

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع. قال: (الشفعة

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما. والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجازات والشركات والمزارعات أوجب تقديمها، كذا في العناية وكثير من الشروح. أقول: لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقط ذكر كتاب الشفعة إلى هنا، فلا حاجة إلى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته الخ، فلا وجه لقوله: والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة. قال بعض لفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه: ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم إن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة، والأعم يستحق التقديم اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، إذ الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ، بل الغصب عندهما إنما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلاً ومشروحاً، وإنما يثأى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضاً ثمة، ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب إليه إمامنا الأعظم وإمامنا الثاني، إذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة، فإن الشفعة أيضاً تعم العقار والمنقول عند مالك فإنها واجبة في السفن أيضاً عنده على ما صرحوا به وسيأتي في الكتاب. ثم إن محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار، قال الله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج ٧٨] وقال النبي ﷺ «لا ضرر ولا إضرار في الإسلام»^(١) ولا شك لأحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام، وقد جاء في تفسير قوله تعالى ﴿لا عذبه عذاباً شديداً﴾ [النمل ٢١] أي لألزمه صعبة الأضداد، كذا في النهاية ومعراج الدراية. ثم إن الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع، ومنه

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما. والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجازات والشركات والمزارعات أوجب تقديمها. وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري. وشرطها كون المبيع عقاراً وهي مشتقة من الشفع وهو الضم، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع. وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار. قال: (الشفعة واجبة للخليط الخ) الشفعة واجبة: أي ثابتة للخليط في نفس المبيع: أي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق، ثم للجار: يعني الملاصق. قال المصنف رحمه الله: (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب، والدليل على الأول ما روي عن رسول الله ﷺ «الشفعة لشريك لم

كتاب الشفعة

قوله: (لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته الخ) أقول: لكن ما ذكر في بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يعني عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة، ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول، بخلاف الشفعة، والأعم يستحق التقديم قوله: (من الاستحقاق في البياعات والأشربة الخ) أقول: فيه بحث، إلا أن يقال: كلمة من التعليل.

(١) تقدّم تخريجه مستوفياً وإسناده جيّد بدون لفظ «في الإسلام» وهذا اللفظ ضعيف الإسناد.

واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ ثبوت حق

شفاعة رسول الله ﷺ للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الطاهرين. وفي الشريعة: هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه، كذا في عامة الشروح والمتون، إلا أنه وقع في بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة، وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله: بشركة أو جوار وترك ذكره في الأكثر بناء على ظهوره. أقول: في الكل إشكال، وهو أنه إن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم، وسيجيء في الكتاب من أن الشفعة تجب: أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم، لأن ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي أو قضاء القاضي، فإن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد وتستقر بالإشهاد صحة، إذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لا محالة فلم يوجد التملك أيضاً، فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالإشهاد. وأيضاً قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا، فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكماً للشفعة. أما الأول فلأنه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى تملك البقعة المشفوعة، وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى محال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل، وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه، فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكماً للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك. وأما الثاني فلأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى، وحكم الشيء ما يغيره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضاً لأن يكون حكماً للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك. فالأظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اه. فإنه إذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الإشكال الذي ذكرناه بحذاقيره، ويظهر ذلك بالتأمل الصادق، ولعل مراد عامة العلماء أيضاً ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة. ثم إن سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع، لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع. وكان الخصاص رحمه الله تعالى يقول: الشفعة تجب بالبائع ثم تجب

يقاسم) أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة وقوله ﷺ: (جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً) والمراد بالجوار الشريك في حق الدار بدليل قوله إن كان طريقهما واحداً، وقوله ينتظر له وإن كان غائباً يعني يكون على شفעתه مدة غيبته، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه. قيل معناه أحق به عرضاً عليه للبيع؛ ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وإن كان غائباً. وأجيب بأنه ﷺ جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده. وقوله ينتظر

قوله: (أوجب تقديمها) أقول: الظاهر تقديمه قال المصنف: (الشفعة مشتقة من انسفع) أقول: يقال شفعت كذا بكذا: إذا جمعت شفعاً به قوله: (وفي الشريعة عبارة) أقول: قال الإقناني: الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى. ولعله أولى مما ذكره غيره من أنها تملك عقار قوله: (على المشتري بشركة أو جوار) أقول: لعله لم يذكر قيد جبراً اكتفاء عنه بكلمة على فإنها تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال المصنف: (الشفعة واجبة) أقول: أي ثابتة، وفي قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة إشارة إليه، وإضافة حق الشفعة بيانية قال المصنف: (أفاد هذا اللفظ) أقول: اللفظ مصدر في الأصل بتناول الكثير أيضاً قوله: (للشريك) أقول: اللام للاستحقاق كما في أمثاله.

الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب. أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لشريك لم يقاسم»

بالطلب، فهو إشارة منه إلى أن كليهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح، لأن الشفعة إذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانياً بالطلب. وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة، لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما. قال: ولا يجوز أن يقال: بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب، فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح، ولو سلم بعد البيع يصح، ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لأنه يحصل بعد وجود سبب الوجوب؛ ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز، ولما لما يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة. والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكيدا بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا، كذا في الذخيرة، وذكره صاحب النهاية معزياً إلى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها. أقول: يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها بالطلب فيؤول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار، ويكون معنى قوله: ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى ﴿إهدنا الصراط المستقيم﴾ [الفاتحة ٥] من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم بكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب، ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء أكثر من أن تحصى. والعجب أن عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذي له يد طولى في الفقه على المعنى الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام قوله: (أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لشريك لم يقاسم»)^(١) أقول: لقائل أن يقول: هذا الحديث وإن ذلك على بعض المدعي وهو ثبوت حق الشفعة للشرك إلا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضاً كالجار الملاصق، لأن اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد، وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقرر في علم الأدب، ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش»^(٢) سيما وقد أدخل على المسند ها هنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريقاً في إفادة القصر كما في «الحمد لله» [الفاتحة ١]

تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة، وهو قوله ﷺ «الجار أحق بسبقه». قيل يا رسول الله ما سبقه؟ قال: شفعتي؟ قال: شفعتي؟ وفي رواية «الجار أحق بشفعته» والحديث الأول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع، والثالث للجار وقال الشافعي رحمه الله: (لا شفعة للجار لقوله ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة») ووجه الاستدلال أن اللام للجنس لقوله ﷺ «الأئمة من قريش» فتتخصص الشفعة فيما لم يقسم: يعني إذا كان قابلاً للقسم، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه» وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه. قوله: (ولأن حق الشفعة) دليل له معقول، وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك

قال المصنف: (فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لشريك لم يقاسم») أقول: قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز، إذ لا شركة بعد القسمة قوله: (ثبت الشفعة) أقول: تكرير للتذكير قوله: (أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار) أقول: هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به، إلا أن يقال: التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية قوله: (فحينئذ لا شفعة) أقول: فيه شيء، إلا أن يقال: المراد لا شفعة الخلطة.

(١) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٧٢،٤ ولكن في الشفعة حديث عن جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة، أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع، ولم يؤذنه، فهو أحق به» هذا لفظ مسلم أخرجه برقم ١٦٠٨ وأبو داود ٣٥١٣ والنسائي ٣٠١،٧ والدارمي ٢٧٣،٢ والحميدي ١٢٧٢ وابن حبان ٥١٧٨ والشافعي ١٦٥،٢ وعبد الرازق ١٤٤٠٣ وأحمد ٣١٦،٣ والبيهقي ١٠٩،١٠٤،٦ وابن الجارود ٦٤٢ والطحاوي ١٢٠،٤ والبخاري ٢١٧٠ بألفاظ متقاربة.

(٢) تقدم تخريجه في الإمارة.

ولقوله عليه الصلاة والسلام «جار الدار أحق بالدار، والأرض ينتظر له» وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً ولقوله عليه الصلاة والسلام «الجار أحق بسقيه، قيل يا رسول الله ما سقيه؟ قال: شفعت» ويروي «الجار أحق بشفعت» وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود

على ما قالوا، فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك، وهو مذهب الشافعي فليتأمل في الجواب. قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور: أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة له. واعترض بعض الفضلاء على قوله أما إذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال: هذا قول بمفهوم الصفة، ونحن لا نقول به: إلا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اهـ. أقول: كل من اعترضه وتوجيهه ساقط. أما الأول فلأن قول صاحب العناية: وأما إذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى ينتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة، ونحن لا نقول به، بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بياناً للواقع، وأما الثاني فلأنه لو كانت اللام الاختصاصية مداراً للتخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضاً لكونه غير شريك لم يقاسم، فيلزم أن يكون حجة علنا لا لنا قوله: (ولقوله عليه الصلاة والسلام «جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»^(١)) أي جار الدار أحق بالدار وجار الأرض أحق بالأرض، وقوله «ينتظر وإن كان غائباً»^(٢): أي الشفع يكون على شفعت وإن غاب، إذ لا تأثير للغبية في إبطال حق تقرر سببه، كذا قال تاج الشريعة. ويقرب منه قول صاحب العناية: يعني يكون على شفعت مدة غيبته، إذ لا تأثير للغبية في إبطال حق تقرر سببه اهـ. قال في النهاية: وفي رواية الأسرار ينتظر بها إذا كان غائباً، ثم قال في الأسرار: فإن قيل: المراد به أحق بها عرضاً عليه للبيع؛ ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائباً. قلنا: إن النبي ﷺ جعله أحق^(٣) على الإطلاق فيكون أحق بها قبل البيع وبعده. وقوله: ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق، ولأن ما روي عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ «أنه سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب فقال: الجار أحق بشفعت»^(٤) فهذا يبطل ذلك التأويل اهـ. وقال بعض الفضلاء: على قوله: وإن كان غائباً

المال على الغير بلا رضاه، فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلاً، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياساً أصلاً، ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أي الجار: يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به

(١) غريب هكذا. وهو مركب من حديثين.

الأول: «جار الدار أحق بالدار والأرض» أخرجه أبو داود ٣٥١٧ والترمذي ١٣٦٨ والطبراني ٩٠٤ وابن الجارود ٦٨٠٠، ٦٨٠١، ٦٨٠٢، ٦٨٠٥ والبيهقي ١٠٦، ١٢٣، ١٢٥، ١٣٠ كلهم من حديث سمرة بن جندب.

قال الترمذي: حديث سمرة حسن صحيح.

الثاني: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» أخرجه أبو داود ٣٥١٨ والترمذي ١٣٦٩ والدارمي ٢٧٣، ٢٧٣، ٢٦٥، ٢٦٧ والطبراني ١٦٧٧ وأحمد ٣٠٣، ٣٠٤ وكذا ابن ماجه ٢٤٩٤ كلهم من حديث جابر.

قال الترمذي: حسن غريب ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان، وقد تكلم شعبه في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه سوى شعبه اهـ.

(٢) تقدم في الذي قبله.

(٣) صحيح. يشير المصنف للحديث الذي ذكره صاحب الهداية «الجار أحق بسقيه...».

أخرجه البخاري ٦٩٧٧، ٦٩٧٨، ٦٩٨٠، ٦٩٨١ وأبو داود ٣٥١٦ والنسائي ٣٢٠، ٣٢١ وابن ماجه ٢٤٩٨ وابن حبان ٥١٨٠ والحميدي ٥٥٢ والشافعي ١٦٥، ١٦٦ والطحاوي ١٢٣، ١٢٤ والدارقطني ٢١، ٢٢٣ والبيهقي ١٠٦، ١٠٥، ١٠٦ وأحمد ٣٩٠، ٣٩١ كلهم من حديث عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

وليس فيه «قيل يا رسول الله ما سقيه...» والسبب: في الأصل القرب يريد بما يليه وبما يقرب منه يقال سقت الدار، وأسقت: أي قربت. وأخرجه أبو يعلى في مسنده كما في نصب الرأية ١٧٥، ١٧٦ من حديث عمرو بن الشريد عن أبي رافع ولفظه «الجار أحق بسقيه». يعني شفعت.

(٤) هو بعض حديث جابر تقدم قبل حديثين، وإسناده قوي. رواه أصحاب السنة وغيرهم.

وصرفت الطرق فلا شفعة، ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير

مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأولى، ففي كلامه بحث تأمله اهـ. أقول: المذكور في كثير من نسخ الهداية إن كان غائباً بدون الواو، والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضاً تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة إن وصلية، بل المتبادر أن تكون شرطية. ويؤيده رواية الأسرار حيث وقع فيها إذا كان غائباً، فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأولى. وأما على الرواية بالواو وهي الأكثر وقوعاً في الشروح فلا محذور فيها أيضاً، لأن معنى قوله: ينتظر له وإن كان غائباً على ما بينا أنه يكون على شفعته وإن غاب، ولا شك أنه إذا كان على شفعته حال غيبته فلا يكون على شفعته حال حضوره أولى بالطريق، وإن ترك الانتظار على معناه الأصلي وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له إلى أن يجيء ويفرغ من شفعته تحققت الأولوية أيضاً فيما إذا لم يكن غائباً، لأنه إذا وجب الانتظار له إلى أن يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلأن يجب الانتظار له إلى فراغه من شفعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم قوله: (وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»)^(١) قال صاحب العناية: وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام «الأنمة من قريش»^(٢) فتتخصر الشفعة فيما لم يقسم: يعني إذا كان قابلاً للقسمة، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٣) وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه، إلى هنا كلامه اهـ. أقول: في تقريره نوع خلل لأن قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره، فإن معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوماً بل كان حق المبيع مشاعاً بينه وبين الآخر، وقد حكم عليه بكون حقه مقسوماً وذلك تناقض لا يخفى، وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال: فإن قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوماً. قلنا: مراده حق كل منهما من الملك اهـ. أقول: فحينئذ يختل تفريع قوله: فلا شفعة فيه على قوله: والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم، إذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوماً أن

الشرع، لأن ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه. وقوله: (في الأصل) أي فيما لم يقسم، ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم، ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لأنه مقسوم أيضاً، وفيما لم يحتمل القسمة كالبيتر والحمام (ولنا ما رويناه) من الأحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، وقوله عليه الصلاة والسلام «الجار أحق بسبقه» رواه البخاري وأبو داود (ولأن ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) وهو ظاهر، لأنه المفروض. وقوله تأييد احتراز عن المنقول والسكنى

قوله: (ألا يرى أنه فسر الأحق بالانتظار) أقول: يشير إلى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية قوله: (وإن كان غائباً) أقول: مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأولى، ففي كلامه بحث تأمله قال المصنف: (ويرى «الجار أحق بشفعته») أقول: ينبغي أن يكون أحق صفة لا اسم التفضيل، إذ لا حق في الشفعة لما دون الجار قوله: (وإنه قال: فإذا وقعت الحدود الخ) أقول: معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ قوله: (والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول: فإن قيل: كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوماً؟ قلنا: مراده حق كل منهما من الملك قوله: (وهذا: أي الجار: يعني شفعة الجار الخ) أقول: الأولى أن يقال: أي محل النزاع قوله: (وقوله تأييد احتراز عن المنقول) أقول: ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه. ثم قوله السكنى أراد به

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١٣، ٢٤٩٥، ٦٩٧٦، والترمذي ١٣٧٠، وكذا أبو داود ٣٥١٤، والنسائي ٣٢١، ٧، وابن ماجه ٢٤٩٩، والشافعي ١٦٥، ٢، والبيهقي ٢١٧١، وابن حبان ٥١٨٤، والطبراني ١٦٩١، وابن الجارود ٦٤٣، والطحاوي ١٣٣، ٤، والبيهقي ١٠٣، ١٠٢، ٦، وأحمد ٣، ٢٩٦، ٣، ٣٧٢، كلهم من حديث جابر مع اختلاف يسير فيه. وصدره عند البخاري: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما... الحديث.

(٢) تقدم تخريجه في كتاب الإمارة.

(٣) هو المتقدم قبل حديث واحد.

رضاه، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم، وهذا ليس في معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع، ولنا ما

لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(١) فإن دلالة على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معاً: أي من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله «فإذا وقعت الحدود»^(٢) ومن جهة حتى المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله «وصرفت الطرق» والأولى. والأولى في تقرير المقام أن يقال: وأنه قال «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٣) وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق، والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معاً فلا شفعة فيه، إذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح، فإن المصنف قال: وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار، وذكر الحديث المذكور دليلاً عليه ولم يتعرض لغير الجوار. نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال: ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة، لأن الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضاً، وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبحر والنهر اهـ. ولكن يمكن أن يقال: وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة إلا في حق الجار تدبر قوله: (وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه، لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار إليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجوار حيث قالوا وهذا: أي الجار، وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال: أي الجار: يعني شفعة الجار، وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا، وفسر عامتهم الفرع في قوله: دون الفرع بالجوار أيضاً، وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الأصل بما لم يقسم. أقول: الحق الواضح عندي أن المراد بهذا الفرع كليهما هو المقسوم لا غير، لأنه لا حاصل لأن يقال: الجار ليس في معنى ما لم يقسم إذ لم يقل أحد بأن الجار في حكم ما لم يقسم، وإنما قلنا: إن المقسوم في حكم ما لم يقسم إذا وجد الاتصال بملك البائع، ولا صحة لأن يقال: الجار فرع لما لم يقسم لأن الذي في حكم ما لم يقسم إنما هو المقسوم لا الجار نفسه، وهذا ما لا سترة به، فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب. وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه: وهو المقسوم، ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه: أي الجار، إلا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده: يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام أيضاً، إذ لم يقل أحد أيضاً بأن شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم إلا أن يقدر مضاف آخر في قوله: معناه أيضاً فيصير المعنى ليس في معنى شفته: أي شفعة ما لم يقسم، لكن لا يخفى أنه تمحل بعد تمحل بلا ضرورة داعية إلى شيء منهما فالحق ما قلته لقوله: (ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال

بالعارية. وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً فإنه لا قرار له لوجوب النقض دفعاً للفساد، وكل ما هو كذلك فله حتى الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهراً اعتباراً: أي إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم، ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لأنه في معناه (لأن الاتصال على هذه الصفة) يعني اتصال التأبيد والقرار (إنما انتصب سبباً في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار إذ الجوار مادة المضار) من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء

المسكونة بها قوله (وهو احتراز عن الإجارة) أقول: فيه أنه ليس للمستأجر والمرتهن ملك في رقة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما، ثم ليس فيهما اتصال تأبيد. إلا أن يقال: المراد الدار المجعولة أجرة. ثم أقول: واحتراز بهذا القيد أيضاً عن المورثة والموهوبة

(١) تقدم قبل حديثين رواه البخاري، وأصحاب السنن.

(٢) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

(٣) تقدم قبل أربعة أحاديث.

روينا، ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود لمعاوضة 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 الأصل أولى لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى، وضرر القسمة

تأيد وقرار) قال تاج الشريعة: ذكر التأيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية، وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً، فإنه لا قرار له إذ النقض واجب دفعاً للفساد اهـ. واقتضى أثره صاحب العناية. وردّ بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال: ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه اهـ. أقول: إن لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة، لأن الإعارة تمليك للمنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية، فكان قوله: لأن ملكه متصل بملك الدخيل متناولاً الدار المسكونة بالعارية أيضاً فحصل بقوله: اتصال تأييد الاحتراز عن مثل ذلك قوله: (فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع) قال تاج الشريعة: قوله: عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الإجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهناً اهـ وقال صاحب العناية: وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهرأ اهـ. وتبعه الشارح العيني. أقول: فيه بحث، لأن المستأجر وإن كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لأن الإجارة تمليك للمنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفاً، إلا أن كلا منهما قد خرجا بقوله: اتصال تأييد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الإجارة مرة أخرى بقوله ها هنا عند وجود المعاوضة بالمال، وأما المرتهن فلا ملك له في الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة، فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعاً مع قطع النظر عن قيد التأيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ها هنا أصلاً. والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرأ، فإن في كل منها يتحقق الملك والتأيد والقرار، لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها قوله: (لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى) قال بعض الفضلاء: الدليل أخص من المدعي، فإن الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آبائه، بل قد يكون مالكاً بالشرء أو الهبة اهـ. أقول: المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطته الأصلية المتقررة أقوى فيعم ما كان ملكاً له بالشرء أو الهبة إلا أنه عبر

النهار وإعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بتملك الأصل) يعني الشفيع (أولى لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى) فيلحق به دلالة. وحاصله أن الأصل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع قوله: (وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لأن مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة، فإنه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعاً للضرر عنه. وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه، ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض. وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم» من باب تخصيص الشيء بالذكر، وهو لا يدل على نفي ما عداه، وبأن قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» مشترك الإلزام لأنه ﷺ علق عدم الشفعة بالأمرين، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحداً تجب الشفعة، وإنما نفي الشفعة في هذه الصورة لأنها موضع الإشكال، لأن في القسمة معنى المبادلة، فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أو لا، فبين رسول الله ﷺ عدم الشفعة فيها (والدليل على الثاني) أعني على الترتيب قوله ﷺ: «(الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع)» قال المصنف رحمه الله: (فالشريك في نفس

والموصى بها قال المصنف: (لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى) أقول: الدليل أخص من المدعي، فإن الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آبائه، بل قد يكون مالكاً بالشرء أو الهبة قوله: (والحاصل أن الأصل دافع والدخيل رافع) أقول: فيه أن الأصل رافع لملك المشتري وهو دافع.

مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره. وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشريك أحق من الخليط،

عن أصالة خطته وتقررها بإضافتها إلى آبائه مبالغة في بيان أصالتها وتقررها، وبناء على ما هو الأكثر وقوعاً في العادة، فأخصية الدليل المذكور بالنظر إلى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه قوله: (وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي، لأن مؤنة الضرر تلزمه في الأصل دون الفرع: يعني أن التعليل بذلك غير صحيح، لأن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه، كذا في الشروح. قال صاحب العناية بعد بيان ذلك: ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض اهـ. أقول: هذا عذر بارد بل كاسد، لأن كون الحديث الذي استدلت به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب، فإن حكم التعارض هو التساقط إن لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين، ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم أصول الفقه، وعلى تقدير التساقط ها هنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه، وذلك يخل بمطلوبنا ها هنا لا محالة فلا بد من الجواب. إما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الأصول، اللهم إلا أن يقال: يكفيننا دليلنا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الأحاديث لكن فيه ما فيه. وقال صاحب العناية: وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم»^(١) من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عده، وبأن قوله «إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»^(٢) مشترك الإلزام، لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالأمرين، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحداً تجب الشفعة اهـ. أقول: في كل من هذين الجوابين نظر. أما في الأول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلأن مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم»^(٣) ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عده، بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش»^(٤) وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك، ولا ريب أن أداة القصر تدل على

المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولأن الاتصال) دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر، وكذا قوله: (ولأن ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق، لكنه إن لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحاً، لأن الترجيح أبداً إنما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق. قال: (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) إذا ثبت الترتيب أن المتأخر ليس له حق إلا إذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية، فإن سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لأن السبب قد تقرر في حق الكل، إلا أن للشريك حق التقدم، لكن من

قال المصنف: (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول: إذا حمل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شيء مما يتوهم وروده قوله: (لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول: قوله هو راجع إلى الضرر قوله: (لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالأمرين) أقول: الأصل في اللام إذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين في الأصول. وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق قوله: (وذلك يقتضي إلى قوله: تجب الشفعة) أقول: لا اعتبار لمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط، واجتماعها ممنوع هنا، ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجوداً غالباً عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل قوله: (وإنما نفى الشفعة في هذه الصورة) أقول: أي في صورة القسمة.

(١) تقدّم تخريجه قبل قليل.

(٢) تقدّم أيضاً قبل قليل.

(٣) تقدّم قبل قليل.

(٤) تقدّم في كتاب الإمارة.

والخليط أحق من الشفيع، فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار، ولأن الاتصال

نفي ما عدا المذكور، فالأولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة، وهو أن الألف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة، كما يقال: العالم في البلد فلان وإن كان فيه علماء، وإذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب، ونحن نقول: إن حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اهـ. وأما في الثاني فلأن حصول الإلزام للشافعي بقوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»^(١) على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع، فإن الشافعي وإن قال بمفهوم المخالفة إلا أن له شرائط عنده: منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ [النساء ٢٣] على ما عرف في الأصول، فله أن يقول فيما نحن فيه إن قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه إذا كان الطريق واحداً تجب الشفعة، ولئن سلم حصول الإلزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال: إنه مشترك الإلزام لأن فيه اعترافاً بكونه ملزماً إيانا أيضاً، ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسألة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضاً ملزماً به، وتلك المقدمة إنما يصار إليها في العلوم العقلية عند الضرورة، وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الإلزام في غير كلام صاحب العناية. فالأولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث. وهو قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٢) ما أشير إليه في الكافي، وذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث، بل يجوز أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الأحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار، ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملاً بما رويناه: أي جمعاً بين ذلك الحديث وبين ما رويناه أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق، وإنما قال هذا لأن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع، فبين النبي ﷺ عدم ثبوت الشفعة بها إزالة لذلك الوهم. وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية «إنما الشفعة فيما لم يقسم»^(٣) وإنما لإثبات المذكور ونفي ما عده. وأجيب عنه بعبارات مختلفة. قال في الكافي والكفاية: وإنما قد تقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور، قال الله تعالى ﴿إنما أنت منذر﴾ [الرعد ٧] اهـ. وقال في النهاية: وكلمة إنما قد تجيء للإثبات بطريق الكمال، كما يقال إنما العالم في البلد زيد: أي الكامل فيه، والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره، وها هنا كذلك فإن الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولاً على إثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اهـ. وقال في البدائع: أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم، لأن كلمة إنما لا تقتضي نفي غير المذكور، قال الله تعالى ﴿إنما أنا بشر مثلكم﴾ [الكهف ١١٠] وهذا لا ينفي أن

شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك. وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجباً، فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار، وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين، عن أبي يوسف رحمه الله، لأن اتصاله أقوى لأن المنزل من حقوق الدار ومرافقه، ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها

(١) تقدم مراراً.

(٢) تقدم مراراً.

(٣) تقدم مراراً.

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. 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 تقرر في حق الكل، إلا أن للشريك حق التقدم، فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين

يكون غيره ﷺ بشراً مثلهم اهـ. أقول: فيما ذكر في البدائع خلل بين، إذ قد تقرر في علم الأدب أنه يؤخر المقصور عليه في «إنما» ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى «إنما أنا بشر مثلكم» [الكهف ١١٠] مدلول أنا والمقصور عليه هو البشرية، ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم إنما لإثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه إذ يثبت ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى، فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة إنما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه، لأن المقصور عليه في قوله تعالى «إنما أنا بشر مثلكم» [الكهف ١١٠] إنما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة إنما في الآية المذكورة لقصر المسند إليه على المسند دون العكس لا محالة. وقوله: وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثلهم يبتني على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعاً قوله: (وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفع»^(١) فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان: فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكاً في نفس المبيع، والخليط بمن كان شريكاً في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اهـ. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: إن كان مرادهما مؤاخذه المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين، فإنه لما وقع في الحديث «الشريك أحق من الخليط»^(٢) علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط، إذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه. ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالأول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه قوله: (قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول: لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الإيضاح والتأكيد بعد أن قال قبيله الشفعة واجبة للخلط في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار، فإن ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد

والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد، فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع، والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار، ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصاً حتى يستحق به الشفعة، وفسر الخاص بما اختاره من بين التفسيرات المذكورة له. والقرواح من الأرض: كل قطعة على حياها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر. وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في

قال المصنف: (ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول: والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الأخ

(١) لا أصل له مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ١٧٦، ٤: غريب وقال أيضاً: ذكره ابن الجوزي في التحقيق وقال: إنه حديث لا يعرف، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور عن الشعبي قال: «قال رسول الله ﷺ: الشفع أولى من الجار والجار أولى من الجنب» وفي إسناده هشام وثقة ابن معين، وقال أبو حاتم: لا بأس به. قاله صاحب التنقيح. وروى هذا الحديث عبد الرزاق في مصنفه، وابن أبي شيبة في مصنفه أثناء البيوع عن الشعبي عن شريح قال: الخليط أحق من الشفع والشفيع أحق من الجار، والجار مثنى سواء اهـ الزيلعي.

وقال ابن حجر في الدراية عن الحديث المرفوع: لم أجده اهـ ٢٠٣، ٢

(٢) هو المتقدم وهو من قول شريح.

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 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. وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان أو ثلاثة، وما زاد على ذلك فهو عام، وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا، وإن بيعت للعليا فلاهل 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 شفع شركة ولكنه شفع جوار) لأن العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجدوع لا يصير شريكاً في الدار إلا أنه جار ملازق. قال: (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا. قال: (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر

الترتيب أيضاً كما صرح به صاحب الهداية، كيف لا وكلمة ثم صريحة في إفادة التأخير، وليس للمتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب قوله: (فإن سلم الشفعة للشريك في الطريق، فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول: تحليل هذه المسألة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام، لأن ما بينه من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوباً بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية، إذ حيث لا يستحق المتأخر شيئاً عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات، وإنما يكون التحليل المذكور تاماً لو كانت المسألة هكذا، فإن لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب، فإن لم يوجد هذا أيضاً أخذها الجار لأن الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة، فالمناسب أن يترك التحليل المذكور ها هنا أو يكتفي بما سيأتي من قوله: وجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ قوله: (والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذاً من النهاية: مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اهـ.

المرور، وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان، فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا، وقد تقدم صورة ذلك، ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعني قوله وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة، الخ، فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق لذلك قال على قياس الطريق: يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لا لأهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى، وذكر مسألة صاحب الجدوع وهي واضحة، وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار. قال: (وإذا اجتمع الشفعاء الخ) إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤوسهم خلافاً للشافعي رحمه الله، فإذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا، وعند الشافعي رحمه الله أثلاثاً بقدر ملكهما لأن الشفعة من مرافق الملك لأنها لتكميل منفعة، وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر

لأب، مثلاً إذا أسقط الأخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الأخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط بإسقاط العبد، بخلاف حال الشفعة. وبالجمله إنا لا نسلم أنهم محجوبون به، بل له حق التقدم فقط فتأمل قوله: (وفي بيت منها شركة) أقول: فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع، ويجوز أن يقال: المراد البيت مع توابعه قوله: (أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول: الأولى أن يقول: الموضع الذي بعضه مشترك بينهما، وإلا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله قوله: (فإذا صار أحق بالبعث كان أحق بالجميع) أقول: هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلاً، كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت إلى الطريق العام، وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر، فإذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت

اختلاف الأملاك) وقال الشافعي: هي على مقادير الأنصباء لأن الشفعة من مرافق الملك؛ ألا يرى أنها لتكميل منفعة فأشبهه الربح والغلة والولد والثمره. ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة، وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة الدليل لا بكثرته، ولا قوة ها هنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه، بخلاف الثمرة وأشباهها، ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقي في الكل على عددهم، لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت، ولو كان البضعي غيباً يقضي بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب، وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف، ولو حضر ثالث فبثلث ما في

أقول: في هذا التمثيل قصور، لأن المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت، وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب، وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن، ولا ضرورة تدعو إليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه قوله: (والبقعة واحدة) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة، فإذا صار الشفع أحق ببعضها كمنزلة معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها. قال صاحب العناية: في شرح قوله والبقعة واحدة: أراد الموضوع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم

الملك كالربح والغلة والولد والثمره. ولنا أنهم تساوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله. فإن قيل: الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فأنتي يتساويان؟ أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة، لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع، والترجيح إنما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته، ولا قوة ها هنا لظهور الأخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل، ولو كان مرجوحاً لما استحق شيئاً لأن المرجوح يندفع في مقابلة الراجح. وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفرد يستحق الجميع، وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان، كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفردائه والثلاثين مع البنت. وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقاً تستلزم ذلك، أو التي لم تجتمع من علتين مستقلتين، والأول ممنوع والثاني مسلم، ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والإلزام الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح؛ ألا ترى أن الشاهدين والأربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة، ومسألة الميراث ليست مما نحن فيه، إذ لم يجتمع في الابن علتان إن ضمنت إحداهما إلى الأخرى فاستلزمت الزيادة، وإنما ذلك باعتبار تفاوت في عصورته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان. وقوله: (وتملك ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك: يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإن له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه قوله: (ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده، فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصبائهم كما تقدم، لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم، والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائباً يقضي بها بين الحاضرين على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب: يعني قد يطلب وقد لا يطلب، فلا يترك حق الحاضرين بالملك، وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضي له بالنصف، فإن حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقياً للتسوية، وإن كان بعد القضاء له فليس للأخر أن يأخذ إلا النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، والمقضى عليه في قضية لا يصير مقضياً له فيها، ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما

مقدم على من له شركة في الطريق، مع أن هذا الدليل ينتظمهما، والأمر فيه سهل كما لا يخفى، إذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار، وهو حاصل بهذا الدليل قوله: (وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ) أقول: وها هنا أيضاً كذلك، فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع قوله: (يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ) أقول: فيه بحث.

يد كل واحد تحقيقاً للتسوية، فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء. قال: (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لا أنه هو السبب، لأن سببها الاتصال على ما بيناه. والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن

شيء واحد، فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اهـ. أقول: فيه خلل، لأن الموضوع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسألتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها، ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار، وإنما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور. وأيضاً قوله: فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع إنما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضوع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع، فكان بين أول كلامه وآخره تنافر لا يخفى قوله: (والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول: كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية، فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية، فالأظهر أن تكون الباء في قوله: تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة، فإنه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الأدب، والمعنى المقصود ما هنا يحصل به أيضاً بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل، فلا مقتضى للعدول عنه قوله: (لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح، أو في قوله: لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية. قال صاحب العناية: وهذا قول عامة المشايخ، لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل بسوء المعاملة والمعاشرة، والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع، ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اهـ. أقول: في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع، لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر، وليس كذلك قطعاً، وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلة اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا يتنافى مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل. ثم قال صاحب العناية: ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب؛ ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح. وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله. ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول 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 اهـ كلامه. أقول: لقائل أن يقول: امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري، سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب، فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعاً عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضاً مانعاً عن ذلك فلزم أن لا يكون الواجب متأدياً بأداء

يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار، وكذا لو سلم: أي أصر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسألة الكتاب، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف، بخلاف ما قبل القضاء. قال: (والشفعة تجب بعقد البيع) وهو يومهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال، وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل لسوء المعاملة والمعاشرة، والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع، ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع

قوله: (لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل، إلى قوله: والضرر إنما يتحقق البيع) أقول: فيه تأمل قوله: (ولا كلام فيه، وإنما هو في شرط الجواز) أقول: قوله هو راجع إلى كلام.

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 المواثبة) لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض، 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

الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله، وكذا الحال في إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به في موضعه خلاف ذلك. ثم أقول: يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب في قوله: إن ذلك شرط الوجوب هو وجوب الأداء دون نفس الوجوب، فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامي، وحولان الحول إنما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة، وكذا حلول الأجل في الديون المؤجلة إنما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها، واللازم أن لا يتحقق وجوب الأداء قبل الحول وقبل حلول الأجل، ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأدياً بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل، والمصرح به في موضعه إنما هو تأدي الواجب بنفس الوجوب لا غير قوله: (والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار، وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال: والوجه فيه: أي في هذا التأويل، وتبعه العيني. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذي ذكره المصنف بقوله: ومعناه بعده لا أنه هو السبب في جريان هذا الوجه، إذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدوري أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن، فلا حاجة إلى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بإرجاع ضمير فيه إليه، بل لا وجه له عند التحقيق لأن المصنف علل تأويله المذكور بقوله لأن سببها الاتصال على ما بيناه، فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلاً له بعد ذلك؟ فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع، ومن عادة المصنف أنه إذا كان في عبارة المسألة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسألة وها هنا أيضاً فعل ذلك قوله: (ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) أقول: فيه تأمل، إذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا، إنما هي دفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة، والظاهر أن ذلك الضرر إنما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لأنه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري، لأن البائع أصيل كالشفيع، فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر. قال في العناية: ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة. وأجيب بأن في ذلك تردداً لبقاء الخيار

وللجار لتحقيق ذلك. ورد بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل المبيع لوجوده بعد السبب؛ ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح. وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للمشروط قبله. ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول 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 قوله: (والوجه فيه) أي في هذا التأويل (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه، وله دليل ظاهر وهو البيع في مقام مقامه. 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 يأخذها، وإن كذبه المشتري. ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة. وأجيب بأن في ذلك تردداً لبقاء

قوله: (إذ عرض الواهب المكافأة) أقول: فيه شيء فإنه لا يتمشى ذلك في الهبة للقريب المحرم، وفي أخذ الواهب العوض.

بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة. وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو يبيع دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في

للبيع، بخلاف الإقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعمل به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك لأن غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى. أقول: في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث، لأنه إن كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلاً، فإن كون غرضه المكافأة لا ينافي في رغبته عن ملكه؛ ألا يرى أن غرض البائع أيضاً المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وإن كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها، كما إذا وهب لقريبه المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد، إذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع، فإن في هذه الصور لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لاشفعة فيها فبقي النقض بها قوله: (ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد) أقول: فيه شيء وهو أن احتياجه إلى إثبات طلبه عند القاضي إنما هو إذا أنكر المشتري طلبه، وأما إذا لم ينكره فلا احتياج إلى ذلك، فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي أن لا تبطل الشفعة بترك الإشهاد فيما إذا لم ينكر الخصم طلبه، مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقاً. فإذا قلت: وقت الإشهاد مقدم على وقت الخصومة، ففي وقت الإشهاد إنكار الخصم طلبه وعدم إنكاره إياه غير معلوم، فإن ترك الإشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه، بل يحتمل إعراضه عنه فلماذا تبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقاً. قلت: هذا مشير إلى التعليل الأول ولا كلام فيه، وإنما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلاً مستقلاً ها هنا كما يقتضيه قول المصنف: ولأنه يحتاج إليه إلى آخره قوله: (وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم) أقول: في عبارة الكتاب ها هنا قصور من وجهين: أحدهما أن قوله أو حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الأخذ فكان الأخذ معتبراً في التسليم فلزم أن يكون معتبراً في حكم الحاكم أيضاً على مقتضى العطف، إذ قد تقرر في علم الأدب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله، مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله: أو حكم بها حاكم: فإنه يثبت الملك بحكمه وإن لم يأخذ الدار. وقال في شرح الكنز للزيلعي: أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين: إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه، أو بحكم الحاكم من غير أخذ. وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي. قوله: بقضاء القاضي عطف على الأخذ لا على التراضي، لأن القاضي إذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى. وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال: وهو أي التملك إنما يكون بالأخذ، إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي، فإنه صريح في اعتبار الأخذ في قضاء القاضي أيضاً. وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة

الخيار للبائع، بخلاف الخيار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعمل به كما زعمه، والهبة لا تدل على ذلك إذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية. قال: (وتستقر بالإشهاد) للشفعة أحوال استحقاق، وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالإشهاد وهو يعتمد الطلب، ولا بد من طلب الموائمة: أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى الموائمة لتليسه بها لأنه: أي الشفعة ذكر الضمير نظراً إلى حق يبطل بالإعراض، قاتل عليه الصلاة والسلام «الشفعة كحل العقال، إن قيدها ثبت» وهو كناية عن سرعة السقوط، وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه، والإشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي، ولا يمكنه إلا بالإشهاد، وتملك، وهو إنما يكون بالأخذ إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي، ودليله

الصورة الأولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له . ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نيينه إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

المشتري دائماً ، فإن المصنف صرح فيما مر آنفاً بأنه يكتفي بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه ، ففي هذه الصورة إنما يسلمها البائع دون المشتري فكان الأحق بالمقام أن يقال : إذا سلمها الخصم بدل قوله : إذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم تبصر .

المذكور ظاهر . وقوله : (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين . وقوله : (يعني في الصورة الأولى) إذا مات الشفيع لأنه لم يملكها فلا تورث عنه . وقوله : (في الثانية) يعني إذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم . وقوله : (في الثالثة) يعني إذا بيعت دار بجانب الدار المشفوعة لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها . وقوله : (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله ، والله أعلم .

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال: (وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه: طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم، حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا، ولقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لمن واثبها» ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته وعلى هذا عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد. وعنه أن له مجلس العلم، والروايتان في النوادر. وبالثانية

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه، كذا في عامة الشروح. أقول: هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة، ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منهما وهو قوله والخصومة فيها، ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضاً أصالة قوله: (اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه: طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم، حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفيعته لما ذكرنا) قال الشراح: قوله: لما ذكرنا إشارة إلى قوله: قبل الباب لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه. أقول: فلنأخذ أن يقول: ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب الموائبة يدل أيضاً على لزوم الإشهاد فيه حيث قال: فلا بد من الإشهاد والطلب، وسيأتي التصريح منه بأن الإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد. والجواب أن المراد بالإشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب الموائبة يرشد إليه تقديم الإشهاد على الطلب في قوله: فلا بد من الإشهاد والطلب، إذ لو كان المراد بالإشهاد هناك هو الإشهاد على طلب الموائبة لكان ذكر الطلب بعده لغواً، إذ لا يتصور الإشهاد على طلب الموائبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب، ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالإشهاد إذ الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرير والإشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف قوله: (ولقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة لمن واثبها»^(١)) أقول: في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع إشكال، لأنه إن كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة لنا؟ وإن كان مداره على أن لام الجنس في الشفعة ولا م

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه. قال: (وإذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ نبيه عليها (طلب الموائبة) سمي بها تبركاً بلفظ الحديث «الشفعة لمن واثبها» أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة قوله: (وهو أن يطلبها كما علم) أي من غير توقف، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن. وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف.

باب طلب الشفعة

قال المصنف: (لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة) أقول: تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببذل، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه، فهذا مثله، كذا في شرح الكاكي، والفرق ظاهر، فإن الشفيع لا يملكه بطلب الموائبة فقط، بل بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي، فله بعد طلب الموائبة زمان التأمل، بخلاف

(١) باطل مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ط ١٧٦/٤ غريب وقال أيضاً: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها وقال في الدراية ٢٠٣، ٢: لم أجدها أي مرفوعاً.

أخذ الكرخي، لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة، ولو قال بعد ما بلغه البيع ﴿الحمد لله﴾ أو «لا حول ولا قوة إلا بالله» أو قال «سبحان الله» لا تبطل شفעתه. 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 ويكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة بطلب الموائبة، والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي. ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال: طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها، لأن الاعتبار للمعنى، وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل

الاختصاص في «لمن واثبها»^(١) تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها، كما قالوا في ﴿الحمد لله﴾ أن لامي الجنس والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد بالله تعالى، فيرد علينا النقض بقوله ﷺ «الشفعة لشريك لم يقاسم»^(٢) كما ذكر في صدر هذا الكتاب، إذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضاً على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضاً كالجار الملاصق فتأمل قوله: (والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة بطلب الموائبة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد) قال صاحب النهاية: وذلك لأن طلب الموائبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والإشهاد ليس بشرط فيه اهـ واقتضى أثره صاحب العناية وعده تحقيقاً حيث قال: وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والإشهاد في ذلك ليس بشرط اهـ. أقول: لقائل أن يقول: طلب التقرير والإشهاد أيضاً ليس لإثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، وإنما الذي لإثبات الحق طلب الخصومة مع أن الإشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والإشهاد فيما بعد، فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقاً منقوضاً بلزوم الإشهاد في طلب التقرير كما ترى. فإن قلت: لزوم الإشهاد في طلب التقرير لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب، وسيأتي ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والإشهاد في هذا الباب. قلت: ذاك إنما يكون وجهاً للزوم الإشهاد في طلب التقرير، وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الإشهاد في طلب الموائبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه، وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضاً كلاماً، لأنه إن أريد أنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي كأن اعتراف به الخصم فهو ممنوع، وإن أريد أنه يحتاج إلى إثباته عند التجاحد فكذا الحال في طلب الموائبة أيضاً، ثم أقول: يمكن أن يمنع لزوم الإشهاد في طلب التقرير أيضاً بناء على ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: وإنما سمي الثاني طلب الإشهاد لأن الإشهاد شرط بل يمكنه إثبات الطلب عند جحود الخصم اهـ. فإنه يدل على أن الإشهاد في طلب التقرير أيضاً ليس بلازم، بل إنما هو لنفي التجاحد كما في طلب الموائبة، وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما الإشهاد

وقوله: (والإشهاد فيه لس بلازم إنما هو لنفي التجاحد) يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج إلى الشهود. وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لإثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد في ذلك ليس بشرط. وقوله: (بكل لفظ

المشتري عند إيجاب البائع والمخيرة قال المصنف: (لأن الاعتبار للمعنى) أقول: والمعنى المراد من الأول إنشاء الطلب لا الجبر منه ليكون كتاباً، وكذا الثاني، وليس بعده على ما زعموا قال المصنف: (ويشهد على البائع الخ) أقول: قال الإتياني: وينبغي أن يذهب إلى

(١) هو المتقدم.

(٢) تقدم تخريجه قبل قليل.

وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة، وقالوا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صبيّاً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقاً. 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 الموائية لأنه على فور 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 (أو على المبتاع أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفעתه) وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه، لأن للأول اليد والثاني 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

على ظاهر الطلب فليس بشرط، وإنما هو لتوثقه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول اهـ. فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالماً من الانتقاض كما لا يخفى قوله: (وقالوا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صبيّاً أو امرأة إذا كان الخبر حقاً) أقول: في التقييد بقوله إذا كان الخبر حقاً ضرب إشكال، لأن الكلام فيما إذا بلغ الشفيع بيع الدار بالإخبار، وفي ذلك إنما يحصل له العلم بكون الخبر حقاً لسبب الوثوق بإخبار مخبره، والظاهر أن مدار الوثوق بإخبار مخبره فيما إذا كان طريق العلم منحصراً في الإخبار هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق بإخباره، ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله، وإذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطاً عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقاً كافياً فما معنى تعليق وجوب الإشهاد على الشفيع إذا أخبره واحد مطلقاً بكون الخبر حقاً ولا طريق للعلم بكونه حقاً في صورة هذه المسألة سوى إخبار الواحد. فإن أفاد مثل ذلك الإخبار العلم تعين كونه حقاً، وإن لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقاً، وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقاً وجه طاهر فتفكر. ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالإشهاد ها هنا نفس طلب الموائية لا الإشهاد على ذلك الطلب، وإلا يلزم أن يكون قوله: ها هنا يجب عليه أن يشهد مناقضاً لقوله: فيما مرّ والإشهاد فيه ليس بلازم، وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف: والإشهاد فيه ليس بلازم حيث قال: هذا لا يناقض قوله: يجب عليه أن يشهد، لأن المراد من الأول الإشهاد على الطلب، ومن الثاني طلب الموائية وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اهـ. وسيأتي نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة، فإنه لما قال هناك

يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري: لو قيل لقروي بيع أرض بجنب أرضك فليل شفعة شفعة كان ذلك طلباً منه صحيحاً، ومن الناس من قال: إذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفעתه لأن كلامه وقع كذباً في الابتداء فكان كالكسوت. والصحيح أنه لا يبطل لأنه إنشاء عرفاً. ومنهم من قال: لو قال أطلب وأخذ بطل لأنه عدة محض، والمختار ما ذكره المصنف. وقوله: (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) إشارة إلى ما ذكره في آخر فضل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي، وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إليها. وقوله: (بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده) أي عند أبي حنيفة: يعني أن المرأة إذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلاً كان المخبر أو غيره، فإن اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق، وإلا فلا لما ذكر أنه ليس فيه إلزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطري الشهادة. وقوله: (أو على المبتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ

أقربهم، حتى لو ترك الأقرب وذهب إلى الأبعد وأشهده على الطلب يبطل حقه قالوا 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 في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر، كذا في شرح الكافي اهـ. ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع إذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فإن كان الشفيع أو الأبعد خارج المصر تبطل الشفعة، وإن كان كلاهما في المصر لا تبطل استحساناً اهـ.

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 وهو رواية عن أبي يوسف. وقال محمد: إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت) وهو قول زفر، معناه: إذا تركها من غير عذر. وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته، 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 فقدرناه بشهر لأنه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان. ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى 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 البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً. قال: (وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي 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 رحمه الله: يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها، لأنه

وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حمل عامة الشراح الإشهاد المذكور هناك على نفس طلب الموائبة لثلاث يخالف ما ذكره المصنف من قبل. وذكر في الذخيرة وغيرها أيضاً من أن الإشهاد في طلب الموائبة ليس بلازم، وإنما هو لنفي التجاحد قوله: (وصورة هذا الطلب أن يقول: إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول: في هذا التصوير نوع تقصير، لأنه إنما يتمشى فيما إذا كان الإشهاد عند الدار، فإن الإشارة بهذه الدار إنما تتصور في هذه الصورة، والمذكور فيما قبل مجموع الأقسام الثلاثة للإشهاد: أعني الإشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار، اللهم إلا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون إحاطة الأقسام، لكنه لا يدفع التقصير حقيقة، فالأولى الجامع للأقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال: وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول: إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا، وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن أيضاً فاشهدوا بذلك، أو يحضر المشتري ويقول: هذا مشتر من فلان داراً التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا، أو يحضر البائع ويقول: هذا باع من فلان داراً التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا اهـ قوله: (وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها، فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه) قال صاحب العناية: قيل لم يتم بعد، بل لا بد أن يسأله ويقول هل قبض

الإسلام: الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب الموائبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب الموائبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار. أما إذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفي ويقوم مقام الطلبين، فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياساً ولم تبطل استحساناً، لأن نواحي مصر جعلت كنانة واحدة، ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الأقرب إلى الأبعد بطلت قياساً واستحساناً ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالثمن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته. وقوله: (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة، وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وإن طال المدة قوله: (وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد: يعني أن الشفيع إذا كان غائباً لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر، فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر. نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع إذا كان غائباً فعلم بالشراء فإنه ينبغي أن يطلب طلب

ادعى حقاً فيها فصار كما إذا ادعى رقبته، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها، فإن قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف. وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد. قال: (فإن عجز عن البيعة استحلّف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقرب به لزمه، ثم هو استحلّف على ما في يده فيحلف على العلم (فإن نكل أو قامت للشفيع بيعة 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 البيعة) لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة. قال: (فإن عجز عنها استحلّف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذا الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل، والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى،

المشتري المبيع أو لا، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع، ثم يسأله عن السبب ثم يقول له: متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أو لا، فإن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تطاولت، فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى. وقال: وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطالان بالتأخير. ثم قال: وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد، فإذا قال طلبت حين علمت إذ أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره، فإن قال نعم: فقد صحح دعواه اهـ.

الموائية، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد، فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبيع من يطلب فلا شفعة له. قال: (وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي الخ) هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر قوله: (لاختلاف أسبابها) لأنها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أو لا، وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سبباً فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً فلا بد من البيان. وقوله: (تم دعواه) قيل لم يتم بعد، بل لا بد أن يسأله فيقول: هل قبض المشتري المبيع أو لا، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له: متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أو لا، فإن عند أبي يوسف ومحمد إذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى، وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطالان بالتأخير. وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد، فإذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار، فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره، فإن قال نعم صح دعواه، ثم يقبل على المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البيعة لأن اليد ظاهراً يحتمل أن تكون يد ملك وإجارة عارية، والمحتمل لا يكفي لإثبات الاستحقاق، فإن أقام فقد نوزر دعواه، وإن عجز استحلّف المشتري بطلب الشفيع أنه لا يعلم أن الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لأنه ادعى عليه أمراً لو أقرب به لزمه، فإذا أنكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلّفاً على ما في يد غيره، فإن نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا، فإن أقرب فذاك، وإن أنكر قيل للشفيع أقم البيعة، فإن أقامها فذاك (وإن عجز عنها استحلّف المشتري على أنه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والأول على السبب، وذكرنا الاختلاف فيه) يريد ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلّف من كتاب الدعوى قال: (تجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي، فإذا قضى القاضي بها لزمه إحضار الثمن. قال المصنف: (وهذا ظاهر رواية الأصل) ولم يقل هذا

قوله: (وعليه الفتوى) أقول: الفتوى على قول محمد في أنه إذا طالت المدة لا يلتفت القاضي إلى دعواه قوله: (وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول: أشار إلى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ قوله: (لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطالان بالتأخير) أقول: لا على قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الإخبار قوله: (سأله عن طلب الإشهاد) أقول: الظاهر أن يقال عن طلب الموائية.

وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله، وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف 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) وهذا ظاهر رواية الأصل. وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري. وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه، فكذا لا يشترط إحضاره (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 أخر 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

أقول: القائل صاحب النهاية أخذاً من الذخيرة، وتبعه بعض آخر من الشراح، وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأفسد، فإن عبارتهم كانت هكذا، ثم إذا سأله عن طلب الموائبة فقال طلبت حين علمت أو قال: حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الإشهاد هل طلب الإشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير، فإن قال نعم: سأله إن الذي طلبت بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره، فإن قال نعم، تبين أن الإشهاد قد صح، ثم إذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه، إلى هنا عبارتهم. وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة، وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لأنه عبر عن طلب الموائبة بطلب الإشهاد حيث قال: وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار، ولا يذهب عليك أن إطلاق طلب الإشهاد على طلب الموائبة يخالف اصطلاح الفقهاء جداً، يظهر

رواية الأصل لأنه لم يصرح في الأصل هكذا، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير إحضار الثمن لأن قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته إن مات (وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، لأن الشفيع قد يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضرب نفسه عن اختيار فلا ينظر له بإبطال ملك المشاري، وإنما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع، فأما المشتري ما هنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضرب نفسه قبل وصول الثمن إليه بل الشفيع يملك عليه كرها دفعاً للضرر عن نفسه، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضرب غيره، ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا ماطل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء، ولهذا لا يشترط تسليمه، وما ليس بثابت عليه لا يشترط إحضاره) فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة (وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذاً عند محمد أيضاً لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع إليه الثمن لا تبطل شفيعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي، قال: وإن أحضر الشفيع البائع (الخ) وإن أحضر الشفيع البائع إلى الحاكم والمبيع في يده، فله أن يخاصمه في الشفعة، لأن اليد له وهي يد مستحقة: أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، ولو هلك في يده هلك من ماله، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستعير، ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه، إلا أن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه، وهذه جملة قضايا كما ترى، أما كونه خصماً فقد بيناه، وأما كون المشتري لا بد من حضور مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في إحداهما مع البائع وتفرد بالأخرى. وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله: (لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع) عليهما، ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء (بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت) فإن حضور البائع إذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبياً لم يبق له ملك ولا يد، وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله: (وهو أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه) ولما كان فسخ البيع يومه العود على موضعه بالنقض في المسألة لأن نقض البيع إنما هو لأجل الشفعة ونقضه يقضي إلى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجهه النقض بقوله: (ثم

عليه، لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما، بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنياً 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 ليقضي بالفسخ عليه، ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه، ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهد على البائع، بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه ملكه بالقبض. وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ، وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق

ذلك مما أحطت به خبراً في أقسام الطلب. وأيضاً قد قيل فيما قبل سألته متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء، وقد نقله صاحب العناية أيضاً فيما قبل، فعلى تقدير أن يقال ها هنا ثم بعد ذلك سألته عن طلب الإشهاد ومراده طلب الموائبة يصير المعنى: ثم بعد السؤال عن طلب الموائبة سألته عن طلب الموائبة، لأن سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب الموائبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب الموائبة، بخلاف ما إذا قيل ثم إذا سألته عن طلب الموائبة سألته عن طلب الإشهاد كما وقع في عبارتهم، فإنه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين، أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر، وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الموائبة فإن الكلام إذا ذاك ملقى في صورة الشرطية فقدمها، وهو قولهم: إذا سألهم عن طلب الموائبة إشارة إلى ما ذكروا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم قوله:

وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة لأن قبض المشتري مع ثبوت حق الأخذ للشفيع بالشفعة ممتنع، وإذا كان ممتنعاً فأت الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج إلى الفسخ، لأن الأسباب شرعت لإحكامها لا لذاتها، لكنه يبقى أصل البيع: أعني الصادر من البائع وهو قوله بعث مجرداً عن إضافته إلى ضمير المشتري لتعذر انفساخه، فإنه لو انفسخ عاد إلى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحيل لبقائه بتحويل الصفقة إلى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لأن الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان معتزلاً لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها، وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تعدى إلى غيره، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار. وقال بعضهم: تنتقل الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد. قالوا: لو كان بطريق التحويل 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. والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب، وإنما يعتبر في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة للسلامة نظراً إلى الأصل قوله: (فلهذا) أي فلتحول الصفقة إليه (برجع بالعهد على البائع) لأنه تابع كما كان، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما إذا قبضه المشتري) فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض. قال: (ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم الخ) المشتري إذا كان وكيلًا، فإما أن يسلم المبيع إلى موكله قبل الخصومة أولاً، فإن كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لأنه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والأخذ بالشفعة من حقوقه) وإن كان الأول فالموكل هو الخصم (لأنه لم يبق للموكل يد ولا ملك) وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل لأنه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف، فتسليمه إلى الموكل كتسليم البائع إلى المشتري، ولو سلم إلى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل. فإن قيل: لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل

قوله: (لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول: كالموكل إذا تملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فإنه لا يثبت له خيار الرؤية إذا لم يثبت توكيله قوله: (بتحول الصفقة إلى الشفيع) أقول: وأما مسألة الوكيل فإن الموكل أقام الوكيل أقام نفسه ورضي بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضرراً مرضياً بتوكيله فلم يكن له الرد، بخلاف الشفيع قوله: (أما إذا كانت الورثة كباراً لا يجوز بيعه) أقول: إذا لم يكن على الميت دين.

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، وهذا لأن الوكيل كالبائع 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 للشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا . قال : (وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رأها فله خيار الرؤية، وإن وجد بها عيباً فله أن يردّها 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 .

(ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول : هذا التعليل يجري بعينه فيما إذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزداد عليه قيد فارق بين صورتين بأن يقال بعد قوله : والأخذ بالشفعة من حقوق العقد، وله يد في الدار، وكأن المصنف إنما ترك ذكر القيد اعتماداً على انقضاءه من تعليل صورة التسليم .

لكان حضور الوكيل والموكل جميعاً شرطاً في الخصومة في الشفعة إذا كانت الدار في يد الموكل، كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم . أجاب المصنف بقوله : (إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائباً عنه (فيكتفي بحضوره) والبائع ثمة ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره قوله : (وكذا إذا كان البائع وكيلاً) ظاهر . وقوله : (وكذا إذا كان البائع وصياً) يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كانت الورثة صغاراً، وقيد بقوله : (فيما يجوز بيعه) احترازاً عما لا يتغابن الناس بمثله، فإن بيعه به لا يجوز . وقيل المراد به كون الورثة صغاراً، فإن الوصي يبيع التركة، أما إذا كانت الورثة كباراً لا يجوز بيعه لأنهم متمكنون من النظر لأنفسهم . وقوله : (وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضاً .

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 ها هنا، فلا يتحالفان. قال: (ولو أقاما البيئة فالبيئة

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما، وقدم الأول لأن الأصل هو الاتفاق قوله: (ولا نص ها هنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام: إنما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين، ولم يوجد الإنكار هنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اهـ. واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع، وتحرير صاحب غاية البيان أيضاً يشعر بذلك، فإنه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال: فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وتراذا»^(١) فلا جرم لم يجب التحالف اهـ. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، لأن وجود معنى الإنكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين إنما هو فيما إذا وقع الاختلاف قبل القبض، وأما إذا وقع بعد القبض فمعنى الإنكار هناك أيضاً إنما يوجد في طرف واحد وهو المشتري، فكان التحالف في تلك الصورة مخالفاً للقياس، ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراذا»^(٢) وقد مرّ ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى، فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الإنكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعاً بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض. والصواب أن وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف. وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال: وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه، لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اهـ. قال الزيلعي في شرح هذه المسألة من الكنز: ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين، والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئاً فلا يكون الشفيع منكراً فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع

فصل في مسائل الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الأصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه. قال: (وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الغ) الشفيع والمشتري وإن كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لأن الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار) بأقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئاً فيخير الشفيع بين الأخذ والترك، فإذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن إقامة البيئة كان القول للمشتري لأنه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الأقل) والقول قول المنكر مع يمينه، ولا يتحالفان لأنه لم يرد ثمة نص، ولا هو في معنى

فصل في الاختلاف

قال المصنف: (ولا نص ها هنا فلا يتحالفان) أقول: إذ النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك، فوجب التحالف لذلك، ولم يوجد الإنكار ها هنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعي عليه شيئاً قوله: (لجواز تحقيق البيعين مرة

(١) تقدّم تخريجه مستوفياً في كتاب البيوع.

(٢) تقدّم تخريجه في البيوع.

للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتاً) فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو. 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. وهذا المفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو الترخيع لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه، كيف وأنها ممنوعة على ما روي عن محمد، وأما

القياس اهـ. أقول: الخلل في كلامه أشد وأظهر، فإنه قال أولاً: لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين، وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضاً فيما لا إنكار ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا أثلّف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى، بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لأن التحالف فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص. وقال آخرًا فامتنع القياس، ولا يخفى أن امتناع القياس لا يقتضي امتناع الإلحاق بطريق دلالة النص، فإن كثيراً من الأمور لا يجري فيه القياس ويصح إثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس ها هنا لا يتم المطلوب، فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به ليعم القياس والدلالة قوله: (وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتاً) أقول: لقاتل أن يقول: البينة إنما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئاً ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفاً، فلزم أن لا تصح بينة المشتري أصلاً فضلاً عن أن ترجع على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف. ثم أقول: يمكن الجواب عنه بأن المشتري وإن كان مدعى عليه لا مدعياً في الحقيقة إلا أنه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن، ومن كان مدعياً صورة تسمع بينته إذا أقامها، كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله. وأما الحلف فإنما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة، ألا يرى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن إقامة البينة عليه فإنما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة، ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه برّد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وإن لم يجب على خصمه الحلف أصلاً فرجع أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر إثباتاً، وبهذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة: في شرح الوقاية في هذا المقام وحجتهم ما ذكرنا مؤيداً به ما ذكره قبله بقوله: لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الأقل والمشتري ينكره ليس بسديد. وعن هذا لم يحك عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جداً، وإنما حكى عنه الطريقتان اللتان

المنصوص عليه من كل وجه (وإن أقاما البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هي للمشتري لأنها أكثر إثباتاً فصار كبينة البائع) إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فإنها للبائع، وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنها للوكيل وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فإنها للمشتري لما في ذلك كله من إثبات الزيادة (ولهما أنه لا تنافي بين البينتين) في حق الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بالفيين على ما شهد عليه البيئتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز أن يجعلها موجودين في حقه (وله أن يأخذ بأيهما شاء، وهذا بخلاف البائع مع المشتري لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول) فالجمع بينهما غير ممكن فيصار إلى أكثرهما إثباتاً لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو الترخيع لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالي العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول فتعذر التوفيق، على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل صدر منه إقراران: أي بحسب ما توجيه البيئتان، فكان للموكل أن

بألف وأخرى بالفيين) أقول: فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف، ويثبت بحجة المشتري البيع بالفيين، فكان الشفيع مخيراً، إن شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع، وإن شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف: (كيف وأنها ممنوعة) أقول: فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وأنها ممنوعة.

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 ها هنا فبخلافه) ولأن بينة الشفع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للإلزام. قال: (وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفع بما قاله البائع وكان ذلك خطأ 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 الشفع على ما بين إن شاء الله تعالى، ولأن إتملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفع بقوله. قال: (ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويتراذان، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفع، بذلك، وإن حلفا بفسخ القاضي

ذكرهما المصنف بقوله: ولهما أنه لا تنافي الخ، ويقول: ولأن بينة الشفع ملزمة الخ، حكى أولاهما محمد وأخذ بها، وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكرنا في الشروح قوله: (وهو الترخيع لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه) أقول: لقائل أن يقول: إن أريد أن الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الأحكام، وإن أريد أن الوكيل والموكل كالبايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم، ولكن الشفع والمشتري أيضاً بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل في الدفع قوله: (وبعد التسليم نقول: لا يصح الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، أما ها هنا فبخلافه) أقول: يرد على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح هنا أيضاً، ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين إلا بفسخ الأول، ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضاً قول المصنف: فيما قبل ها هنا الفسخ لا يظهر في حق الشفع حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفع، وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه. والجواب أن مراد المصنف بالفسخ في قوله: لا يصح الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، أما ها هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك، والشفيع هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين، والذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معاً هو الثاني دون الأول، فمعنى كلام المصنف هنا أن الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين، وأما هنا

يأخذ بأيهما شاء (وأما المشتري من العدو) فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف، ولئن سلمنا أن البينة للمشتري فذاك باعتبار أن التوفيق متعذر، إذ لا يصح البيع الثاني هناك إلا بفسخ الأول، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاهما محمد وأخذ بها قوله: (ولأن بينة الشفع ملزمة) لأنها إذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفع شاء أو أبى، والملزم منها أولى لأنها وضعت للإلزام، وبينة المشتري عليه غير ملزمة لأنها إذا قبلت لا يجب على الشفع شيء ولكنه مخير بين أخذ أو يترك، وغير الملزم مستمر في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ بها، وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشتري والموكل، فإن كل واحدة منهما ملزمة، فلهذا صرنا إلى الترجيح للزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو لأنها غير ملزمة. قال: (وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه الخ) إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فإما أن يكون مقبوضاً أو غير مقبوض، أو يكون القبض غير ظاهر: يعني غير معلوم للشفيع، فإن كان غير مقبوض فإما أن يدعي البائع أقل أو أكثر، فإن كان أقل أخذها الشفع بما قال البائع وكان ذلك خطأ عن المشتري. ووجهه المذكور في الكتاب واضح. وقوله ولأن التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البائع بإيجابه، لأنه لو لم يقل بعث لا يثبت للشفيع شيء: ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشتري ثبت له حق الأخذ، وإذا كان كذلك كان القول قوله، وإن كان أكثر وليس لهما بينة تحالفاً وتراذلاً بالحديث المعروف، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفع بذلك، وإن اختلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف، ويأخذها الشفع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفع وإن كان الفسخ بالقضاء لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم (وإن كان مقبوضاً أخذها بقول المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر، وإن كان غير معلوم القبض فإما أن يقر البائع بالقبض أو لا، فإن كان الثاني ولم يذكره في الكتاب

البيع على ما عرف وبأخذها 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 البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع، وقد بيناه. ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن بأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به، فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع 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.

فبخلافه: أي لا يظهر في حق الثالث. وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العبد بالثمن الثاني، وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأي الثمنين شاء. فإن قلت: نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعاً، ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما؟ قلت: حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول، وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الإخراج إلى دار الإسلام، والإخراج إليها لم يكن إلا بالبيع الثاني فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما يهم، وقد أهمله الشراح مع التزامهم ببيان الظواهر في كثير من المواضع.

فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض، وإن كان الأول والفرض أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فإما أن يقز أولاً بمقدار الثمن ثم القبض أو بالعكس، فإن كان الأول كما لو قال: (بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أي بالألف (لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به) أي بالبيع بذلك المقدار تم بقوله: (قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع) المتعلق بإقراره من الثمن، لأنه إن تحقق ذلك يبقى أجنبياً من العقد، إذ لا ملك له ولا يد، وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم آنفاً أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري وليس له إسقاط حق الشفيع (فيرد عليه) قبضت وإن كان الثاني كما لو قال: (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتفت إلى قوله وبأخذها بما قال المشتري (لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار أجنبياً وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر قبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصير أجنبياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكا، والله أعلم.

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال: (وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفع، وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفع لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفع، لأن الثمن ما بقي) وكذا إذا حط بعد ما أخذها

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفع لأنه ثمن والتمن تابع، كذا في الشروح قوله: (وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول: كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به، لأن الشفع إنما يملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي يملكه المشتري، وعن هذا قلنا فيما إذا اشترى داراً بعرض يأخذها الشفع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط. وفي الكافي: الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هنا، ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال: ولنا أن الشفع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان: كامل وهو المثل صورة ومعنى، وقاصر وهو المثل معنى اه قوله: (وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة) قال صاحب العناية: هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة، ولا رضا في حق الشفع بالنسبة إلى الأجل، لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل. وقال: ولقاتل أن يقول: لما كان الرضا شرطاً وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعاً، وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك. والجواب أن ثبوته بدونه ضروري، ولا ضرورة في ثبوت الأجل، إلى هنا كلامه وقد اقتضى أثره الشارح العيني. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذلك بدليل آخر، بل إنما هو تنمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الأجل وإن لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحاً ولكن تحقق بينهما ضمناً من حيث أن الرضا بالأجل في حق المشتري رضا به في حق الشفع. ووجه الدفع ظاهر من قوله:

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفع لأن الثمن تابع (وإذا حط البائع عن المشتري) حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة، لأن في المراجعة ليس في التزام الزيادة حق إبطال حق مستحق، بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفيع بأقل منها، وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفع وإن حط الجميع لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض ملتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفع لأنه إنما يأخذها بالثمن والتمن ما بقي، وإن حط بعده رجع الشفع على المشتري بذلك القدر، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد لثلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بينه في البيوع في فصل قبيل الربا، وباقي كلامه ظاهر قوله: (ومن اشترى داراً بعرض) أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلاً (أخذها الشفع بقيمته) أي بقيمة العرض (لأنه من ذوات القيم، وإن اشترى بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنه من ذوات الأمثال) وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فیراعي بالقدر الممكن، فإن كان له مثل صورة ملكه بها، وإلا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة. وقوله: (بالقدر الممكن) يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالجزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة؛ ألا ترى أن الشفع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قوله: (قبل القبض سقط ذلك) أقول: أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفع قوله: (والتمن ما بقي، وإذا حط بعده رجع الشفع الخ) أقول: لفظة «ما» في قوله ما بقي موصولة، والضمير في قوله بعده راجع إلى القبض في قوله إذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل

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 لاستحقاقه 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 بالثمن الأول لما بينا كذا هذا. قال: (ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لأنه من ذوات القيم (وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثلها) لأنها من ذوات الأمثال، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فیراعي بالقدر الممكن كما في الإتلاف والعدي 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 بثمان مؤجل فللشفيع الخيار، إن شاء أخذها بثمان حال، وإن شاء صبر حتى ينقضي

ولتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج أصلاً إلى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلاً مستقلاً، وإيراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه، بل لا وجه للقول: بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خيراً، كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة، سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار إما بالتراضي أو بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلاً للتراضي، واعتبروا كل واحد منهما سبباً مستقلاً للملك قوله: (ثم إن أخذها بثمان حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمان مؤجل كما كان) قال صاحب العناية: قوله: وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمان مؤجل الخ يومه أن الشفيع يملك بيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك، بل هو بطريق تحوّل الصفقة كما هو المختار، لكن يتحوّل ما كان مقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه اهـ. واقتفى أثره الشارح أقول: هذا خبط فاحش منهما، مداره عدم الفرق بين ما إذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع. من يده وبين ما إذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فإن الاختلاف في أن الدار المشفوعة هل تنتقل إلى الشفيع بطريق تحوّل الصفقة أم بعقد جديد إنما هو فيما إذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري، وأما فيما إذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد أن قبضها فلم يقل أحد بأن انتقالها إلى الشفيع هناك بطريق تحوّل الصفقة ولا مجال له أصلاً وإنما هو بطريق عقد جديد بالإجماع ولقد نادى إليه قول المصنف في أواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده

بيتاً بعينه كان التسليم باطلاً وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالجزر والظن. ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبراً، بخلاف البيت فإن أخذه بثمان معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة. وقوله: (وإن باع عقاراً بعقار) ظهر وجهه مما تقدم (وإذا باع بثمان مؤجل) إلى أجل معلوم (فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمان حال، وإن شاء صبر عن الأخذ حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها) وإنما وصفنا الأجل بكونه معلوماً، لأنه لو كان مجهولاً كان البيع فاسداً ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها في الحال بثمان مؤجل) عندنا وقال زفر: (له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لأن الأجل وصف في الثمن كالزيادة والأخذ بالشفعة به) أي بالثمان (فيأخذها بأصله ووصفه كما في الزيوف. ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المتناع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما. وقوله: (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة. ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل بالضم. ولقائل أن يقول: لما كان الرضا شرطاً وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعاً، وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك. والجواب أن ثبوته

القبض قوله: (لئلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول: لأنه يصير هبة لأنه يبقى تملكاً بلا عوض ولا شفعة في الهبة قوله: (ألا يرى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول: فيه تأمل، فإن التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل قوله: (على أن يأخذ منها) أقول: أي بالشفعة قوله: (ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول: فيه بحث.

الأجل ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل) وقال زفر: له ذلك، وهو قول الشافعي في القديم، لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيف. ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، 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 وصفاً له لاتبه فيكون حقاً للبائع كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئاً بضمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا، ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجه فصار كما إذا باعه بضمن حال وقد اشتراه مؤجلاً، وإن اختار الانتظار لهذا، 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

حيث تكون العهدة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض. وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اهـ. فالصواب أن قول المصنف ما هنا ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري إشارة إلى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري. وقوله: لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ في حق الإضافة إلى المشتري، وتتحول الصفقة إلى الشفيع على ما هو المختار، فإن قوله: وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان إشارة إلى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها. وقوله: لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجه فصار كما إذا باعه بضمن حال، وقد اشتراه مؤجلاً إشارة إلى أن تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في

بدونه ضروري، ولا ضرورة في ثبوت الأجل. وقوله: (وليس الأجل وصفاً في الثمن) جواب عن قول زفر. ووجهه أن وصف الشيء باتبه لا محالة وهذا ليس كذلك (لأنه حق المشتري) والثمن حق البائع. وقوله: (وصار كما إذا اشترى شيئاً) ظاهر. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلى آخر ما ذكره في أواخر باب طلب الشفعة. وقوله: (وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل الخ) يوهم أن الشفيع يملكه ببيع جديد، وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم، وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار، لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والأجل يقتضي الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه. وقوله: (وإن اختار الانتظار) ظاهر. وقوله: (لقول أبي يوسف الآخر احتراز 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، لأن الطلب إنما هو للأخذ، وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لأنه إنما يريد الأخذ بعد حلول الأجل أو بضمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال، فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لإعراضه عن الأخذ. ووجه قولهما وقوله أولاً ما ذكره في الكتاب وفيه إغلاق، وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به، والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة، ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به، وأما الأخذ فإنه يترأخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الأجل. وقوله: (وهو متمكن من الأخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر، وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالاً. قال: (وإذا اشترى ذمي داراً بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر. وقوله وشفيعها ذمي احتراز

قوله: (وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول: الأظهر أنه جواب عما يقال الشرط وإن لم يثبت صريحاً فقد ثبت دلالة، لأن الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفيع قوله: (لتفاوت الناس في الملاءة) أقول: أي في الغنى قال المصنف: (وليس الأجل وصف الثمن الخ) أقول: سبق ما يتعلق بعدم وصفية الأجل في باب التحالف قوله: (لأن الطلب إنما هو الأخذ) أقول: وهو المقصود من الطلب قال المصنف: (وهو متمكن من الأخذ في الحال) أقول: وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال قوله: (وتقريره لا نسلم الخ) أقول: فيه

شفعته عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لقول أبي يوسف الآخر، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب، وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع. قال: (وإن اشترى ذمي بخمر أو خنزير داراً وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم،

الباب المزبور بقوله: بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض اهـ. فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقاً لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما أصلاً قوله: (وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية: قوله وهو متمكن من الأخذ في الحال جواب عن قول أبي يوسف الآخر. وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالاً انتهى. أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن المصنف لم يتعرض فيما قبل للدليل قول أبي يوسف الآخر كما ترى، فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جداً، بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره. وأما ثانياً فلأن منع كون المقصود به الأخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير مما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه. وأما ثالثاً فلأن قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالاً مما لا يكاد يصلح أن يكون جواباً عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسألة، لأن دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للأخذ، وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الأخذ بعد حلول الأجل أو الأخذ في الحال بشمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال، فسكوته لأنه لم ير فيه فائدة لا لإعراضه عن الأخذ انتهى. ولا يذهب على ذي مسكة أن منع عدم تمكنه من الأخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدي الثمن حالاً لا يجدي طائلاً في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه، فإن أداء الثمن حالاً ليس على الوجه الذي يطلبه، وليس بلازم له البيت، وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما إذا لم يختر الشفيع أخذها بشمن حال بل اختار الانتظار إلى حلول الأجل فكيف يكون تمكنه من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً جواباً عن ذلك، والحق أن يحمل قول المصنف: وهو متمكن من الأخذ في الحال الخ على تميم دليل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بأن يجعل دليلاً بحسب المعنى على ثبوت حق

عما إذا كان مرتداً فإنه لا شفعة له سواء قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب، ولا لورثته لأن الشفعة لا تورث (وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف: أما الخنزير فظاهر: يعني لكونه من ذوات القيم. واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمز على العاشر. وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الإمكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير، بخلاف ما إذا مز على العاشر، وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع إلى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين، فإن وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري، مثل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن، وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتفض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد، والإسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر، ولكن لا

بحث، إلا أن المراد الأخذ في الحال قوله: (وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة) أقول: وتقرير الجواب في شرح الكاكي هكذا بقيمة الخنزير كعين الخنزير معنى، ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة، فلما كان متضمناً إبطاله حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة، بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمناً إبطال حق الغير، وفي مسألتنا يتضمن إبطال حق الغير فلم يعمل بها، بخلاف ما إذا مز على العاشر اهـ. وفي شرح الكنز للزبيعي: إنما يحرم عليه تملكها إذا كانت القيمة بدلاً عن الخنزير، وأما إذا كانت بدلاً عن غيره فلا يحرم، وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير، وإنما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تملكها.

وحق الشفعة يعم المسلم والذمي، والخمر لهم كالخل 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 للبعث بالكل، فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لا أن يبطل، فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا.

الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من الميسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر: وجه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمان حال كان له ذلك، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر.

يبطل حق الشفيع في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحاً، ويقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر. قال:

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 قلعها) وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك، وبه قال الشافعي، إلا أن عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء. لأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً. وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع، 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

فصل

مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع إما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير، فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة قوله: (وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا: أي وهذا المدعى الذي قلنا وهو أن لا يكلف المشتري بقلع البناء انتهى. وبذلك المعنى فسر سائر الشراح أيضاً ولكن عبارات شتى. فقال صاحب العناية: أي ما قلنا إنه لا يكلف، وقال صاحب الكفاية: أي قول أبي يوسف: إنه لا يكلف المشتري قلع البناء. وقال صاحب معراج الدراية: أي القول بعدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس. وقال الشارح العيني: أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس. أقول: لقائل أن يقول: قد تلخص من جملة ذلك: أي المشار إليه بكلمة هذا في قوله: وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن

فصل

الأصل في المشفوع عدم التغير، والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض، فكان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار، إن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي اشتراه به المشتري وقيمة البناء أو الغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعها. وعن أبي يوسف (أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك) وهو أحد قولي الشافعي، وله قول آخر وهو له أن يقلع ويعطي قيمة البناء. ولأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه، والمحق في شيء لا يكلف قلعها لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان، واستوضح ذلك بالموهوب له، فإنه إذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع ويرجع في الأرض والمشتري شراء فاسداً إذا بنى، وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع لم يزرع اتفاقاً (وهذا) أي ما قلنا إنه لا يكلف (لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجه ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل تعلق به حق مؤكد للغير) بحث لا يقدر على إسقاطه جبراً (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالراهن إذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بياناً لكون حق الشفع متأكداً (لأنه) أي الشفع (يتقدم عليه) أي على المشتري، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كإجارته وجعله مسجداً أو مقبرة، فكذا تنقض تصرفاته غرساً وبناء. وقوله: (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض، وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه، 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 قوله: (ولأن حق

فصل وإذا بنى المشتري

قوله: (فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول: يعني ليس للشفيع أن يكلف الخ.

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، لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق،

يكون قوله: لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليلاً عليه، فنبغي أن يقول: ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة. والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان إنتها سلك هذا المسلك إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الإنية واللمية وإن كان أصل المدعى واحداً وكأنهما صاراً دليلين على شيئين مختلفين فلكن هذا على ذكر منك فإنه ينفك في مواردنا وقد كنت نبهت عليه من قبل أيضاً فلا تغفل قوله: (وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول: هنا كلام، وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله: وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بهما حاكم، لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذاك وما قال هنا تدافع، فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث ثبت الملك أولاً للمشتري ثم يثبت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي، وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق. والجواب أن المراد بما ذكره هنا تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق، وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك، والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه، إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالاً ثلاثة: الاستحقاق، والاستقرار، والتملك، وأن الأول يثبت باتصال الملك لشرط البيع، والثاني بالإشهاد، والثالث بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي، فلا تدافع بين الكلامين في المقامين، إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى قوله: (بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من الشراح: إن قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله: من غير تسليط من جهة من له الحق، فإن فيها تسليطاً من جهته. أقول: فيه بحث، لأن المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين: أحدهما قوله: لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق، وثانيهما قوله: ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف، فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلاً بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لأنه إن كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفاً كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعاً إلى الوجه الأول فلا معنى لجعله وجهاً آخر معطوفاً على الأول، وإن لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلاً للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق، فالحق عندي أن قوله: بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية، فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد، فحينئذ يكون التعليل بقوله: لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظراً إلى قوله: في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق، ويكون التعليل بقوله ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظراً إلى قوله: فيه لأن حقه أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معاً بلا غبار. وقال جمهور الشراح: إنما قيد بقوله: عند أبي حنيفة رحمه الله لأن عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري فيما اشتراه إنما هو على قول أبي حنيفة، وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى. أقول: لقائل أن يقول: إذ جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في

الاسترداد معطوف على قوله لأنه حصل قوله: (فيهما) أي في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف) ولهذا لا يبقى بعد البناء، وهذا الحق) أي حق الشفعة ويبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي. قيل فيه نظر، لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة، فلا استدلال به لا يصح. والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية، أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما. وقوله: (فلا معنى لإيجاب القيمة) راجع إلى أول الكلام: يعني إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع، لأن الشفيع بمنزلة المستحق، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم

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 وليس فيه كثير ضرر،

الشراء الفاسد أيضاً فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسألتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً، فإن جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينافي قياس المشتري في مسألتنا هذه على المشتري شراء فاسداً في أنه لا يكلف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا. فإن قلت: يجوز أن يكون مراده بقوله: والمشتري شراء فاسداً في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله: والمشتري شراء فاسداً: هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة. قلت: ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جداً لأن قياس المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحبه، بل ذكر بصدد إثبات مدعاه، فكيف يصلح أن يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد. ثم أقول: الأوجه في التوجيه أن يقال: إن لأبي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين: أحدهما أن للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع، وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله: أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الإيضاح حيث قال: وذكر في الإيضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله: الأول وقوله: آخراً مع أبي حنيفة اهـ. وكذا لأبي يوسف في مسألتنا هذه قولان: أحدهما ما ذكره المصنف بقوله: وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع الخ، وهذا ما رواه الحسن بن زياد. وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه، وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه، صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره. وذكر في غاية البيان: وإذا قد كان الأمر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله: والمشتري شراء فاسداً في الاستدلال على أحد قولي في هذه المسألة مبنياً على قوله: الآخر من قولي: في مسألة البناء بعد الشراء الفاسد، وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها، ويكون تقييد المصنف قوله: وبخلاف الشراء الفاسد بقوله: عند أبي حنيفة احترازاً عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيها وهو قوله الأول: كما عرفت فتدبر قوله: (ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان: هذا إيضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد، ولكن 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، وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد اهـ. أقول: نظره ساقط جداً، لأن هذا الإيضاح من متفرعات قوله: بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد، وقوله: ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسداً كما صرح به ذلك الناظر وغيره، وقياسه على المشتري شراء فاسداً

استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ها هنا. وقوله: (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما إذا زرع المشتري، ولم يجب عن قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري تضمن ذلك، لأن الترجيح بدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة في أصل الحق، ولا مساواة لأن حق الشفيع مقدم، وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصبغها بأشياء كثيرة، فإن الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ وبين أن يتركها. وأجيب بأنه أيضاً على الاختلاف، ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقص لا يتضرر به المشتري كثيراً لسلامة النقص له، بخلاف الصبغ. وقوله: (وإذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه

وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس ثم استحققت رجع بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس، لا على البائع إن أخذه منه، ولا على المشتري إن أخذه منه. وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلاً منزلة البائع والمشتري، والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من

إنما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بني المشتري شراءً فاسداً، فإن كان مراده بقياسه المذكور إثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنياً على قوله الآخر: في مسألة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي، وإن كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب إليه ذلك الناظر في شرح ذاك المقام، فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والإيضاح على مذهبه، فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه. وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال: قيل فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فلاستدلال به لا يصح. والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما أه كلامه. أقول: في كل من وجهي الجواب نظر. أما في الأول فلأن المصنف بصدد بيان وجه الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية. وأما في الثاني فلأن الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتاً به إنما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فإنه المذكور دليلاً على ذلك في موضعه دون غيره، وقد جعله المصنف ها هنا دليلاً أول فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثاني كلامنا فيه، تبصر نفهم قوله: (والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه، ولا تسليط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه) أقول: كان الأولى أن يقال: ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا من البائع ولا من المشتري. ليعم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذه منه، ولا على المشتري إن أخذه منه. وعن هذا قال في الكافي: ولا غرور في حق الشفيع لأنه تملك عن صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه. وقال في النهاية نقلاً عن المبسوط: ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لأنه تملك عن صاحب اليد جبراً من غير اختيار فلا يرجع أه. ورد صاحب الإصلاح والإيضاح التعليل بالأخذ جبراً حيث قال: إنما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد، لا لأنه أخذ جبراً لأنه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضي، بل لأنه ليس بمغرور، والمشتري إنما يرجع على البائع لأنه مغرور من جهته. أقول: ليس ذلك بشيء، لأن قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب، حتى أن ذلك الراذ نفسه أيضاً أخذ ذاك القيد في تعريفها

التخيير، وتقريره الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع، وإن شاء أخذه بالقيمة، فإن كلفه فذاك، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس فاستحققت الأرض رجع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشتري (لأنه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضاً لأنه متملك عن المشتري فنزلاً منزلة البائع والمشتري، ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه. قال: (وإذا انهدمت الدار الخ) كلامه ظاهر، والتأمل فيه يرشد إلى أن في قول من قال إنهم: يعني أئمتنا زعموا أن البناء إذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع، وإذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفاً لقلّة التأمل، فإن منشأ الفرق ليس فعل الماء، وإنما منشؤه أن البناء وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إذا فات من غير صنع أحد، وأما بعض الأرض فليس بوصف لبعض آخر

المشتري لأنه مجبور عليه. قال: (وإذا انتهت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار، إن شاء أخذها بجميع الثمن) لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصير مقصوداً ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل. قال: (وإن شاء ترك) لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله. قال: (وإن نقض المشتري البناء قبل للشفيع إن شئت فخذ العرصه بحصتها، وإن شئت فذع) لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابل به شيء من الثمن، بخلاف الأول لأن الهلاك بأفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لأنه صار مفصلاً فلم يبق تبعاً. 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 لأنه ليس بتبع؛ ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبهه 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 النخل ثمر فثمر 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 (وإن جده المشتري سقط عن الشفيع حصته) قال رضي الله عنه (وهذا جواب الفصل الأول) لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابل به شيء من الثمن (أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً فلا يقابل به شيء من الثمن، والله أعلم.

حيث قال في متنه: الشفعة تملك مبيع عقار جبراً بمثل ثمنه، وفسر في شرحه قيد جبراً بمعنى يعم صورة الأخذ بالتراضي أيضاً حيث قال: يعني لا يعتبر اختياره لا أنه يعتبر عدم اختياره، ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ها هنا، ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الأول وعدم اعتباره في الثاني، ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الأول واعتبار عدمه في الثاني تأمل تقف. بقى شيء في كلام صاحب الإصلاح والإيضاح وهو أنه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور، فلقاتل أن يقول: إن كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختاراً وخصم الشفيع مجبوراً كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير إلى ما نفاه، وإن كان سببهما غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع الأخذ برضا خصمه وبين المشتري من البائع. ويمكن الجواب بأن يقال: سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير إليه تقرير صاحب النهاية حيث قال: إن المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور، وذلك لأن البائع التزم للمشتري السلامة اهـ. والظاهر أن خصم الشفيع وإن رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا، والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

فلا بد من إسقاط حصه ما غرق من الثمن (وإن نقض المشتري البناء) فالشفيع إن شاء أخذ العرصه بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك لأن البناء صار مقصوداً بالإتلاف ويقابل به شيء من الثمن، وقد مر في البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض لأنه صار مفصلاً فلم يبق تبعاً) فبقي منقولاً ولا شفعة فيه. وقوله: (ومن ابتاع أرضاً ظاهر. وقوله: (وما كان مركباً فيه) يعني مثل الأبواب والسرر المركبة. وقوله: (على ما عرف في ولد المبيعة) يعني أن الجارية المبعة إذا ولدت ولداً قبل قبض المشتري يسري حكم البيع إلى الولد حتى يكون الولد ملك المشتري كالأم. وقوله: (في الفصلين) يريد به ما إذا كان في النخل ثمر وقت الشراء ثم جده المشتري، وما إذا لم يكن ثم ثمر ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لأن التبعية كانت وقد زالت. وقوله: (في الكتاب) يعني مختصر القدوري، والله أعلم.

قوله: (تسقط لقله التأمل) أقول: قوله تسقطاً اسم أن في قوله وبالتأمل فيه يرشدك إلى أن في قول من قال النخ.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال: (الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم) وقال الشافعي: لا شفعة فيما لا يقسم، لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة في كل شيء عقار أو ربع» إلى غير ذلك من العمومات، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك. والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا يتجب بعد ذكر نفس الوجوب محملاً، لأن التفصيل بعد الإجمال كذا في الشروح قوله: (الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح: العقار كل ما له أصل من دار أو ضيعة. أقول: تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسألة وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة في كل شيء عقار أو ربع»^(١) لأن الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ها هنا، وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار، والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر إدراج الدار في معنى العقار، اللهم إلا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ [البقرة ٢٣٨] لكن النكتة فيه غير واضحة، على أن عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط. ثم أقول: قال الإمام المطرزي في المغرب: والعقار الضيعة، وقيل كل مال له أصل من دار أو ضيعة اه فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره، وما ذكره جمهور الشراح ها هنا مطابق للتفسير الثاني منهما، فكأنهم اختاروه ها هنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما ثبتت في الضيعة ثبتت في الدار ونحوها أيضاً على ما صرحوا به. ثم اعلم أنه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء: والعقار بالفتح الأرض والضياع والنخل، ومنه قولهم ما له دار ولا عقار اه. وقال: في فصل الضاد من باب العين من الصحاح: والضيعة العقار والجمع ضياع اه. أقول: في كلامه اختلال لأنه فسر العقار أولاً بما يشمل الأقسام الثلاثة وهي الأرض والضياع والنخل، ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الأخص بالأعم كما ترى قوله:

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملاً، لأن التفصيل بعد الإجمال. قال: (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة: أي ثابتة في العقار، وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وإن كان مما لا يقسم) أي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى، وإنما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلاً بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لأنها غير متصلة، والمراد بالرحى بيت الرحى، والربع الدار، والحائط البستان، وأصله ما أحاط به، والحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر، واختار الجوهري الفتح وقال: إنما تسكن في ضرورة الشعر. وقوله: (إذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وليس لنفي الشفعة إذا كان له طريق في السفلى، بل إذا كان له ذلك

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

(١) حسن. أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده والطحاوي ٢٦٨،٢ في شرح الآثار كلاهما عن ابن عباس ولفظ إسحاق: «الشريك شفع، والشفعة في كل شيء».

وليس في الحديث «عقار أو ربع».

وذكر عبد الحق في أحكامه في جهة الطحاوي، وزاده في إسناده القرايطي. يعني يزيد بن عدي. قال ابن القطان: وهو وهم فيه مقلداً لابن حزم اه وفي إسناده الطحاوي يوسف بن عدي وثقه أبو حاتم، وأبو زرعة اه الزبلي نصب الراية ١٧٧،٤. قلت: إسناده إسحاق قوي، وليس فيه يزيد ابن عدي، ولا يوسف بن عدي لذا قال في الدراية ٢٠٣،٢: إسناده إسحاق رجاله ثقات اه لكن ليس فيه «عقار أو ربع» والحديث الآتي شاهد له.

ما مر، وأنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق. قال: (ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شفعة إلا في ريع أو حائط» وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن، ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به. وفي بعض نسخ المختصر. ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة. وهو صحيح مذكور في الأصل، لأنه لا قرار له فكان نقلياً، وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن إذا لم يكن طريق العلو فيه، لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار. قال: (والمسلم والذمي في الشفعة سواء) للعمومات ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعاقل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً. قال: (وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه

(ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام «لا شفعة إلا في ريع أو حائط»^(١) أقول: فيه شيء وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربيع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن، فيرد عليه أن مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ريع وحائط أيضاً كضيعة خالية مثلاً، وليس كذلك قطعاً فكيف يتم التمسك به؟ فإن قلت: يمكن أن يحصل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الإضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ريع وحائط بالإضافة للعروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة إلى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور. قلت: من أين تفهم أن إضافة ذلك القصر إلى العروض والسفن لا إلى العروض فقط دون السفن، ولا إلى ما يعم شيئاً مما سوى العروض والسفن. وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في إيجابها في السفن كما ذكره المصنف فتأمل قوله: (وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار، ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال، لأن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة، وهي إنما تمكن إذا كان العوض مائلاً، فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك لا بإنشاء سبب آخر ولذا لا تجب في الموهوب، لأنه لو أخذه بعوض فكان سبباً غير السبب الذي تملك به المتملك اهـ. أقول: لقاتل أن يقول: لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به

كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدماً على الجار (والمسلم والذمي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى: الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر. ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير) وقال: لا شفعة للصغير لأنه لا يتضرر بسوء المجاورة. قلنا: إن لم يتضرر في الحال يتضرر في المال (ويستوي الباغي والعاقل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً) فإن كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديوناً كان أو لا، وإن كان هو المولى، فإن كان عليه دين فله ذلك وإلا فلا، وهذا لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره. قال: (وإذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار ومن شرطها أن

(١) حسن. أخرجه البزار في مسنده كما في نصب الرأية ١٧٨، ٤ من حديث أبي الزبير عن جابر مرفوعاً. «لا شفعة إلا في ريع أو حائط، ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر صاحبه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك». قال البزار: لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر. وقال الحافظ في الدراية ٢٠٣، ٢: رجاله أثبات. قلت: فيه أبو الزبير مدلس، وقد عنعنه فحديثه حسن والله أعلم.

الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة 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، وهذه الأعيان ليست بأموال، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع. وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعيان متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض، بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً.

المتملك وهو الوصية بلا عوض. لا يقال: لا يتصور الهبة بدون رضا الوهاب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض. فلا يملك الشفعيع أخذه بلا عوض. لأننا نقول: مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك، وعن هذا قالوا: إن حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة، فلا تأثير لحديث عدم رضا المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب، فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره، وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لأنها ثبتت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها قوله: (وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعيان متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها) قال في العناية: وهي مهر المثل، وأجر المثل في التزويج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق اهـ. أقول: في قوله وقيمة الدار نظر، إذ الكلام في قيمة الأعيان التي جعلت بدلاً للدار في الصور المذكورة لا في قيمة نفس الدار، والعوض في صورة الصلح هو دم العمد، فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار. لا يقال: لما جعل دم العمد عوضاً من الدار صارت قيمته قيمة الدار. لأننا نقول: لو اقتضى هذا القدر أن

تتملك بما هو مال (لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم) على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة، وهي إنما تمكن إذا كان العوض مالا فإن الشرع قدم الشفعيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر، ولهذا لا يجب في الموهوب، لأنه لو أخذه أخذته بعوض وكان سبباً غير السبب الذي يملك به التملك وعلى هذا (لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبد أو حانوت ويصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبداً، لأن الشفعيع لا يقدر على تملك هذه الأشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به، وكان تفريع هذه المسائل على الأصل المذكور وهو قوله لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافياً، ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لأن الشفعة عندنا إنما تجب الخ استظهاراً، وعند الشافعي تجب فيها الشفعة، لأن هذه الأعيان متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق (إن تعذر الأخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها أصلاً) وقوله: أي قول الشافعي رحمه الله (يتأني فيما إذا جعل شقصاً من دار مهرأ أو ما يضاهيه) أي ما يشابه المهر كبذل الخلع والأجر (لأنه لا شفعة عنده إلا فيه) حيث لا يرى الشفعة لا في الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الأعيان متقومة، وتقريره أن تقوم هذه الأعيان إما أن يكون مطلقاً أو ضرورياً، والأول ممنوع والثاني مسلم، ولكن لا يظهر في حق الشفعة قوله: (وكذا الدم والعق غير متقوم) وإنما أفردهما لأن تقومتهما أبعد لأنهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوم، واستدل على ذلك بقوله: (لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لأن القيمة إنما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الأوصاف كالجوهرية

قوله: (واجبة، وهي إنما تمكن إذا كان العوض مالا) أقول: قوله واجبة خير أن في قوله لأن مراعاة شرط الشرع الخ قوله: (كافياً) أقول: خير كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ قوله: (وقيمة الدار والعبد) أقول: كان الكلام في قيمة الأعيان لا في قيمة الدار والعبد فتأمل قوله: (وإنما أفردهما) أقول: فيه شيء لا يخفى جوابه قال المصنف: (ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول: تأمل في التناظر بين الدليلين.

وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهرأ أو ما يضاهيه لأنه لا شفعة عنده إلا فيه ونحن نقول: إن تقوّم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة، وكذا الدم والعنق 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 مهرأ لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبيع، بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال، ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقالوا: تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه، وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه، ولا شفعة في الأصل فكذا في التبّع، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى أن

تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الأعضاض المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضاً من الدار ولم يقل به أحد، بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضاً، ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لإجمال ما قلنا قال: كأن الكلام في قيمة الأعضاض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل اهـ. أقول: لم يصب في زيادته العبد والحاقه بالدار في المؤاخذه، فإن العبد مأخوذ في جانب الأعضاض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب، فكون الكلام في قيمة الأعضاض لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الإعتاق. نعم العوض إعتاق العبد لا نفس العبد، لكن من يجعل الإعتاق متقوماً لا بد له من المصير إلى قيمة العبد في تقويمه، والكلام هنا على أصله، وأما التحقيق من قبلنا فسيجيء من بعد قوله: (وكذا الدم والعنق غير متقوم) قال في العناية: إنما أفردهما لأن تقومهما أبعد لأنهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوّم اهـ. أقول: فيه بحث، لأن تمامه يتوقف على كون سائر الأعضاض المذكورة مالاً وإن لم تكن متقومة، وليس الأمر كذلك فإنها أيضاً ليست بأموال عندنا، وقد أفصح عنه قول المصنف: فيما قبل وهذه الأعضاض ليست بأموال، وقوله: في باب المهر من كتاب النكاح أن المنافع ليست بأموال على أصلنا. والحق عندي في تعليل أن تقومهما أبعد أن يقال: لأنهما ليسا بمتقومين أصلاً: أي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري كما مر آنفاً قوله: (وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية: هذه الحوالة في حق الإشكال غير راتجة، بل فيه جواب الإشكال لا الإشكال وهو قوله: ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ. وقيل: إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال راتجة كانت في حق إشكال كذلك، لأن الجواب يتضمن السؤال، وقيل: لم يقل في بيع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه في كفاية المنتهى، كذا في العناية أخذاً من معراج الدراية. أقول: لا يذهب عليك أن قوله: فلا نعيده يأبى عن أن يكون مراده بقوله: أوضحناه في البيوع إيضاحه في بيع كفاية المنتهى، لأن ذكر شيء في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا يعدّ إعادة، وإلا لزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الإعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى قوله: (ومن ابتاع داراً شراء فاسداً) قال صاحب العناية: وفي قوله: ومن ابتاع داراً لشراء فاسداً تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداءً، لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحاً فحق الشفعة باق على حاله اهـ.

والجسمية، ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لأن العنق إسقاط، وإزالة الدم ليس إلا حق الاستيفاء وليس من جنس ما يتموّل به ويدخر. وقوله: (وعلى هذا) لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونه مقابلاً بالبيع، بخلاف ما إذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فإن فيه الشفعة لأنه مبادلة المال بالمال. واعتراض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد. وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوماً عندهما وبأنه جهالة في الساقط لا تفضي إلى المنازعة والمفسدة ما أفضت إليها (ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار) أي في شيء منها وقالوا: (تجب في حصة الألف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لأنه مبادلة مالية في حقه) أي في حق ما يخص الألف، وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلاً يفسد كما

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 عنها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه، كما إذا أنكر صريحاً، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي، وإنما استفادة 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 هبة ما ذكرنا، إلا أن تكون بعوض مشروط) لأنه يبيع 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 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 عند

وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اهـ. أقول: هذا الكلام منه عجيب، لأن حدوث الفساد كما يوجد فيما إذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضاً فيما إذا وقع بعد

لو قال بعث منك هذه الدار بألف على أن تزوجيني نفسك. وقوله: (ولأن الشفعة) دليل آخر، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تقضي إلى المبادلة المالية، وأما أن تكون هي المقصودة فممنوع. وجهه أن كونها مقصودة لا بد منه؛ ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس المال ألفاً فاتجرو ربح ألفاً ثم اشترى بالآلفين داراً في جوار رب المال ثم باعها بالآلفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لأن الربح تبع لرأس المال، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لأن البيع كان لرب المال لأن المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو البيع. قال: (أو يصالح عليها بإنكار الخ) عطف القدوري قوله أو يصالح عليها بإنكار على قوله أو يعتق عليها عبداً من الصور التي لا يجب فيها الشفعة، وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر. وقوله: (إذا لم يكن من جنسه) أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه، وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذاً حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة. قوله: (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً (إلا أن يكون بعوض مشروط) في العقد، ولا بد من القبض، فإنه إذا وهب داراً لرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء، وقد قررناه في كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض إن كان العوض داراً (لأن كل واحدة منهما مطلقة عن العوض، إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع، وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد، فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك، وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ إنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب قوله: (وإن اشترى بشرط الخ) ظاهر. وقوله: (على ما مر) إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال: والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ قوله: (وإذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بمعجز المشتري عن الرد، ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما) أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعه لأنه قرّر ملكه، وإقرار البائع على إقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع، لأنه لو لم يجعل نقضاً لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه إشكال)

ذلك (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تبتنى عليه على ما مر، وإذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد، ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط، 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 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 فكيف بدلالته، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت

انعقاده صحيحاً، بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لأن الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد. وأما في الصورة الأولى فهو حاصل في الابتداء والانتفاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية، فمجرد الإتيان بالجملة الفعلية إن لم يكن ملوحاً إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوحاً إلى الأولى. والصواب أن وجه التلويح إلى ذلك هو أنه جعل قوله: شراء فاسداً قيداً للاتباع الذي هو أصل العقد، فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لا ستره به قوله: (وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد) واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع لثلا يلزم تقرير الفساد وإن ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع

وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار، والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضاً. وقوله: (أوضحناه في البيوع) قال في النهاية: هذه الحوالة في حق الإشكال غير رائجة، بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ، وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال. وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهى، ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لا لأجل خيار المشتري قوله: (وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع قوله: (بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر. وقوله: (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية. قال: (ومن ابتاع داراً شراء فاسداً) أول كلامه ظاهر. وفي قوله ومن ابتاع داراً شراء فاسداً تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداءً، لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحاً فحق الشفعة باق على حاله، ألا ترى أن النصراني إذا اشترى من نصراني داراً بخمر ولم يتقاضى حتى أسلم أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لأن فساده بعد وقوعه صحيحاً قوله: (وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعني الأخذ بالشفعة. واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتهري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليصل إلى حقه، ولا يلزم تقرير الفساد. وأجيب بأن فساد البيع إنما ثبت لمعنى راجع إلى العوض، إما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل الخمر ثمناً، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد، وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد. وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار. وقوله: (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما يقال: احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة. وتقرير الجواب أن مشتري ذلك صار أحص بالبيع تصرفاً حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة، وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنبها، وفي الفساد المشتري ممنوع عن التصرف فيه. والحاصل أن الفسخ وإن كان محتملاً فيهما لكن في الخيار للمشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال بإسقاطه، وفي الفساد لا يملك لأنه ممنوع عن

قوله: (تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ) أقول: حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار.

قوله: (أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول: حتى أسلم أو أسلم أحدهما قوله: (يعني الأخذ بالشفعة) أقول: الأظهر يعني إثبات حق الشفعة قوله: (فلو أسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول: فيه بحث، إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض، بل يكفي إسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر قوله: (وما يلزم) أقول: وهو الفساد ها هنا قوله: (من فرض عدمه وجوده) أقول: فيه

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، 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

فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله: ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع. وأجيب عنه بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض، إما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمناً، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضاً فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك. وأما الخيار فإنا يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين، إذ هو للتأمل والتروي، فإسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد، فإن البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار، هذا زبدة ما في الشروح. وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن حيث قال: فيه بحث، إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض، بل يكفي إسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، لأن شيئاً من إسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون إسقاط نفس العوض مما لا يتصور. أما الأول فلأن إسقاط الشرط المفسد الراجع إلى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي إسقاط

التصرف. واعترض بأننا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف، بل له أن يبيع بيعاً صحيحاً ولا يبقى لبائعه حق النقص، وفيه تقرير الفساد أيضاً. وأجيب بأننا لا نسلم أن له ذلك بل هو منهي عنه، وقد يترتب على المحذور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول، وتقرير الفساد المأمور بنقصه من الشرع ممنوع، وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحذور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع. وأرى أن قوله وحق الفسخ. ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقريره له كان كافياً، وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد، فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتاً بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد، ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك يملك غير محذور أو على من صار أحق بالبيع تصرفاً، والمشتري بالخيار إن لم يكن مالكاً فهو أحق بالتصرف، والمشتري شراء فاسداً ليس منهما، فإن سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وباليبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه، وإن سلمها إلى المشتري فهو) أي المشتري (شفيعها، لأن الملك له) لا يقال: في ذلك تقرير الفساد 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 ثم لانتقل 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 يثبت به حق الشفعة، وهو المشتري شراء فاسداً، فإن بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد. أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة، كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الأخذ في تلك المسألة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد، ولا تقريرها هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم إن سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما إذا باع بخلاف ما إذا أسلم بعهده) لأن بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط (وإن استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها، ولا تثبت الشفعة للبائع لأنه لم

بحث قوله: (واعترض بأننا لا نسلم أنه الخ) أقول: لفظ الأخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض، فإنه لا يبقى تصرف للبائع فيما إذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل، فإن قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال قوله: (وأجيب بأننا لا نسلم أن ذلك) أقول: ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة، وقوله لا نسلم تسامح قوله: (ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة الخ) أقول: واستظهره أيضاً، وقد سبق مثله في هذا الباب، ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمناً. قوله: (وفيه نظر سيعلم) أقول: بعد أسطر.

حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع، وإن بيعت دار بعينها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه، وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له) ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفעתه 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 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

نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه. وأما إمكان عدم إسقاط ما يصلح لأن يكون عوضاً في مطلق البيع فغير مفيد، لأن الشفيع إنما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذي أخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن. وأما الثاني فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن، لأن مثل الخمر ليس بمال متقوم عند أهل الإسلام، فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له. وأما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالاً متقوماً عندهم، لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع، والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى للإيراد المذكور أصلاً قوله: (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 صاحب العناية: ولأنها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جاراً بعد الإفراز وهو متعذر اهـ. أقول: فيه نظر. أما أولاً فلأن كون المقاسم جاراً بعد الإفراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لأن سبب استحقاق الشفعة إن لم يكن مقدماً على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الإفراز الذي يزول به ملك كل واحد من المقسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر. وأما ثانياً فلأنه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لأجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذي يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب. وقال صاحب غاية البيان: ولأنه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لأنه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اهـ. أقول: فيه نظر أيضاً. أما أولاً فلأن المقاسم إنما كان شريكاً قبل الاقتسام، وأما بعده فقد صار جاراً فلا يلزم تقدم الجار على الشريك. وأما ثانياً فلأن تقدم الجار على الشريك إنما يتصور ويطلب لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة، وأما إذا لم يثبت له حقه لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلاً عن بطلان ذلك، ألا ترى أنه إذا اشترى داراً فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في أوائل كتاب الشفعة، ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه قوله: (ومراده الرد بالعيب بعد القبض) قال جماعة من الشراح: أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاضي الرد بالعيب بعد القبض، ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال: قال الشارحون قوله ومراده: أي مراد القدوري في قوله: أو بعيب بقضاء قاضي الرد

يكن في وقت بيع المشفوع جاراً (وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط. قال: (وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضي والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة) ولأنها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جاراً بعد الإفراز وهو متعذر (وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه) ولا فرق في هذا: يعني فيما إذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه. وأما إذا ردها بعيب قضاء فإما أن يكون قبل القبض أو بعده، فإن كان الأول فلا شفعة لأنه فسخ من الأصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضي، وإن كان الثاني وهو مراد القدوري ففيها الشفعة على ما ذكره في الكتاب. قال الشارحون: قوله ومراده: أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض، وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه، وإنما

شفعة لجارهم بالقسمة) لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة. قال: (وإذا اشترى داراً فسلم الشفع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب 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 (وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقابلاً البيع للشفيع 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، ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لأنهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا، وهذا المعنى موجود في القسمة، والله سبحانه أعلم.

بالعيب بعد القبض، وفيه نظر لأنه يناقض قوله: ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه اهـ. وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية: وفيه كلام، وهو أنه يمكن أن يقال: مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغواً في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اهـ كلامه. يعني يمكن أن يقال: من جانب هؤلاء الشارحين إن مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري: أو بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة لكلام القدوري عن اللغو، فإن الرد قبل القبض لما كان فسخاً من الأصل لم يثبت به له حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، فلو لم يكن المراد بقوله أو بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغواً في صورة عدم القبض، وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما إذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق. أقول: الحق أن مراد صاحب الهداية ما ذهب إليه صاحب العناية، وأن ما ذكره ذلك البعض ساقط. أما الأول فلأنه لو كان مراده ما ذهب إليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري: وإن ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله: ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض، وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة بأساليب كلام الثقات سيما المصنف. وأما الثاني فلأن عدم ظهوره فائدة التقييد بالقضاء بالنظر إلى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغواً على تقدير كون قول القدوري أو بعيب بقضاء قاض عاماً شاملاً لصورتَي القبض وعدمه، لأن ظهور فائدة التقييد بالنظر إلى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصوناً عن اللغو وغير مخلّ بعمومه فرداً آخر أيضاً، إذا لم يكن القيد منافياً لعموم ذلك الفرد الآخر، وما هنا كذلك فإن القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضاً، غاية الأمر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة إنما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف.

ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما، وأما رواية الكسر فمعناها. ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الأصل، وأما رواية الفتح فقد أثبتتها الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير، ومعناها: لا شفعة ولا خيار رؤية في قسمة، لأنه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة، وفيه نظر سيعلم. وأنكر فخر الإسلام كالصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والإمام قاضيهان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما إذا كانت التركة ميكلاً أو موزوناً من جنس واحد لأن الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لأن نصيبه في القسمة الثانية إما أن يكون غير ما وقع في الأولى أو مثله، ولا فائدة فيه، فأما إذا كانت عقاراً أو غيره فإنهم إذا اقتصموا ثانياً ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيداً، والله أعلم.

باب ما يبطل به الشفعة

قال: (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفעתه) لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة قوله: (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفעתه لإعراضه عن الطلب) فإن قيل: جعل ترك الإشهاد ها هنا مبطلاً للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الإشهاد ليس بلازم، وإنما هو لنفي التجاحد، وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها أن الإشهاد ليس بشرط، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط، حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من إثباته لا لأنه شرط لازم. ولما لم يكن الإشهاد شرطاً لازماً لم يكن تركه مبطلاً للشفعة فما وجه التوفيق بينهما؟ قلنا: يحتمل أن يريد بهذا الإشهاد نفس طلب الموائبة، ولكن لما كان طلب الموائبة لا ينفك عن الإشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب إشهاداً، والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ها هنا، كذا في النهاية ومعراج الدراية. واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الإشهاد المذكور ها هنا بطلب الموائبة حيث قالوا: وإذا ترك الشفيع الإشهاد: أي طلب الموائبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية. وفسره صاحب العناية أيضاً بما فسراه به ولكن قال بعده: وإنما فسرنا بذلك لثلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط، فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله. ويعضده قول المصنف من قبل: والمراد بقوله: في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة بطلب الموائبة، وقوله: ها هنا لإعراضه عن الطلب إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل، لأن جعل قول المصنف هنا لإعراضه عن الطلب عاضداً: أي معيناً لكون المراد بالإشهاد المذكور في الكتاب ها هنا نفس طلب الموائبة صحيح، إذ لو كان الإشهاد ها هنا على معناه الظاهري لقال: في تعليل بطلان الشفعة

باب ما يبطل به الشفعة

تاخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج إلى بيان وجه. اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجود الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط إليه هذا الحق أو لم يعلم، لأن تسليم الشفعة إسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط، والمسقط إليه كالطلاق والعناق قوله: (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم) يعني طلب الموائبة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفעתه، وإنما فسرنا بذلك لثلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط، فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله، ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة: أي طلب الموائبة، وقوله ها هنا لإعراضه عن الطلب، وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالإعراض يتحقق عند القدرة، حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب الموائبة فهو على شفעתه، وكذا إن طلب الموائبة وترك طلب التقرير والإشهاد على ما أوضحه فيما تقدم (وإن صالح من شفעתه على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض) أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه. وأما ردّ العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط: يعني الشرط الملائم وهو أن يعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري

باب ما يبطل به الشفعة

قال المصنف: (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع الخ) أقول: قوله حين علم إشارة إلى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار إليه في باب طلب الشفعة فتذكر قوله: (يعني طلب الموائبة) أقول: يعني ترك نفس طلب الموائبة مطلقاً أشهد أولاً.

المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم. قال: (وإن صالح من شفעתه على عوض بطلت شفעתه رد العوض) لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق

بتركه لإعراضه عن الإشهاد دون أن يقال لإعراضه عن الطلب، وهو الذي أشار إليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما: والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائية مثل ما ذكره من التعليل ها هنا اهـ. وأما جعل قول المصنف: من قبل والمراد بقوله: في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائية عاضداً أيضاً لذلك فليس بصحيح، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن مراد المصنف هناك بقوله: المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائية لا طلب التقرير، وليس مراده أن المراد بقوله: في الكتاب أشهد على طلب الموائية، إذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد، والمفسر ها هنا يطلب الموائية نفس الإشهاد فأين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضداً للآخر قوله: (وإن صالح من شفעתه على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض، لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وإن صالح من شفעתه على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض. أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه. وأما ردّ العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط: يعني الشرط الملائم، وهو أن يعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال، مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار إن أجرتنيها أو أعرتنيها، فبالفساد وهو ما ذكر فيه المال أولى اهـ كلامه. أقول: هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح، لأنه وزع تعليل المصنف بقوله: لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ إلى قوله: بطلت الشفعة وإلى قوله: وردّ العوض، فجعل قوله: لأن حق الشفعة إلى قوله: فلا يصح الاعتياض

سلمتك شفعة هذه الدار إن أجرتنيها أو أعرتنيها (فبالفساد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره أن ما كان فيه توقع 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 عن لازم الأخذ، وإذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الإسقاط بطل الشرط وصح الإسقاط. لا يقال: لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به. لأننا نقول: ثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال. وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة، لأن ذلك على وجهين: أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض. والثاني أن يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن؛ والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الإعراض. قوله: (وكذا لو باع

قوله: (فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول: على هذا التقرير لا يوجد شرط إنتاج الشكل الأول إلا أن تجعل الصغرى موجبة سالبة المحمول، والأحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر، وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني قوله: (وأما رد العوض فلأن حق الشفعة الخ) أقول: والحق عندي أن قوله لأن حق الشفعة دليل على رد العوض. وقوله ولا يتعلق إسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره الشارح، وعليك بالتأمل وكن الحاكم الفصيل. ثم قوله إسقاط مبتداً، وقوله لا يتعلق الخ خبره قوله: (وهو أن تعلق إسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول: لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملائم على ما ذكره من التفسير وغير ملائم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتأمل قال المصنف: (فبالفساد أولى) أقول: وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال. فإن قلت: متى ثبت فساده. قلت: في الدليل الأول فليتأمل قوله: (ونحوها فهو ملائم) أقول: كالمزاعة والمعاملة قوله: (لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول: إذا كان المراد بالفساد عدم الملاءمة لا يتوجه السؤال قوله: (لأننا نقول: ثبت بالدليل الأول) أقول: دلالة الدليل الأول على فساد كلا الشرطين لا الثاني فقط تأمل قوله: (إذا كان على بعض الدار صح) أقول: لأن بعض الشيء لا يكون عوضاً عنه.

إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط. وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا، بخلاف

عنه دليلاً على قوله: بطلت الشفعة، وجعل قوله: ولا يتعلق إسقاطه الخ دليلاً على قوله: وردّ العوض بطريق اللف والنشر المرتب. ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل أن حق التوزيع على عكس ذلك، وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعاً معنى المقام يرشد إليه جداً التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع: أعني قوله: فلا يصح الاعتياض عنه في الأول وقوله: فيبطل الشرط ويصح الإسقاط في الثاني تبصر. واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف: ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى حيث قال: ولنا فيه نظر، لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط، ألا يرى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير: لو قال الشفيع: سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره، أو قال للبائع: سلمتها لك إن كنت بعثتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط، وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعناق ولهذا لا يرتد بالرد، وما كان إسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك إلا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اهـ. قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية: قلت: استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه: فإن قيل: إذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضاً، لأنه إنما أبطل حقه بشرط سلامة العوض، فإذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما في الكفالة 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 والقاتل 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، وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ، ويحتاج إلى الفرق، والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فإن الثمن سلم له، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بإزاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة اهـ. ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور إلى هنا لفظ شرح العيني. أقول: لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المزبور، بل لا مساس له بذلك لأن ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسألة، والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله: ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما بمعزل عن الآخر، كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولاً وجواباً في هذا الموضع. قال: فإن قيل: إذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعته أيضاً إلى آخر كلامه، ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى، ولم يجب عنه فيبينهما بون لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: وقوله: على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين: أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن، وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض، والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة

شفعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان إعراضاً. فإن قيل: حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعناق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح. أجاب بقوله بخلاف القصاص لأنه حق متقرر، والفصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر، واعتبر

القصاص لأنه حق متقرر، وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل. ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت 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. قال: (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعي: تورث عنه. قال رضي الله عنه: معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعد قاء القاضي قبل نقد

لفقد الإعراض اه. أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأننا لا نسلم أن في قوله: على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة، إذ لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك إلا بطريق مفهوم المخالفة، ولا شك أن مفهوم قوله: على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض، وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلاً، إذ لا يصلح شيء منهما لأن يكون عوضاً فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض، وأن مفهوم قوله: في جواب المسألة بطلت الشفعة وردّ العوض يعم أيضاً ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضاً، فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين الذين ذكرهما. نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله: على ما صرح به في المبسوط وعامة المعبرات، لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب إليه كما ادعاها صاحب العتاية. وأما ثانياً فلأن تعليل جواز الصلح في الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الإعراض مما لا يكاد يتم، لأن فقد الإعراض متحقق في الوجه الثاني منهما كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصّة المشروطة في الصلح على ما نص عليه، فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الأول أن يقال: لكون الحصّة معلومة تدبر قوله: (وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أشار به إلى قوله: لأن حق

ذلك في الشفعة والقصاص، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص، وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقاً متقراً، فأما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقاً متقراً، وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل، ونظيره إذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار، ولا يثبت العوض لأنه مالك لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة، والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص. وقيل وعليه الفتوى: ووجه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت، وتتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال، وأما حق الشفعة فليس كذلك لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به. وقيل هذه الرواية: أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضاً حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال

قال المصنف: (وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول: يعني آتفاً وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعي ها هنا، إذ لا إسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى قوله: (فكان حقاً متقراً) أقول: يعني كان القصاص حقاً متقراً قوله: (فأما في الشفعة فإن المشتري الخ) أقول: فيه بحث، إذ حق الشفعة إنما يثبت للشفيع لا للمشتري، وذلك تغيير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبراً بمثل ثمنه، وبعبارة أخرى إن الدار كانت مباحة التملك جبراً بمثل ثمنه، وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتأمل فيه فجوابه غير خفي قوله: (ووجه أن حق الكفيل في الطلب الخ) أقول: ولعل الإضافة لأدنى ملاسة، والمعنى حق الطالب على الكفيل قوله: (ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول: أي بسكوت الطالب قال المصنف: (ولأنه بالموت يزول ملكه) أقول: عطف على المعنى كأنه قال لما مر في

الثلث وقبضه فالباع 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 شرطاً فلا يستوجب الشفعة بدونه (وإن مات المشتري لم تبطل) لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه، ولا يباع في دين المشتري ووصيته، ولو باعه القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها بوصية للشفيع 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 ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة كما إذا سلم صريحاً أو إبراء عن الدين وهو لا يعلم به، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال فبقي الاتصال. قال: (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له، ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة) والأصل أن من باع أو بيع لا شفعة له، ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة، لأن الأول يأخذ المشفوعة يسعى 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، لأن البيع تم بإمضائه، بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال: (وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف

الشفعة ليس بحق متقرر في المحل، بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتراض عنه، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا، إذ لا إسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اهـ. أقول: نعم لا إسقاط في البيع الحقيقي، وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله: لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر، إلى قوله: فلا يصح الاعتراض عنه، فإنه إذا لم يصح الاعتراض عنه لم يكن بيعاً حقيقياً لأنه من المعاوضات المالية ولم يكن أيضاً شيئاً من المعاوضات أصلاً فلا جرم كان إسقاطاً فتم به المطلوب هنا، وعن هذا قال في المبسوط: لو باع شفعته بمال كان تسليمياً، لأن البيع تملك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التملك فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازاً كييع الزوج زوجته من نفسها اهـ قوله: (وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحظه أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسلمه

(وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط. قال: (وإذا مات الشفيع بطلت شفيعته الخ) إذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلبين ثم مات قبل الأخذ، فإما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشتري إليه أو بعد ذلك، فإن كان الأول بطلت شفيعته وليس لورثته أن يأخذوها، وإن كان الثاني فلهم ذلك. وقال الشافعي: الأول كالثاني بناء على أصله أن الحقوق تنتقل إلى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها أو لم تكن، لأن الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته. وقلنا: الشفعة بالملك وقد زال بالموت، والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع ويقاؤه إلى وقت القضاء، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع تسقط، وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يملك والخيار بين الأخذ والترك، وإن مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته) أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع، لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدماً

البيوع ولأنه قوله: (لأن العلم بالمسقط الخ) أقول: لعل المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطاً قوله: (وإن كان الثاني الخ) أقول: معطوف إلى ما تقدم بثمانية أسطر تخميناً وهو قوله فإن كان الأول بطل شفيعته لزوال السبب قوله: (وهو الشفيع) أقول: وهو راجع إلى قوله رجلاً قال المصنف: (ووكيل المشتري إلى قوله: لا شفعة له) أقول: قال في غاية الوفاة: من باع عقاراً وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال إذا باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له، ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالوكيل بالشراء له فله الشفعة الخ اهـ كلامه، معناه الموكل بالشراء إذا كان شفيعاً للدار المشفوعة، وإن كان الآخر الأدنى منه سقوط به، وإن ساواه تنافساً قوله: (وتكلف لذلك كثيراً الخ) أقول: هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية، فإنه لا كلام في إيهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره، فالأولى هو الإطلاق.

درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسلمه باطل وله الشفعة) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول 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 بيعت بعرض قيمته ألفاً أو أكثر، لأن الواجب فيه القيمة وهي

باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية: 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 والإيضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط: وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أن كان مكيلاً أو موزوناً فهو على شفعته ولم يتعرض أن قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته التي اشتراها به أو أكثر، وكذلك تعليله دال عليه، وكذلك ما ذكره في الإيضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه، وهكذا أيضاً استدل في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال: فلو أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلاً أو موزوناً فهو على الشفعة، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال: فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال إلى هنا لفظ النهاية، وقال صاحب العناية: قال في النهاية: تقييده بقوله: قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلاً أيضاً وتكلف لذلك كثيراً وهو يعلم بالأولية، فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح إذا ظهر أقل أولى اهـ.

على حق من يثبت حقه من جهته أيضاً وهو الغريم والموصى له، فإن باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أن يقضيه كما لو باعها المشتري في حياته. لا يقال: بيع القاضي حكم منه فكيف يتقضى بأنه قضاء منه بخلاف الإجماع للإجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذاً، وإذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها، فإما أن يكون باتاً أو بالخيار له، فإن كان الأول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أي ولأن زوال السبب مبطل (يزول به) أي بالبيع، وإن لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط، كما إذا سلم صريحاً أو إبراء عن الدين ولا يعلم أن له ديناً وطولب بالفرق بينها، وبين ما إذا ساءم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه، فإن علم بالشراء سقطت وإلا فلا. وأجيب بأن المساومة والإجارة لم يوضعا للتسليم، وإنما تسقط بها لدلالته على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق، بخلاف التسليم الصريح والإبراء، ورد بأن يبيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يظهر وإن لم يعلم. وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة، وإن كان الثاني لم تبطل شفعته لأن الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال. قال: (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الأصل وهو أن من باع عقاراً هو شفيعه كالوكيل بالبيع أو يبيع له كرتب المال إذا باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له، ومن اشترى لوكيل المشتري أو اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب، وهو أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع، والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة إنما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك) أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلاً عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له، لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه فكان الأخذ بالشفعة سعياً في نقض ما تم من جهته (وكذا إذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بحنطة أو شعير قيمته ألف أو أكثر فتسلمه باطل وهو على شفعته. أما في الأول فلأنه إنما سلم استكثاراً بالثمن المذكور، فإذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه. قال في النهاية: كأنه قال: سلمت إن كان الثمن ألفاً أراد أنه تسليم مشروط بشرط فيتنفي بانتفاء شرطه، وفيه نظر سيأتي، بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف،

قوله: (وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول: وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط، فما سبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجواز مطلقاً، بخلاف ما ذكرها هنا فإنه إذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض، إذ لا قدرة له لأخذه، وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل.

دراهم أو دنانير، وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر. وقال زفر: له الشفعة لاختلاف الجنس. ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية. قال: (وإذا قيل له إن 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

أقول: ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية: من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله: قيمتها أو أكثر غير مفيد، فإنه لما كان جواب المسألة غير مختلف فيما إذا كان قيمتها ألفاً أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفاً، أو أكثر غير مفيد قطعاً، فإن لم يكن مخلاً بناء على إيهامه في باديء الرأي تقييد الحكم أيضاً فلا أقل من كونه مستدركاً، وإن عذ السلوك مسلك الدلالة بالأولوية مع كونه أمراً مبهماً في هذا المقام كفى أن يقال: قيمتها أكثر فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح فيما إذا ظهر أقل منه أو مساوياً له أولى فلا مخلص من استدراك أحد القيدتين قوله: (وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني لتفاوت الناس في الجوار، فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذاك كذا في الكافي. قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير: لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط، وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده اهـ. وقال صاحب العناية هـ هنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع: وهذا كما ترى يناقض قول المصنف: فيما تقدم ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى اهـ. ولا يخفى أن كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الإتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه، وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك، وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال: وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط، فما سبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقاً، بخلاف ما ذكر هنا فإنه إذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض، إذ لا قدرة له على أخذه، وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اهـ كلامه. أقول: هذا ليس بسديد، لأن حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الإعراض، وحمل الشرط المذكور في كلام الإمام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الإعراض. ولا يخفى على الفطن أن شيئاً من كلاميهما لا يساعد ذلك أصلاً، أما كلام المصنف فلأنه قال: ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى، ولا شك أن أولوية عدم تعلق إسقاطه

فإن مستكثر الألف أكثر استكثاراً للأكثر فكان التسليم صحيحاً. وأما في الثاني فلأنه ربما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به، إذ الجنس مختلف. قال في النهاية: تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلاً أيضاً وتكلف لذلك كثيراً وهو يعلم بالأولوية، فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكيل، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك، ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم، وإن ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له. وقال زفر: له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما. ولنا أنهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة (وإذا قيل للشفيع إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره. قال محمد رحمه الله في الجامع: لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعناق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الأبعد وجوده، وهذا كما ترى

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.

بالفاسد من عدم تعلق إسقاطه بالجائز من الشرط إنما تظهر إذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز أن يكون لمخصوصه حالة مازمة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد، وأما كلام الإمام محمد فلائه قال: لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط. ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة إسقاطاً محضاً إنما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقاً لا صحة تعليقه بشرط معين، سيما الشرط الذي لا يدل على الإعراض، فإن كونه إسقاطاً يقتضي الإعراض دون عدم الإعراض، تأمل تقف.

يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط. فبالفاسد أولى. وقوله: (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي يوسف على عكس هذا، لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف، وقد تكون حاجته إلى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع.

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 بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني) لأن الشفيع جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه، فإن أراد

فصل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به، وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه، كذا في العناية وغيرها، ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه أن البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج إلى استعمال الحيلة لإسقاط شفعتي؟ تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال: قول صاحب العناية: -أذى به في قوله: لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به بأن قال: في استيفاء الثمن، وقال: ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان للبائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر اهـ. أقول: الأظهر عندي أن يقال: المقصود من إسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق، لا دفع مجرد تأذى نفس البائع، ولا يذهب عليك أن هذه الفائدة مما تتحقق في كثير من الصور، بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر قوله: (والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية: وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيخان فقال: ومن الحيلة أنه إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفاً ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنائير أو أقل أو أكثر، فلو أراد الشفيع أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة، ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً، وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحققت الدار ظهر أنه لم

فصل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به، وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه، وكلامه واضح. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لانقطاع الجوار. وقوله: (إلا أن المشتري في الثاني شريك) لأنه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الأول، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار. وقوله: (فإن أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة، والأولى ترجع إلى إبطال حق الشفعة، وقوله: (إلا إذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى: يعني أنها حيلة عامة، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لأنه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار يتضرر به: أي برجوع المشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار. وقوله: (والأوجه البيع) تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة، ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً وإنما يرجع بما أعطاه، لأنه إذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف، كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادق أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف. وقوله: (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن

فصل: وإذا باع داراً

قوله: (لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به) أقول: في استيفاء الثمن، ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان للبائع دار أخرى وراء الدار المبيعة فتدبر قوله: (واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه) أقول: قوله قبل متعلق بقوله شفعة، والضمير في لكونه راجع إلى الجزء الأول، والضمير في قوله ملكه راجع إلى المشتري قوله: (تقريره) إذا

الحيلة 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. قال رضي الله عنه: وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته، إلا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به. 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 وتكره عند محمد) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه. ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة.

يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف اهـ. واقتضى أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيخان، إلا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكوراً فيها بل جعله شرحاً محضاً لكلام المصنف حيث قال: وقوله: والأوجه الخ تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم إلى آخر ما ذكر في النهاية معزياً إلى فتاوى قاضيخان. أقول: لا يذهب على ذي فطنة أن معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيخان. وفي الشرحين المزبورين: فإن معنى كلامه أن يباع بكل الدرهم التي هي الثمن دينار، ومعنى ما ذكر فيها أن يقبض بعض ثمنها ويبيع بالباقي دنائير، وعن هذا قال المصنف: فيما إذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير، وقالوا: ثمة لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً، وإنما يرجع بما أعطاه. نعم كلا العينين مشتركان في أن يعما الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منها فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه، فلا يصلح أحدهما لأن يكون بياناً وشرحاً للآخر كما لا يخفى قوله: (ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال في العناية أخذاً من النهاية ومعراج الدراية: اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه، فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها 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 مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة. ومنهم من قال: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى. أقول: في هذا التقرير شيء، وهو أنه إما أن يراد بالإجماع والاختلاف في قوله: وهو مكروه بالإجماع، والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسألة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية. وأياً ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب. أما على الأول فلأن القطع بكون الثاني مختلفاً فيه لا يكون تاماً حينئذ، لأن اختلاف الاجتهاد في الثاني إنما كان على قول بعض المشايخ من الرواة. وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وإنما الخلاف بينهما في فصل تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه، فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة، وهو مكروه بالإجماع. والثاني مختلف فيه. قتل بعض المشايخ: غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمه الله، وهو الذي ذكر في الكتاب، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة. ومنهم من قال: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة.

تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه، فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة، وهو مكروه بالإجماع. والثاني مختلف فيه. قتل بعض المشايخ: غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمه الله، وهو الذي ذكر في الكتاب، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة. ومنهم من قال: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة.

أراد أن يبيع الدار الخ) أقول: أنت خير بأن ما ذكره ليس تقريراً لما في الكتاب، بل ذلك التقرير حيلة أخرى تعم الجار والشريك على ما ذكره الإمام الزيلعي، وتقدير ما في الكتاب على أن يدفع إليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفاً بما في ذمته من الدرهم، ثم إذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف للانقراض قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليتأمل.

مسائل متفرقة

قال: (وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشترها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة، ولا فرق في هذا 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 سمي لكل بعض

الزكاة كما ذكره. وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله: قال بعض المشايخ: غير مكروه الخ، فلأن القطع بكون الأول مكروهاً لا يصح حينئذ لأن شمس الأئمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال: في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لإبطال حق الشفعة: لا بأس به، أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه، وكذلك بعد الوجوب إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار به وإنما قصده الدفع عن ملك نفسه. ثم قال: وقيل هذا قول أبي يوسف: وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لإسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكاة انتهى. قال الإمام قاضيه خان في فتاواه. ذكر

مسائل متفرقة

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك، ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه، وألفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله: (فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة ضرر التشقيص، فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً. وقوله: (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده. وقوله: (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدوري. قال: روي عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض، لأن التملك يقع على البائع فتتفرق الصفقة. وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه. وقوله: (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لتلا يلزم تفريق اليد على البائع. وقوله: (لأن العبرة في هذا التفريق بالصفقة لا للثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك، وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو ترك) وليس له أن ينتقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى أخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة، والشفيع لا ينتقض القبض) ليعيد الدار إلى البائع (وإن كان له فيه نفع يعود الهبة إلى البائع فكذا لا ينتقض ما هو من تمامه، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك انذني لم يبع نصيبه) فإن للشفيع نقضه (لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم) فإنه لم يجر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع، بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة، وللشفيع أن ينتقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (وإطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذي

مسائل متفرقة

قوله: (يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً) أقول: يعني على الأخذ قوله: (فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول: وجوابه أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه قوله: (فإنه لم يجر بين المتعاقدين) أقول: أي المتقاسمين قوله: (قد ذكرنا أن الحمل الخ) أقول: لم يذكر الحمل فيما تقدم: يعني في باب ما يجب فيه الشفعة.

ثمناً أو كان الثمن جملة، لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن، وها هنا تفريعات ذكرناها في كفاية المتتهى . قال: (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة، والشفيع لا ينقض 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 يبيع حيث يكون للشفيع نقضه، لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته، ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروى عن أبي يوسف، لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة. وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذ إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لا يبقى جازاً فيما يقع في الجانب الآخر. قال: (ومن باع دار وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة، وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء، 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 وقال محمد وزفر رحمهما الله: هو على شفعتة إذا بلغ) قالوا: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبها الشفعة، وعلى هذا الخلاف تسليم

محمد رحمه الله عليه في الأصل: الحيلة في إسقاط الشفعة، ولم يذكر الكراهة. قالوا: على قول أبي يوسف لا تكره، وعلى قول محمد تكن وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف: لا تكره. وقال بعض المشايخ: تكره الحيلة لإسقاط الشفعة بعد الوجوب لأنه احتيال لإبطال حق واجب، وقبل

صار للمشتري (يدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر. قال: (وتسليم الأب والوصي الشفعة) قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامه شرعاً في استيفاء حقوقه وهو الأب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعتة إذا أدرك فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد وزفر رحمهما الله: هو على شفعتة إذا بلغ. قال المشايخ: (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي لأن الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي، وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً. وعند محمد وزفر رحمهما الله: لا يصح منه التسليم أصلاً. وقوله: (وهو الصحيح) احتراز عما روي أن محمداً مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته) وفي بعض النسخ كديته بالنون، والأول يناسب ما قرن به وهو قوله: (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط، لأنه قال: كالإبراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له (ولأنه شرع لدفع الضرر) وفي إبطاله إضرار به. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه في معنى التجارة لأنه يملك العين فيملكه. يوضحه أنه لو أخذه الولي بالشفعة ثم باعها من بائعها جاز، فكذلك إذا سلمها إليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة، بخلاف البيع منه، ووضحه بقوله: (الا ترى) وهو واضح، وقوله: (ولأنه دائر) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود، لأن النظر في هذا قد يكون في تركه ليقبى الثمن على ملكه، بخلاف الدية والقود فإن تركهما ترك بلا عوض فيكون إضراراً به. وقوله: (وسكوتهما كإبطالهما) لما كان ما ذكر من الدليل مختصاً بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كإبطالهما (لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها) أو الغبن اليسير من المثل (فإن بيعت بأكثر من قيمتها) بغبن فاحش (قيل جاز التسليم بالإجماع) يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لأنه تمحض نظراً، وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الأصح) لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم (كالأجنبي) فيكون الصبي على حقه إذا بلغ (وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة، فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما، وإذا لم يصح

الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح. لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملك إبطاله كديته وقوده، ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرار به. ولهما أنه في معنى التجارة فيملاك تركه؛ ألا ترى أن من أوجب بيعاً للصبي صح رده من الأب والوصي، ولأنه دائر بين النفع والضرر، وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملاكه وسكوتها كإبطالها 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 أنه لا يصح التسليم منهما أيضاً ولا رواية عن أبي يوسف، والله أعلم.

الوجوب إن كان الجار فاسقاً يتأذى منه فلا بأس به. وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: لا بأس بالاحتياال لإبطال حق الشفعة على كل حال. أما قبل وجوب الشفعة فلا شك؛ كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة، وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتياال أيضاً لأنه احتياال لدفع الضرر عن نفسه لا لإضرار بالغير، فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا، إلى هنا لفظ فتاوى قاضيهان.

عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضاً لم يريا تسليمها إذا بيعت بمثل الثمن، فلأن لا يريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى، وإنما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لأن المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير، ولكن قال: لا يصح التسليم في هذا لأن تصرفهما في ماله إنما يكون بالتتي هي أحسن، وليس تركها ها هنا كذلك، ولهذا المعنى أيضاً خص قول أبي يوسف بقوله: (ولا رواية عن أبي يوسف) لأنه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها، والله أعلم بالصواب.

قوله: (وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول: خالف الشارح ها هنا ترتيب المشروح قوله: (قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي) أقول: يعني في محل الخصومة الخ.