الصحيح مع القبض .

م: (وقوله) ش: أي قول القدوري م: (فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه) ش: يعني اشتراط الحضور معلول بعلتين : إحداهما أنه يصير مقضياً عليه في حق الملك ، لأنه قال قبل هذا ، لأن الملك للمشتري واليد للبائع فلا بد من حضوره ، وثانيهما أنه يصير مقضياً عليه بحق الفسخ كما ذكرها هنا ، فلا بد من حضوره ، إذ القضاء على الغائب لا يجوز .

م: (ثم وجه هذا الفسخ المذكور) ش: وهو الفسخ المذكور في قوله فيفسخ البيع بمشهد منه ، ولما كان الفسخ للبيع يوهم العود على موضعه بالنقض في المسألة ، لأن نقض البيع إنما هو لأجل

أن يفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة ، وهو يوجب الفسخ ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه ؛ لأن الشفعة بناءً عليه ، ولكنه تتحول الصفقة إليه ، ويصير كأنه هو المشتري منه

الشفعة ، وبعضه يفضي إلى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقص بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور م: (أن يفسخ في حق الإضافة) ش: يعني يصير البيع مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى المشتري م: (لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة) ش: هذا لتعليل لقوله أن يفسخ في حق الإضافة ، وإن قبض المشتري مع ثبوت حق الأخذ للشفيع ممتنع .

وإذا كان ممتنعاً فإن الغرض من الشراء هو الانتفاع بالبيع ، فيحتاج إلى الفسخ ، وهو معنى قوله م: (وهو يوجب الفسخ) ش: أي امتناع قبض المشتري بسبب الأخذ بالشفعة يوجب الفسخ ، لأن الأسباب شرعت لأحكامهما لانتفائهما .

م: (إلا أنه يبقى أصل البيع) ش: هذا استثناء عن قوله يفسخ في حق الإضافة ، وإلا بمعنى لكن ، يعني لكن الشأن يبقى أصل البيع بمعنى الفسخ في حق المشتري لا البائع ، ويبقى أصل البيع ، أعني الصادر من البائع وهو قوله بعث مجرداً من إضافته إلى ضمير المشتري لتعذر انفساخه ، فإنه لو انفسخ عاد على موضعه بالنقص كما ذكرنا

م: (لتعذر انفساخه) ش: أي انفساخ العقد في حقهما من كل وجه ، لأنه يصير كأن البيع لم يكن أصلاً ، لأن الانفساخ من كل وجه عبارة عنه ، فحينئذ يبطل حق الشفعة م: (لأن الشفعة بناءً عليه) ش: أي على البيع م: (ولكنه تتحول الصفقة إليه) ش: أي ولكن الشأن يتحول العقد إلى الشفيع ، وهذا وجه التحويل لبقاء العقد ، وهو بتحويل الصفقة إليه .

م: (ويصير كأنه هو المشتري منه) ش: أي يصير الشفيع كأنه المشتري من البائع ، وهذا لأن الشفعة ثابتة في الشرع ألبة ، وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذراً لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها ، وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى إلى غيره ، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار .

وقال بعضهم : نقل الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحول لم يكن للشفيع بعقد جديد ، قالوا لو كان بطريق لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ، ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب ، والمشتري اشتراها على أن البائع بريء من كل عيب بها ، لكن له ذلك .

فلهذا يرجع بالعهد على البائع ، بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه ؛ لأنه تم ملكه بالقبض ، وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وإنه يوجب الفسخ ، وقد طولنا الكلام فيه في «كفاية المنتهي» بتوفيق الله تعالى . قال : ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع ، لأنه هو العاقد ، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه . قال : إلا أن يسلمها إلى الموكل ، لأنه لم يبق له يد ولا ملك ، فيكون الخصم هو الموكل ؛

والجواب أن العقد يفضي إلى سلامة المعقود عليه من العيب ، وإنما تغير في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرواية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة السلامة نظراً إلى الأصل .

م : (فلهذا) ش : أي فلتحول الصفقة إليه م : (يرجع بالعهد على البائع) ش : لأنه لو باع كما كان ، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري م : (بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه) ش : أي الشفيع م : (من يده حيث تكون العهدة عليه ؛ لأنه تم ملكه بالقبض ، وفي الوجه الأول) ش : وهو فيما إذا كان المبيع في يد البائع وأخذ الشفيع منه م : (امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ) ش : أي فسخ البيع الذي كان بين المشتري وبينه م : (وقد طولنا الكلام فيه ،) ش : أي في حكم المسألة المذكورة م : (في «كفاية المنتهي» بتوفيق الله تعالى) ش : وقد بينا شيئاً من ذلك في أثناء الكلام .

م : (قال : ومن اشترى داراً لغيره) ش : أي قال القدروري : يعني اشترى لغيره بطريق الوكالة م : (فهو الخصم للشفيع ؛ لأنه هو العاقد) ش : فيتوجه عليه حقوق العقد م : (والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) ش : أي فتوجه الخصومة على الوكيل .

م : (قال : إلا أن يسلمها إلى الموكل) ش : أي قال القدروري إلا أن يسلم الوكيل الدار إلى الموكل فحيث أن يكون الموكل هو الخصم م : (لأنه لم يبق له يد ولا ملك) ش : أي لأن الشأن لم يبق للوكيل يد في الدار ولا ملك فصار كالبائع إذا سلم إلى المشتري يخرج من الخصومة بالتسليم ، غير أن البائع لا يكون خصماً إذا كانت الدار في يده حتى يحضر المشتري والوكيل إذا قبض خصم وإن لم يحضر الموكل ، لأن المشتري لم يقم البائع مقام نفسه فلم يجز فسخ الملك عليه من غير حضوره ، وأما الموكل فقد أقام الوكيل مقام نفسه ورضي به فجاز أن يفسخ الملك بمخاصمته وإن لم يحضر الموكل .

م : (فيكون الخصم هو الموكل) ش : يعني إذا سلم الوكيل الدار إلى الموكل يكون هو الخصم . وفي «شرح الطحاوي» ومن اشترى داراً لرجل يأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة ، فإنه ينظر إن كان الوكيل لم يسلم الدار إلى الموكل ، فإن للشفيع أن يأخذ الدار منه فيكتسب

وهذا لأن الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه ، إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل ، فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم ، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده ؛ لأنه عاقد ، وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا .

عهدته عليه وينقد الثمن إليه بقوله الوكيل إلى الموكل ، وإن كان الوكيل سلم الدار إلى الموكل أخذها منه وينقد الثمن إياه ويكتب العهدة .

وروي عن أبي يوسف أنه قال : لا يأخذ من يد الوكيل لأنه إنما اشتراها للموكل وهو ليس بخصم فيها ، ولكن يقال سلم الدار إلى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه ، وفي ظاهر الرواية ما ذكرنا أنه يأخذ من يد الوكيل إذا كان في يده لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد فيكون في حقوق عقد كالمالك والشفعة من حقوق العقد .

م: (وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف) ش: في باب الوكالة أن بين الوكيل والموكل بيع حكماً م: (فتسليمه إليه) ش: أي بتسليم الوكيل إلى الموكل م: (كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه) ش: أي مع الموكل ، يعني لو كان سلم إلى المشتري كان هو الخصم ، فكذا الموكل .

م: (إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كان الوكيل والموكل كالبايع والمشتري كان ينبغي أن يشترط حضورهما جميعاً في الخصومة في الشفعة إذا كان الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري كما يقدم ، وتقرير الجواب أن يقال : إن الوكيل قائم مقام الموكل لكونه نائباً عنه م: (فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم) ش: والبائع هناك ليس بنائب عن المشتري ، فلا يكتفي بحضوره .

م: (وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب ، فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد ، وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه) ش: ويكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كان الورثة صغاراً ، وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازاً عما لا يتغابن الناس بمثله فإن بيعه به لا يجوز ، وكذا لو كانت الورثة كلهم كباراً لا يجوز بيع الوصي إذا لم يكن على الميت دين ، فكان قوله يجوز بيعه احترازاً من هذين البيعين ، وعند الثلاثة في المسألة الوكيل يأخذ من يد الموكل ، لأن حقوق العقد ترجع إليه عندهم .

وفي مسألة وكيل الغائب للشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا وهو قول أحمد م: (لما ذكرنا) ش: في الوكالة .

قال وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رأها فله خيار الرؤية . وإن وجد بها عيباً فله أن يردها وإن كان المشتري شرط البراءة منه ، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ، ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه والله سبحانه وتعالى أعلم .

م: (قال : وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رأها فله خيار الرؤية) ش: أي قال القدوري قوله : ولم يكن أي والحال أنه قال لم يكن رأها قبل ذلك م: (وإن وجد بها عيباً فله أن يردها) ش: أي وإن وجد الشفيع بالدار عيباً فله أن يردها ، لأن الشفيع مع المشتري بمنزلة المشتري أن البائع ثم المشتري له أن يرد بخيار الرؤية والعيب ، فكذلك للشفيع أن يرد بالخيارين على الذي أخذ منه .

م: (وإن كان المشتري شرط البراءة منه) ش: أي من العيب م: (لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء . ألا يرى أنه) ش: أي الأخذ بالشفعة م: (مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران) ش: أي خيار الرؤية وخيار الشرط م: (كما في الشراء) ش: أي كما يثبت الخياران في الشراء م: (ولا يسقط) ش: أي خيار العيب م: (بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته) ش: أي ولا تسقط أيضاً خيار الرؤية من الشفيع برؤية المشتري م: (لأنه ليس بنائب عنه) ش: أي لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع م: (فلا يملك إسقاطه ، والله سبحانه وتعالى أعلم) ش: أي فلا يملك المشتري إسقاط خيار الشفيع بالعيب والرؤية .

قال الإمام العتابي في «شرح الجامع الكبير» الأخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث يملك بضمن معلوم حيث يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستيفاء حقه من وجه حتى يستوفي فيه القضاء والرضاء وعدم الرضاء ، ولو بطل يبطل لا إلى خلف حتى لا يكون المأخوذ منه ضامناً له سلامة البناء ونحوه ، مثاله إذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب سواء كان ذلك للمشتري أو لم يكن .

فلو بنى فيها بناء أو غرس غرساً ثم استحقت الدار والعقار وأمر بقلع البناء والغرس يرجع على من أخذ منه بالضمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه ، لأنه لم يضمن له سلامة البناء لأنه أخذه على كره منه إن أخذه بقضاء .

وكذا إذا أخذه بغير قضاء لأنه يستوفي غير حقه لأنه إنما يأخذ على حق متقدم على البيع لكونه مقدماً على الدخيل فيستوفي فيه القضاء غير القضاء كالرجوع في الهبة لما كان الراجع أخذ بين حقه بحق متقدم على الهبة يستوي فيه القضاء والرضاء .

فصل في الاختلاف

قال : وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، ولا يتحالفان ، لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار ، فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان . قال : ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- ،

م : (فصل في الاختلاف)

ش: ذكر حكم الاختلاف عقيب اتفاق الشفيع والمشتري هو الوجه ، لأن الأصل عدم الاختلاف .

م : (قال : وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) ش: أي قال القدوري بأن قال المشتري : اشتريت بألفين ، وقال الشفيع : اشتريت بألف فالقول قول المشتري مع يمينه ، وبه قالت الثلاثة ، إلا أن أشهب المالكي قال : إن أبي المشتري بما يشبهه فالقول له بلا يمين وإلا مع اليمين ، وقيد في « المبسوط » و« الكافي » والدار مقبوضة م : (لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو) ش: أي المشتري م : (ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ؛ لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار ، فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ) ش: أي لتخير الشفيع إذ المدعي هو الذي لو ترك ترك ، والمختص بهذه الصفة هو الشفيع لا المشتري .

م : (ولا نص ههنا) ش: يعني لم يرد نص بالتحالف في اختلاف الشفيع والمشتري ، وإنما النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الإنكار هاهنا في طرف الشفيع ، لأن المشتري لا يدعي عليه شيئاً فلم يمكن في معنى ما ورد به النص م : (فلا يتحالفان) ش: أي إذا كان كذلك فلا يتحالفان .

فإن قلت : ينبغي أن يجري التحالف ، لأن المشتري من الشفيع ينزل منزلة البائع من المشتري والبيع في يد البائع ، لأن الدار في يد المشتري ، ولو وقع هذا الاختلاف بين البائع والمشتري لكان يجري التحالف بين البائع والمشتري .

قلت : وجد الدعوى والإنكار ثمة بخلاف القياس ، وهذا ليس في معناه من كل وجه ، لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضا أن يوجد فلا يلتحق به .

م : (قال : ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-) ش: أي قال القدوري : وبه قال الشريف الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد : تعرضت البيتان وتناقضا ،

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : البينة بينة المشتري ؛ لأنها أكثر إثباتاً ، فصاركينة البائع والوكيل والمشتري من العبد . ولهما : أنه لا تنافي بينهما ، فيجعل كأن الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشتري ؛ لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول ، وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل ؛ لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه ، كيف وأنها ممنوعة

والقول للمشتري مع يمينه ، ويحتمل أن يفرغ بينهما لأنهما ينازعان في العقد ولاية لهما عليه ، فصار كالمتنازعين عيناً في يد غيرهما .

م : (وقال أبو يوسف - رحمه الله - : البينة بينة المشتري ؛ لأنها أكثر إثباتاً ، فصاركينة البائع) ش : إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقام البينة فإنهما للبايع م : (والوكيل) ش : أي وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنهما كالوكيل م : (والمشتري من العبد) ش : أي وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأمور فإنهما للمشتري لما في ذلك كله من إثبات الزيادة .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة ومحمد م : (أنه لا تنافي بينهما) ش : أي أن الشأن لا منافاة بين بينة الشفيع وبينة المشتري في حق الشفيع بجواز تحقق المين مرة بألف ومرة بألفين على ما شهد عليه البيتان م : (فيجعل كأن الموجود بيعان فللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء) ش : أي بأي البيعتين شاء ، غاية ما في الباب أن الثاني يتضمن فسخ الأول ، إلا أن الأول لم يظهر في حق الشفيع ، لأن حقه قد تأكد والحق للمالك لا يسقط إلا بإسقاط من له الحق فيبقى البيع الأول في حق الشفيع .

م : (وهذا بخلاف البائع مع المشتري ؛ لأنه لا يتوالى) ش : أي لا يجري م : (بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول) ش : لأن الجمع بينهما غير ممكن فيصير إلى أكثرهما إثباتاً ، لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق م : (وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع) ش : فيجمع بين البيتين ولا يصار إلى الترجيح كما لو اختلف العبد مع المولى فقال العبد قلت إن أدبت إلي ألفاً فأنت حر . وقال المولى : إن أدبت إلي ألفين ومن هنا فيجمع بينهما ، إذ لا منافاة بينهما فيجعل كأن الكلامين صدرا من المولى فيعتق العبد بأيهما شاء م : (وهو التخريج لبينة الوكيل) ش : أراد أن المذكور هو التخريج لبينة الوكيل ، ومقصوده أن ما ذكره أبو يوسف في بينة البائع مع المشتري هو الجواب بعينه عما ذكره في بينة الوكيل مع الموكل م : (لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه) ش : أي من الوكيل فلا يمكن توالي العقد بينهما إلا بانفساخ الأول فبعضر التوفيق .

م : (كيف وأنها ممنوعة) ش : أي كيف تكون البينة للوكيل مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن

على ما روي عن محمد - رحمه الله - . وأما المشتري من العدو ، فقلنا : ذكر في «السير الكبير» :
أن البينة بينة المالك القديم . فلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك إلا بفسخ
الأول . أما ههنا بخلافه . ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة ، والبينات للالتزام .
قال : وإذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن

والحال أنها ممنوعة م : (على ما روي عن محمد - رحمه الله - وأما المشتري من العدو فقلنا : ذكر في
«السير الكبير» أن البينة بينة المالك القديم) ش : قال ابن سماعة روي عنه أن البينة بينة المولى القديم
ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما كان بينهما من الوجه حيث صنف السير م : (فلنا أن نمنع) ش :
أي فحينئذ لنا أن نمنع ما ذكره أبو يوسف من كون البينة للمشتري عند الاختلاف مع المولى في
ثمن العبد المأمور م : (وبعد التسليم) ش : يعني وإن سلمنا أن البينة للمشتري مثل ما قال م : (نقول
لا يصح الثاني) ش : أي البيع الثاني بين المشتري وبين المالك القديم م : (هنالك) ش : أي في
مسألة العبد المأمور م : (إلا بفسخ الأول) ش : أي البيع الأول لتعذر التوفيق .

م : (أما ههنا) ش : أي في مسألة اختلاف الشفيع والمشتري م : (بخلافه) ش : أي بخلاف
حكم مسألة العبد المأمور لأن العقدين قائمان في حق الشفيع فله أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذه
طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاهما محمد وأخذ بها ، والطريقة الثانية حكاهما أبو يوسف
ولم يأخذ بها وهي قوله م : (ولأن بينة الشفيع ملزمة) ش : لأنها لا تلزمه على المشتري تسليم الدار
بما قال شاء أو لا .

م : (وبينة المشتري غير ملزمة) ش : لأنه لا يلزم على الشفيع شيئًا لكونه مخيرًا ، وبه حصل
الفرق بين بينة البائع والمشتري ، لأن كل واحد من البيتين ملزمة ، فرجحنا بالزيادة ، وكذلك
بينة الوكيل مع بينة الموكل وفي مسألة الشراء من العدو ، وعلى هذه الطريقة البينة بينة المالك
القديم أنها تلزمه وبينة المشتري لا م : (والبينات للالتزام) ش : يعني مشروعية البينات للإلزام
الخصم وإثبات الحق عليه .

م : (قال : وإذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن) ش : أي قال
القدوري - رحمه الله - أي والحال أن البائع لم يقبض الثمن .

وقال القدوري في «مختصره» : ولا فرق بين أن تكون الدار في يد البائع أو في يد
المشتري ، ألا ترى ما ذكره الكرخي في «مختصره» بقوله وإن اختلف البائع والمشتري والشفيع
في الثمن والدار في يد البائع أو في يد المشتري ولم ينقد الثمن والقول في ذلك قول البائع مع
يمينه إن كان أكثر مما قال جميعاً . انتهى .

أخذها الشفيع بما قاله البائع ، وكان ذلك خطأً عن المشتري ، وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى . ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله . قال : ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويتدان

م : (أخذها الشفيع بما قاله البائع ، وكان ذلك خطأً عن المشتري) ش : أي من البائع عن ذمة المشتري م : (وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى) ش : أي في هذا الباب .

م : (ولأن التملك) ش : وجه آخر ، ولأن تملك الشفيع البيع م : (على البائع بإيجابه) ش : أي بإيجاب البائع بقوله بعث ، ألا ترى أنه لو أقر بالبيع والمشتري ينكر فللشفيع أن يأخذ بالشفعة م : (فكان القول قوله في مقدار الثمن) ش : سواء أدى المشتري الأقل أو الأكثر م : (ما بقيت مطالبته) ش : أي مطالبة البائع م : (فيأخذ الشفيع بقوله) ش : أي بقول البائع .

م : (قال : ولو ادعى البائع الأكثر) ش : أي مما قاله المشتري أو الشفيع فإنه وضع المسألة في «المبسوط» و «الذخيرة» في اختلاف هؤلاء ، فإن قال الشفيع الثمن ألف ، وقال المشتري ألفان ، وقال البائع ثلاثة آلاف وأقاما البيئة فالبيئة بينة البائع ، لأنها تثبت الزيادة ويأخذ الشفيع بما قاله البائع . وقال الشافعي ، وأحمد : يأخذ بما قاله المشتري . ولو اختلفوا في مقداره فإن كان ما قاله البائع أكثر مما قالوا ، وليس لهما بينة م : (يتحالفان ، ويتدان) ش : أي البائع ، والمشتري بالحديث المعروف .

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجاني - رحمه الله - في «شرح الكافي» : إذا اختلف البائع والمشتري ، والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن ، والدار مقبوضة أو غير مقبوضة ، أخذها الشفيع بما قال البائع إن شاء ، وهذا على وجهين : إما أن يقع الاختلاف بينهم على وجه يدعي البائع أكثر الثمنين ، أو المشتري .

أما إذا ادعى البائع أكثر الثمنين بأن قال : بعته بألف درهم ، والمشتري يقول : اشتريتها بألف ، والشفيع يقول : اشتريتها بخمسائة فإن المشتري مع البائع يتحالفان لاختلافهما في الثمن ، فأيهما نكل ظهر أن الثمن بما يقوله الآخر يأخذها الشفيع بذلك .

ولو تحالفا ففسخ القاضي العقد بينهما ، ويعود إلى ملك البائع ، وأخذ الشفيع الدار من يد البائع بما يقوله البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع ، وهل يحلف البائع ينبغي

وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر ، فيأخذها الشفيع بذلك . وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ، ويأخذها الشفيع بقول البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع . قال : وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ، ولم يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البيت ، وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه . ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع : بعث الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع

أن لا يحلف لأنه حلف مرة ، وإن كان الاختلاف على وجه يدعي البائع أقل الثمنين يأخذ بقول البائع ؛ لأن الثمن إن كان كما قال فظاهر ، وإن كان أكثر من ذلك فقد حط الثمن عن المشتري ، والحط عن المشتري يكون خطأ عن الشفيع .

م : (وأيهما نكل) ش : الاثني : وهما البائع والمشتري ، وأعرض عن اليمين م : (ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك ، وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف) ش : في موضعه في كتاب الدعوى م : (ويأخذها الشفيع بقول البائع ؛ لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع) ش : خصوصاً على قول العامة ، فإن من ضرورة الأخذ بالشفعة فسخ البيع الذي جرى بين البائع والمشتري ، فكان الفسخ مقراً حق الشفيع لا رافعاً ، وهذا بخلاف ما إذا باع داراً بيعاً فاسداً فقاضى القاضي بالرد لا يأخذها الشفيع لعدم تعلق حقه ، أما قبل القبض فظاهر ، وكذا بعده دفعاً للفساد .

م : (قال : وإن كان قبض الثمن) ش : أي قال القدروري يعني وإن كان البائع قد قبض الثمن م : (أخذ) ش : أي الشفيع م : (بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع ، لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البيت ، وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه) ش : أي بيان الحكم فيما مضى وهو أن القول قول المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن . م : (ولو كان نقد الثمن غير ظاهر) ش : ذكر هذا تفريراً على مسألة القدروري ، أي غير معلوم للشفيع م : (فقال البائع : بعث الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف ؛ لأنه) ش : أي البائع م : (لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به) ش : أي بالإقرار بالبيع بذلك المقدار م : (فبقوله بعد ذلك) ش : أي فبقول البائع بعد الإقرار بالبيع م : (قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع) ش : أي حقه الذي تعلق بالمبيع بما قال البائع من مقدار الثمن .

لأنه إن تحقق ذلك بقي أجنبياً من العقد إذ لا ملك له ولا يد ، وحيثئذ يجب أن يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم آنفاً أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري ، وليس له إسقاط حق

فيرد عليه ، ولو قال : قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ؛ لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين ، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن .

الشفيع م: (فيرد عليه) ش: أي على البائع .

م: (ولو قال : قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله) ش: مائة ألف ويأخذها بما قال المشتري م: (لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) ش: وروى الحسن عن أبي حنيفة أن البيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن ، وزعم أنه ألف فالقول قوله ، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله ، وهذا ظاهر لأنه لم يصر أجنبياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال : وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع ، وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع ، لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد ، فيظهر في حق الشفيع ؛ لأن الثمن ما بقي . وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع ، حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل ؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال ، وقد بيناه في البيوع . وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع ، لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع ؛ لا استحقاقه الأخذ بما دونها ، بخلاف الحط ؛ لأن فيه منفعة له . ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول ، لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها

م : (فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

ش : لما بين أحكام المشفوع وهو الأصل شرع في بيان ما يؤخذ به وهو الثمن لأنه تابع .
م : (قال : وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن) ش : أي قال القدوري يعني ترك عنه بعض الثمن إحساناً إليه م : (يسقط ذلك) ش : أي بعض الثمن المحطوط م : (عن الشفيع) ش : وقال الشافعي وأحمد لا يحط عن الشفيع ، لأن ذلك هبة مبتدأة لا يلتحق بأصل العقد كما في حط الكل ، واختلف أصحاب مالك فقال ابن القاسم : إن كان ما حط مما جرت به العادة يلتحق بأصل العقد ، ويحط عن الشفيع ، وإن كان كثيراً مما لا يجري به العادة يحط مثله لم يحط عن الشفيع ، وقال أشهب : لا يلحق الحط على الإطلاق من غير تفصيل .

م : (وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) ش : أي وإن حط البائع جميع الثمن عن المشتري لا يسقط عن الشفيع م : (لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع ؛ لأن الثمن ما بقي ، وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع) ش : أي الشفيع م : (عليه) ش : أي على المشتري م : (بذلك القدر بخلاف حط الكل ؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال) ش : من الأحوال فلا يخرج العقد عن موضوعه ، لأنه لو التحق بأصل العقد ، فإما أن يكون العقد هبة فلا شفعة فيها أو يبعاً بلا ثمن فيكون فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدي إلى إبطال حق الشفيع م : (وقد بيناه في البيوع) ش : أي في فصل من اشترى شيئاً مما ينقل قبل الربا .

م : (وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) ش : هذا لفظ القدوري في «مختصره» م : (لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع ؛ لاستحقاقه الأخذ بما دونها) ش : أي بما دون الزيادة ، ومع هذا لو أخذ بالزيادة جاز ، لأن له أن يسقط حقه م : (بخلاف الحط ؛ لأن فيه منفعة له) ش : أي للشفيع م : (ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول) ش : أراد أن هذه نظير ما إذا زاد في الثمن بعد تجديد العقد م : (لم يلزم الشفيع) ش : أي بالزيادة م : (حتى كان له أن يأخذها

بالثمن الأول لما بينا . كذا هذا . قال : ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته ، لأنه من ذوات القيم . وإن اشترها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنهما من ذوات الأمثال . وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما

بالثمن الأول لما بينا) ش : إلا أن في الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها م : (كذا هذا) ش : أي كذا حكم ما إذا أراد المشتري بدون تجديد العقد .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجاني : وإن زاد البائع في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الأول ، وكذا لو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من ذلك كان للشفيع أن يأخذها بالثمن الأول من المشتري الآخر على البائع الثاني بما بقي له ، وتكون العهدة على المشتري الأول . ولو رهنها المشتري وسلمها ، أو رهنها وتزوج عليها امرأة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله وأخذها بالشفعة الأولى ، وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

م : (قال : ومن اشترى داراً بعرض) ش : أي قال القدوري : والعرض بفتح العين وسكون الراء ما ليس بنقد ، والمراد منه المتاع القيمي كالعبد مثلاً م : (أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم) ش : أي بقيمة العرض ، لأن العرض من القيمات ، وذكر في «المبسوط» العبد مكان العرض ، وبه قال عامة أهل العلم . وحكي عن الحسن البصري وسؤال القاضي أنهما قالوا لا تثبت الشفعة هاهنا ، لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا الأمثل له فيقدر الأخذ فلم يثبت كما لو جهل الثمن .

وفي «المبسوط» قال أهل المدينة : يأخذها بقيمة الدار لا بقيمة العرض لأن المبيع مضمون بنفسه عند تعذر إيجاب المسمى كما في البيع الفاسد كما قلنا إنه أخذ نوعي الثمن فيثبت به كالمثل ، ولأن القيمة مثله في المعنى فلم يتعذر أخذه ولم يعتبر قيمته يوم الشراء وبه قال الشافعي وأحمد . وحكي عن مالك أنه يعتبر قيمته حين استقرار العقد بانقضاء الخيار إذا كان فيه خيار رؤية ، قال أحمد : لأنه وقت الاستحقاق . قلنا : وقت الاستحقاق وقت الشراء .

وفي «المبسوط» لو مات العبد قبل أن يقبضه البائع ينقض الشراء بفوات القبض المستحق بالعقد ، فإن العبد معقود عليه من وجه وقد هلك قبل التسليم ، وللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد ، وقال زفر - رحمه الله - لا يأخذها بالشفعة لانقراض العقد من الأصل .

م : (وإن اشترها بمكيل أو موزون أخذها الشفيع بمثله ؛ لأنهما من ذوات الأمثال) ش : أي لأن المكيل والموزون من ذوات الأمثال . وفي بعض النسخ لأنه ، أي لأن كل واحد منهما م : (وهذا) ش : أي أخذ الشفيع بمثله م : (لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما

تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الإلتلاف والعددي المتقارب من ذوات الأمثال . وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر ، لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته . قال : وإذا باع بضمن مؤجل فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بضمن حال ، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل . وقال زفر - رحمه الله - : له ذلك ، وهو قول الشافعي في القديم ؛ لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيادة والأخذ بالشفعة به فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف . ولنا : أن الأجل إنما يثبت بالشرط ،

تملكه فيراعى بالقدر الممكن (ش : فإن كان له مثل صورة تملكه به وإلا فالأمثل من حيث المالية وهو القيمة . وقوله بالقدر الممكن يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحرز ، والظن فيها جهالة وهي تمتع من استحقاق الشفعة ، ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتاً بعينه كان التسليم باطلاً ، وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت ، فإن أخذه بضمن معلوم ما يعرف بالحرز والظن ، ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبراً ، بخلاف البيت ما يعرف بالحرز ، فإذا أخذه بضمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة م : (كما في الإلتلاف) ش : أي كما إذا أتلّف متاع آخر فإنه يجب عليه مثله إن كان من ذوات الأمثال ، وإلا فقيمته م : (والعددي المتقارب من ذوات الأمثال) ش : كالجوز والبيض بخلاف البطيخ والسفرجل .

م : (وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته) ش : هذا أيضاً من مسائل القُدوري والتعليل من المصنف .

م : (قال : وإذا باع بضمن مؤجل فللشفيع الخيار) ش : أي قال القُدوري أراد بأجل معلوم إذ بالأجل المجهول يصير البيع فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد م : (إن شاء أخذها بضمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها) ش : وبه قال الشافعي في الصحيح . وقال مالك وأحمد يأخذ بالثمن المؤجل ، وبه قال الشافعي في قول وزفر واختاره أبو حامد من أصحاب الشافعي م : (وليس له) ش : أي الشفيع م : (أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل . وقال زفر - رحمه الله - له ذلك وهو قول الشافعي في القديم) ش : وقوله الصحيح كقولنا كما قد ذكرناه في « شرح الأقطع » . وقال الشافعي في القديم : يأخذها بضمن مؤجل ، فإن كان الشفيع غير مليء طالبه بكفيل .

م : (لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيادة) ش : أي لأن كون الثمن مؤجلاً وصف فيه كالزيادة ، يقال ثمن مؤجل كما يقال ثمن جيد وزيف م : (والأخذ بالشفعة به) ش : أي بالثمن م : (فيأخذه بأصله ووصفه) ش : أي بأصل الثمن ووصفه إذ الأجل صفة للدين يقال دين مؤجل ودين حال م : (كما في الزيوف) ش : أي كما لو اشتراها بألف زيوف فإنه يأخذها بالزيوف .

م : (ولنا : أن الأجل إنما يثبت بالشرط) ش : أي بشرط المشتري ورضاء البائع وليس هو من

ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن ؛ لأنه حق المشتري ، ولو كان وصفًا له لتبعه فيكون حقًا للبائع كالثمن ، وصار كما إذا اشترى شيئًا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر ، كذا هذا ، ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان ؛ لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجه

مقتضى العقد م: (ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) ش: أي المشتري فيما يثبت في حق الشفيع كالتخيير م: (وليس الرضا به) ش: أي بالأجل هذا دليل آخر تقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولارضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل لأنه ليس الرضا م: (في حق المشتري رضا به) ش: أي بالأجل م: (في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة) ش: بفتح الميم ، أي الغنى وهو مصدر من ملو الرجل .

وفي « العباب » مليء الرجل ، ويقال ملوء مثال كرم ، أي صار مليًا ، أي ثقة فهو غني . وملي أي ثقة فهو غني ، وملي بين الملا والملاء ممدودين وإلا الملاءة بضم فهو الربطة . ولقائل أن يقول ما كان الرضا شرطًا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعًا ، وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك . وجوابه أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الأجل .

م: (وليس الأجل وصف الثمن) ش: جواب عن قول زفر - رحمه الله - وجهه أن وصف الشيء يتبعه لا محالة ، وهذا ليس كذلك م: (لأنه حق المشتري) ش: أي لأن الأجل حق المشتري والثمن حق البائع م: (ولو كان وصفًا له لتبعه) ش: أي ولو كان الأجل وصفًا للثمن لتبعه ليكون حقًا لمن كان الثمن حقًا له م: (فيكون حقًا للبائع كالثمن) ش: أي إذا كان كذلك يكون الأجل حقًا للبائع كما أن الثمن حقه وليس كذلك بل الثمن حق البائع والأجل حق المشتري فعلم أن الأجل ليس بوصف للثمن .

م: (وصار كما إذا اشترى شيئًا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره) ش: أي باعه تولية م: (لا يثبت الأجل إلا بالذكر) ش: أي لا يثبت الأجل في حق الغير إلا بالاشتراط .

م: (كذا هذا) ش: أي ما نحن فيه لا يثبت الأجل فيه م: (ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري) ش: أي إن أخذ الشفيع الدار من المشتري م: (رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان ؛ لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجه) ش: وهذا يوهم أن الشفيع تملكه ببيع جديد وهو مذهب البعض كما

فصار كما إذا باعه بثمن حال . وقد اشتراه مؤجلاً ، وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية . وقوله في الكتاب : وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل مراده الصبر عن الأخذ ، أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافاً لقول أبي يوسف - رحمه الله - في قوله الآخر ؛ أن حق الشفيعه إنما يثبت بالبيع ، والأخذ يترأخى عن الطلب وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع .

ذكرناه ، وليس كذلك ، بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار ، لكن يتحول ما كان بمقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه .

م : (فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلاً) ش : أي فصار حكم هذا كحكم من باع شيئاً بثمن حال ، والحال أنه قد اشتراه مؤجلاً ، فإن شرط الأجل الذي بينه وبين من نازعه لا يبطل بأحد المشتري منه حالاً م : (وإن اختار الانتظار له ذلك) ش : أي وإن اختار الشفيع الانتظار إلى انقضاء الأجل له ذلك ، أي الانتظار م : (لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية) ش : أي لأن للشفيع أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث وزن الثمن نقداً وفي إلزام الشفيع في النقد زيادة ضرر فلا يجوز .

م : (وقوله في الكتاب) ش : أي قول القدوري في « مختصره » م : (وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ، مراده الصبر عن الأخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافاً لقول أبي يوسف - رحمه الله - في قوله الآخر) ش : واحترز بقوله في قوله الآخر عن قوله الأول .

روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول أولاً كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال ، لأنه لا يتمكن من الأخذ في الحال ، وفائدة الطلب التمكن منه فيؤخر الطلب إلى وقت حلول الأجل م : (لأن حق الشفيعه إنما يثبت بالبيع والأخذ يترأخى عن الطلب) ش : هذا تعليل لهما وفيه إغلاق ، وتقريره حق الشفيعه يثبت بالبيع ، أي عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفيعه ، ويجوز أن يكون تقريره هكذا والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفيعه ، وحق الشفيعه إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع ، وأما الأخذ فإنه يترأخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الأجل .

م : (وهو متمكن من الأخذ في الحال) ش : هذا جواب عن قول أبي يوسف الآخر ، وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس متمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه في الحال م : (بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) ش : أي إذا كان

قال : وإذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير داراً وشفيعها ذمي

كذلك يشترط الطلب عند العلم بالبيع ، حتى لو سكت بطلت شفيعته كما ذكرنا .

م : (قال : وإذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير داراً وشفيعها ذمي) ش : أي القدوري ، وقيد بقوله اشترى بخمر أو خنزير احترازاً عما اشتراه بالميتة فإن البيع فيه باطل ولا شفعة فيه .

قوله : وشفيعها ذمي احتراز به عما إذا كان مرتداً فإنه لا شفعة له سواء قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب ولا يورثه ، لأن الشفعة لا تورث عندنا وأحمد ، خلافاً للشافعي ومالك إذا مات بعد الطلب ، وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير .

واعلم أن الشفعة تجب للذمي على الذمي بلا خلاف للعلماء ، وهل يثبت لكافر على مسلم فيه خلاف . قال أحمد والحسن والشعبي : لا شفعة له على مسلم ، لما روى الدارقطني بإسناده عن أنس أن رسول الله ﷺ قال « لا شفعة لنصراني»^(١) وعندنا والشافعي ومالك والنووي والنخعي وشريح وعمر بن عبد العزيز له الشفعة لعموم الأحاديث التي مر ذكرها في هذا الباب ، وحديث أنس ليس على عمومه فإذا ثبت له إذا كان شريكه نصرانياً بالإجماع مع أنه غير مشهور .

وأما الحربي المستأمن في حق الشفعة له وعليه في دار الإسلام كالذمي ، لأنه من المعاملات ، وبه التزم حكم المعاملات ، ثم إذا جرى البيع بين ذميين بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التناقض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا فعندنا يحكم بالشفعة وبه قال أبو الخطاب الحنبلي ، وقال الشافعي وأحمد لا يحكم به ، لأنه يبيع عقد بخمر أو خنزير ، فصار كبيعهم بالميتة واعتقادهم حل الخمر والخنزير لا يجعلهما مالاً .

وفي «المغني» اشترى الذمي عن ذمي كنيسة وبيعه للشفيع الشفعة إذا كان من ديانتهم أن الملك لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة ، الحربي المستأمن في حق الشفعة كالذمي لإلتزامه أحكام المعاملات ، فلو اشترى الحربي في دار الإسلام داراً ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفيعته متى لقيه ، لأن لحاقه [. . .] ، وموت المشتري لا يبطل الشفعة .

(١) حسن : رواه البيهقي (١٠٨/٦) من طريق نائل بن نجيح عن سفيان عن حميد عن أنس . . . مرفوعاً قال أبو أحمد : أحاديث نائل مظلمة جداً وخاصة إذا روى عن الثوري .

قلت : ذكره الهيثمي في «المجمع» (١٥٩/٤) وقال : رواه الطبراني في «الصغير» وفيه نائل بن نجيح وثقه أبو حاتم وضعفه غيره .

قلت : وكفى بتوثيق أبي حاتم .

أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ، لأن هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كاخلل لنا ، والخنزير كالشاة فيأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة . قال : وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير ، أما الخنزير فظاهر ، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم ، فالتحق بغير المثلي . وإن كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر ، والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعوض بالكل ، فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر ، وبالإسلام يتأكد حقه ، لا أن يبطل ،

ولو اشترى مسلم في دار الحرب وشفيعها مسلم ثم أسلم أهل الدار لا شفعة للشفيع ، لأن حق الشفعة من أحكام الإسلام لا يجري في دار الحرب ، فكل حكم يفتقر إلى القضاء يثبت ذلك في حق المسلم في دار الحرب ، كما لو زنيا ثم خرجا لا يحكم بالحد ، وكل حكم لا يفتقر إلى القضاء كصحة البيع والشراء والاستيلاء ونفاذ العتق وجوب الصلاة والصوم يحكم في حق من أسلم في دار الحرب بينونة .

م : (أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لأن هذا البيع مقضي بالصحة) ش : أي محكوم بالصحة م : (فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي) ش : لعموم النصوص م : (والخمر لهم كاخلل لنا ، والخنزير كالشاة فيأخذ في الأول) ش : وهو الخمر م : (بالمثل) ش : لأنه يصح ضمانه له بأقل م : (والثاني بالقيمة) ش : أي يأخذ الثاني وهو الخنزير بالقيمة لأنه لا مثل له .

م : (قال : وإن كان شفيعها مسلماً) ش : أي قال القدوري م : (أخذها بقيمة الخمر والخنزير أما الخنزير فظاهر) ش : لأنه من ذوات القيم ، وجوب القيمة من ذوات القيمة أمر ظاهر . فإن قيل : يشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عن الخنزير ، ولهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يير على العاشر .

وأجيب : بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الإمكان ، ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير ، بخلاف ما إذا مر على العاشر .

م : (وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي) ش : لأن المسلم لا يجوز أن يضمن تسليم الخمر في ذمته ، ويجوز أن يلزمه قيمتها لحق الذمي كما لو استهلكها عليه م : (وإن كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر ، والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعوض بالكل) ش : يعني لو كان كل الشفعة للمسلم يأخذها كلها بقيمة الخمر ، فكان إذا كان نصفها له ونصفها للذمي كذلك م : (فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر ، وبالإسلام يتأكد حقه) ش : لأن الإسلام سبب لتأكد حقه م : (لا أن يبطل) ش :

فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيح بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب ، كذا هذا.

أي حقه .

م: (فصار) ش: أي حكم هذه المسألة م: (كما إذا اشتراها) ش: أي الدار م: (بكر من رطب فحضر الشفيح بعد انقطاعه) ش: أي انقطاع الرطب عن أيدي الناس فإنه م: (يأخذها) ش: الدار م: (بقيمة الرطب ، كذا هذا) ش: أي ما نحن فيه حيث يأخذ بنصف قيمة الخمر .

فإن قلت : كيف يعرف قيمة الخمر والخنزير ؟

قلت : ذكر في «المبسوط» طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع إلى من أسلم من أهل الذمة أو إلى من تاب من فسقة المسلمين ، فلو وقع الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري ، كما لو اختلف الشفيح والمشتري في مقدار الثمن وفيه أيضاً : ولو أسلم المتبايعين والخمر غير مقبوض والدار مقبوضة وغير مقبوضة ينقض البيع بينهما لفوات القبض المستحق ، ولكن لا تبطل في حق الشفيح .

وفي «الشامل» اشترى يبعته تجب الشفعة فيها ، لأنها لم تصر وفقاً عند أبي حنيفة ، وعندهما أيضاً ، لأنه ليس بمباح . وقال أيضاً باع المرتد داراً ثم قيل لا شفعة فيها عند أبي حنيفة خلافاً لهما . وقال أيضاً اشترى المسلم داراً والمرتد شفيحها فقيل لا شفعة له ولا لورثته .

فصل

قال : وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري قلعه . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك ، وبه قال الشافعي - رحمه الله -

م : (فصل)

ش : هذا الفصل مشتمل على مسائل بغير المشفوع ، وهي فرع مسائل غير المتغير ، فلذلك أجزأها .

م : (قال : وإذا بنى المشتري أو غرس) ش : أي قال القدوري : أي إذا بنى في الأرض المشفوعة أو غرس فيها شجراً م : (ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار) ش : أي الشفيع بالخيار م : (إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس) ش : أي مقلوعين .

م : (وإن شاء كلف المشتري قلعه) ش : أي قلع كل واحد من البناء والغرس ولا يضمن ما نقض بالقلع ، وعند الشافعي ومالك وأحمد وابن أبي ليلى والشعبي والأوزاعي والبتي وسوار وإسحاق والليث يضمن له ما نقض بالقلع لعموم قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(١) .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس) ش : أي قائمين على الأرض غير مقلوعين م : (وبين أن يترك ، وبه قال الشافعي - رحمه الله -) ش : أي يقول أبي يوسف قال الشافعي وقال الكرخي في « مختصره » وإذا اشترى الرجل داراً وهي ساحة فبناها ثم جاء شفيعها فطلبها بالشفعة فحكم له بها فإن المشتري يقال له اقلع بناءك وسلم الساحة إلى الشفيع ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد ، وهي رواية محمد عن أبي يوسف وهي رواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن المشتري لا يجبر بقلع البناء ويقال للشفيع خذ الدار بالثمن وقيمة البناء أو اترك ، وهو قول الحسن بن زياد انتهى .

وقال القدوري في « شرحه » الخلاف في الغرس كالخلاف في البناء . وقال الإمام الأسيجاني في « شرح مختصر الطحاوي » ومن اشترى داراً وقبضها وهي فيها بناء وغرس في

(١) تقدم تخريجه .

إلا أن عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء . لأبي يوسف - رحمه الله - : أنه محق في البناء ؛ لأنه بناه على أن الدار ملكه ، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان ، وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً . وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع ،

الأرض أشجاراً ثم حضر شفيعتها فإن القاضي يقضي له بالشفعة ويأمر المشتري بنقض البناء وقلع الأشجار التي أحدث فيها ، إلا إذا كان في قلعها نقصان بالأرض وأراد الشفيع أن يأخذها مع البناء والأعراس بقيمتها قائمة على الأرض غير مقلوعة وإن شاء ترك ، وبه أخذ الشافعي رحمه الله .

ولو أن المشتري زرع في الأرض ثم حضر الشفيع فإن المشتري لا يجبر على قلعه بالإجماع ، ولكنه ينظر إلى وقت الإدراك ثم يقضى للشفيع ، ولو جعلها المشتري مسجداً أو مقبرة يدفن فيها الموتى ، أو رباطاً ثم جاء الشفيع كان له أخذها وإبطال كل ما صنع المشتري فيها .

م : (إلا أن عنده) ش : أي عند الشافعي م : (له أن يقلع ويعطي قيمة البناء) ش : والحاصل أن عند أبي يوسف إن شاء أخذ بقيمة البناء والغرس ، وإن شاء ترك . وعند الشافعي له خيارات ثلاثة ، اثنان ما قال أبو يوسف ، والآخر يؤمر بقلع البناء ويضمن أرش النقصان ، والتفاوت بين قول الشافعي وقولهما في الأمر بالقلع أن عنده يضمن نقصان القلع ، وعندهما لا يضمن .

م : (لأبي يوسف - رحمه الله - أنه محق) ش : أي أن المشتري محق م : (في البناء لأنه بناه على أن الدار ملكه) ش : كما لو بنى فيما لا شفعة فيه م : (والتكليف بالقلع من أحكام العدوان) ش : أي الظلم ، لأنه غير متعدد في الغرس والبناء ، لأنه فعل في ملكه م : (وصار كالموهوب له) ش : أي صار المشتري هنا كالموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة فإنه ليس للواهب أن يكلفه القلع ، ويرجع في الأرض .

وقال تاج الشريعة : أي إذا بنى الموهوب له ما لا يعد زيادة بأن بنى دكاناً صغيراً فإنه لا يمنع عن رجوع الكل ولا يؤمر بقلع ما بنى وغرس لأنه محق فيه ، فكذا المشتري م : (والمشتري شراء فاسداً) ش : أي وصار كالمشتري شراء فاسداً إذا بنى أو غرس فيه انقطع حق البائع ويأخذ من المشتري قيمة الأرض وقت القبض ، وليس له أن يقلع الأشجار والبناء ، وعلى قولهما يسترد المبيع ويقلع البناء والأشجار ، فكذا المشتري إذا بنى في المشفوع ليس للشفيع أن يقلع ذلك قياساً على قول أبي حنيفة لأنه محق في البناء .

م : (وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع) ش : يعني الشفيع لا يكلف قلع الزراعة

وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى ، فيصار إليه . ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون ، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته . بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة - رحمه الله-؛

بالاتفاق م: (وهذا) ش: أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس م: (لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى ، فيصار إليه) ش: يعني اجتمع بينهما ضرران أحدهما على الشفيع وهو ضرر زيادة الثمن عليه في الأخذ مع قيمة البناء . والثاني ضرر على المشتري وهو ضرر قلع بنائه من غير شيء كما قاله أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ثم الضرر الذي يلزم الشفيع أهون من الضرر الذي يلزم المشتري ، لأنه يدخل في ملكه بمقابلة الزيادة عوض ، وهو البناء والغرس وهو القول بالقلع من غير شيء فبطل ملك المشتري ، بلا عوض فكان ضرر الشفيع أهون ، فكان القول به أولى وهو معنى قوله فيصار إليه .

م: (ووجه ظاهر الرواية أنه بنى) ش: أي أن المشتري بنى م: (في محل تعلق به) ش: أي بالمحل م: (حق متأكد للغير) ش: أي حق لا يتمكن أحد من إبطاله بدون رضاه م: (من غير تسليط من جهة من له الحق) ش: احترز به عن بناء الموهوب له وعن بناء المشتري شراء فاسداً حيث لم ينقض ، لأن بناءهما بتسليط من جهة من له الحق ، وهاهنا الشفيع ما سلطه على البناء م: (فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون) ش: حيث بنى في محل تعلق به حق المرتهن من غير تسليط من جهة ، أي إذا كان كذلك فينقض .

م: (وهذا) ش: أي نقض البناء بحق الشفيع م: (لأن حقه) ش: أي حق الشفيع م: (أقوى من حق المشتري ، لأنه يتقدم عليه) ش: أي لأن الشفيع يتقدم على المشتري م: (ولهذا) ش: أي ولتقدمه عليه وكون حقه أقوى منه م: (ينقض بيعه) ش: أي بيع المشتري م: (وهبته وغيره من تصرفاته) ش: أي ما ذكر من تصرفاته كإجارته وجعله مسجداً أو مقبرة أو نحوها ، فكذا تنتقض تصرفاته بناء وغرساً .

م: (بخلاف الهبة) ش: جواب عن قياس قول أبي يوسف على الموهوب له إذا بنى في الموهوب حيث لا يكون للواهب حق قلع البناء ، وهو متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق ، يعني أن الواهب إنما لا ينقض بناء الموهوب له ، لأنه حصل بتسليط فينقطع حق الرجوع بالبناء والشفيع لم يسلط المشتري على البناء فينقضه فظهر الفرق .

م: (والشراء الفاسد عند أبي حنيفة - رحمه الله-) ش: عطف على قوله بخلاف الهبة ، يعني

لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ، ولهذا لا يبقى بعد البناء ، وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياساً ، وإنما لا يقلع استحساناً لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر

أن المشتري شراء فاسداً إنما لا يتقص البائع بناءه لوجود التسليط فيه . وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري في المشتري إنما هو قوله وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية م: (لأنه) ش: أي لأن البناء في الموهوب والمشتري شراء فاسداً م: (حصل بتسليط من جهة من له الحق) ش: وهو البائع في الشراء ، والواهب في الموهوب م: (ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف) ش: عطف على قوله لأنه حصل ، أي في الهبة والبيع الفاسد .

م: (ولهذا) ش: ولكون حق الاسترداد ضعيفاً فيهما م: (لا يبقى بعد البناء ، وهذا الحق) ش: أي في حق الشفيع م: (يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق) ش: يعني إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع ، لأنه بمنزلة المستحق ، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم استحق يرجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق ، فكذلك هاهنا .

وقال الكاكي : قوله فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع لتأكد حقه كما لا يجب على المستحق قيمة بناء المشتري بأن يرجع المشتري بقيمة البناء على البائع وقال الأترازي عند قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لا على مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ، ولأبي يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندني حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد . وأجيب بأنه يكون على غير ظاهر الرواية ، أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما .

فإن قيل : لو صبغ المشتري المشفوعة بأن أجرى بها بأشياء ثم أخذها الشفيع إن شاء أعطى ما زاد فيها ، وإن شاء ترك . والمسألة في العيون في الفرق بين البناء والصبغ .

قلنا : وهو أيضاً على الاختلاف ، ولو كان على الاتفاق ففرق محمد ، فقال البناء إذا نقض لا يلحق المشتري ضرر ، لأنه يسلم له النقض ، ولا كذلك إذا نقض الصبغ ، إليه أشار في «الذخيرة» . م: (والزرع يقلع قياساً) ش: جواب عن قوله وكما إذا زرع المشتري ، أي القياس يقتضي أن الزرع أيضاً يقلع ، لأنه يشغل ملك الغير م: (وإنما لا يقلع استحساناً ، لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر) ش: بتشديد القاف كما في الإجارة ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي .

وليس فيه كثير ضرر . وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الفصب ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجوع بالثمن ،

وعن أبي يوسف أنه يبقى بلا أجر ، لأن المشتري مالك الأرض ، وإيجاب الأجر على المالك غير مستقيم . وبه قال أحمد وبعض الشافعية .

قلنا : في إيجاب أجر المثل رعاية للحقين كما في الإجارة م : (وليس فيه) ش : أي في تأخير الزرع م : (كثير ضرر) ش : على الشفيع ، وذلك لأن في القلع إضرار بالمشتري ، وفي التأخير إلى الإدراك بتأخير حق الشفيع وضرر المتأخر دون ضرر الإبطال ، فكان يحمله أحق .

فإن قيل : فلم يجب عن قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة وقع على الضررين .

أجيب : بأن قوله وهذا لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري تضمن ذلك ، لأن الترجيح يدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة ، لأن حق الشفيع مقدم .

م : (وإن أخذه بالقيمة) ش : هذا معطوف على مقدار دل عليه التخيير ، وتقديره الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع ، وإن شاء أخذه بالقيمة ، فإن كلفه فذاك وإن أخذه بالقيمة م : (يعتبر قيمته مقلوعاً) ش : وعند أبي يوسف يعتبر قيمته قائماً على الأرض كما ذكرناه م : (كما بيناه في الفصب) ش : يعني إن الغاصب إذا بنى أو غرس في المغصوبة يؤمر بقلع البناء والغرس ، فإن كانت الأرض تنقض بقلع البناء والغرس للمالك أن يضمن قيمتها مقلوعين للغاصب .

م : (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجوع بالثمن) ش : هذا لفظ القدوري ، أي ولو أخذ الشفيع الدار المشفوعة فبنى فيها بناء أو غرس شجراً ثم ظهر لها مستحق فأخذها رجوع الشفيع بالثمن لا غير .

وقال الكرخي في «مختصره» وإذا اشترى الرجل داراً فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فإن المستحق يأخذ الدار فيقال للشفيع اهدم بناءك ، ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء كأن أخذ الدار من يده ولا على البائع إن كان أخذها من يده لأنه ليس بمغرور ، هو أدخل نفسه في الأخذ بالشفعة وأجبر من كانت في يده على تسليم ذلك ، وهذه الرواية المشهورة وهي رواية محمد في الأصل ، ولم يحك عن أحد من أصحابنا خلافاً .

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف سئل عن رجل اشترى داراً فأخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار في يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء ؟ قال : على الذي قبض الثمن .

وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء م :

لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذا منه ، ولا على المشتري إن أخذا منه . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري ، والفرق على ما هو المشهور إن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه . قال : وإذا إنهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذا بجميع الثمن ،

(لأنه تبين أنه) ش: أي الشفيع م: (أخذه بغير حق ، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذا منه) ش: أي إن أخذ الدار منه م: (ولا على المشتري) ش: أي ولا يرجع على المشتري أيضاً م: (إن أخذا منه) ش: .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يرجع) ش: بقيمة البناء والغرس أيضاً م: (لأنه متملك عليه) ش: أي على المشتري م: (فنزلا منزلة البائع والمشتري) ش: ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء ، وكذلك الشفيع م: (والفرق على ما هو المشهور) ش: من الرواية م: (إن المشتري مغرور من جهة البائع وسلط عليه) ش: أي سلط البائع على المشتري على البناء أو الغرس .

م: (ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه) ش: يعني التزم البائع سلامة المبيع عن الاستحقاق ، فصار المشتري مغروراً من جهة ولا غرور في حق الشفيع لأنه تملك على صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه فلا يرجع . كجارية اشتراها الكفار أجروها بدراهم ثم أخذها المسلمون فوَقعت في سهم غاز فأخذها المالك القديم بالقيمة فيستولدها فجاء مستحق وأقام بينة أنها أمته دبرها قبل الأسر ردت عليه لأنها لا تملك بالإحراز ، ويضمن المالك القديم ثمن العقر وقيمة الولد ، ويرجع على الغازي بقيمتها التي دفع إليها ولا يرجع بقيمة الولد والعقر ، لأن المأخوذ منه مجبور على الدفع فلا يصير غارماً .

وكذا لو قسمت الدار بين اثنين فبني أحدهما ثم استحققت حقه لا يرجع عليه بقيمة البناء ، لأن كلاً منهما مخير على القسمة . بخلاف الدارين فإنه لو اقتسما وبين أحدهما في دار نصيبه ثم استحققت فإنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء ، لأنه بمنزلة البيع ، وكذا في «الإيضاح» و«المبسوط» .

م: (قال : وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان من غير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذا بجميع الثمن) ش: قال القدروري قيد بقوله من غير فعل أحد لأنه إذا هدمها المشتري فإنه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً ، وعلى قيمة الأرض ، فما أصاب الأرض يأخذها

لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً ، ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة ، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته

الشفيع بذلك ، وكذلك لو نزع باباً من الدار فباعه هكذا ذكر الكرخي في «مختصره» . وقال القدوري في «شرح» : وأما إذا هدمه المشتري أو هدمه أجنبي أو انهدم بنفسه فلم يهلك فإن الشفيع يأخذ الأرض بحصتها ، فإن احترق بغير فعل أخذها الشفيع بكل الثمن وللشافعي قولان أحدهما يأخذها بجميع الثمن بالبيع ، والآخر أنه يأخذها بالحصّة في الجميع م : (لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً) ش : أي لا يقابل البناء والغرس . وفي بعض النسخ فلا يقابله ، أي كل واحد منهما وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، وهو رواية المزني وهو الأصح .

وفي رواية البويطي والزعفراني والربيع عنه يأخذ بالحصّة ، وبه قال أحمد في رواية والثوري ، وأصله أن الثمن بمقابلة الأصل دون الأوصاف عندنا ، وعنده في قول يقابلها شيء من الثمن ، وعندنا البناء وصف ، ولهذا يدخل في العقد من غير ذكر ، وهذا لأن قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف ، فكانت بمنزلة العين في الجارية ، وأنها وصف ، وفوات الوصف لا يسقط شيئاً من الثمن إذا كان بأقّة سماوية ، لأن الثمن بمقابلة الأصل دون الوصف . والدليل على أنه لم يسقط شيء من الثمن أنه لو أراد أن يبيعه مرابحة يبيعه على الجميع .

فإن قلت : الظرف إنما جعل وصفاً من العبد ونحوه ، لأنه لا يجوز إيراد العقد عليه مقصوداً ، أما هنا إيراد العقد على البناء مقصوداً جاز فيجب أن يعتبر أصلاً كالعرضة ، ويجب بمقابلة شيء من الثمن .

قلت : إنما يجوز إيراد العقد على البناء بشرط القلع ، وعند ذلك يصير أصلاً ، أما إيراد العقد عليه وهو تبع فلا يجوز ، لأنه بمنزلة العين من العبد .

م : (ولهذا) ش : أي ولكون البناء والغرس تابعين ، وعدم مقابلهما شيء من الثمن ما لم يصيرا مقصودين م : (جاز بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة) ش : أي يبيع الدار المنهدمة مرابحة بجميع الثمن في الصورة المذكورة ، لأنه لم يقابل ما انهدم من الثمن فيبيعه بجميع الثمن م : (بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته) ش : بلا خلاف ، والتقييد بالنصف لا لإخراج غيره ، لأن الحكم في الثلث وغيره كذلك ، ذكره في «المبسوط» ، إلا أن المصنف اتبع وضع «المبسوط» .

وقال القدوري في «شرح» : وقد ادعى الشافعي على أبي حنيفة في هذه المسألة مناقضة

لأن الفئات بعض الأصل . قال : وإن شاء ترك لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله . قال : وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع : إن شئت فخذ العرصه بحصتها ، وإن شئت فذع ، لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلة شيء من الثمن بخلاف الأول ؛ لأن الهلاك بأفة سماوية . وليس للشفيع أن يأخذ النقض ، لأنه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً .

فقال : وقال بعض الناس إذا هدم المشتري البناء سقطت حصته ، وإن احترق لم يسقط حصته ثم ناقض فقال إذا غلب الماء بعض الأرض أخذ من المشتري الباقي بحصته ، ثم قال القدوري : وهذا غلط ، لأن الأرض ليس بعضها يتبع لبعض ، فإذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال ، والبناء تبع للأرض . فإذا سلم المشتري حصته وإن لم يسلم له يسقط م : (لأن الفئات بعض الأصل) ش : فيقابلة شيء من الثمن .

م : (قال : وإن شاء ترك) ش : أي قال القدوري : وإن شاء الشفيع يترك مال الدار م : (لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله) ش : يعني بعوض ، ولكن لا يقدر وإذا كان بغير عوض كالإرث م : (قال : وإن نقض المشتري البناء) ش : أي قال القدوري م : (قيل للشفيع : إن شئت فخذ العرصه بحصتها ، وإن شئت فذع ؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلة شيء من الثمن بخلاف الأول) ش : أي الفصل الأول وهو فصل الهلاك من غير فعل أحد م : (لأن الهلاك بأفة سماوية) ش : يعني غير منسوبة لأحد .

م : (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) ش : - بضم النون وكسرهما - بمعنى المنقوض ، وقيل بكسرهما لا غير . وفي « شرح الأقطع » قال الشافعي في أحد قوليهِ : يأخذ الأنقاض مع العرصه وهذا لا يصح م : (لأنه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً) ش : أي صار مما يحول وينقل ، ومثل ذلك لا يتعلق به الشفيع ، وإنما تتعلق الشفيعه به حال الاتصال على وجه التبع ، وقد زال ذلك فلا يجوز له أخذه بغير سبب .

فإن قيل : الاستحقاق يثبت له فيهما حين العقد ، وكان له أخذ كل ما يتناوله عقد البيع . قيل له : الأبنية تتعلق بها الشفيعه حال اتصالها ، فإذا انهدمت زال المعنى الذي أوجب استحقاقها .

وقال شيخ الإسلام في « شرح الكافي » : وإذا اشترى داراً فغرق بناؤها أو احترق وبقيت الأرض لم يكن للشفيع أن يأخذها إلا بمثل الثمن ، وكذلك لو كانت قناة أو بئراً فنضب ماؤها ، ولو هدمها المشتري قسم الثمن على قيمة الأرض وقيمة البناء يوم وقع الشراء وأخذ الأرض بحصتها من الثمن ، وكذلك إن كان البائع قد استهلك البناء ، وكذلك لو استهلكه أجنبي فأخذ

قال : ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها ، ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر ، وهذا الذي ذكره استحسان . وفي القياس لا يأخذه

المشتري منه القيمة .

ولو اختلفا في قيمة البناء فقال المشتري قيمته خمسمائة وقيمة الأرض خمسمائة فلك أن تأخذها بنصف الثمن . وقال الشفيع بل كان قيمته ألف درهم وقد سقط بهلاكه ثلثا الثمن فالقول قول المشتري ، لأن الشفيع مدعي تملك الدار عليه بما يقول وهو ينكر فالقول قوله . ولو أقام البينة فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة على قياس نكتة أبي يوسف - رحمه الله تعالى - ، أي بينة تلزمه .

وعلى قياس محمد يجب أن تكون البينة بينة المشتري ، لأنه لا يمكن تصوير الأمرين جميعاً ، بخلاف ما إذا اختلفا في أصل الثمن ، وعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشتري ، لأنه للزيادة .

وإن اختلفا في قيمة الأرض يوم وقع الشراء نظر إلى قيمة اليوم وقيمة الثمن عليها ، لأنه متى كانت قيمته يوم المنازعة معلومة ، ووقت الشراء قريب منه ، والظاهر أنه هكذا يوم الشراء ، فكان الظاهر شاهداً له فيكون القول قوله .

م: (ومن ابتاع أرضاً) ش: أي قال القدوري : ومن اشترى أرضاً م: (وعلى نخلها ثمر) ش: أي والحال أن على نخلها ثمر م: (أخذها الشفيع بثمرها ، ومعناه) ش: أي معنى قول القدوري أخذها الشفيع بثمرها م: (إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر) ش: جملة القول فيه على ثلاثة أوجه ذكرت في « شرح الكافي » . أما إذا كانت الثمرة موجودة عند العقد أو حدثت بعد العقد قبل القبض أو حدثت بعد القبض فإن كانت موجودة عند العقد . وقد شرط في العقد ثم أكله المشتري وذهب بأفة سماوية سقط بقسطه من الثمن ، لأنه دخل في العقد مقصوداً فأخذ قسطاً من الثمن فيأخذ الأرض والنخل بما بقي من الثمن إن شاء .

وإن حدثت بعد العقد قبل القبض إما ذهبت بأفة سماوية لا يسقط بذهابها شيء من الثمن ، وإن أكله هو وغيره أو وجده ولم يأكله سقط بحصته شيء من الثمن ، وكذلك إن بقي إلى وقت القبض ثم ذهب أو تناوله هو أو غيره ، وإن حدثت بعد القبض فأكلها أو ذهب بأفة سماوية ، لأنه لا يسقط بإزائه شيء من الثمن وله أن يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن .

م: (وهذا الذي ذكره) ش: أي القدوري م: (استحسان . وفي القياس لا يأخذه) ش: وبه قال أحمد والشافعي فهو للمشتري فيبقى في الجذاذ كالزروع وكذا الثمرة المحدثه في يد المشتري كان له

لأنه ليس بتبع ، ألا ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار . وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار ، وما كان مركباً فيه فيأخذه الشفيع . قال : وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمرة فآثر في يد المشتري ، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع . قال : فإن جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً ، لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصلاً عنه ، فلا يأخذه . قال في الكتاب فإن جده المشتري سقط عن الشفيع حصته . قال - رضي الله عنه - : وهذا جواب الفصل الأول ، لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابلة شيء من الثمن ، أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع

ويبقى إلى الجذاذ عندهما ، وقول مالك كقولنا م : (لأنه ليس بتبع) ش : للأرض م : (ألا ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار) ش : أي فأشبه المتاع الموضوع في الدار المبيعة ، فإنه لا يدخل في البيع من غير ذكر ، لأنه ليس بتبع ، فكذا هذا .

م : (وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار) ش : حيث تكون تبعاً للدار باعتبار الاتصال م : (وما كان مركباً فيه) ش : أي في المشفوع كالأبواب والسوار المزكية م : (فيأخذه الشفيع) ش : أي إذا كان كذلك فيأخذه الشفيع .

م : (قال : وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمرة) ش : أي قال المصنف : وكذلك الحكم إن اشترى الأرض والحال أنه ليس في النخيل ثمرة م : (فآثر في يد المشتري ، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً لأن البيع سرى إليه) ش : أي إلى الثمر م : (على ما عرف في ولد المبيع) ش : يعني إذا قدرت ولدت قبل قبض المبيعة المشتري يسري حكم البيع إليه فيكون المشتري كأنه ، فكذلك هنا الثمر الحادث في يد المشتري قبل قبض الشفيع يكون للشفيع ، لأن المشتري كالبائع منه .

م : (قال : فإن جده المشتري) ش : أي قال المصنف فإن قطعه المشتري ، وفي بعض النسخ فإن أخذه المشتري م : (ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً) ش : أي فصل ما إذا ابتاع أرضاً وفي نخلها ثمرة . وفي فصل ما إذا ابتاعها وليس في النخيل ثمرة فآثر في يد المشتري م : (لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصلاً عنه فلا يأخذه) ش : لأن التبعية كانت فيه وقد زال .

م : (قال في الكتاب : فإن جده المشتري سقط) ش : أي قال القدوري فإن جده المشتري سقط م : (عن الشفيع حصته ، قال - رضي الله عنه - : وهذا جواب الفصل الأول) ش : أي قال المصنف : هذا الذي ذكره القدوري جواب الفصل الأول ، وهو ما إذا ابتاع أرضاً على نخلها ثمرة م : (لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابلة شيء من الثمن ، أما في الفصل الثاني) ش : وهو ما إذا ابتاعها وليس في النخل ثمرة ثم آثر في يد المشتري فأخذه م : (يأخذ) ش : أي الشفيع م : (ما سوى الثمر بجميع

الثلث لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد ، فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً ، فلا يقابله شيء من الثمن ، والله أعلم

الثلث ؛ لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد ، فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً ، فلا يقابله شيء من الثمن (ش : وهذا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف في قوله الأول يأخذها بحصتها من الثمن في الفصل الثاني .

وفي « الإيضاح » ولو أثمرت في يد البائع بعد البيع قبل القبض فأتلفه البائع يرفع حصته ، لأن ما حدث قبل القبض له حصة من الثمر على اعتبار صيرورتها مقصودة بالقبض أو بالإتلاف . وعند الشافعي وأحمد يرفع حصته من الثمن في جميع الصور م : (والله أعلم) .

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال : الشفعة واجبة في العقار ، وإن كان مما لا يقسم . وقال الشافعي - رحمه الله- : لا شفعة فيما لا يقسم ؛

م : (باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ش : أي هذا باب في بيان ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب . ولما ذكر تعقب الشفعة مجملًا شرع في بيانه مفصلاً ، والتفصيل يكون بعد الإجمال .

م : (قال : الشفعة واجبة) ش : أي قال القدوري ، وأراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب الذي يكون تاركه أتمًا م : (في العقار) ش : وهو كل ما له أصل من دار أو ضيعة .

وقال الكرخي في « مختصره » : الشفعة واجبة في جميع ما يبيع من العقار دون غيره بسنة رسول الله ﷺ الدور والمنازل والحوانيت والحانات والفنادق والمزارع والبساتين والأقربة والأرجاء والحمامات وسائر العقار إذا وقع البيع على عرصته إن كانت في مصر أو نحوه أو سواء أو غير ذلك من أرض الإسلام إذا كان ذلك مملوكًا لا يجوز بيع مالكة فيه ، فكان البيع بيعًا قاطعًا ليس فيه خيار شرط ، وإن كان فيه خيار شرط وكان الشرط لمشتريه لا لبائعه ففيه الشفعة ، وإن كان لبائعه أو لهما فلا شفعة فيه . انتهى

م : (وإن كان) ش : أي العقار م : (مما لا يقسم) ش : كالحمام والرحى والنهر والبئر والطريق .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله- : لا شفعة فيما لا يقسم) ش : وبه قال مالك وأحمد في رواية وإسحاق وأبو ثور ، ويقولنا قال مالك في رواية وأحمد في أخرى وابن شريح من الشافعية ، وهو قول الثوري أيضًا .

ولو كانت البئر واسعة يمكن أن يبني فيها ويجعل بئرين والحمام كثير البيوت يمكن جعله حمامين أو يمكن أن يجعل كل بيت بيتين ، أو الطاحونة كبيرة تجعل طاحونتين لكل واحدة حجران يثبت فيها الشفعة عند الشافعي على الأصح ، وبه قال أحمد وإن لم يكن كذلك وهو الغالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها على الأصح ، كذا في « شرح الوجيز » .

لهم قوله ﷺ : « لا شفعة في بناء ولا طريق ولا منقبة » ^(١) والمنقبة الطريق الضيق ، رواه ابن الخطاب . وعن عثمان - رضي الله عنه - أنه قال : « لا شفعة في بئر ولا نخل » .

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٨٧) أخبرنا ابن أبي سبرة عن محمد بن عمار عن محمد بن أبي بكر أن النبي ﷺ

قال : لا شفعة في ماء ولا طريق ولا فحل ، يعني النخل .

لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة ، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة في كل شيء ، ع qar أو ربع »

ولنا حديث جابر عنه ﷺ : « الشفعة في كل شيء » على ما يأتي الآن . وحديث أبي الخطاب غير معروف ، وحديث عثمان يمكن أن يكون مذهبه إن ثبت ، والشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الجوار ، وهذا يشمل الكل .

م : (لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة) ش : وهو الضرر الذي يلحق الشريك بأجرة القسام م : (وهذا) ش : أي دفع مؤنة القسمة م : (لا يتحقق فيما لا يقسم) ش : فلا تجب الشفعة فيه . م : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة في كل شيء ، ع qar أو ربع ») ش : هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه في « مسنده » أخبرنا الفضل بن موسى ثنا أبو حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قال : « الشريك شفيع ، والشفعة في كل شيء »^(١) .

وروى الطحاوي في « شرح الآثار » حدثنا محمد بن خزيمة بن راشد حدثنا يوسف بن عدي حدثنا ابن إدريس وهو عبد الله الأودي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء »^(٢) .

ومن جهة الطحاوي ذكره عبد الحق في « أحكامه » وزاد في إسناده هو القراطيسي ، يعني يزيد بن عدي . وقال ابن القطان : وهو وهم فيه ، ليس في كتاب الطحاوي ولكنه قلده ابن حزم وقد وجدنا لابن حزم في كتابه كثيراً من ذلك ، مثل تفسيره حماد بأنه ابن زيد ويكون ابن سلمة .

والراوي عنه موسى بن إسماعيل ، وتفسيره شيبان بأنه فروخ وإنما هو النحوي وهو قبيح . فإن صفتها ليست واحدة ، وتفسيره داود عن الشعبي بأنه الطائي وإنما هو ابن أبي هند ، ومثل هذا كثير قد بيناه وضمناه باباً مفرداً فيما نظرنا في كتابه « المحلى » .

(١) ضعيف : أورده المصنف عن أبي حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس . . مرفوعاً .

قلت : أخرجه عبد الرزاق (٨٨ / ٨) من طريق إسرائيل عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة . . مرسلأ . وإسرائيل أجل وأحفظ من أبي حمزة ، بل وخالفه شعبة أيضاً . قال البيهقي : وهم أبو حمزة في إسناده ، وقال الترمذي : المرسل أصح .

(٢) فيه عننة ابن جريج وهو مدلس .

إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك ، والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر ، وأنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق

والقراطيسي إنما هو يوسف يروي عن مالك بن أنس وغيره . وروى عنه الرازيان قاله أبو حاتم ووثقه هو وأبو زرعة ، وأما يوسف بن يزيد أبو يزيد القراطيسي فهو أيضاً ثقة جليل مصري ذكره ابن يونس في « تاريخه » ، توفي سنة سبع وثمانين ومائتين ، وقد رأى الشافعي ، ومولده سنة سبع وثمانين ومائة .

قوله عقار بدل مولده شيء وقد فسرنا العقار . والربع المنزل الشتاء والصيف في الربيع . وقيل الدار . ويجمع على ربوع وأرباع وأربع ورباع . وأصله من أربع بالمكان إذا أقام به . وفي « الجمهرة » الربع المنزل في الشتاء والصيف ، والربع المنزل في الربيع ، ويقال الربع الدار حيث كانت م : (إلى غير ذلك من العمومات) ش: هذا حال من قوله ﷺ ، والتقدير ولنا قوله ﷺ كذا وكذا متتهياً إلى غيره من النصوص العامة المتأولة لما يقسم ولما لا يقسم ، والعمومات جمع عموم جمع عام وهي الأحاديث التي مرت فيما مضى .

م : (ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك) ش: أي الاتصال بين الملكين م : (والحكمة دفع ضرر سوء الجوار) ش: أي الحكمة في مشروعيته دفع ضرر السوء الحاصل بسبب الجوار ، لأن الاتصال على وجه التأييد والقرار لا يقرر عن ضرر الدخيل بسبب سوء الصحبة وأذى المجاورة م : (على ما مر) ش: في أوائل كتاب الشفعة م : (وأنه) ش: أي دفع ضرر سوء الجوار م : (ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم) ش: قوله ما يقسم وما لا يقسم تفسير للقسمين ، ويجوز أن يكون حظهما من الإعراب النصب على البدلية ، ويجوز أن يكون الرفع على تقدير أحدهما ما يقسم والآخر ما لا يقسم م : (وهو) ش: أي ما لا يقسم م : (الحمام) ش: بتشديد الميم واحد الحمامات المبنية ، وأصله من الحميم وهو الماء الجاري .

م : (والرحى) ش: والمراد به بيت الرحى ، لأن الرحى اسم للحجر ، ومنه يقال رحوت الرحى ورحيتها أنا إذا أدرتها . قال الجوهري : الرحى معروفة مؤنثة ، والألف منقلبة من الياء بقولهما رحيان ، وكل من قال : رحاء ورحا وأرحية مثل عطاء وعطا وأعطية جعلها منقلبة من الواو ، ولا أدري ما حجته وما صحته وثلاث أرح ، والكثير أرحاء . وقال الصنعاني في « مجمع البحرين » : يقال في ثنية الرحى رحوان كما يقال رحيان ، وتكتب بالياء والألف .

م : (والبئر والطريق) ش: وكذا النهر والدور والصغار ، والحاصل أن المراد بما لا يقسم أي لا ينتفع به بعد القسمة الحسبية مثل انتفاعه قبل القسمة ويفوت جنس الانتفاع كما في الحمام ، لأنه لا يحتمل التجزئ والقسمة في ذاته ، لأنه ما من شيء في الدنيا إلا ويحتمل التجزئ في نفسه .

قال : ولا شفعة في العروض والسفن لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « لا شفعة إلا في ربع أو حائط » وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن ، ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والمالك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار

م : (قال: ولا شفعة في العروض والسفن) ش: أي قال القدوري في « مختصره » والعروض - بضم العين - جمع عرض ، وهو ما ليس بنقد وقد مر تفسيره من قريب ، والسفن - بضمين - جمع سفينة م : (لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا شفعة إلا في ربع أو حائط ») ش: هذا الحديث رواه البزار في « مسنده » ثنا عمرو بن علي ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « لا شفعة إلا في ربع أو حائط ، ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر صاحبه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك » (١) .

وقال : لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر . والعجب من الأترازي مع ادعائه التعمق في الحديث كيف له أن ينسب هذا الحديث إلى مخرجه ؟ بل قال : ولنا في صحة هذا الحديث نظر وسكت ومضى ، على أن أبا حنيفة أيضاً رواه عن عطاء عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا شفعة إلا في دار أو عقار » أخرجه البيهقي في « سننه الكبرى » . والربع قد مر تفسيره ، والمراد بالحائط البستان ويجمع على حيطان .

م : (وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن) ش: أي الحديث المذكور حجة على مالك في إيجابه الشفعة في السفن فإنه قال في رواية : إن الشفعة تثبت في جميع المنقولات كالحياوان والثياب والسفن ونحوها .

وعن أحمد في رواية وثبتت الشفعة فيما لا يقسم كالحجر والسيوف والحياوان وما في معنى . وعنه في رواية أخرى أنها تثبت في البناء والغرس أن يبيع منفرداً ، وهو قول مالك . وقال الأسبيجاني في « شرح الكافي » : ولا شفعة إلا في الأرضين والدور حيث لا يثبت إلا في المنقول . وقال ابن أبي ليلي : يثبت في المنقول . وقال القدوري في « شرحه » : وقال مالك : يثبت في السفن أيضاً .

م : (ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والمالك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار) ش: أي قدر دوامه وهو بفتح الحاء وسكون السين ، وقيل : يجوز بفتح السين أيضاً واختاره الجوهري حتى قال : إنما يسكن للضرورة .

في « العباب » وحسب بالتحريك وهو فعل بمعنى مفعول مثل نقص بمعنى منقوص .

(١) قلت : على أي شيء يستنكر المصنف فقد أخرجه مسلم في الصحيح .

فلا يتحقق به . وفي بعض نسخ المختصر : ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصه ، وهو صحيح مذكور في الأصل ؛ لأنه لا قرار له فكان نقلياً وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ،

ومنه قولهم ليكن عملك بحسب ذلك ، أي على قدر عدده . قال الكسائي : يقال ما أدري ما حسب حديثك ما قدر ، وربما سكن في ضرورة الشعر م : (فلا يتحقق به) ش : أي إذا كان كذلك فلا يلحق المنقول بغير المنقول .

م : (وفي بعض نسخ المختصر) ش : أي مختصر القدوري م : (ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصه) ش : - بفتح العين وسكون الراء - وهو كل بقعة من الدار واسعة ليس فيها بناء ، والجمع العراص والعرصات والأعراص ، كذا في «العباب» م : (وهو صحيح) ش : أي المذكور في بعض نسخ «المختصر» وهو الصحيح م : (مذكور في الأصل) ش : أي «المبسوط» م : (لأنه لا قرار له ، فكان نقلياً) ش : أي البناء أو النخل . والشفعة إنما تجب في الأراضي التي يملك رقابها ، حتى أن الأراضي التي جازها الإمام لبيت المال ، ويدفع إلى الناس مزارعة ، فصار أيهم فيها بناء وأشجار ، فلو بيعت هذه الأراضي فبيعها باطل . وبيع البناء والشجر يجوز ، ولكن لا شفعة فيها . وكذا لو بيعت دار بجانب دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي .

وكذا إذا كانت الدار وقفاً على رجل فلا يكون للموقوف عليه الشفعة بسبب هذه الدار ، كذا في «الذخيرة» و «المغني» ، ولا يلزم على هذا استحقاق العبد المأذون والمكاتب الشفعة ولا ملك لهما في رقبة الأرض ، لأن استحقاقها فيهما التصرف بالبيع ، والشراء قام مقام الشفعة ملك الرقبة كما قال أبو حنيفة : فالشفعة للمشتري الذي له الخيار إذا بيعت دار بجانب تلك الدار المشتراة ، مع أنه لا يقول أما لملك . وعند الثلاثة لا شفعة لشركة الوقف وإن كان الموقوف عليه معيناً . وفي المشتري الذي له الخيار يثبت له الشفعة كما سيجيء إن شاء الله تعالى .

م : (وهذا بخلاف العلو) ش : أي عدم وجوب الشفعة في البناء ، بخلاف العلوم : (حيث يستحق بالشفعة) ش : أي صاحب السفلى يأخذ بالشفعة . وقال الكرخي في «مختصره» : « وإن بيع سفلى عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو هما وبيت فيها الشفعة بيعا جميعاً ، أو كل واحد منهما على انفراده .

وقال أبو يوسف : إن وجوب الشفعة في السفلى والعلو استحسان ، روى ذلك عنه ابن سماعه وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . وقال القدوري في «شرح» أما إذا بيعا جميعاً فلا شبهة فيه ، لأنه باع العرصه بحقوقها لتعلق الشفعة بجميع ذلك ، وأما إذا باع السفلى دون العلو لقوله ﷺ : « لا شفعة إلا في ربع » ولأن المساري يخاف فيها على وجه الدوام . وأما العلو فلائنه

ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه ، لأنه بما له من حق القرار التحق بالعمارة . قال : والمسلم والذمي في الشفعة سواء

حق متعلق بالمنفعة على التأييد وهو كنفس البقعة ، والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان إنما هو في العلو .

وكان القياس أن يجب فيه الشفعة ، لأنه لا يبقى على وجه الدوام ، وإنما استحسنا ، لأن حق الوضع [. . .] فهو كالعروة ، وقد قال محمد في « الزيادات » : إن العلو إذا انهدم ثم بيع السفل فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند أبي يوسف ، ولا شفعة عند محمد ، فأجرى أبو يوسف حق الوضع وإن لم يكن هناك بناء مجرى الملك ، لأنه حق ثابت على التأييد كنفس الملك .

وذكر محمد - رحمه الله - في « الزيادات » أن من باع علواً فاحترق قبل التسليم بطل البيع ، ولم يحك خلافاً . قال ابن شاهين : هذا ينبغي أن يكون قوله خاصة ، وأما على قول أبي يوسف فيجب أن لا يبطل البيع لبقاء حق الوضع ، ألا ترى أنه أجراه مجرى العروة في إيجاب الشفعة ، الكل من « شرح القُدوري » .

م : (ويستحق به الشفعة في السفل) ش : أي بالعلو الشفعة في السفل بالحوار ، وليس بشريك إذا لم يكن بطريق العلو في السفل ، كذا في « الإيضاح » م : (إذا لم يكن طريق العلو فيه) ش : أي في السفل ، وهذا لبيان أن استحقاق الشفعة فيه بسبب الحوار لا بسبب الشركة ، وليس لبيان أن الشفعة لا تجب إذا كان طريق العلو فيه ، بل تجب الشفعة ثمة أيضاً لكن بسبب الشركة لا بالحوار ، حتى يكون مقدماً على إيجار الملاصق .

ألا ترى إلى ما نص الكرخي في « مختصره » وقال : لو أن رجلاً له علو في دار وطريقه في دار أخرى إلى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار التي فيها الطريق أولى بالشفعة . انتهى .

وذلك لأنهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جاز ، والشريك في الطريق أولى من الجار . ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لأن كل واحد منهما جار للعلو والتساوي في الحوار ، فوجب التساوي في الشفعة ، كذا ذكره القُدوري م : (لأنه بما له من حق القرار التحق بالعمارة) ش : أي لأن العلو الذي له حق التعلي التحق بالعمارة فتجب فيه الشفعة .

م : (قال : والمسلم والذمي في الشفعة سواء) ش : وبه قال مالك والشافعي ، وأكثر أهل العلم .

للعومات ، ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ، ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى ، والصغير والكبير ،

وقال أحمد وابن أبي ليلى والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز لا شفعة للكافر على مسلم .
ولنا ما أشار إليه بقوله واحتجوا بما رواه الدارقطني عن أنس أنه ﷺ قال : « لا شفعة لكافر على مسلم » أشار إليه بقوله م : (للعومات) ش : أي بعمومات الأحاديث التي مر ذكرها .
وحديث الدارقطني غريب لم يثبت ، ولا يعارض بعموم قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ، لأن المراد نفي السبيل حكماً لا حقيقة ، ونفي السبيل بالاسترقاق يراد بالإجماع فلا يراد غيره ، لأن مقتضى لا عموم له .

م : (ولأنهما) ش : أي المسلم والذمي م : (يستويان في السبب) ش : وهذا اتصال الملك م : (والحكمة) ش : وهي دفع الضرر م : (فيستويان في الاستحقاق) ش : أي في استحقاق الشفعة م : (ولهذا) ش : أي ولأجل ما ذكرنا من الاستواء في السبب والحكمة والاستحقاق م : (يستوي فيه) ش : أي في الاستحقاق م : (الذكر والأنثى ، والصغير والكبير) ش : وفي «المبسوط» قال ابن أبي ليلى : لا شفعة في الصغير ، يروى هذا عن النخعي والحارث العكلي ، لأن الصبي لا يمكن الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشتري .

وليس للمولى الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ لعامة العمومات ، ولأن سبب الاستحقاق والشركة والحوار فيستوي فيه الصغير والكبير ، والصبي محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني الحال ، وإن لم يكن في الحال والولي يملك الأخذ كالرد بالعيب نظراً له ، وإنما لم يملك العفو ، لأن فيه إسقاط حقه وفيه ضرر .

وفي «المبسوط» : يثبت حق الشفعة للحمل الذي لم يولد ، لأنه من أهل الملك بالإرث ، حتى لو وضعت الحبل على حملها وقد ثبت نسبة شرك الورثة في الشفعة ، وإن كان الوضع بعد البيع لأكثر من ستة أشهر . وكذا لو كان من أهل البدع له الشفعة عند العامة كالفاستق بالأعمال . وعن أحمد لا شفعة لغلاة الروافض الذي يحكم بكفرهم ، لأنه لا شفعة لكافر على مسلم .

وقال الكرخي في «مختصره» : فأهل الإسلام في استحقاق الشفعة وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب والعبيد المأذون لهم في التجارة والأحرار والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء .

وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم أو وجب عليهم من ذلك سواء ، والخصماء فيما

والباعى والعاقل ، والحرق والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً . قال : وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة ، لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه ، وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمته على ما مر . قال : ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها ، أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً ، لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا .

يجب على الصبيان أبائهم فإن لم يكونوا فأوصياء الآباء ، فإن لم يكونوا فالأجداد من قبل الأب ، فإن لم يكونوا فأوصياء الأجداد ، فإن لم يكونوا فالإمام والحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم ، وأهل العدل وأهل البغي في الشفعة أيضاً سواء .

م : (والباعى والعاقل ، والحرق والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً) ش : قيد بقوله إذا كان مأذوناً ، لأنه إذا لم يكن مأذوناً فلا شفعة له ، وإذا كان بائع الدار غير المولى يستحق المأذون الشفعة بلا خلاف . وإذا كان البائع مولاه يأخذ بالشفعة أيضاً إذا كان عليه دين ، كذا في «المبسوط» ، وقياس قول الثلاثة أن يأخذ كما لو لم يكن عليه دين .

م : (قال : وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) ش : أي قال القدوري ، قيد بقوله بعوض ، لأنه إذا ملكه بالهبة والصدقة والوصية والإرث لا شفعة له عند عامة أهل العلم منهم الأئمة الثلاثة . وحكي عن مالك رواية في المنتقل بصدقة أو هبة فيه الشفعة ، وبه قال ابن أبي ليلى ويأخذ الشفيع بقيمته . وقيد بقوله هو مال احترازاً عما إذا لم يكن مالاً كالبيتة ، فإن البيع باطل فلا شفعة فيه م : (لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة) ش : فيما لا مثل له كالمكيل والموزون والمقدور المتفاوت م : (أو قيمته) ش : أي فيما لا مثل له وهو الذي يتفاوت أحاده م : (على ما مر) ش : في فصل ما يؤخذ به المشفوع بقوله ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته ، وإن اشترىها بمكيل أو موزون أخذها بمثله .

م : (قال : ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها) ش : أي قال القدوري ، وذلك بأن جعل الدار صداقها فلا شفعة فيها ، لأن سببها غير السبب المسبب ويملك به التملك م : (أو يخالع المرأة بها) ش : بأن تعطي المرأة الدار لزوجها لتخالع عليها م : (أو يستأجر بها داراً) ش : بأن يجعل الدار أجرة للدار المستأجرة .

م : (أو غيرها) ش : أي أو يستأجر بها غير الدار بأن جعلها أجرة عبد أو حانوت أو رحي م : (أو يصالح بها عن دم عمد) ش : بأن يجعل الدار بدل الصلح عن دم العمد م : (أو يعتق عليها عبداً) ش : بأن قال لعبده أعتقتك على هذه الدار م : (لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا) ش : أراد به قوله ، لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع . . . إلى آخره .

وهذه الاعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع ، وعند الشافعي تجب فيها الشفعة ؛ لأن هذه الاعواض متقومة عنده ، فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بثها كما في البيع بالعرض ، بخلاف الهبة ؛ لأنه لا عوض فيها رأساً ، وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهرماً أو ما يضاھيه ؛ لأنه لا شفعة عنده إلا فيه .

فإن قلت : أليست الغنيمة حصلت بذلك حتى ذكر قوله ، لأن الشفعة . . . إلى آخره ، وهذا تكرار . قلت : لأن هذا دليل مستقل ذكره استظهاراً وإن كان الأول كافياً .

م : (وهذه الاعواض) ش : في تزوج الرجل على الدار وخلع المرأة عليها وجعلها أخذه في الإجارة وعوض الصلح عن دم العمدة والعتق عليها م : (ليست بأموال ، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع) ش : وبه قال أحمد في الظاهر والحسن والشعبي وأبو ثور وابن المنذر .

م : (وعند الشافعي تجب فيها الشفعة) ش : أي في هذه الأشياء ، وبه قال مالك وأحمد في رواية ابن حامد عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحارث العكلي ، ثم اختلفوا بكم يأخذه ، فقال مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذه بقيمة النقص ، لأننا لو أوجبنا عليه مهر المثل لتقومنا البضع على الأجنب .

وقال الشافعي وأبو حامد والعكلي : أخذه بالمهر في التزوج والخلع والمتعة ، بأن صالح على متعتها ، لأن البذل فيها الأمثل له ، فيأخذ بقيمة البذل وهي المهر م : (لأن هذه الاعواض متقومة عنده) ش : أي عند الشافعي ، إذ التقويم حكم شرعي شرع لجعل هذه الأشياء مضمونة لهذه الاعواض . وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء . وكذا المنافع عنده متقومة كالأعيان ، فإذا جعل الدار عوضاً عن البضع أو نحوه وقد تعذر على الشفيع الأخذ به فيأخذ بقيمته وهو مهر المثل ، كما لو اشترى بعبد وهو معنى قوله : م : (فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بثها) ش : أي بمثل هذه الأشياء ، فيأخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق م : (كما في البيع بالعرض) ش : بأن باع الدار بالعرض فإن الشفيع فيه يأخذ بالقيمة لتعذر المثل .

م : (بخلاف الهبة ؛ لأنه لا عوض فيها رأساً) ش : يعني بالكلية والشفعة لا يكون إلا فيما فيه عوض م : (وقوله يتأتى) ش : أي قول الشافعي يتحقق م : (فيما إذا جعل شقصاً) ش : أي نصيباً م : (من دار مهرماً) ش : إذا لا شفعة عنده في العقار إلا في الشقص .

م : (أو ما يضاھيه) ش : أي أو جعل ما يضاھي المهر ، أي يشابهه بأن جعل شقصاً من الدار بدل الخلع أو الأجرة أو بدل الصلح أو بدل العتق م : (لأنه لا شفعة عنده إلا فيه) ش : أي لأن الشأن لا شفعة عند الشافعي إلا في الشقص من العقار ، لأنه لا يرى الشفعة بالجوار .

ونحن نقول : أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضروري ، فلا يظهر في حق الشفعة . وكذا الدم والعتق غير متقوم ، لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما . وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهراً ؛ لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبضع .

م : (ونحن نقول : إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها) ش : أي غير منافع البضع م : (بعد الإجارة ضروري) ش : إثابة لحظر المحل وصوناً لهذا العقد عن السببية بالإباحة فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة م : (فلا يظهر) ش : أي التقوم م : (في حق الشفعة) ش : لأن الضروري يتعذر ولو بقدر الضرورة .

م : (وكذا الدم والعتق غير متقوم) ش : إنما أفردهما بالذكر ، لأن تقومهما أبعد ، لأنهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوم ، واستدل على ذلك بقوله م : (لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) ش : وهو المالية ، لأن القيمة إنما سميت بها لقيامها مقام الغير ، وإنما تقوم مقام الغير باعتبار المالية لا بغيرها من الأوصاف كالجوهرية والجسمية وغير ذلك ، ولا مالية في الدم والعتق .

فإن قلت : تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى ، وكذا الثوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد ويضمنان بالقيمة .

قلت : بل المعنى الخاص منهما المالية ، لكن طريق الانتفاع يختلف ، فيتتبع بالدار والسكنى . وفي الغلام بالخدمة واختلاف طرق الانتفاع لا ينافي كون المعنى الخاص من المشفع به هو المالية ، والدليل عليه أن من أتلف ثوب إنسان أو قلع بناء دار إنسان يضمن قيمتها ولا ذلك إلا باعتبار المالية ، وقد لا يكون الدار للسكنى والثوب للباس .

م : (ولا يتحقق فيهما) ش : أي لا يتحقق المعنى الخاص المطلوب في الدم والعتق ، لأن العتق إسقاط وإزالة الدم ليس لحق الاستيفاء ، وليس من جنس ما يتمول به ويدخر م : (وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهراً) ش : أي لا يجب فيها الشفعة ، وهذا لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونهما مقابلاً بالبضع م : (لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه) ش : أي في كون المفروض بعد العتق م : (مقابلاً بالبضع) ش : يعني أنهما جعلتا هذه الدار مهراً فيكون مقابلة البضع فيكون مبادلة مال بما ليس بمال ، فلا يجري فيها الشفعة .

فإن قلت : هذا معاوضة بمهر المثل ، لأنه لما وقع التزوج بغير مهر وجب مهر بمال فيجري فيها الشفعة .

بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال . ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه ، وهو يقول : معنى البيع فيه تابع ، ولهذا يتعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل ، فكذا في التبع ، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة ، حتى أن المضارب إذا باع داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة

قلت : إنهما جعلتا الدار مهرًا لا بدلاً عن مهر المثل ، ولا بد للمبادلة من جعل أحد الشئيين بدلاً والآخر مبدلاً منه ، والعين مبدل فلا يكون بدلاً .

م : (بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى) ش : يعني يجب فيه الشفعة م : (لأنه مبادلة مال بمال) ش : لا محالة .

وفي « شرح الكافي » ولو صالحها من مهرها على الدار أو صالحها عليه مما يجب لها المهر فللشفيع فيها الشفعة ، لأنه حيثئذ يكون عوضاً عن المهر فيكون تبعاً حقيقة . وقال في « الشامل » صالحه على دار من جراحة خطأ تجب الشفعة ، لأن الواجب المال .
فإن قلت : كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل ؟ .

قلت : جاز أن يكون معلوماً عندهما ، ولأنه جهالة في الساقط فلا يفضي إلى المنازعة فلا يفسد البيع .

م : (ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة - رحمه الله-) ش : هذا في مسائل الأصل ، ذكرها تفريعاً على مسألة القدوري ، قوله في جميع الدار ، أي في شيء منها م : (وقالوا : تجب في حصة الألف) ش : أي يقسم الدار على مهر مثلها وألف درهم فما أصاب الألف تجب فيه الشفعة ، وبه قال أحمد م : (لأنه مبادلة مالية في حقه) ش : أي فيما يخص الألف م : (وهو يقول) ش : أي أبو حنيفة م : (معنى البيع فيه تابع) ش : للنكاح م : (ولهذا يتعقد بلفظ النكاح) ش : لكون المقصود وهو النكاح م : (ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ش : أي لو كان البيع أصلاً يفسد بشرط النكاح ، كما لو قال بعث منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك مني م : (ولا شفعة في الأصل) ش : وهو نفس الصداق م : (فكذا في التبع) ش : وهو البيع .
م : (ولأن الشفعة) ش : دليل آخر وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية ، وإما أن تكون هي المقصود فممنوع .

ووجه أن الشفعة م : (شرعت في المبادلة المالية المقصودة) ش : وهنا المقصود هو النكاح دون مبادلة المال بالمال م : (حتى أن المضارب إذا باع داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة

الربح لكونه تابعاً فيه . قال : أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة . قال -رضي الله عنه - : هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر . والصحيح : أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله : أو يصالح عليها ؛ لأنه إذا صالح عليها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تنزل عن ملكه ،

(الربح) ش: بأن كان رأس المال ألفاً فاتجر وربح ألفاً ثم اشترى بالألفين داراً في جوار رب المال ثم باعها بالألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حق المضارب من الربح . م: (لكونه تابعاً فيه) ش: أي لكون الربح تابعاً لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة ، لأن المضارب وكيل رب المال في البيع ، وكل من بيع له لا تجب الشفعة له ، فكذا لا تجب في البيع .

وفي «الإيضاح» و«المغني» : فلو باع المضارب داراً عن المضاربة ورب المال شفيعها لا شفعة ، سواء كان في الدار ربع أو ضر ، وهذا بخلاف ما لو اشترى داراً ورب المال شفيعها أخذها رب المال وإن وقع الشراء له ولكن في الحكم كأنه مال ثالث . ألا ترى أنه يقدر أن ينزعه من يده .

وفي «شرح الكافي» ولو باع المضارب داراً من غير المضارب كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار له من المضاربة ويكون له خاصة ، لأنه جار بدار المضاربة . ولو باع رب المال داراً له خاصة والمضاربة شفيعها بدار المضاربة ، فإن كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه ، لأنه جار بقدر نصيبه ، وإن لم يكن فيها ربح لم يأخذها ، لأنه ليس لها بجار .

م: (قال : أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة) ش: أي قال القدوري ، أي أو يصالح على الدار . والقدوري عطف هذا على قوله أو يعتق عليها عبداً ، وهذه المسألة مختلفة الألفاظ في النسخ ، والخطأ فيها من الناسخ ، كذا في «شرح الأقطع» ، ولهذا قال صاحب «الهداية» م: (قال : هكذا ذكر في أكثر نسخ «المختصر») ش: أي القدوري م: (والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله : أو يصالح عليها ؛ لأنه إذا صالح عليها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تنزل عن ملكه) ش: يعني أن المدعى عليه ينكر مبادلة المال بالمال ، ويزعم أنه بقي عليه قديم ملكه ، وإنما بذل المال لدفع الخصومة .

بيان ذلك أنه إذا صالح عليها يجب فيها الشفعة ، سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت ، لأن في زعم المدعي أنه يأخذها عوضاً عن حقه . وكذا المدعى عليه يعطيها عوضاً عن المال الذي يدعى عليه فتجب الشفعة ، لأنه مبادلة مالية مقصودة ، بخلاف ما إذا صالح عنها بإنكار حيث لا تجب فيها الشفعة ، لأن في زعم المصالح أن الدار ملكه ، وإنما دفع المال افتداء ليمينه فلم يملكها بعوض .

وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداءً ليمينه وقطعاً لشغب خصمه ، كما إذا أنكر صريحاً ، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي ، وإنما استفاد بالصلح فكان مبادلة مالية . أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك ؛ لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه . قال : ولا شفعة في هبته لما ذكرنا إلا أن تكون بعوض مشروط ، لأنه

فكذا إذا صالح منها بسكوت فلا تجب الشفعة أيضاً ، لأننا لا نعلم أنه يملكها بعوض الجوار أنه دفع المال افتداءً ليمينه وقطعاً لشغب الخصم ، فلا تجب الشفعة بالشك ، وهذا بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار حيث يجب فيها الشفعة ، لأنه مقر به ملكها بالمال المصالح عليه . ألا ترى أنهم قالوا : لو استحق المصالح عليه ، والصلح مع سكوت رجع المدعي بالدعوى . ولو كان الصلح مع إقرار رجع بالدار فبان الفرق بينهما .

م : (وكذا إذا صالح عنها بسكوت) ش : لأنه ، أي وكذا لا شفعة فيما إذا صالح عن الدار بسكوت م : (لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداءً ليمينه وقطعاً لشغب خصمه) ش : قال السغناقي في «العباب» الشغب - بسكون الغين المعجمة - يهيج الشر ، لا يقال شغب يعني بالتحريك . وافتداء وقطعاً منصوبان على التعليل م : (كما إذا أنكر صريحاً) ش : حيث لا شفعة فيه .

م : (بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار ، لأنه معترف بالملك للمدعي) ش : لأنه مقر بأنه ملكها بالمال المصالح عليه وقد مر التحقيق مستوفى م : (وإنما استفاده) ش : أي الملك م : (بالصلح ، فكان مبادلة المالية) ش : فوجبت فيه الشفعة م : (أما إذا صالح عليها) ش : أي على الدار م : (بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك) ش : أي في الأحوال الثلاثة م : (لأنه) ش : أي المدعي م : (أخذها) ش : أي أخذ الدار م : (عوضاً عن حقه في زعمه) ش : أي في زعم المدعي م : (إذا لم يكن) ش : أي العوض م : (من جنسه) ش : أي من جنس حقه قيد به ، لأنه إذا كان من جنس حقه بأن صالح على بيت من داره فإنه أخذ عين حقه فلا يكون معاوضة وقد مر في الصلح فلا تجب الشفعة .

م : (فيعامل بزعمه) ش : أي بزعم المدعي - بفتح الزاي وضمها - ، يقال زعم زعمًا ، أي قال من باب نصر ينصر . وأما زعم - بكسر العين - معناه طمع فمصدره زعم بالتحريك .

م : (قال : ولا شفعة في هبته) ش : أي قال القدوري : لا شفعة في هبته ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وابن أبي ليلى فيها الشفعة بقيمة الموهوب ، وكذا عندهما الشفعة في الصدقة بالقيمة م : (لما ذكرنا) ش : أشار به إلى قوله بخلاف الهبة ، لأنه لا عوض فيها رأساً م : (إلا أن تكون بعوض مشروط) ش : في عقد الهبة م : (لأنه) ش : أي لأن عقد الهبة بشرط العوض

بيع انتهاء . ولا بد من القبض ، وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً ؛ لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد ؛ لأن كل واحد منهما هبة مطلقة ، إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع . قال : ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع ، لأنه

م: (بيع انتهاء) ش: لأنه هبة ابتداء .

واعلم أن الهبة على عوض ، فإن كان وجد فيه التقابض وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة فيه .

وقال زفر : تجب الشفعة بالعقد كما ذكره القدوري في « شرح مختصر الكرخي » بقوله : قالت الثلاثة : وهذا بناء على أن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء عند زفر ، وعندنا تبرع ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجبر على التسليم ، ولا يملك قبل القبض ولا يصح في المشاع ولا تثبت فيه الشفعة ، فإذا تقابض إلا أن يثبت أحكام البيع ، وصورته أن يقول وهبت هذا الملك على أن تعوض كذا . وأجمعوا على أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا إنه بيع ، كذا في « المختلف » .

م: (ولا بد من القبض) ش: أي في العوضين م: (وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً ؛ لأنه هبة ابتداء) ش: فالشيوح يمنعها م: (وقد قررناه في كتاب الهبة) ش: بشرط العوض أنها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء في كتاب الهبة م: (بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد) ش: يعني لا تثبت الشفعة حينئذ أصلاً لا في الموهوب ولا في العوض .

م: (لأن كل واحد منهما) ش: أي من الهبة والعوض م: (هبة مطلقة) ش: عن العوض ، لأن الأول هبة أثبت عليها ، والثاني أمر في إبطاله حق الرجوع لا أن يكون عوضاً عن الأول حقيقة . ولهذا لو أعطى عشرة دراهم لمن أعطاه درهماً عوضاً عن ذلك جاز . ولو كان عوضاً لم يجز ، لأنه يكون ربا فلا تثبت الشفعة . بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً ، لأنه يصير تبعاً من كل وجه عند القبض ، لأنه مشروط أيضاً فيثبت أحكام البيع .

فإن قلت: إنه هبة ابتداء ، ويصير بيعاً بالقبض ، فلا يكون نظير المقبوض .

قلت: نعم ، ولكن الشفعة تتعلق بالبناء ، فمن هذا الوجه يصير مثل المقبوض فتجب الشفعة بطريق الدلالة .

م: (إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع) ش: أي إلا أن الواهب عوض من الهبة فامتنع رجوعه عنها ؛ لأن امتناع الرجوع لمكان التعويض فلا يصير به تبعاً .

م: (قال : ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) ش: أي قال القدوري م: (لأنه) ش: أي

يمنع زوال الملك عن البائع . فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة ، لأنه زال المانع عن الزوال ، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح ؛ لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عن ذلك . قال : وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق

لأن خيار البائع م : (يمنع زوال الملك عن البائع) ش : والشفعة تجب بخروج البيع عن ملك البائع ، فصار كالإيجاب بلا قبول م : (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة ؛ لأنه زال المانع) ش : وهو عدم خروج المبيع عن ملك البائع بواسطة الشرط م : (عن الزوال) ش : أي زوال الشفعة .

وقال تاج الشريعة : أي زوال ملك البائع أراد أنه زال ملك البائع فوجبت الشفعة لتعلقها به . وقال الأسيبجيبي في «شرح الطحاوي» : ولو كان الخيار لهما جميعاً فلا شفعة فيها أيضاً لأجل خيار البائع .

ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها أيضاً ؛ لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط لنفسه ، فإن أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفيعته ، لأن البيع من جهة الشفيع تم فصار كأنه باع .

وإن فسخ فلا شفعة له أيضاً ؛ لأن ملك البائع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك أن لا يجبر ، ولا يفسخ حتى يجبر البائع البيع ، أو يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة . وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الدرك عن البائع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع لا شفعة له ؛ لأن البيع تم بضمانه فلا شفعة له لأنه ترك منزلة البائع .

ولو أن المشتري اشترى داراً وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام كان للشفيع الشفعة ؛ لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة .

م : (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) ش : احترز به عن قول بعض المشايخ أنه لا يشترط الطلب عند وجوب البيع ؛ لأنه هو السبب ، والأصح أنه يشترط عند سقوط الخيار م : (لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك) ش : أي عند سقوط الخيار ، أراد سبباً هو علة ؛ لأن البيع بشرط الخيار قبل انقضاء المدة سبب يشبه العلة ، وليس بعلة . وإنما يصير علة عند سقوط الخيار فيشترط الطلب عند ذلك كما في البيع البات يشترط الطلب عقبه .

م : (قال : وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) ش : هذا أيضاً من ألفاظ القدوري وجبت الشفعة م : (لأنه) ش : أي لأن خيار المشتري م : (لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق) ش : وبه قال أحمد في وجهه ، والشافعي في قول ، وهو رواية المزني ، وفي «شرح الوجيز» : وهذا هو الأصح عند عامة الأصحاب .

والشفعة تبني عليه على ما مر ، وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع ؛ لأنه يثبت بالشروط وهو للمشتري دون الشفيع . وإن بيعت دار إلى جنبها ، والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة ، أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها ، وكذا إذا كان للمشتري ،

وقال أحمد في ظاهر مذهبه ، والشافعي في قول : لا تسقط الشفعة لشفعته إلا بعد سقوط خيار المشتري كما في خيار البائع ، وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول مالك في «الحلية» ، واختاره أبو إسحاق المرزوي من أصحابنا ، وهو رواية الربيع . قيدنا بالاتفاق لأن الاختلاف هل يدخل في ملك المشتري ، أو لم يدخل فعندهما يدخل خلافاً لأبي حنيفة ، وقد عرف في موضعه من (والشفعة تبني عليه) ش: أي على زوال الملك م: (على ما مر) ش: في أول باب الشفعة ، وهو قوله : والوجه فيه إنما تجب الشفعة إذا رغب البائع من ملك الدار . . . إلى آخره .

م: (وإذا أخذها في الثلاث) ش: أي إذا أخذ الشفيع الشفعة في مدة الخيار التي هي الثلاث ، وقيد بالثلاث ليكون على الاتفاق م: (وجب البيع لعجز المشتري عن الرد) ش: وإنما ذكرنا هذا لأن المشتري بخيار الشرط لو رد المبيع بحكم الخيار قبل الأخذ بالشفعة لم يثبت البيع وينفسخ من الأصل ، فحيث لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة ، لأن هذا ليس بإقالة هل أنفسخ من الأصل ، فكان السبب منعدهما في حقه من الأصل إليه أشار إلى هذا في «المبسوط» .

م: (ولا خيار للشفيع) ش: أي لا يثبت الخيار الذي كان للمشتري للشفيع ، وإن كان انتقال إضافة الضعف من المشتري إلى الشفيع م: (لأنه ثبت بالشرط) ش: أي لأن الخيار ثبت بالشرط كاسمه م: (وهو) ش: أي الخيار كان م: (للمشتري دون الشفيع) ش: أي لم يكن للشفيع فلا يثبت له .

م: (وإن بيعت دار إلى جنبها) ش: أي إلى جنب الدار المشفوعة م: (والخيار لأحدهما) ش: أي والحال أن الخيار لأحد المتعاقدين م: (فله الأخذ بالشفعة) ش: أي الخيار للبائع فالشفعة له ، وإن كان للمشتري م: (أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) ش: حق إذ الخيار منع خروج ملكه ، فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعه ، لأن قدر ملكه وإقدام البائع على ما يقدر ملكه في مدة الخيار نقض البيع ، لأنه لو لم يجعل نقضاً لبيعه ملكاً إذا جاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فيتبين أنه أخذ الشفعة بغير حق .

م: (وكذا إذا كان للمشتري) ش: أي وكذا الحكم إذا كان الخيار للمشتري يعني له الأخذ

وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده . وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة ؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال

بالشفعة م: (وفيه إشكال) ش: أي وفي ثبوت الخيار للمشتري إشكال ، وهو أنه لا يثبت له الملك عند أبي يوسف كيف يأخذها بالشفعة ، وقد كان البلخي يدعي المناقضة على أبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال إذا كان الخيار للمشتري لا يملك البيع ، وها هنا نقول بقولنا خذ الشفعة وهو مستلزم للمالك وحل الإشكال إن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها ، لأن ما يثبت إلا بدفع ضرر سوء الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً .

فإن قلت : الملك الثابت في ضمن طلب الشفعة يكون بطريق الإسناد فيثبت من وجه دون وجه .

قلت : نعم إذا انعقد الإجماع على الاستناد وها هنا ليس كذلك فإن عنده يثبت الملك بطريق الاقتضاء .

وعندهما يكون الملك للمشتري فصار الملك مجتهداً فيه فيثبت قطعاً ، بخلاف ما إذا باع بشرط الخيار ثم بيعت دار بجنبها ثم أجاز البائع وقت البيع ، وإجازة البيع دليل إعراضه عن الشفعة ، فلو أخذ المشتري يكون حق الشفعة بملك الغير . وأما في مسألتنا فيملك نفسه فافتراقاً .

م: (أوضحناه في البيوع فلا نعيده) ش: أوضحنا الإشكال في البيوع . قال في «النهاية» : هذه الحوالة في حق الإشكال غير راجحة بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها . . . إلى آخره .

وقيل : إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك ، لأن الجواب يتضمن السؤال . وقيل : لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز إن كان أوضحه في بيوع «كفاية المنتهي» .

م: (وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع) ش: أي وإذا أخذ المشتري المبيعة ، كان إجازة منه للبيع الذي كان له فيه الخيار م: (بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ش: أي بخلاف ما إذا اشترى المشتري الدار الأولى ، والحال أنه لم يرها م: (حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لا يبطل) ش: خياره م: (بصريح الإبطال) ش: قبل وجود الرؤية ، لأن بطلانه

فكيف بدلالته ، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية . قال : ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها . أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ ، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ،

موقوف على وجودها م : (فكيف بدلالته) ش : أي فكيف يبطل خيار الرؤية بدلالة الإبطال ، لأن ما لا يبطل بالصریح ، فبالدلالة الأولى أن لا يبطل .

م : (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى فله أن يأخذها دون الثانية) ش : يعني إذا اشترى داراً بشرط الخيار ولها شفيع ثم بيعت دار أخرى بجنبها ثم حضر الشفيع فله أن يأخذ الأولى بالشفعة دون الثانية ، لأنه إنما يكون له الشفعة في الثانية بسبب الجوار بالدار الأولى ولم يكن له جوار الأولى حين بيعت الثانية ، لأنه ما كان يملكها حينئذ .

وإنما حدث له جوار بعد ذلك ، وإنما يأخذ الأولى فحسب ، لأنه كان جارا حين بيعت إلا إذا كان له دار أخرى بجنب الدار الثانية ، فحينئذ يأخذ الدارين جميعاً بالشفعة م : (لانعدام ملكه في الأولى) ش : أي ملك الشفيع الذي حضر في الدار الأولى م : (حين بيعت الثانية) ش : لأنه إنما يتملك الآن فلا يصير بها جاراً للدار أو شريكاً من وقت العقد .

م : (قال : ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها) ش : أي قال القدوري : ابتاع أي اشترى فيها ، أي في الدار المشتراة شراء فاسداً ولا خلاف فيها للفقهاء . وفي «الذخيرة» هذا إذا وقع البيع فاسداً في الابتداء ، أما إذا وقع صريحاً ثم قد فسد بقي حق الشفعة كما لو اشترى النصراني داراً بخمر فلم يتقابض حتى أسلم أو أسلم أحدهما ، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر ، فإن البيع يفسد وللشفيع أن يأخذها بالشفعة م : (أما قبل القبض لعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد) ش : أي هو ثابت بأمر الشرع بلا اختيار من الشفيع فلا تثبت الشفعة مع أن الفسخ ثابت من جهة الشرع يكون الشارع أمر بتقرير أمر قد أمر برفعه ، هذه مناقضة ظاهرة ، والشارع يتعالى عن مثل ذلك .
فإن قلت : ينبغي أن لا ينعقد البيع الفاسد إذ في انعقاده تقرير من الشارع هذا العقد مع أنه أمر برفعه فيكون تناقضاً .

قلت : تخلل هنا فعل اختياري وهو إقدام البائع على البيع وجاز أن يؤخذ فعل حرام ، ويترتب عليه أحكام كما إذا وطئ امرأته في حالة الحيض يثبت نسب الولد مع حرمة الفعل .

وقلنا : إن الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل القبض ، إذ لو ثبت الملك يلزم للبائع تسليمه وهو مأمور بنقضه فيلزم التناقض فيثبت الملك بالقبض لإضافة الملك إلى فعل اختياري وهو القبض . وقلنا : إن الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل القبض يوجب القيمة دون الثمن

وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح ؛ لأنه صار أخص به تصرفاً ، وفي البيع الفاسد ممنوع عنه ، قال : فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع ، وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع

أن وجوب الثمن يثبت ذلك العقد فيؤدي إلى تقرير الفساد . م : (وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) ش :

فإن قلت : بيع المشتري بالشراء الفاسد يصح ، وهو تقرير الفساد أيضاً . قلت : التقرير هنا يضاف إلى الشارع لأنه هو السبب لهذا الحق ، ولا كذلك ثمة ، لأنه يضاف إلى العبد م : (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) ش : حيث تجب الشفعة مع احتمال الفسخ م : (لأنه) ش : أي لأن المشتري م : (صار أخص به تصرفاً) ش : يعني صار المشتري أخص بهذا البيع بالتصرف ، وإن احتمل البيع الفسخ ، وإنما صار أخص لأن حق الفسخ له دون البائع ، فباعتبار كونه أخص بتحقيق الضرر للشفيع فتثبت له الشفعة بخلاف البيع الفاسد لأن المشتري منع عن التصرف فلا يتضرر الشفيع ، فلا يثبت له الشفعة لثبوتها بخلاف القياس لدفع الضرر ، أشار إليه بقوله م : (وفي البيع الفاسد ممنوع عنه) ش : أي وفي البيع الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف كما بينا ولا خلاف فيه للفقهاء .

قال الأترابي : وفي هذا الفرق نظر عندي ، لأن لقائل أن يقول لا نسلم أن المشتري شراء فاسداً ممنوع من التصرف ، ولهذا إذا باع بيعاً صحيحاً لا يكون لبائعه حق القبض .

قلت : الفرق صحيح ، والنظر غير وارد ، لأن بيع المشتري شراء فاسداً بعقد صحيح لا يدل على أن له التصرف ، لأن تصرفه محظور ، وقد يترتب على المحظور من الأحكام كما لو وطئ حالة الحيض ، فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول ، ولا يلزم من صحة عقده ، وعدم تمكن البائع من نقضه أن لا يكون ممنوعاً من التصرف ، فافهم .

م : (قال : فإن سقط حق الفسخ) ش : أي قال المصنف فإن سقط حق الفسخ للبائع في البيع الفاسد بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وبالبيع من آخر بالاتفاق م : (وجبت الشفعة) ش : أي ثبتت م : (لزوال المانع) ش : وهو حق الفسخ للبائع ، وإن اتخذها المشتري مسجداً فعلى هذا الخلاف وقيل : ينقطع حقه إجماعاً م : (وإن بيعت دار بجنبها) ش : ذكر هذه المسألة تفريراً على مسألة القدوري ، أي بجنب الدار المشتراة شراء فاسد .

م : (وهي في يد البائع) ش : أي والحال أن الدار المشتراة في يد البائع لم يسلمها للمشتري

بعد فله الشفعة لبقاء ملكه ، وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له ، ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته كما إذا باع ، بخلاف ما إذا سلم بعده ؛ لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط ، فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ، وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له

م: (بعد فله الشفعة لبقاء ملكه) ش: أي للبايع الشفعة لبقاء ملكه ، لأنه لم يخرج عن ملكه بالبيع الفاسد .

م: (وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له) ش: أي وإن سلم البائع الدار المشتراة بالشراء الفاسد إلى المشتري فالمشتري شفيعها لأن الملك له ، أي للمشتري لا يقال في ذلك تقرير الفاسد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد ، لأننا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة ، بخلاف ما تقدم ، فإنه لو ثبتت الشفعة ثمة لا ينقل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفيع بوصف الفساد . وفي ذلك تقريره فلا يجوز .

فإن قيل : الملك وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة ، لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة شراء فاسداً ، فإن بقاء ذلك منع للشفيع من أخذ المشتراة بالشراء الفاسد .

أجيب : بأن ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع من الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها ، وامتناع الشفيع من الأخذ في تلك المسألة لم يكن بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ، ولا تقريرها هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه شراء فاسداً .

م: (ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته) ش: أي إن سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري قبل حكم القاضي بالشفعة للبايع بطلت شفعة البائع لزوال ما كان يستحقها به م: (كما إذا باع) ش: أي كما إذا باع البائع الدار م: (بخلاف ما إذا سلم بعده) ش: أي بعد الحكم بالشفعة للبايع م: (لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط) ش: أي لأن بقاء ملك البائع وهو ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط .

م: (فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه) ش: أي الدار المشفوعة بالشفعة م: (وإن استردها البائع) ش: أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد م: (من المشتري قبل الحكم بالشفعة له) ش: أي للمشتري م:

بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا . قال : وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، لأن القسمة فيها معنى الإفراز ، ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة . قال : وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بيع بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع ، لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في إنشاء العقد ، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه . قال : وإن ردها ببيع بغير قضاء

(بطلت) ش: أي شفعة المشتري صورته بيعت دار بجنب الدار المشتراة بالشراء الفاسد والدار في يد المشتري وطلب الشفيع الشفعة ثم قبل الحكم استرد البائع الدار منه طلب شفيعته م: (لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة) ش: ولا تثبت الشفعة للبائع لأنه لم يكن في وقت بيع المشفوع جاراً .

م: (وإن استردها بعد الحكم) ش: أي وإن استرد البائع المبيعة بيعاً فاسداً بعد حكم القاضي بالشفعة للمشتري م: (بقيت الثانية على ملكه) ش: أي الدار الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة ، والضمير في ملكه راجع إلى المشتري م: (على ما بينا) ش: وفي بعض النسخ لما بينا . أشار به إلى قوله لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط .

م: (قال : وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) ش: أي قال القدوري وفي بعض النسخ وإذا اقتسم الشركاء م: (لأن القسمة فيها معنى الإفراز) ش: وهو تمييز الحقوق م: (ولهذا يجري فيها الجبر) ش: أي جبر القاضي م: (والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة) ش: وهي المبادلة من كل وجه .

م: (قال : وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة) ش: أي قال القدوري : إذا اشترى رجل داراً فسلم الشفيع شفيعته م: (ثم ردها المشتري) ش: أي الدار على البائع م: (بخيار رؤية أو شرط أو بيع) ش: أي أو ردها بسبب عيب وجدته فيها م: (بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه) ش: أي ملك البائع م: (والشفعة في إنشاء العقد) ش: أي الشفعة تجب إلى إحداث عقد م: (ولا فرق في هذا) ش: يعني فيما إذا كان الرد بالقضاء ، هكذا عنه أكثر الشراح .

وقال تاج الشريعة : قوله والفرق في هذا ، أي في الرد بالبيع بالقضاء قلت : الكل معنى واحد لأن قوله بقضاء قاض قيد لقوله أو بيع فقط فافهم م: (بين القبض وعدمه) ش: حيث لا تجب الشفعة في الوجهين ، لأنه فسخ في الأصل م: (وإن ردها ببيع بغير قضاء) ش: أي وإن

أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة ، لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث، ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ من الأصل ، وإن كان بغير قضاء على ما عرف . وفي « الجامع الصغير » : ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ، ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه .

رد المشتري الدار على البائع بسبب عيب بغير قضاء القاضي م: (أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) ش: وبه قال مالك وأحمد في رواية في المقابلة .

وقال الشافعي : كل فسخ حصل بأي سبب كان لم يكن للشفيع أخذه لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد ، وبه قال أحمد في المشهور وزفر - رحمه الله - م: (لأنه فسخ في حقهما) ش: أي لأن كل واحد من الرد بالعيب بغير قضاء ، والإقالة فسخ في حق البائع والمشتري م: (لولايتهما على أنفسهما وقد قصد الفسخ) ش: فيكون فسخاً في حقهما م: (وهو بيع جديد في حق ثالث) ش: وهو الشفيع ، فصار في حق الشفيع كأن البائع اشترى ثانياً فيتجدد حق الشفعة للشفيع .

وقوله : ويبيع بالرفع عطف على قوله لأنه فسخ م: (لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث) ش: بين هذا أن المراد بقوله ويبيع جديد في حق ثالث هو الشفيع م: (ومراده الرد بالعيب بعد القبض) ش: أي القدوري من قوله ثم ردها المشتري بعيب بقضاء قاض للرد بعد القبض ، لأن الرد قبل القبض فسخ وإن كان بغير قضاء . وقال صاحب « العناية » : قال الشارحون : قوله ومراده ، أي مراد القدوري في قوله أو يعيب بقضاء قاض للرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر ، لأن فيه تناقض . قوله هناك : ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه .

قلت : لا تناقض ، لأن تعليقه يدل على ذلك يفهم بالتأمل وهو قوله م: (لأنه) ش: أي لأن الرد بالعيب م: (قبله) ش: أي قبل القبض م: (فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء) ش: القاضي م: (على ما عرف) ش: في البيع .

م: (وفي الجامع الصغير) ش: إنما ذكر مسألة « الجامع الصغير » وإن كان تكراراً لكونها محتاجة إلى التفسير على ما يجيء ، ولأن في لفظه اختلاف الروايتين ففي كل منهما فائدة على ما يأتي م: (ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية) ش: يروي قوله ولا خيار رؤية بكسر الراء عطفاً على القسمة ، أشار إليه بقوله م: (وهو بكسر الراء) ش: أراد بكسر راء الخيار م: (ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه) ش: يعني إذا اشترى داراً لم يردها ولها شفيع فأبطل شفيعته ثم ردها المشتري بخيار الرؤية لم تتجدد شفعة الشفيع ، لأن هذا فسخ شيئاً البائع وأبى

ولا تصح الرواية بالفتح عطفًا على الشفعة ؛ لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ؛ لأنهما يشبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا ، وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم .

فلا يكون له شبه بالبيع لعدم التراضي، بخلاف الإقالة .

ويروى بفتح الراء وضمها عطفًا على الشفعة على اللفظ وعلى المحل ، وهذه الرواية منعها المصنف حيث قال م: (ولا تصح الرواية بالفتح عطفًا على الشفعة ؛ لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ؛ لأنهما يشبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى) ش: أي الحال في الرضا م: (موجود في القسمة) ش: .

وتبع المصنف في ذلك فخر الإسلام البزدوي والصدر الشهيد حيث أنكر رواية الفتح وأثبتها الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» فقال : معناه لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في القسمة أيضًا ، وإنما لم يجب في القسمة خيار رؤية لأنه لا فائدة في رده كان له أن يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد فائدة .

وحمل فخر الدين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير» رواية الفسخ على ما إذا كانت التركة مكيلاً أو موزوناً من جنس واحد فاقتمسوا لا يثبت خيار الرؤية ، لأنه لو رد القسمة بخيار الرؤية لاحتاج إلى القسمة مرة أخرى فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الأولى أو مثله فلا يفيد خيار الرؤية .

أما لو كانت عقاراً أو شيئاً آخر يفيد خيار الرؤية ، لأنه لو رد بخيار الرؤية ، فإذا اقتسموا ثانياً ربما يقع في نصيبه الطرف الآخر الذي يوافقه ، فيكون مفيداً م: (والله سبحانه وتعالى أعلم) ش: وفي «الكافي» وصحح شمس الأئمة السرخسي الرواية بالنصب أيضاً ، وقال : لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضاء ، وبه أخذ بعض المشايخ .

باب ما تبطل به الشفعة

قال : وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع ، وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب ، وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة . قال : وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار وقد أوضحناه فيما تقدم . قال : وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض

م : (باب ما تبطل به الشفعة)

ش : أي هذا باب في بيان ما تبطل به الشفعة وأوجهه ، لأن الإبطال بعد الثبوت .
م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع ، وهو يقدر على ذلك) ش : أي والحال أنه يقدر على ذلك الإشهاد حين العلم م : (بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب) ش : أما إذا كان هناك مانع والظاهر أنه ترك الإشهاد لا للإعراض فلا يسقط حقه ، كما إذا اشترى داراً والشفيع في بلد آخر وبينهما قوم يحاربون وهو لا يقدر على بعث الوكيل كان على شفعته . وكذا لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة .

فإن قيل : قد ذكر قبل هذا أن طلب الإشهاد ليس بلازم وقد ذكر في « الذخيرة » أن الإشهاد ليس بشرط ، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب احتياطاً لتمكن إثباته عند إنكار المشتري ، فما وجه التوفيق بينهما .

أجيب : بأنه يحتمل أن يراد بالإشهاد نفس طلب الموائبة ، لأن طلب الموائبة لا ينفك عن الإشهاد في حق علم القاضي ، وسمي هذا الطلب إشهاداً بدليل ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره في التعليل ها هنا .

قلت : إذا فسر الإشهاد بطلت الموائبة كما فسره تاج الشريعة هكذا لإيراد السؤال المذكور ، فلا يحتاج إلى الجواب .

م : (وهذا) ش : يعني اشتراطه القدرة م : (لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار ، وهي عند القدرة) ش : فالإعراض يتحقق عند القدرة ، حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب الموائبة فهو على شفعته . وكما إذا أخذ فم الشفيع أخذ حين بلغه الخبر م : (وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) ش : أراد به طلب الموائبة وترك طلب التقرير فإنه يسقط شفعته أيضاً م : (وقد أوضحناه فيما تقدم) ش : أشار به إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة .

م : (وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته) ش : بلا خلاف بين الأئمة الأربعة م : (ورد العوض) ش : وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - . وقال مالك - رحمه الله - : لا

لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر في المحل ، بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى

يرد العوض ، لأنه عوض إزالة الملك ، فجاز أخذ العوض له عنه كالصلح عن القصاص م (لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر في المحل) ش: يعني أن الشفيع ليس له ملك في المحل بل له حق التعرض بالملك ، فتسليمه الشفعة يكون ترك العوض منه ، وهو معنى قوله م: (بل هو مجرد حق التمليك) ش: وهو حق التعرض للملك بخلاف القصاص ، لأن لوليه ملكاً مقررًا .
ألا ترى أن من عليه القصاص كالمملوك له في حق الاستيفاء ، ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون مرافعة الحاكم م: (فلا يصح الاعتياض عنه) ش: يعني إذا كان ليس بحق مقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه ، لأن حق الشفعة ثبت بخلاف القصاص لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته في حق الاعتياض .

م: (ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط) ش: أي لا يتعلق إسقاط حق الشفعة بالجائز من الشرط وهو مال ما ليس فيه ذكر مال م: (فبالفاسد أولى) ش: وهو ما فيه ذكر مال ، تقريره أنه لو قال الشفيع سقطت شفعتي فيما اشتريت حتى لا يطلب الثمن مني ، هذا الشرط جائز لأنه يلائم ، ومع هذا لم يتعلق سقوط الشفعة بهذا الشرط ، بل يسقط بمجرد قوله أسقطت بدون تحقق الشرط ، فلأن لا يتعلق سقوطه بالفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال ، وأنه رشوة أولى .

وفي «جامع قاضي خان» : الشرط الملائم شرط ليس فيه ذكر المال كما لو قال سلمت شفعتك على أن بعثتها أو وليتها أو أجرتها أو دفعتها مزارعة أو معاملة . وكذا لو باع شفعتك من البائع أو المشتري بمال تسقط الشفعة بالاتفاق ولا يلزمه المال .

والفاصل بين الملائم وغيره أن ما كان فيه يوقع الانتفاع بمنافع المشفوع ، كالإجارة ، والعارية ، والتولية ، ونحوها فهو ملائم ، لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه . وما لم يكن فيه ذلك ، كأخذ العوض فهو غير ملائم ؛ لأنه إعراض غير لازم الأخذ .

والحاصل : أن كل عقد تعلق جوازه بالجائز من الشرط فالفاسد فيه يبطله كالبيع ، وما لا يتعلق جوازه بالجائز من الشرط وهو أن يقول أسقطت الشفعة بشرط ، أن لا يطلب الثمن مني فالفاسد فيه لا يبطله وهو الاعتياض ، فبقي الإسقاط صحيحاً جائزاً وبيان الأولوية أن الشرط الجائز سلم عن المعارض لأنه يقتضي الجواز ، وإسقاط الشفعة كذلك .

والشرط الفاسد لا يسلم عن المعارض لأنه يقتضي الفساد ، وإسقاط الشفعة يقتضي

الجواز مع سلامته ، حيث لم يتعلق الإسقاط ، فلأن لا يؤثر ما لم يسلم عن المعارض ، كان أولى م : (فيبطل الشرط ويصح الإسقاط) ش : أي إذا كان لا يتعلق إسقاط الشفعة بالجائز من الشرط ، وبالفاسد منه بطريق الأولى يبطل الشرط ويصح الإسقاط ، لا يقال : لم يثبت فساد هذا الشرط ، فكيف يصح الاستدلال به ، لأننا نقول يثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال .

وقال الأترابي : ولنا فيه نظر ، لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط . ألا ترى إلى ما قال محمد في « الجامع الكبير » : لو قال الشفيع : سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك ، وقد اشتراها لغيره .

أو قال البائع : سلمتها لك إن كنت بعته لنفسك ، وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط ، وصح هذا التعليق ، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق ، والعتاق ، ولهذا لا يرتد بالرد ، وما كان إسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط ، وما صح بتعليقه بالشرط لا ينزل إلا بعد وجود الشرط ، فلا يترك التسليم ، انتهى .

قلت : استخرج هذا النظر الغير وارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح « الجامع الكبير » حيث قال : فيه .

فإن قيل : إذا لم يجب العوض يجب أن لا يبطل شفيعته أيضاً ، لأنه لما أبطل حقه في الشفعة بشرط سلامة العوض ، فإذا لم يسلم يجب أن لا يبطل كما في الكفالة بالنفس إذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة . قيل له : بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة ، فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ، وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص إذا وجد القبول من المرأة والقابل ولم يجب شيء ، كذا هنا .

وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من « المبسوط » وكتاب الكفالة والحوالة من « المبسوط » في رواية أبي حفص - رضي الله عنه - وعلى ما ذكر في الكفالة والحوالة على رواية أبي سليمان - رضي الله عنه - لا يبرأ ويحتاج إلى الفرقة ، والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معني ، فإن الثمن سلم له ، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن .

وكذا لو باع شفعتة بمال لما بينا ، بخلاف القصاص لأنه حق متقرر ، وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل . ونظيره إذا قال للمخيرة : اختاريني بألف ،

فتمى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بإزاء التسليم ، فلا بد من القول لسقوط حقه في الشفعة ، فإن المكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة ، انتهى . ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور .

م : (وكذا لو باع شفعتة بمال) ش : يعني من البائع أو المشتري تسقط شفعتة بالاتفاق ولا يلزمه المال ، لأن البيع تمليك مال بمال ، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك ، فصار عبارة عن الإسقاط مجازاً ، كبيع الزوج زوجته من نفسها ، وهذا إذا باع من البائع أو المشتري لأنه إعراض عن الشفعة ، أما إذا باع عن الأجنبي يبطل العوض ، ولا تبطل الشفعة لأنه تحقيق للشفعة وتقريرها كذا في « الجامع الكبير » م : (لما بينا) ش : أشار به إلى قوله أن حق الشفعة مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه .

م : (بخلاف القصاص لأنه حق متقرر) ش : هذا جواب عما يقال حق الشفعة كحق القصاص في كونه غير مال ، والاعتياض عنه صحيح ، فأجاب عنه بقوله بخلاف القصاص لأنه حق متقرر ، والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يعتبر بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر ، واعتبر في ذلك في الشفعة والقصاص ، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص ، وبالصلح حصل بالعصمة في دمه ، فكان حقاً متقررًا .

وأما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقاً مقصوداً .

م : (وبخلاف الطلاق والعتاق) ش : هذا جواب عما يقال حق الشفعة كحق الطلاق والعتاق في كونها غير مال ، فأجاب بقوله بخلاف الطلاق والعتاق م : (لأنه) ش : أي لأن كل واحد من الطلاق والعتاق م : (اعتياض عن ملك في المحل) ش : تقريره أن الطلاق والعتاق ليس بمال لكن للزوج ذلك في المحل فيجوز الاعتياض عنه ، أما الشفيع فلا ملك له في المحل بل له حق التملك .

ولهذا كان لولي الصغير أن يسقط الشفعة ، ولو كان له ملك لما جاز له ذلك م : (ونظيره) ش : أي نظير حق الشفعة م : (إذا قال للمخيرة : اختاريني بألف) ش : يعني إذا قال الزوج لامرأته اختاري نفسك ثم ندم فقال اختاريني بألف ، فإن الحق يسقط ولا يجب المال ، فتكون المخيرة نظير حق الشفعة .

أو قال العنين لامرأته : اختاري ترك الفسخ بألف فاخترت . سقط الخيار ولا يثبت العوض ،
والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية ، وفي أخرى : لا تبطل الكفالة ولا يجب المال .
وقيل : هذه رواية في الشفعة ، وقيل : هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه .

م : (أو قال العنين لامرأته : اختاري ترك الفسخ بألف فاخترت سقط الخيار ولا يثبت العوض)
ش : لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد ، فكان أخذ العوض لكل مال
بالباطل وهو لا يجوز م : (والكفالة بالنفس في هذا) ش : أي في إسقاطها بعوض م : (بمنزلة
الشفعة في رواية) ش : أي في رواية الكفالة والحوالة والشفعة والصلح من رواية أبي حفص ،
يعني إذا قال الكفيل بالنفس للمكفول له : صالحني على كذا بأن تأخذه مني وتسقط مالك من
حق الطلب ، فصالحنا ، ففيه روايتان ، في رواية ما ذكرنا من الكتب يبطل ، قيل : وعليه
الفتوى ولا يلزم المكفول له شيء ، لأن حق الكفيل في الفعل وهو الطلب فلا يصح الاعتياض
عنه .

م : (وفي أخرى) ش : أي وفي الرواية الأخرى وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي
سليمان م : (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) ش : فيحتاج إلى الفرق بين الكفالة بالنفس وبين
الشفعة والفرق أن الكفالة بالنفس حق قوي لا يسقط بعد ثبوتها إلا بالإسقاط التام ولا
يسقط إلا بعد تمام الرضاء به ، ولهذا لا يسقط بالسكوت ، وإنما يتم رضاه بسقوطه إذا أوجب
له المال ، فإذا لم يجب لم يكن راضياً ، فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الإسقاط ، وتام
الرضاء به . ألا ترى أن السكوت بعد العلم به يسقط .

م : (وقيل : هذه رواية في الشفعة) ش : أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في
الشفعة أيضاً ، حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال . حاصله أن التنصيص في الكفالة
أنها لا تسقط ولا تجب المال يكون مضاف الشفعة بعدم سقوطها وأنه لا يجب المال .

م : (وقيل : هي في الكفالة خاصة) ش : أي رواية أبي سليمان ، أراد هذا الحكم ، أعني
عدم الوجوب وعدم السقوط يختص بالكفالة . وقال الإمام العتابي في كتاب «الشفعة» في
شرح «الجامع الكبير» : والكفيل إذا صالح المكفول له على دراهم على أن يبرئه عن الكفالة
فأبرأه صح الإبراء في رواية أبي حفص في كتاب «الكفالة» ولا شيء له من الدراهم .

وفي رواية أبي سليمان لم يصح الإبراء م : (وقد عرف في موضعه) ش : أي في
«المبسوط» لأنه التزام المال بمقابلة ما ليس بمال وهو سقوط حق الشفعة والبراءة عن المطالبة فكان
بمعنى الرشوة . وفي «المبسوط» صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه منها صالحه على
أخذ نصف الدار بنصف الثمن . ومنها ما صالحه على أخذ بيت من الدار بعينه بحصته في

قال : وإذا مات الشفيع بطلت شفيعته . وقال : الشافعي - رحمه الله- : تورث عنه . قال - رضي الله عنه- : معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته ، وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط ، وقد مر في البيوع ، ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره ، ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع ، ويقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه .

الثمن ، وفي هذين الوجهين الصلح باطل والتسليم باطل ، وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك . وفي الوجه الثالث : وهو ما إذا صالحه على مال نفسه فقد وجد الإعراض عن الشفعة فيصح ، ولم يصح صلحه . وفي « المحيط » : لو طلب نصفها بالشفعة يطلب شفيعته في الكل عند محمد ، وبه قال أحمد وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف : لا يكون تسليمًا في الكل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وهو الأصح .

م : (قال : وإذا مات الشفيع بطلت شفيعته . وقال الشافعي - رحمه الله- : تورث عنه . قال - رضي الله عنه- : معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته) ش : قال الإمام الأسيدي في « شرح الطحاوي » : صورتها : أن داراً بيعت ، ولها شفيع ، وطلب الشفعة فأثبتها بطليين ، ثم مات قبل الأخذ بالقضاء ، أو بتسليم المشتري إليه فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك ، ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء ، أو بتسليم المشتري إليه ، ثم مات يكون ميراثاً لورثته . انتهى .

والأصل فيه أن الحقوق اللازمة تنتقل إلى الورثة عنده سواء كانت مما يعوض عنها أو لم يكن ، لأن الوارث يقوم مقام المورث لكونه كحاجته .

وقلنا : الشفعة بالملك وقد زال بالموت ، والذي يثبت الوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتهاء شرطه وهو قيامه وقت البيع ويقاؤه إلى وقت القضاء ، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع سقط .

م : (وهذا) ش : أي وهذا الخلاف بيننا وبينه م : (نظير الخلاف في خيار الشرط) ش : فعندنا لا يورث خيار الشرط ، وعنده يورث م : (وقد مر في البيوع) ش : في باب خيار الشرط

م : (ولأنه بالموت يزول ملكه) ش : أي ولأن الشفعة بموته يزول ملكه م : (عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه) ش : أي قيام الملك م : (وقت البيع ، ويقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه) ش : أي فلا يستحقها بدون الشرط المذكور .

وإن مات المشتري لم تبطل ، لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ، ولو باعه القاضي والوصي أو أوصى المشتري فيها بوصيته فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ، ولهذا ينقض تصرفه في حياته . قال : وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفيعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ،

م : (وإن مات المشتري لم تبطل) ش : أي شفعة الشفيع م : (لأن المستحق باق) ش : وهو الشفيع م : (ولم يتغير سبب حقه) ش : أي حق المستحق وهو الشركة أو الجوار م : (ولا يباع في دين المشتري ووصيته) ش : أي لا تباع الدار المشفوعة إذا مات المشتري وعليه دين يعني لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع ، لأن حقه مقدم على حق المشتري فكان مقدماً على حق من يثبت حقه أيضاً من جهته وهو الغريم والموصى له .

فإن قلت : ينبغي أن يباع بدينه ؛ لأن تعلق حق الغريم بالدار بعد موت المديون .

قلت : حق الشفيع أكد ، لأنه في المالية لا غير . وإذا تقدم على الغريم تقدم على الموصى له المتأخر عن الغريم .

م : (ولو باعه القاضي أو الوصي) ش : أي ولو باع القاضي الدار المشفوعة أو وصيته في دين المشتري الميت ، وذكر الضمير باعتبار المشفوع م : (أو أوصى المشتري فيها بوصيته) ش : أي في الدار المشفوعة بأن أوصى بها أو سلمها لأحد م : (فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه) ش : أي أن يبطل بيع القاضي أو بيع وصي المشتري ، وكذا يبطل وصيته في الدار لتقدم حق الشفيع على حق المشتري لا يقال بيع القاضي حكم منه ، فكيف ينقص لأنه قضاء منه ، بخلاف الإجماع للإجماع على أن الشفيع حق يقضي تصرف المشتري فلا يكون نافذاً ، ولهذا لو جعل المشتري الدار مسجداً أو مقبرة نقض الشفيع ما صنع لتقدم حقه ، وبه قالت الثلاثة .

وعن الحسن وأحمد في رواية فيما وقفه المشتري أو جعله مسجداً يبطل الشفيع ، لأن الشفعة إنما تكون في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً . قلنا : حق الغير منع صيرورته مسجداً أو وقفاً ، لأن المسجد ما خلص لله ، ومع تعلق الغير لا يخلص في الإيضاح م : (ولهذا) ش : أي ولتقدم حق الشفيع على حق المشتري م : (ينقض تصرفه في حياته) ش : أي تصرف المشتري مثل بيعه وهبته وإجارته ونحوها .

م : (قال : وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفيعته) ش : أي قال القدوري : وإنما يبطل م : (لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه) ش : أي

ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة ، كما إذا سلم صريحاً أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به ، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له ؛ لأنه يمنع الزوال فبقي الاتصال .

سبب الاستحقاق وهو اتصال الملكين وقد زال قبل التملك م: (ولهذا) ش: أي ولكون زوال السبب مطلقاً م: (يزول به) ش: أي بالبيع .

م: (وإن لم يعلم) ش: أي الشفيع م: (بشراء المشفوعة) ش: أي بشراء الدار المشفوعة ، لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد في رواية . قالوا : في رواية أخرى لا يسقط م: (كما إذا سلم صريحاً) ش: أي كما تسقط الشفعة إذا سلم الشفيع الشفعة صريحاً .

فإن قيل : يشكل بما إذا ساوم الشفيع المشتري أو سأله أن يوليه إياها أو يستأجرها منه ، فإن ذلك تسليم الشفعة دلالة ، والعلم بالشفعة شرط فيها فينبغي أن لا يشترط كما في البيع .

أجيب : بأن المساومة والإجارة لم يوضعا للتسليم ، وإنما يسقط بها لدالتها على رضا الشفيع ، والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والإبراء . ورد بأن بيع ما يشفع به ولم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها بخلافه وإن لم يعلم .

أجيب : بأن بقاءها للشفيع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط ، فكان كالموضوع له في قوة الدلالة .

م: (أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به) ش: أي أو أبرأ رب الدين المديون والحال أنه لم يعلم بدينه يصح الإبراء ، لأنه إسقاط كما لو سلم الشفعة صريحاً ، وهو لا يعلم المشفوعة ويوجب الشفعة .

وقال تاج الشريعة : يعني أبرأ لإنسان ولم يعلم بأنه غريمه ثم علم بذلك يسقط الدين . وفي شرح « الكافي » : رجل باع داراً ورضي الشفيع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم أنه جدها إلى موضع كذا أو ظن أنها أقرب أو أبعد ويدعي شفيعته حين علم قال لاشفعة له ، لأن صحة التسليم لا يقف على كون الدار معلومة لصحة الإبراء في المديون لا يتوقف على العلم بمقداره ، فمتى صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع .

م: (وهذا) ش: أي الحكم المذكور م: (بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال) ش: أي لأن خيار المشتري يمنع زوال الملك م: (فبقي الاتصال) ش: وهو السبب فلا تسقط شفيعته .

قال : ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له . ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة .
والأصل أن من باع أو بيع له لا شفعة له . ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة ؛ لأن الأول

ولو باع بعض داره شائعاً فله الشفعة بما بقي ، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ،
وكذا لو باع بعضه مقسوماً وذلك لا يلي المبيعة ، لأن الجوار قائم وإن كان مما يلي المبيعة بطلت
شفعته لزوال الجوار .

م : (قال : ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له) ش : أي قال القدوري : إن وكيل
البائع إذا باع الدار والحال أنه هو الشفيع فلا شفعة له م : (ووكيل المشتري إذا ابتاع) ش : أي
إذا اشترى م : (فله الشفعة) ش : أي للمشتري وهو الشفيع الشفعة م : (والأصل) ش : أي
الأصل في هذين الفصلين م : (أن من باع) ش : وهو وكيل البائع م : (أو بيع له) ش : أي أو أن
من بيع لأحد وهو الموكل م : (فلا شفعة له) ش : أي لكل واحد منهما .

وقال الشافعي وأحمد : له الشفعة سواء كان وكيل البائع ، أو وكيل المشتري لما أن
حقوق العقد يرجع إلى الموكل ، فبالعمل لغيره لا يسقط حقه الثابت شرعاً . وقال بعض
الشافعية والقاضي الحنبلي كذهبتنا .

وقال بعض الشافعية إن كان وكيل المشتري سقطت شفعته دون وكيل البائع . وكذا لو باع
وشرط الخيار لغير المشتري وهو الشفيع فأجاز الشفيع بطلت شفعته عندنا خلافاً للشافعي
وأحمد .

م : (ومن اشترى) ش : وهو وكيل المشتري م : (أو ابتاع له) ش : أي واشترى لأجله بأن
اشترى المضارب بمال المضاربة ورب المال شفيعها م : (فله الشفعة) ش : أي فلكل واحد فيهما
الشفعة .

قال في «شرح الطحاوي» : بيان ذلك أن صاحب الدار إذا وكل شفيع الدار بالبيع فباعها
فلا شفعة له ، لأنه هو الذي باع . ولو أن مضارباً لرجل باع داراً من المضاربة ورب المال
شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة له لأنه بيع لأجله ، وإن كان لا يملك بينة عن البيع ، وإن كان
المشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها فله الشفعة ، ألا ترى أنه لو اشترى داراً لنفسه وهو
الشفيع كان له الشفعة ، حتى لو جاء شفيع مثله أخذ منه نصف الدار . ولو جاء شفيع دونه فلا
شفعة له وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة داراً ورب المال شفيعها كان له أن يأخذها
بالشفعة ، لأنه اشترى له .

ومن اشترى أو اشترى له فلا تبطل شفعته م : (لأن الأول) ش : وهو وكيل البائع الذي هو

بأخذ المشفوعة يسمى في نقض ما تم من جهته وهو البيع ، والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة ، لأنه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له ،

الشفيع م: (بأخذ المشفوعة) ش: أي يأخذ الدار المشفوعة ، يعني إذا أراد أن يأخذ سبب الشفعة م: (يسمى في نقض ما يتم من جهته وهو البيع) ش: لأن الأخذ بالشفعة ضرب شراء ، وكونه مشترياً يناقض كونه بائعاً فيصير ساعياً في نقض ما يتم به فلا يجوز .

م: (والمشتري لا ينقض شراؤه) ش: أي المشتري في الفصل الثاني : وهو الذي اشترى بالوكالة والحال أنه هو الشفيع لا يتنقض شراؤه م: (بالأخذ بالشفعة) ش: لأنه ليس فيه نقض ما يتم من جهته م: (لأنه) ش: أي لأن الأخذ بالشفعة م: (مثل الشراء) ش: لما قلنا أنه ضرب شراء فلا تناقض فيه ، فافهم .

م: (وكذلك) ش: أي كوكيل البائع م: (لو ضمن الدرك) ش: أي لو ضمن المشتري تبعه الاستحقاق م: (عن البائع وهو الشفيع) ش: أي والحال أنه هو الشفيع م: (فلا شفعة له) ش: لأن تمام البيع إنما كان من جهته من حيث لم يرض المشتري إلا بضمائه فكان الأخذ بالشفعة سعياً في نقض ما يتم من جهته فلا يجوز .

قال في « الجامع الكبير » : رجل اشترى داراً على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أو ضمن المشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار للشفيع وأمضى المبيع ، فهذا كله تسليم للشفعة .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح « الجامع الكبير » إذا ضاع فضمن الشفيع الثمن من المشتري والشفيع حاضر وقبل في المجلس تقرر البيع بهذا الشرط استحساناً ، والقياس أنه لا يجوز .

وذكر محمد القياس والاستحسان في كتاب البيوع من « المبسوط » . وأما لا شفعة للشفيع فلأنه صار كالبائع من وجه وكان المشتري من وجه إما كالبائع من وجه ، لأن البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن ، وإما كالمشتري من وجه لأن الشراء يتم به ، كذا البائع يطالب بالثمن كما يطالب المشتري فوقع التردد ، وفي ثبوت حق الشفعة فلا يثبت ، لأن حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت .

فإن قيل : البائع من كل وجه إنما لم يمكن له الشفعة ، لأن إيجابها يؤدي إلى القضاء ، لأن البيع لتمليك المبيع والشفعة لتملكه .

لأن البيع تم بإمضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري . قال : وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألفاً أو أكثر ، فتسليمه باطل وله الشفعة ، لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول

وها هنا لا يؤدي إلى القضاء ، لأن تمليك المبيع ها هنا ما كان من جهة الشفيع قيل له : الشفيع إذا كان كفيلاً عن المشتري وبالثمن كان بمعنى البائع من وجه ، وإيجاب الشفعة له يؤدي إلى القضاء من وجه في التمليك والتملك .

م : (وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره) ش : أي وكذلك لا شفعة إذا باع رجل داراً ، وشرط الخيار لغيره وهو الشفيع م : (فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع) ش : أي والحال أن المشروط له الخيار هو الشفيع م : (فلا شفعة له ؛ لأن البيع تم بإمضائه) ش : فإذا طلب بالشفعة يكون ساعياً لنقض ماتم من جهته فلا يجوز م : (بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري) ش : يعني لو شرط المشتري الخيار لغيره وهو الشفيع فأمضى البيع لا تبطل شفيعته ، لكن إذا طلبها قبل الإمضاء ، لأنه لا يكون ساعياً في نقض ماتم من جهته بل أخذه بالشفعة مثل الشراء على ما مر .

م : (قال : وإذا بلغ الشفيع أنها) ش : أي قال القدوري - رحمه الله - : إذا بلغ الشفيع أن الدار م : (بيعت بألف درهم فسلم) ش : الشفعة م : (ثم علم أنها بيعت بأقل) ش : أي من الألف قيد به ، لأنه لو علم أنها بيعت بأكثر سقطت شفيعته كما علم ، لأن الرضا بالتسليم بألف رضي بالتسليم بأكثر منه ، ذكره في «المبسوط» ، وبه قالت الثلاثة . وقال ابن أبي ليلى : لا شفعة له في الوجهين م : (أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر) ش : أي ثم علم أنها بيعت بحنطة أو شعير قيمة كل منهما ألف أو أكثر من ألف .

وقال السعناقي : تقييده بقوله : قيمتها ألف ، أو أكثر غير مفيد ، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلاً أيضاً ، لأن إطلاق ما ذكره في «المبسوط» ، و «الإيضاح» دليل عليه حيث قال فيهما : وكذلك لو أجبر أن الثمن عبد أو ثوب ، ثم ظهر أنه كان مكياً ، أو موزوناً فهو على شفيعته ، ولم يتعرض أن قيمة المكيل ، أو الموزون أقل من قيمة الذي اشتراها به ، وأكثر ، وهكذا استدل في «الذخيرة» وقال : فلو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكياً أو موزوناً فهو على شفيعته ، انتهى ، وهذا يكلف كثيراً ، لأن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى ، فلأن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى .

م : (فتسليمه باطل وله الشفعة لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول) ش : أي فيما بلغه

ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به في الثاني إذ الجنس مختلف ، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب ، بخلاف ما إذا علم أنها يبعث بعرض قيمته ألف أو أكثر ؛ لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير .

أنها يبعث بألف ثم علم أنها يبعث بأقل م : (ولتعذر الجنس الذي بلغه) ش : أي أو أنه إنما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه م : (وتيسر ما يبيع به) ش : بأن كان دهقاناً ، لأنه يتيسر عليه أداء الحنطة ويتعسر عليه أداء الدراهم والدنانير م : (في الثاني) ش : أي فيما إذا بلغه أنها يبعث بألف ثم علم أنها يبعث بحنطة أو شعير م : (إذ الجنس مختلف) ش : لأن الدراهم غير الحنطة والشعير ، وكذا الحنطة غير الشعير .

فإن قلت : الشفعة من قبل الإسقاط وأنها لا تتوقف ، والفائت هنا هو الرضا .

قلت : الإسقاط لا يتحقق ، إلا بعد وجود البيع وما وجد البيع الذي سلم الشفعة فيه ، لأنه سلم البيع بالألفين ، والبيع بالألف غيره ، ولأن التسليم خرج جواباً للاختيار ، والكلام متى خرج جواباً يكون كالمعاد في الجواب ، فصار تقديره إن كان البيع كما قلت ، سلمت الشفعة ، وإلا فلا ، فكان مقيداً به ، فلا يثبت بدونه .

م : (وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب) ش : أي وكذا الحكم في كل مكيل بأن بلغه أنها يبعث بألف أو يبعث بحنطة ثم علم أنها يبعث بملح مثلاً قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفيعته . وكذا في كل موزون بأن بلغه أنها يبعث بألف درهم أو يبعث بقطار من العسل مثلاً ثم علم أنها يبعث بقطار من الزيت مثلاً قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفيعته ، وكذا في كل عددي متقارب بأن بلغه بأنه باعها بألف ثم علم أنها يبعث لا يجوز أو يبيض قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفيعته .

م : (بخلاف ما إذا علم أنها يبعث بعرض قيمته ألف أو أكثر) ش : يعني إذا بلغ الشفيع أنها يبعث بألف درهم فسلم الشفعة ثم علم أنها يبعث بعرض قيمته ألف أو أكثر كان تسليمه صحيحاً م : (لأن الواجب فيه) ش : أي في العرض م : (القيمة وهي دراهم أو دنانير) ش : فصار كما لو قيل يبعث بألف فسلم ، ثم ظهر أكثر من ذلك وهو الذي ذكره اختيار شيخ الإسلام .

وفي « الذخيرة » : لو أخبره أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم بأن أخبر أن الثمن دار وظهر أنه عبد فجواب محمد أنه على شفيعته من غير فصل .

قال شيخ الإسلام : هذا الجواب صحيح فيما إذا كان فيه ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر ، وغير صحيح فيما إذا كانت قيمته مثل قيمة ما أخبر ، لأن الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع

وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكذا إذا كانت أكثر . وقال زفر -
رحمه الله- : له الشفعة لاختلاف الجنس . ولنا : أن الجنس متحد في حق الثمنية .

يأخذ بقيمة الثمن دراهم أو دنانير ، فكأنه أخبر أنه ألف درهم أو ألف دينار فسلم ثم ظهر مثل
ما أخبر أو أكثر ، وهناك كان التسليم صحيحاً . ولو ظهر أقل كان على شفيعته كذا ها هنا .
ولو كان على العكس بأن أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي
هي من ذوات القيم ثم ظهر أنه دراهم أو دنانير .

فجواب محمد أنه على شفيعته من غير فصل . قال بعض المشايخ : هذا الجواب محمول
على ما إذا كان قيمة ما ظهر أقل ما لو كان مثله أو أكثر فلا شفعة له . وبعضهم قال : هذا جواب
صحيح على الإطلاق بخلاف المسألة المتقدمة ، لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة قد يصير مغبوتاً في
ذلك ، لأن التقويم بالظن يكون ، وإنما سلم حتى لا يصير مغبوتاً ، وهذا المعنى منعدم فيما إذا
كان الثمن دراهم .

م : (وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكذا إذا كانت أكثر) ش : يعني وإن
ظهر أن الدار بيعت بدنانير قيمتها ألف درهم فيما إذا أخبر أنها بيعت بعوض قيمته أكثر من
ألف م : (وقال زفر -رحمه الله- : له الشفعة لاختلاف الجنس) ش : يعني بين الدراهم والدنانير ،
ولهذا حل التفاضل بينهما ، وبه قالت الثلاثة .

م : (ولنا : أن الجنس متحد في حق الثمنية) ش : بدليل تكميل نصاب أحدهما بالآخر
والمكره بالبيع بالدراهم يكون مكرهاً على البيع بالدنانير ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون
وحقه الدراهم له أن يأخذ ، ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل بهن رب المال ، كما لو صار
دراهم .

وإنما اعتبرنا جنسين في حق الربا حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، لأن الربا لا
يجري باعتبار الثمنية ، بل باعتبار الوزن والجنس ، وهما مختلفان في هذا الوجه حقيقة .
ولهذا لا يجري الربا بين الدراهم والحديد وإن وجد الاتحاد من حيث الوزنية .

وذكر في «الأسرار» خلاف أبي يوسف فقال : تبطل شفيعته عند أبي يوسف استحساناً
خلاقاً لهما .

وفي «الذخيرة» جعل قول أبي حنيفة -رحمه الله- مثل قول زفر -رحمه الله- وقول
أبي يوسف -رحمه الله- كما ذكر في الكتاب .

قال : وإذا قيل له أن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار . ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره ، لأن التسليم لم يوجد في حقه . ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة ، لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية ؛ لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه ، والله أعلم .

م: (قال : وإذا قيل له : إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) ش: أي قال القدوري ، وبه قال الشافعي في وجه لا شفعة له ، واختار الأول في شرح « الوجيز » م: (ولو علم أن المشتري هو مع غيره) ش: أي لو علم الشفيع أن المشتري فلان مع غيره بأن علم أن زيداً وعمراً قد كان ترك لأجل زيد م: (فله أن يأخذ نصيب غيره) ش: أي غير فلان وهو عمرو م: (لأن التسليم لم يوجد في حقه) ش: أي في حق الغير ، وعند الشافعي - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - لا تبطل شفيعته أصلاً في نصيبه ولا في نصيب غيره م: (ولو بلغه شراء النصف) ش: أي ولو بلغ الشفيع أن نصف الدار يبيع م: (فسلم ثم ظهر شراء الجميع) ش: أي جميع الدار م: (فله الشفعة ؛ لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة) ش: أي لأن لتسليم شفيعته كان لأجل ضرر الشركة ولا شركة ها هنا ، فكانت له الشفعة في جميع الدار .

م: (وفي عكسه) ش: وهو أن يخبر بشراء الكل فظهر شراء النصف م: (لا شفعة في ظاهر الرواية ؛ لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه) ش: بفتح الهمزة جمع بعض ، أي تسليم الشفعة في كل الدار تسليم في جميع أجزائها فلا تبقى له شفعة .

واحترز بقوله في ظاهر الرواية عن رواية الثمر بن حداد فإنه روى عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال فله الشفعة في هذه الصورة كما في الصورة المذكورة ، وبه قال الشافعي وأحمد لجواز أن يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن ، وقد يتمكن على البعض بخلاف ما إذا سلم في البعض ، لأن العجز عن أداء البعض عجز عن أداء الكل بالطريق الأولى .

وفي « الذخيرة » : فلو ظهر أنه اشترى النصف لا شفعة له ، كذا قال شيخ الإسلام : هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى النصف بألف ، أما لو ظهر أنه اشترى النصف بخمسائة يكون على شفيعته .

فصل

قال : وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا . قال : وإذا ابتاع منها سهماً بضمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني ، لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه ، فإن أراد الحيلة

م : (فصل)

ش : هذا بيان الحيل التي تبطل بها الشفعة وهو محتاج إليه ، لأن الشفيع ربما يكون فاسقاً مؤذياً أو ظالماً متعدداً فيحتاج إلى الاجتناب عن جواره .

م : (قال) ش : أي القدوري : م : (وإذا باع داراً إلا بمقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة) ش : أي في إسقاط الشفعة م : (وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه) ش : وكذا لا شفعة له إذا وهب منه ، أي من فلان هذا المقدار ، أي قدر ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع وسلمه إليه ، أي إلى الموهوب له مع طريقه حتى تصح الهبة ، لأن ما وهب مقدار معين ، والطريق إذا كان شائعاً إلا أنه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتملها جائزة فيصير شريكاً في الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بضمن الكل م : (لما بينا) ش : أشار به إلى قوله لانقطاع الجوار .

م : (قال : وإذا ابتاع منها سهماً بضمن) ش : أي قال القدوري : وإن اشترى من الدار سهماً بضمن معين م : (ثم ابتاع بقيتها) ش : أي ثم اشترى بقية الدار م : (فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني ، لأن الشفيع جار فيهما ، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه) ش : لأن المشتري حيث اشترى الثاني كان هو شريكاً ، لأنه كما اشترى الجزء الأول صار شريكاً للبائع فكان عند شراء الباقي شريكاً له لا محالة ، وحق الشفعة يثبت عند الشراء ، وهو عند ذلك شريك ، فكان مقدماً على الجار .

وقال القدوري في « شرح مختصر الكرخي » قال أبو يوسف : وإن كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الأول فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول والجار أحق بالنصف الثاني من المشتري الأول ، لأن الملك للمشتري الأول زال عن النصف قبل انتقال الشفعة إليه فسقطت شفعته وبقي حق الجار فاستحق النصف الثاني بالجار كما استحق الأول .

م : (فإن أراد الحيلة) ش : هذه حيلة ترجع إلى تقليد رغبة الشفيع الأول إلى الإبطال ، لأن

ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً ، والباقي بالباقي . وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب ؛ لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار .

في الأول ليس للجار أن يأخذ ، لأن مقدار ذراع من طول حد الشفيع لم يبيع م : (ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً) ش : أي اشترى السهم الواحد من الدار وهو السهم الذي يلي الشفيع مثلاً بالألف إلا درهماً م : (والباقي بالباقي) ش : أي وابتاع الباقي من الدار بباقي الثمن وهو الدرهم .

تفسيره ما قاله في «شرح الطحاوي» وهو أن يبيع أولاً من الدار أو من الكرم عشرها مشاعاً بأكثر من الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن ، حتى أن الشفيع لا يثبت له حق الشفعة إلا في عشرها بثمنه ، ولا تثبت له الشفعة في تسعة الأعشار ، لأن المشتري حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكاً فيها بالعشر ، وهذه الحيلة إنما تكون للخيار أو الخليط ، لأن الشريك أولى منهما ولا يحتال بها للشريك ، لأن الشفيع إذا كان شريكاً كان له أن يأخذ نصف قيمة الأعشار أيضاً بقليل الثمن .

وإن كانت الدار للصغير فإن يبيع العشر منهما بكثير الثمن يجوز ، ويبيع تسعة الأعشار بقليل الثمن لا يجوز ، لأن يبيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز ، فيكون في هذه الحيلة مضرة المشتري وهو أن يلزمه العسر ، ولا يجوز شراؤه في تسعة الأعشار . وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو أن يبيع من داره جزءاً من مائة جزء .

أو يبيع جزءاً من ألف جزء وبثمن أكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه ، فإنما تثبت له الشفعة في الجزء الأول خاصة ، وهذه الحيلة للجار والخليط ، فأما إذا كان الشفيع شريكاً فإنه يأخذ نصف البقية بنصف .

م : (وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب) ش : هذا لفظ القدوري أيضاً . وإن اشترى الدار بثمن ثم دفع إلى البائع ثوباً عوضاً عن الثمن فالشفعة تكون بالثمن دون الثوب م : (لأنه عقد آخر) ش : أي لأن دفع الثمن عن الثمن عقد آخر م : (والثمن هو العوض عن الدار) ش : فتكون الشفعة بالثمن دون الثوب ، لأن الشفعة تثبت بمثل الثمن الذي بيعت الدار به . ألا ترى أن البائع لو وهب للمشتري الثمن أو اشترى به داراً أخذها الشفيع بالمسمى حال العقد ولا يأخذ قيمة الدار الثانية لأنها ملكت العقد الثاني ، كذلك في مسألتنا .

قال -رضي الله عنه- : وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته ، إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به .

م: (قال -رضي الله عنه-: وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة) ش: أي قال صاحب «الهداية» هذه المسألة وهي المسألة التي ابتاعها بثمان ثم دفع إليه ثوباً عن الثمن حيلة أخرى يصلح للجوار والشركة ، يعني يحتال بها في حق الجوار والشريك بخلاف الحيلتين الأولى والثاني ذكرهما القدوري بقوله وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع . . . إلى آخره .
وبقوله : وإن ابتاع منها سهماً ثم ابتاع بقيتها . . . إلى آخره فإنهما محتال بهما في حق الجار لا الشريك .

ثم بين المصنف -رحمه الله- كيفية هذه الحيلة بقوله م: (فيباع بأضعاف قيمته) ش: أي يباع المبيع بأضعاف قيمة المبيع م: (ويعطى بها ثوب بقدر قيمته) ش: أي ثم يعطى المشتري بمقابلة ما وجب عليه من أضعاف القيمة ثوباً يكون ذلك الثوب بقدر قيمة المبيع في الواقع بيان ، أي يباع المبيع بأضعاف قيمة المبيع ، ذلك ما ذكره في « شرح الطحاوي » : أن يبيع ما يساوي ألفاً بألفين وينقد من الثمن ألف درهم إلا عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضاً يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الحاصل ، ولكن الشفيع لا يأخذها إلا بألفي درهم .

والأفضل للبائع أن يجعل مكان العرض ديناراً يساوي عشرة دراهم ، هذا هو الأحوط ، حتى أن الدار لو استحقت عن يد المشتري رجع على البائع بمثل ما أعطاه ، لأنه يبطل الصرف بالاستحقاق .

وهذه الحيلة لجميع الشفعاء لو كان باع ببقية الثمن عوضاً سوى الذهب يساوي عشرة دراهم كما ذكرنا ، فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بألفي درهم ويكون فيه مضرة على البائع .

م: (إلا أنه) ش: استثنى عن قوله نعم الجوار والشركة أو من قوله ، وهذه أخرى ، أعني أنها حيلة عامة ، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور المستحق يستحق الدار ، وهو معنى قوله م: (لو استحقت المشفوعة) ش: أي الدار المشفوعة م: (يبقى كل الثمن على مشتري الثوب) ش: وهو بائع الدار م: (لقيام البيع الثاني فيتضرر به) ش: أي يتضرر بائع الدار برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار ، وذلك لأن باستحقاق الدار تبطل المبيعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعها في الثوب ، فيثبت

والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار ، حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير . قال : ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف - رحمه الله -

باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البائع بثمان الدار وثمانها ما يكون مذكوراً في العقد الأول ، فيتضرر بذلك البائع .

م : (والأوجه) ش : يعني الوجه في هذه المسألة أن لا يتضرر بائع الدار م : (أن يباع بالدرهم الثمن دينار) ش : يعني تصارف ، وقوله الثمن بالجر صفة للدرهم ، وقوله دينار بالرفع مسند إلى قوله يباع مفعول ناب عن الفاعل م : (حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف) ش : وهو بيع الدينار بالدرهم الثمن م : (فيجب رد الدينار لا غير) ش : أي يجب على البائع رد الدينار الذي وقع به الصرف لا غير ، بيان ذلك ما ذكره في « قاضي خان » : أن يبيع الدار بعشرين ألفاً إذا أراد أن يبيعها بعشرة آلاف درهم ثم يقبض الشفعة إلا قدر درهم وخمسمائة ، ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر .

ولو أراد الشفيع أن يأخذها بعشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة ، ولو استحققت الدار لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً ، بل يرجع بما أعطاه ، لأنه استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف ، كما لو باع العقار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف .

م : (قال : ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف - رحمه الله -) ش : أي قال القدوري : اعلم أن الجملة في هذا الكتاب إما أن يكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه .

فالأول : مثل أن يقول المشتري للشفيع أما أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة ، وهو مكروه بالإجماع .

والثاني : مختلف فيه ، قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف ومكروه عند محمد - رحمه الله - وهو الذي ذكره في الكتاب ، وقال في « شرح الطحاوي » : قيل : إن الاختلاف في الحيلة الإبطال قبل الوجوب ، فأما بعد الوجوب فمكروه بالإجماع .

وقال في « الوقعات الحسامية » في إبطال الشفعة على وجهين أما إن كانت بعد الثبوت أو قبل الثبوت .

ففي الوجه الأول : مكروه بالاتفاق نحو أن يقول المشتري للشفيع اشتريه مني وما أشبه ذلك ، لأنه إبطال لحق واجب .

وفي الوجه الثاني : لا بأس به سواء كان الشفيع عدلاً أو فاسقاً هو المختار ولأنه ليس

وتكره عند محمد - رحمه الله - لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه . ولأبي يوسف - رحمه الله - : أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً ، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة .

يباطل ومن هذا الجنس ثلاث مسائل ، إحداها هذه ، والثانية الحيلة في منع وجوب الزكاة .

والثالثة : الحيلة لدفع الربا بأن باع مائة درهم وفسلاً بمائة وعشرين درهم .

وقال الخصاص في أول كتاب « الحيل » : لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز . وأما الحيلة بشيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج إلى الحلال ، مما كان من هذا ونحوه فلا بأس به ، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق الرجل حتى يبطله أو يحتال في باطل حتى يموته ، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة .

م : (وتكره عند محمد - رحمه الله -) ش : وبه قال الشافعي . وعند أحمد بالحيلة لا تسقط الشفعة . وفي صورة الموهوب أو جهالة الثمن يأخذ بثمان المثل لقوله ﷺ : « لا تحمل الخديعة »^(١) .

قلنا : الحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع بالآية والحديث ، وإن كان الغير يتضرر به في ضمنه فكيف إذا لم يتضرر م : (لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه) ش : أي الضرر .

م : (ولأبي يوسف : أنه منع عن إثبات الحق) ش : أي في التحيل منع عن وجوب الحق عليه م : (فلا يعد ضرراً) ش : فلا يكره كما لا تكره الحيلة في إسقاط الربا م : (وعلى هذا الخلاف) ش : المذكور بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (الحيلة في إسقاط الزكاة) ش : فعند أبي يوسف - رحمه الله - : لا يكره ، وعند محمد : تكره .

وقيل : الفتوى على قول أبي يوسف في الشفعة ، وعلى قول محمد في الزكاة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) موضوع : غريب بهذا اللفظ . ولكن أخرج أحمد قال : حدثنا وكيع ثنا المسعودي عن جابر عن أبي الضحى عن مسروق عن عبد الله قال : ثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق قال : « بيع المحفلات خلافة ولا تحمل الخلافة لمسلم .

ومن نفس طريق أحمد أخرجه ابن ماجه (٧٥٣/٢) حديث رقم (٢٢٤١)

قلت : وفي إسناده جابر الجعفي وهو متهم .

مسائل متفرقة

قال : وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل ، فللشفيح أن يأخذ نصيب أحدهم ، وإن اشترها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها ، والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر . وفي الوجه الأول يقوم الشفيح مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة . ولا فرق في هذا بين ما إذا كان

م : (مسائل متفرقة)

ش : ارتفاع مسائل على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي هذه مسائل ، وإنما منع التنوين لأنه على صيغة متتهى الجموع كمساجد ودرهم . ومتفرقة بالرفع صفته . ويجوز النصب على تقدير خذ مسائل متفرقة أو هاك أو نحوهما ولم يذكر محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » من مسائل الشفعة إلا هذه المسائل .

م : (قال : وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيح أن يأخذ نصيب أحدهم) ش : أي قال في « الجامع الصغير » وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في خمسة نفر اشتروا من رجل داراً ولها شفيح فأراد أن يأخذ نصيب أحدهم قال له ذلك ، فإن اشترى واحد من الخمسة لم يكن للشفيح أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض ، انتهى . وذكره محمد في بيوع « الجامع الصغير » .

م : (وإن اشترها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) ش : وبه قال مالك والقاضي الحنبلي والشافعي في وجه . وقال الشافعي في الأصح له أن يأخذ حصة أحدهم ، وبه قال أحمد كما في الفصل الأول ، ولا خلاف في فصل الأول م : (والفرق) ش : بين الفصلين م : (أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به) ش : أي تتفرق الصفقة عليه م : (زيادة الضرر) ش : وهي زيادة ضرر التثقيص ، فإن أخذ الملك منه ضرر ، وضرر التثقيص زيادة على ذلك ، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً .

م : (وفي الوجه الأول يقوم الشفيح مقام أحدهم) ش : لأنه إذا أخذ نصيب أحدهم فقد ملك عليه بجميع ما اشترى ، وقام مقامه م : (فلا تتفرق الصفقة) ش : على المشتري هذا إذا كان الثمن منقوداً ، فأما إذا لم ينقدوا الثمن ، فأراد الشفيح أن يأخذ نصيب أحدهم من البائع بحصتها من الثمن ليس له ذلك لما فيه من تفريق الصفقة على البائع .

م : (ولا فرق في هذا) ش : أي في أخذ الشفيح نصيب أحد المشتريين م : (بين ما إذا كان

قبل القبض أو بعده هو الصحيح ، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته ، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض ؛ لأنه سقطت يد البائع ، وسواء سمى لكل بعض ثمنًا أو كان الثمن جملة ؛ لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن

قبل القبض (ش: أي قبل قبض مشتري الدار م: (أو بعده) ش: أي وبعد القبض م: (هو الصحيح) ش: احترز به عما روى القدوري عن أصحابنا والحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله- أن المشتري إذا كانا اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم قبل القبض ، لأن التملك يقع على البائع فتفرق عليه الصفقة .

وله أن يأخذ نصيب أحدهم بعد القبض ، لأن التملك حيثئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه م: (إلا أن قبل القبض) ش: استثنى من قوله ولا فرق في هذا يعني أن الشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين قبل القبض وبعده ، إلا أن قبل القبض .

م: (لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم) ش: أي لا يمكن الشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين م: (إذا نقد) ش: أحد المشتريين م: (ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع) ش: يعني إذا قبضه نصيب أحدهم عند عدم نقد أحد المشتريين ما عليه من الثمن يؤدي إلى تفريق الصفقة إلى البائع كما ذكرناه عن قريب م: (بمنزلة أحد المشتريين) ش: إذ نقد ما عليه الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لثلا يلزم تفريق اليد على البائع .

م: (بخلاف ما بعد القبض) ش: أي قبض مشتري الدار م: (لأنه سقطت يد البائع) ش: فلا يلزم تفريق اليد عليه م: (وسواء سمى لكل بعض ثمنًا أو كان الثمن جملة) ش: أي سواء سمى البائع بكل جزء من أجزاء المبيع ثمنًا ، أو كان الثمن جملة واحدة به أن يكون البيع منفعة .

م: (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة ، لا للثمن) ش: أي لا تفريق الثمن ، حتى لو تفرقت الصفقة ، من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدًا ، والبائع اثنين ، واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حده كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ، وإن لحق المشتري ، ضرر عيب الشركة ؛ لأنه رضي بهذا المبيع حتى اشترى كذلك .

وذكر التمرتاشي : محالاً إلى «الجامع» في اتحاد الصفقة ، أن يتحد العاقد ، والعقد ، والثمن ، أو يتعدد العاقد ، والعقد ، والثمن متحدان بأن قال البائع للمشتريين : بعث منكما ، أو قال البائعان للمشتري بعنا منك تتحد الصفقة ، لأن ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد

والثمن والعقد والعاقد واحد بأن قال بعث هذا بكذا وهذا بكذا وقال أشتري ذلك ، أما لو تفرق الثلاثة تفرق الصفقة ، وإن اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن . قيل : تفرق الصفقة لرجحان جنبه التفرق . وقيل : لا يتفرق ، فقيل : الأول قياس ، وهو قولهما ، والثاني استحسان ، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

م : (وهنا تفريعات ذكرناها في «كفاية المنتهي») ش : تلك التفريعات ذكرها الكرخي في «مختصره» وبوب عليها باباً فقال : وكذلك إذا كان الشراء بوكالة فوكل رجل رجلين بشراء دار ولهما شفيع فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين . وإن كان الموكل رجلين والوكيل رجلاً واحداً لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين . قال ابن سماعة عن محمد في «نوادره» ذلك ، وقال : إنما أنظر إلى المشتري ولا أنظر إلى المشتري له .

قال محمد - رحمه الله - : وكذلك لو اشتري بعشرة فليس له أن يأخذ شيئاً دون شيء ، ولو اشتري عشرة لرجل كان للشفيع أن يأخذ من واحد ويدع الآخرين ، أو يأخذ من اثنين أو ثلاثة ويدع البقية .

وكذا روى هشام عن محمد - رحمه الله - في «النوادر» : في الوكيل والوكيلين في الشراء وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيع لهما جميعاً ، فأراد أن يأخذ أحدهما دون الأخرى فليس له ذلك ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع بالخيار إن شاء أخذهما وإن شاء أحدهما دون الأخرى ، وهذا قول الحسن . وإذا كان الشفيع شفيعاً لأحدهما دون الأخرى وقع البيع عليهما صفقة واحدة فإن الحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن ليس له إلا أن يأخذ الذي تجاور بالحصّة ، وكذلك روى هشام عن محمد في رجل اشترى دارين مثلاً صفيين وله جار يلي أحدهما قال فإنه يأخذ التي يليه بالشفعة ولا شفعة له في الأخرى . وقال هشام : قلت لمحمد ما يقول في عشرة أقرحة مثلاً صفقة لرجل يلي واحد منها أرض إنسان فبيعت العشرة الأقرحة ، فقال للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة . قلت له : ثم قال لأن كل قراح على حد . قلت : ليس بينهما طريق ولا نهر ، وإنما هي مرور أو مسناة ، قال لا شفعة له إلا فيما يليه .

وقال هشام : قلت لمحمد في قرية خالصة لرجل باعها والقرية عندنا على ما فيها من الدور والأرضين والكروم قال محمد : ولكن القرية عندنا على بيوت القرية خالصة .

قلت لمحمد : باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وأرضها وناحية منها تلي إنساناً قال محمد : للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه قلت : والكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه

قال : ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع ، لأن القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة ، والشفيع لا ينتقض القبض ، وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع

وأوشك أن يأخذوا حواشي القرية وذلك أردأ أرضها ويبقى وسط القرية للمشتري فلم ينكر محمد ، وروايته به يقول وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وروى الحسن بن زياد في رجل اشترى قرية بأرضها وأرضها أقرحة متفرقة ، ولا حد للأقرحة جاز ، قال : يأخذ القرية كلها بالشفعة وليس له أن يأخذ ذلك القراح ويدع ما سواه . وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - أن أبا حنيفة كان يقول : ليس له أن يأخذ إلا القراح الذي هو ملاصقه ، لأن هذه الأقرحة مختلفة . قال والذي يجيء على قياسه أن هذه الأقرحة إذا كانت من صفقة واحدة أو قرية واحدة فهي كقراح واحد ودار واحدة ، وهذا يدل على أن أبا حنيفة - رحمه الله - كان يقول مثل قول محمد ثم رجع فقال يأخذ الشفيع الجميع ، لأنه ليتضرر بتفريعه كالدال الواحد .

م : (قال) ش : أي في « الجامع الصغير » : م : (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم) ش : أي حال كون النصف غير مقسوم م : (فقاومه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) ش : أي أو يترك يعني ليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى أخذ منه ، لأنه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره م : (لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع) ش : لأن القسمة في غير المكيل ، والموزون إقرار وقبض بعين الحق من وجه ، ومبادلة من وجه ، والشفيع يملك بمقتضى المبادلة التي يحدثها المشتري ولا يملك نقض القبض .

م : (ولهذا) ش : أي ولكون القسمة من تمام القبض م : (يتم القبض بالقسمة في الهبة) ش : يعني أن هبة المشاع فيما يقسم فاسدة ، ومع هذا لو قسم وسلم جاز م : (والشفيع لا ينقض القبض) ش : ليعيد الدار إلى البائع م : (وإن كان له نفع فيه) ش : أي في النقض م : (بعود العهدة) ش : وهي ضمان الاستحقاق م : (على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه) ش : أي من تمام القبض وهو القسمة ، وفي « الذخيرة » : تصرفات المشتري في الدار المشفوعة صحيحة إلى أن يحكم بالشفعة ؛ لأن التصرف يعتمد الملك ، والملك له وللشفيع حق الأخذ ، غير أن الشفيع ينقض كل تصرف إلا القبض ، وما كان من تمام القبض ، والقسمة من تمام القبض .

م : (بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة ، وقاسم المشتري الذي لم يبع)

حيث يكون للشفيح نقضه ؛ لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد ، بل هو تصرف بحكم الملك لينقضه الشفيح كما ينقض بيعه وهبته ، ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيح يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان ، وهو المروي عن أبي يوسف -رحمه الله- لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالشفعة . وعن أبي حنيفة -رحمه الله- : أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر . قال : ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة ، وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة ، لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء ،

ش: أي الشريك الذي لم يبع ، قوله المشتري فاعل لقوله قاسم ، وقوله الذي لم يبع في محل النصب على المفعولية أي قاسم المشتري الدار مع الشريك الذي للبائع ولم يبع . م: (حيث يكون للشفيح نقضه ؛ لأن العقد ما وقع على الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد) ش: لأن القسمة ما جرت بين المتعاقدين فلم يمكن جعلها قبضاً بجهة العقد وتكميلاً للقبض ، فاعتبرت مبادلة وللشفيح أن ينقض المبادلة م: (بل هو تصرف بحكم الملك لينقضه الشفيح كما ينقض بيعه وهبته) ش: أي بل المشتري تصرف بحكم الملك فكان مبادلة ، وللشفيح أن ينقض المبادلة كما ينقض البيع والهبة وغيرهما من التصرف .

م: (ثم إطلاق الجواب في الكتاب) ش: أي في « الجامع الصغير » ، وإطلاق الجواب حيث قال :

م: (يدل على أن الشفيح يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان ، وهو المروي عن أبي يوسف -رحمه الله- ؛ لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالشفعة ، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها ؛ لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر) ش: أي أن للشفيح إنما يأخذ النصف والباقي ظاهر .

م: (قال : ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة) ش: أي قال في « الجامع الصغير » : وصورتها فيه محمد -رحمه الله- عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع الدار وله عبد عليه دين هو شفيحها قال له الشفعة .

م: (وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة ؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء) ش: أي فينزل الآخر بالشفعة بمنزلة الشراء ، ولو اشترى أحدهما من آخر يجوز ، لأنه يفيد ملك اليد ، فكذا الأخذ بالشفعة . وعند الثلاثة لا شفعة له ، لأنه بائع أو مشتري لمولاه كما لم يكن عليه دين .

وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء ، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له . قال : وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- .

م : (وهذا) ش : أي جواز أخذه بالشفعة م : (لأنه مفيد) ش : أي لأن أخذه بالشفعة مفيد م : (لأنه يتصرف للغرماء) ش : لا للمولى م : (بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له) ش : أي لأجله ، وقد مر أن من بيع له لا شفعة له . وقال شيخ الإسلام الأسبججاني «في شرح الكافي» : وإذا باع الرجل داراً وله عبد تاجر وهو شفيعها فإن كان عليه دين فله الشفعة ، لأنه لا يأخذ لمولاه بل لنفسه ، فكان مفيداً . ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً من مولاه كان جائزاً إذا كان عليه دين ، فكذا الأخذ بالشفعة ، وإن لم يكن عليه دين لا يصح ، لأنه يأخذها لمولاه وهو بائع .

وكذا إذا باع العبد والمولى شفيعها فهو على هذا التقسيم ، ثم قال شيخ الإسلام : وإذا باع المولى داراً ومكاتبه شفيعها فله الشفعة ، لأنه أقرب إلى الأجانب من العبد المأذون ، فإنما يأخذ لنفسه فكان أخذه الدار بالشفعة مفيداً .

م : (قال : وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-) ش : أي قال في «الجامع الصغير» قال الكرخي في «مختصره» : وإذا بيعت الدار ، وشفيعها صبي ، وهو في حجر أبيه ، أو وصي أبيه ، أو وصي جده إلى أبيه أو من ولاه عليه إمام أو حاكم فكل واحد منهم في حال ولايته أن يطالب بشفعة الصغير أو يأخذ الدار بالشفعة ويسلم ثمنها من مال الصغير ، فإن سكت أحد من هؤلاء في حال ماله المطالبة عن طلب الشفعة للصغير بطلت شفعة الصغير . وكذلك إن سلم الشفعة بالقول فهو تسليم جائز ولا شفعة للصغير إذا بلغ في الوجهين جميعاً وليس لأحد مع الأب ولاية على الصغير ثم وصي الأب ، ثم الجد أب الأب ، ثم وصي الجد . فإن لم يكن واحد من هؤلاء فمن ولاه الإمام والحاكم وتسليم الشفعة من هؤلاء جائز في حال ولايتهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال ابن أبي ليلى وزفر ومحمد إن ذلك لا يجوز وللصغير على شفيعته إذا بلغ ، انتهى .

وفي «الدراية» : الشفعة تثبت للصغير عند أكثر أهل العلم . وقال ابن أبي ليلى : لا شفعة للصغير وبه قال النخعي والحارث العكلي ، لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكنه انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشتري ولا يملك وليه الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ وللجمهور عموم الأخبار وقد مر الكلام فيه فيما مضى مستقصى .

وقال محمد وزفر -رحمهما الله - : هو على شفيعته إذا بلغ قالوا : وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة . وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب « الوكالة » وهو الصحيح .

م : (وقال محمد وزفر -رحمهما الله- : وهو على شفيعته إذا بلغ) ش : وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهما الله- في رواية إذا كان النظر في الأخذ . وعن أحمد في ظاهر مذهبه أنه لا يسقط سواء ترك مع النظر وعدمه أو عفا ، لأنه حق ثابت له فيملك أخذه ولا يسقط بإسقاط غيره .

م : (قالوا : وعلى هذا الخلاف) ش : أي قال المشايخ وعلى الخلاف المذكور م : (إذا بلغهما) ش : أي الأب والوصي م : (شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة) ش : أي الشفعة مع إمكان الطلب يسقط عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد ومن تبعه حتى إذا بلغ الصبي لم يكن له حق الأخذ بالشفعة عندهما خلافاً لمحمد .

م : (وعلى هذا الخلاف) ش : أي الخلاف المذكور م : (تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب « الوكالة ») ش : صورته أن يوكل وكيلاً بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة فتسليمه صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد . وفي « المبسوط » إذا وكل وكيلاً بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة وأقر بأن موكله قد سلم فعند أبي حنيفة -رحمه الله- يصحان في مجلس القاضي ، وعند أبي يوسف في المجلس وغيره . وكان أبو يوسف يقول أولاً : لا يصحان في المجلس وغيره ثم رجع وقال يصحان فيهما ، ومحمد مع أبي حنيفة في إقراره في مجلس القاضي إذا سلم بنفسه . أما الإقرار عليه فلا يصح أصلاً ، ويقول محمد قال زفر والشافعي والباقي ، قوله بطلت الشفعة يتعلق بقوله الوكيل لا بقوله تسليم الوكيل فافهم .

وأراد بكتاب الوكالة « المبسوط » م : (هو الصحيح) ش : احترازاً عما روي عن محمد أنه مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل بالشفعة خلافاً لأبي يوسف ، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيبجاني في « شرح الكافي » وإذا وكل وكيلاً بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة عند القاضي فتسليمه جائزاً ، وإن سلم عند غيره لم يكن تسليمياً ، وإن أقر عند القاضي أن الذي وكل به سلم الشفعة جائز إقراره عليه ، وإن أقر عند غير القاضي لم يجز استحساناً ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يجوز إقراره عليه . وإن أقر عند غير القاضي ولا تسليمه ثم رجع وقال بجواز إقراره بتسليم الشفعة عند القاضي وعند غيره ، وعلى الذي وكله . ثم قال شيخ الإسلام : وذكر في كتاب « الوكالة » قال محمد : لا يجوز تسليم الوكيل الشفعة عند القاضي ، ويجوز إقراره على موكله بالتسليم سوى في هذه الرواية بين التسليم

لمحمد وزفر : أنه حق ثابت للصغير فلا يملك إبطاله كديته وقوده ، ولأنه شرع لدفع الضرر ، فكان إبطاله إضراراً به ، ولهما : أنه في معنى التجارة فيمملكان تركه . ألا ترى أن من أوجب بيعاً للصبي صح رده من الأب والوصي ، ولأنه دائر بين النفع والضرر ،

وبين إقراره بالتسليم بنفسه ، والأصح ما ذكر في الوكالة ، لأن الوكيل بالشفعة وكيل بالخصومة والوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في مجلس القاضي ولا يملك في غير مجلس القاضي عند أبي حنيفة ومحمد . وفي قول أبي يوسف الأول وهو قول زفر لا يملك إلا عند القاضي ولا عند غيره ، وفي قوله الآخر يملك عند القاضي وعند غير القاضي .

أما التسليم فمعزل من الجواب في شيء بل هو تصرف مبتدأ ، وإنما لا يصح ذلك عند محمد ، فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف يصح بناء على أصل آخر ، وهو أن من ملك أخذ الدار بالشفعة يملك التسليم ، وعند محمد لا يملك بمنزلة الأب والوصي وإنما يملك تسليم شفعة الصبي عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد وزفر لا يجوز ، وقد نص على الخلاف فيه ، وهذا في معناهما .

م : (لمحمد وزفر : أنه حق ثابت للصغير) ش : أي أن الشفعة حق ثابت متقرر ، وتذكير الضمير باعتبار طلب الشفعة م : (فلا يملك) ش : أي الأب والوصي م : (إبطاله) ش : أي إبطال حق ثابت م : (كديته وقوده) ش : أي قصاصه وقوله ديته في بعض النسخ بالياء آخر الحروف ثم التاء المثناة من فوق بدلالة قود عليه والنسخ الصحيحة المشهورة كديته بالياء آخر الحروف ثم النون ، لأنه أعلم وأوفق لرواية « المبسوط » فإنه قال : لا تثبت الولاية لهما في إسقاطه كإبراء الدين والعفو عن القصاص الواجب له وإعتاق عبده م : (ولأنه) ش : أي ولأن طلب الشفعة م : (شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به) ش : أي فكان إبطال دفع الضرر إضراراً بالصبي .

م : (ولهما) ش : أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م : (أنه) ش : أي الأخذ بالشفعة م : (في معنى التجارة) ش : لأنه يملك العين بالثمن وهو على الشراء م : (فيمملكان تركه) ش : أي يملك الأب والوصي ترك الاتجار ، فكذا يملك ترك الشفعة م : (ألا ترى) ش : توضيحه لما قبله م : (أن من أوجب بيعاً للصبي) ش : بأن قال رجل : بعث هذا العبد لفلان الصبي بكذا م : (صح رده من الأب والوصي) ش : أي رده من الأب والوصي ، أي رد هذا الإيجاب سواء كان الراد أباً أو وصياً م : (ولأنه دائر بين النفع والضرر) ش : دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود ، أي ولأن ترك الشفعة أو طلبها دائر بين النفع بأن بقي الثمن على ملكه الضرر بأن يحصل الصبي إذ الدخيل في الترك على الترك على ما نبينه الآن ، بخلاف الدية والقود ، فإن تركها ترك بلا

وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكه ، وسكوتها كما يباطلها لكونه دليل الإعراض . وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها ، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل : جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظراً . وقيل : لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي ، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة ، فعن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا يصح التسليم منهما

عوض فيكون إضراراً به .

م : (وقد يكون النظر في تركه) ش : أي في ترك طلب الشفعة م : (ليبقى الثمن على ملكه) ش : أي على ملك الصبي م : (والولاية نظرية) ش : أي ولاية الأب والوصي نظرية ، يعني لأجل النظر في حقه م : (فيملكه) ش : أي إذا كان الأمر كذلك فيملك الأب والوصي ترك طلب الشفعة م : (وسكوتها) ش : أي سكوت الأب والوصي عن طلب الشفعة حين العلم ببيع الدار م : (كإبطالها) ش : صريحاً م : (لكونه دليل الإعراض) ش : أي لكون السكوت عن الطلب دليل الإعراض عنه مع القدرة عليه .

م : (وهذا) ش : أي هذا الخلاف م : (إذا بيعت) ش : الدار م : (بمثل قيمتها ، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل : جاز التسليم بالإجماع) ش : أي بلا خلاف لمحمد وزفر والشافعي م : (لأنه تمحض نظراً) ش : أي صار نظراً محضاً للصبي .

م : (وقيل : لا يصح) ش : أي التسليم م : (بالاتفاق) ش : بين أصحابنا . وفي « الكافي » وهو الأصح وهكذا ذكره في « المبسوط » م : (لأنه) ش : أي لأن الولي م : (لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي) ش : حيث لا يملك الأخذ ولا التسليم ، فيصير الولي كالأجنبي .

م : (وإن بيعت) ش : الدار م : (بأقل من قيمتها محاباة كثيرة) ش : أي لأجل المحاباة الكثيرة بأن بيعت ما يساوي ألفاً بأقل من خمسمائة م : (فعن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا يصح التسليم منهما) ش : أي من الأب والوصي ، لأن ولايتهما نظرية ، والنظر في أحدها في مثل هذا لا في تسليمها .

وذكر في « المختصر » و« المختلف » في هذه المسألة عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً لأنه امتناع عن دخوله في ملكه لا إزالة عن ملكه فلم يكن تبرعاً ، فهذا بخلاف رواية « الهداية » وإنما خص قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، مع أن قول محمد وزفر والشافعي كذلك ، لأن الشبهة ترد على قوله . .

فإن تسليم الأب والوصي يجوز عنده إذا بيعت بمثل قيمتها فينبغي أن يجوز بأقل ، لما أن

ولا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - والله أعلم .

هذا البيع وإن كان بالمحاباة الكثيرة فإنه لا يخرج عن معنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في ماله ، لكن قال : لا يصح فيما يروى عن أبي حنيفة - رحمه الله - لأن تصرفهما في ماله يدور مع الوجه الأحسن ، فلما تعينت جهة الأحسن في هذا المبيع في الأخذ فكان في التسليم قربان ماله بغير الأحسن .

ولهذا المعنى خص قول أبي حنيفة بقوله م : (ولا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله -) ش : وإن كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها .

وفي « الذخيرة » و« المغني » : ولو اشترى الأب داراً للصغير وهو شفيعها يأخذها بالشفعة عندنا إذا لم يكن بالأخذ ضرر للصغير ، وبه قال الشافعي وأحمد ينبغي أن يقول : اشترت الصبي وأخذت بالشفعة ، لأن شراءه بماله لنفسه جائز ، فكذا بالشفعة . ولو كان مكان الأب وصي فإن كان في الأخذ له منفعة بأن اشتراه بغبن يصير له أن يأخذها على قياس قول أبي حنيفة وإحدى الروایتين عن أبي يوسف كما في شراء الوصي مال الصغير لنفسه .

وللشافعي فيه وجهان ، في وجه له الأخذ ، وفي وجه لا ، وبه قال أحمد للتهمة ، أما إذا لم يكن للصغير فالأخذ منفعة لا يجوز أخذها بالإجماع .

ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لنفسه لا يشهد ولا يطلب الشفعة له للتهمة ، فإذا بلغ يأخذها إن شاء .

أما الأب لو اشترى داراً لنفسه والصبي شفيعها فلم يطلب الأب للصغير حتى بلغ ليس للصغير أخذها لبطان شفعتها بسكوت الأب ، أما لو باع الأب داراً لنفسه والصبي شفيعها فلم يطلبها الأب للصغير لا تبطل شفעתه ، حتى إذا بلغ كان له الأخذ . أما الوصي لو باع داراً لنفسه ثم اشترى لنفسه والصبي شفيعها فسكوته لا يبطل شفעתه ، حتى إذا بلغ له الأخذ . وفي « الجامع الأصغر » لو باع الوصي داراً لليتيم والوصي شفيعها فلا شفعة له ، إلا إذا باعها وكييل القاضي أو القاضي وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - .
