

بقل او فرس ضمن ربع القيمة لان اقامة العمل بها انما يمكن باربع اعين عينها وعينا مستعملها فصارت كأنها ذات اربع اعين ولو قطع اذنها او ذنبها (اي هذه المذكورات) يضمن نقصانها . واذا قطع لسان الثور والجمار يضمن جميع القيمة وعليه الفتوى . ولو ضرب دابة فصارت عرجاً فهو كالقطع اهـ ملخصاً عن الدر المختار ورد المختار

الكتاب التاسع

في الحجر والاكرام والشفعة ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب
المقدمة

في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحجر والاكرام والشفعة

المادة ٩٤١ * الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي لا الفعلي لان الحجر من الحكيمات دون الحسيات ونفوذ القول حكيم الا ترى انه يرد ولا يقبل والفعل حسي لا يمكن رده بعد وقوعه فلا يتصور الحجر عنه (مجمع الانهر) حتى ان طفلاً يوم ولد لو انقلب على مال انسان فالتفه يلزم الضمان وكذا المجنون الذي لا يفقه اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان وكذا المحجور بالدين اذا اتلف مالاً فصاحبه يشارك الغرباء بلا خلاف (هندية) لان الافعال لا تنف على القصد الصحيح لانها توجد حساً ومشاهدة ولا امكان لرد ما هو ثابت حساً بخلاف الافعال التي تسقط بالشبهة كالحودود والقصاص فان الصبا والمجنون يؤثران فيها لان الحدود والقصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من اهل العقوبة فسقطت عنهما لقصور في فلهما لعدم القصد الصحيح (طحاوي عن غاية البيان) ثم اعلم ان تعريف الحجر بكونه منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي فيه نظر لان ليس المراد منع ذات التصرف لكونه كالفعل لا يمكن رده بعد وقوعه بل المراد منع حكمه وهو النفاذ وال لزوم ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور

المادة ٩٤٢ * الاذن هو فك الحجر واسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي اذن مأذون

المادة ٩٤٣ * الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء

يعني من لا يعرف ان البيع سالب للملكية والشراء جالب لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغريير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير ويقال للذي يميز ذلك صبي مميز

المادة ٩٤٤ * المجنون على قسمين احدهما المجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع اوقاته والثاني هو المجنون غير المطبق وهو الذي يحسن في بعض الاوقات ويفيق في بعضها ولا يعد المجنون مطبقاً الا ان يمتد شهراً وقيل بل سنة والاول قول الامام والبي يوسف وعليه الفتوى بمجمع الانهر ورجح قاضيان

المادة ٩٤٥ * المعتوه هو الذي اختل شعوره بان كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتديره فاسداً

المادة ٩٤٦ * السفه هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ويبذر في نفقاته ويضيع امواله ويتلفها بالاسراف والذين لا يزالون ينفقون في اخذهم واعطائهم ولا يعرفون طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون ايضاً من السفهاء

قال في الهندية السفه هو العامل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى ومن عاداته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض لا يعمده العقل من اهل الديانة غرضاً مثل الدفع الى المغيثين واللعايب والغبن في التجارات من غير محمدة وتبذير المال كما يكون في الشر بان يجمع اهل الشرب والنسق في داره ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في النفقة ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم كذلك يكون في الخير بان يصرف جميع ماله في بناء المسجد واشباه ذلك فيحجر عليه اهـ وفي الدر المختار السفه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو في الخير كأن يصرفه في بناء المساجد ونحو ذلك فيحجر عليه عندها اهـ

﴿المادة ٩٤٧﴾ الرشيد هو الذي يتقيد بحفظ ماله ويحتمل الاسراف والتبذير

﴿المادة ٩٤٨﴾ الاكراه هو اجبار واحد بالاخافة على ان يعمل عملاً بغير حق

قيد به لان الاكراه بحق لا يعدم الاختيار ثمره الا ترى ان المدينون اذا اكراهه القاضي على بيع ماله نفذ بيعه (رد مختار)

بدون رضاه ويقال له المكروه (بفتح الراء) ويقال لمن اجبر مجبر لذلك العمل مكروه عليه وللشيء الموجب للخوف مكروه به

عرفه في ملتقى الابحار بأنه فعل يوقعه الانسان بغيره يفوت به رضاه او يفسد اختياره. وقال في الدرر ان عدم الرضا معتبر في جميع صور الاكراه وأصل الاختيار ثابت في جميع صورته لكن في بعض الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسده اهـ وسيتضح في شرح المادة الآتية

﴿المادة ٩٤٩﴾ الاكراه على قسمين الاول هو الاكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي الى ائتلاف النفس او قطع العضو والثاني هو الاكراه غير الملجئ الذي يوجب النعم والالم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد

فكلا النوعان يعدمان الرضا وانما الاول يفسد الاختيار دون الثاني يفوت الرضا اعم من فساد الاختيار ففي الحبس او الضرب يفوت الرضا ولكن الاختيار الصحيح باق في التهديد بالقتل يفوت الرضا ولكن يبقى له اختيار غير صحيح بل اختيار فاسد «طحطاوي» قلت وهذا هو سبب اختلاف الحكم بين الاكراه الملجئ وغير الملجئ الآتي بيانه في المادة ١٠٠٢ ثم ان قوله او قطع عضو يراد به العضو الكامل كالعين او بعض العضو كالانملة «رد مختار»

﴿المادة ٩٥٠﴾ الشفعة هي تملك الملك المشتري لما قام على المشتري من الثمن

عرفه في الغرر بانها تملك العقار وما في حكمه «كالعلو والسفل انظر المادة ١٠١١» جبراً على مشتريه بمثل ما قام عليه من الثمن اهـ قال في رد المحتار الاولى زيادة البائع «اي ان يقال جبراً على مشتريه او على بائعه» لانه قد يكون جبراً عليه اذا اقر بالبيع وانكر المشتري وفي الفتاوى الصغرى الشفعة تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته للمشتري ولذا ثبتت اذا باع بشرط الخيار للمشتري اهـ

﴿المادة ٩٥١﴾ الشفيع هو من كان له حق الشفعة

﴿المادة ٩٥٢﴾ المشفوع هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة

﴿المادة ٩٥٣﴾ المشفوع به هو ملك الشفيع الذي وجبت به الشفعة

﴿المادة ٩٥٤﴾ الخليط هو بمعنى المشارك في حرق الملك كحصه

الماء والطريق

﴿المادة ٩٥٥﴾ الشرب الخاص هو حق الشرب في الماء الجاري

المختص بشخص معدودين. واما اخذ الماء من الانهر التي تنتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص انظر مادة ١٢٣٩

﴿المادة ٩٥٦﴾ الطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ

ومفاده ان الطريق النافذ طريق عام وليس الامر كذلك فليس كل زقاق نافذ طريقاً عاماً كما ان ليس كل زقاق غير نافذ طريقاً خاصاً لانه لو سد منفذ الطريق العام لا يبرح عاماً كما انه لو فتحت اصحاب الطريق الخاص منفذاً ووصلوه بالطريق العام كان لهم ان يمنعوا غيرهم من المرور فيه كما في الهندية والدر المنتقى فكان التعريف اذاً غير سديد

الباب الاول

في المسائل المتعلقة بالحجر وينقسم الى اربعة فصول

الفصل الاول

في المحجورين واحكامهم

اعلم ان اسباب الحجر ستة الرق والصغر والجنون وضرر العامة والدن والسفه فالاربعة الاولى متفق عليها بين الامام وصاحبيه واما السببان الاخيران فعلى قول الصاحبين فقط وعلى قولهما جرت جمعية المجاة كما يتضح من الفصول الآتية

المادة ٩٥٧ * الصغير والجنون والمعتوه محجورون لذاتهم

اي بدون حاجة الى حجر الحاكم اذ لولا ذلك لكانت معاملاتهم ضرراً عليهم بان يستجر من يعاملهم مالههم باحتياله (طحطاوي) والمراد بالصغير هنا المميز وغير المميز

المادة ٩٥٨ * للحاكم ان يحجر على السفه

هذا على قول الامامين خلافاً للامام الاعظم كما قدمنا في اول هذا الفصل ووجه قوله الكتاب والاجماع والمعتول اما الاجماع فهو ان السفه اذا طلق او تزوج او اعتق تصح منه هذه التصرفات بالاتفاق وكذا اذا اقر على نفسه بالحدود والقصاص صح بالاتفاق فلو كان محجوراً عليه لم تصح تصرفاته اصلاً لسلب ولايته فاذا صح تصرفه في النفس وهي الاصل وجب ان يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الاولى بدلالة الاجماع (طحطاوي) وفيه واختلاف في الحجر بسبب السفه قال ابو يوسف انه لا يثبت الا بقضاء القاضي وقال محمد يثبت الحجر بنفس السفه ولا يتوقف على القضاء اهـ قلت وظاهر هذه المادة اختيار قول ابي يوسف

المادة ٩٥٩ * للحاكم ان يحجر المدينون بطلب الغرما

وفي هذا الحجر نظر للغرماً لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم (جمع الانهر) وهذه المادة مفرغة على قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام راجع المادة ٢٦ وهل يراد بالمدين المدين مطلقاً او المفلس فقط سنخه في شرح المادة ٩٩٩ ثم

انه لا خلاف عند الامامين ان الحجر بسبب الدين لا يثبت الا بقضاء القاضي افاده طحطاوي

المادة ٩٦٠ * المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وان

لم يعتبر تصرفهم القولي كالبيع والشرأ فانهم يضمنون حالاً الضرر والخسارة الذين نشأ من فعلهم

اذ لا حجر في الفعلي كما قدمنا في شرح المادة ٩٤١ فراجعه ولكن لا يثبت فعل الاتلاف باقرارهم لان اقرارهم لا يصح كما سيأتي في المادة ١٥٧٣ بل لا بد من بينة

فيجب الضمان على الصبي اذا اتلف مال الغير وان كان غير مميز

اعلم ان الصبي المحجور مؤاخذ بافعاله فيضمن ما اتلفه من المال للحال الا في مسائل لو اتلف ما اقترضه وما اودع عنده بلا اذن وليه وما أعير له وما بيع منه بلا اذن لا يضمنه «در مختار» وذلك لان الضمان بهذه الصور ضمان عقد والصبي ليس من اهل الزام الضمان وهذا عند الامام الاعظم ومحمد ، واما عند ابي يوسف فيضمن الصبي في هذه الصور لانه ضمان فعل والصبي من اهل الزام الفعل «رد مختار» ثم انه يستثنى من ايداعه ما اذا اودع صبي محجور صبياً مثله وهي ملك غيرهما فلذلك تضمن ايهما شاء كما قدمنا في شرح المادة ٢٧٦

المادة ٩٦١ * اذا حجر الحاكم على السفه والمدينون يشهر

ويعلن للناس سبب الحجر

فيقول حجرت عليه بسبب دين فلان بن فلان عليه لان الحجر يختلف اسبابه وهو باختلاف سببه يختلف في نفسه لان الحجر بسبب السفه يعم الاموال كلها والحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود له في الحال فاما ما يحدث له من المال بالكسب وغيره فلا يؤثر الحجر فيه وينفذ تصرفه فيه «هندية»

المادة ٩٦٢ * لا يشترط حضور من اراد الحاكم حجره ويصح

حجره غياباً ايضاً ولكن يشترط وصول خبر الحجر الى ذلك المحجور ولا

ينحجر ما لم يصل اليه خبر الحجر وتكون عقوده واقاريه معتبرة الى ذلك الوقت

انما لا يشترط حضور المحجور لان الحجر ليس هو قضا من كل وجه فهو قضا من وجه وفتوى من وجه آخر فهو قضا لان الحجر لا يثبت الا بحكم الحاكم اما كونه فتوى فلانه ليس فيه مقضى له ومقضى عليه ودعوى وافكار « طحطاوي » ووصول الخبر الى المحجور يتم بان يخبره عدل واحد او رجلان او رجل وامرأتان وعند تعدد الخبر لا تشترط العدالة « هندية »

المادة ٩٦٣ * لا يحجر على الفاسق بمجرد فسقه ما لم يذير

ويسرف في ماله

وذلك لان الفاسق اهل للولاية على نفسه واولاده عند جميع اصحابنا (طحطاوي) ومثل الفاسق المغفل قال في رد المحتار عن الزيلعي لا يحجر على العاقل بسبب غفلة وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكن لا يهتدي الى التصرفات الربحية فيقتن في البياعات لسلامة قلبه اهـ قلت وهذا على قول الامام واما على قول صاحبيه فيحجر عليه ويقولها يفتى كما في التنوير ثم ان هذا الخلاف في تصرفات تحتل الفسخ ويبطالها الهزل واما ما لا يحتمله ولا يبطله الهزل فلا يحجر عليه بالاجماع « رد مختار » فيصح نكاحه وطلاقه وافاراه بالعقوبات وله ان ينفق على نفسه وزوجته واولاده ومن تجب عليه نفقته من ذوي ارحامه وتصح وصيته وتنفذ من الثلث اذا كان له وارث اهـ ملخصاً عن التنوير ورد المختار بخلاف الصبي فلا تجوز وصيته اصلاً « خانية »

المادة ٩٦٤ * يحجر على بعض الاشخاص الذين يصرون

بالعامة كالطبيب الجاهل

والمفتي الماخن وهو الذي يعلم الخيل الباطلة ويبقى عن جهل والمكاري الفليس وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليه ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويصرف هو ما اخذه منهم في حاجته فاذا جاءه او ان الخروج يخفى فتذهب اموال الناس وتنفوت حاجاتهم « طحطاوي » راجع شرح المادة ٢٦

لكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء العمل لا منع التصرفات القولية قال طحطاوي وليس المراد حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف الا ترى ان المفتي لو افق بعد الحجر واصاب في الفتوى جاز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما اراد به حقيقة الحجر وانما اراد المنع الحسي بان يمنعوا عن عملهم حسياً لان المفتي الماخن يفسد اديان المسلمين والطبيب يفسد ابدانهم والمكاري يفسد اموالهم اهـ

المادة ٩٦٥ * اذا اشتغل واحد بصناعة او تجارة في سوق فليس لارباب هذه الصناعة او التجارة ان يحجروه او يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصناعة او التجارة بقولهم انه يطرأ على ربنا وكسبنا خلل

الفصل الثاني

في المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعتوه

المادة ٩٦٦ * لا تصح اصلاً تصرفات الصغير غير المميز القولية وان اذن له وليه

المادة ٩٦٧ * يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفع محض وان لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض كهبته وان اذنه بذلك وليه واجازه

وذلك لاشتراط الاهلية الكاملة في مثل هذا التصرف وكذا لو اجازه بعد بلوغه لا ينفذ الا اذا كانت بلفظ يصلح لابتداء العقد « رد مختار »

واما العقود الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على اجازة وليه، ووليه مخير في الاجازة وعدمها، فان رآها مفيدة في حق الصغير

اجازها والا فلا. مثلاً اذا باع الصغير المميز مالا بلا اذن كان نفاذ ذلك البيع موقوفاً على اجازة وليه وان كان قد باعه باكثر من ثمنه لان عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الاصل

ولو باع الصبي المميز ماله بازيد من قيمته ولو بضعف القيمة لا ينفذ بيعه بل يتوقف على اجازة وليه ولا يقال ان في هذا البيع نوعاً ظاهراً فينبغي ان ينفذ بلا اجازة لان العبرة باصل وضعه دون ما عرض له باتفاق الحال والبيع باصله متردد بين النفع والضرر بخلاف الاتهاب قال في المنح وتحقيق هذا المقام ان الصبي الماقل يشبه البالغ من حيث ان عاقل مميز ويشبه طفلاً لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور ولهذا ثبت للغير عليه ولاية فالحق بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن وقبل الاذن يكون منعقداً موقوفاً على اجازة الولي لان فيه منفعة لصيرورته مهتدياً الى وجوه التجارات « طحطاوي »

المادة ٩٦٨ * الولي ان يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله وليأذن له بالتجارة لاجل التجربة فان تحقق رشده دفع وسلم اليه باقي امواله ولو كان لم يبلغ لان تسليم امواله يتوقف على رشده لا على بلوغه فلو ظهر رشده قبل البلوغ جاز للوصي ان يسلمه امواله اما لو بلغ ولم يظهر رشده فلا كما يعلم من المادة ٩٨١ وبكفي لاجل تسليمه امواله ان يتحقق الوصي رشده كما يفهم من هذه المادة والمادة ٩٨١

المادة ٩٦٩ * العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح هي اذن بالتجارة. مثلاً لو قال الولي للصغير بع واشترى او قال له بع واشترى من جنس المال الفلاني فهو اذن بالبيع والشراء اما امر الولي الصبي باجراء عقد واخذ فقط كقوله اذهب الى السوق واشترى الشيء الفلاني او بعه فليس بأذن بل هو من قبيل استخدام الصغير على وجه الوكالة بحسب المتعارف والمعتاد

قال في الدر المختار ثم اعلم ان الاذن بالتصرف النوعي اذن بالتجارة وبالشخصي استخدام اه. وفي الهندية والفاصل انه اذا اذن له بالعقود المذكورة مرة بعد مرة حتى يعلم ان مراده الربح يجعل ذلك اذنًا وان اذن له بعقد واحد يعلم منه انه ليس مراده الربح لا يجعل اذنًا في التجارة بل يعتبر استخداماً عرفاً وعادة اه. قال الانقائي في توجيه كون الاذن في العمل الخاص يقتصر ولا يعم وجه الاستحسان الضرورة والضيق على الناس لان البعد لو جعل ماذوناً له بهذا القدر لضاف الامر على الناس ووقعوا في حرج لانه لو ثبت كونه ماذوناً بالاذن في شراء جمد او بقل بفلس لصح اقراره حينئذ على نفسه بمال عظيم حتى يفوت ذلك رقبته وكسبه فلا يجامر احد بعد ذلك على استخدام المملوك فتتدخل مصالحهم فلهذه الضرورة لم يجعل الاذن في كل شي اذنًا عاماً بل جعل ذلك استخداماً ونوكيلاً (طحطاوي)

المادة ٩٧٠ * لا يتقيد ولا يتخصص اذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشراء. مثلاً لو اذن الولي الصغير المميز يوماً او شهراً كان ماذوناً على الاطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الاذن ما لم يحججه الولي. وكذا لو قال له بع واشترى في السوق الفلان فانه يكون ماذوناً في كل مكان كذلك لو قال له بع واشترى من جنس المال الفلاني فله ان يبيع ويشترى كل جنس من المال

وذلك لان الاذن فك الحجر وهو من الاسقاطات وهي لا نتوقف لانها ثلاثية عند وقوعها (رد مختار) وفيه الاذن بالتصرف لو ثبت مقصوداً تشتت له علم المأذون ولو ثبت ضمناً قيل لا وقيل نعم ومنهم من قال لا فرق بينهما وهو الظاهر اه

المادة ٩٧١ * كما يكون الاذن صراحة يكون ايضاً دلالة. مثلاً لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشترى ولم يمنعه وسكت يكون قد اذنه دلالة

والمراد بالرؤية هنا العلم فسوّى رأى الولي بعينه او علم بان الصغير المميز باع او اشترى ولم يمنعه كان ذلك اذنًا دلالة

ولكن لا يكون ماذوناً في بيع ذلك الشيء وشرائه لانه يلزم ان يصير ماذوناً قبل ان يصير ماذوناً وهو باطل (در مختار) وفي رد المختار عن الحقائق انما يجعل سكوت الولي اذناً اذا لم يسبق منه ما يوجب نفي الاذن حالة السكوت كقوله اذا رأيتم عبيدي يتجر فسكت فلا اذن له بالتجارة ثم رآه يتجر فسكت لا يصير ماذوناً اتفاقاً اهـ. ثم اعلم ان لفظة الولي الواردة في متن المادة يراد بها غير القاضي اذ لو رأى القاضي الصبي والمعتوه يبيع ويشترى فسكت لا يكون سكوته اذناً في التجارة (اشباه)

المادة ٩٧٢ * لو اذن للصغير وليه كان في الخصوصات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ فتكون عقودها التي هي كالبيع والاجارة معتبرة فله ان يبيع ويشترى ولو بغبن فاحش بل ولو نهى الوالي عن البيع بالغبن الفاحش كما في (رد المختار وطحطاوي) ويوكل بهما ويرهن ويرهن ويزارع ويأخذ الارض مزارعة ويشترى بزرراً يزرعه ويشارك عناناً لانها وكالة لا مفاوضة لانها كفالة وله ان يستاجر ويؤجر ماله ونفسه وله ان يضارب ويدفع المال مضاربة وله ان يبيع ويغير ويقر بوديعة وغصب ودين اذ لو لم يجز الاقرار به لم يعامله احد فيكون من لوازم المعاملة وهذا اذا كان اقراره في صحته واذا كان في المرض قدم غرماء الصحة (ملئقي وشرحه مجمع الانهر) ولكن لا يصح اقرار الماذون لمن لا تقبل شهادته له كزوجته وابيه وابنه فان اقراره لم بالدين باطل عند الامام الاعظم خلافاً لها (درر) ولو اقر لم يبعين صح ان لم يكن مديوناً والا فلا (در مختار) وفي التتارخانية الصبي الماذون من جهة الاب اذا اقر لا يبيح مال في يده او يدين لم يصح اقراره اهـ ومفهومه انه لو كان ماذوناً من جهة القاضي يصح اقراره لايه يدل عليه ما في الولوالجية لو باع صبي ماذون له من ايمه وعليه دين بما يتغابن فيه جاز فان اقر بقبض الثمن لا يصدق الابينة لانه اقرار للاب وقد استفاد الاذن منه كما لو ادعى الاب الالفاء (رد مختار) ومفاد قوله بما يتغابن فيه انه لا يصح بيعه من ابيه بالغبن الفاحش (طحطاوي) ومفاد قوله في المتن « في الخصوصات الداخلة تحت الاذن » ان تصرفه في غيرها لا تصح فاقراره بالمهر او بالكفالة بالمال باطل (لهنديه) (وكذا اقراره بالقتل والهبة والابراء (خاتية) وفي الهنديه الصبي الذي اذن له ابوه او وصي ابيه في التجارة تسمع عليه البيعة فيما لو كان من ضمن التجارة وان كان الاذن غائباً وكذا الجواب في المعتوه الماذون ولو

شهدوا على صبي ماذون او معتوه مأذون بالقتل عمداً ان كان الاذن حاضراً نقبل شهادتهم وبقي بالدية على العاقلة وان كان غائباً لا نقبل وان كان الشهود شهدوا على اقرار الصبي او المعتوه بالقتل لا نقبل شهادتهم سواء كان الاذن حاضراً او غائباً اهـ

المادة ٩٧٣ * للولي ان يحجر الصغير بعد ما اذنه ويبطل ذلك الاذن ولكن يشترط ان يحجره على الوجه الذي اذنه به. مثلاً لو اذن الصغير وليه اذناً عاماً فصار ذلك معلوماً لاهل سوقه ثم اراد ان يحجر عليه فيشترط ان يكون الحجر ايضاً عاماً ليصير معلوماً عند اكثر اهل ذلك السوق ولا يصح حجره عليه بمحض رجلين او ثلاثة في داره

ويشترط ايضاً وصول الخبر للحجور كما مر في المادة ٩٦٢
تنبه : يجوز تعليق الاذن بالشرط و اضافته الى المستقبل ولا يجوز تعليق الحجر بالشرط و اضافته الى المستقبل « هندية »

المادة ٩٧٤ * ولي الصغير في هذا الباب اولاً ابوه ، ثانياً الوصي المختار اذا مات ابوه اي الوصي الذي اختاره ابوه ونصبه في حياته ، ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار حال حياته اذا مات ، رابعاً جده الصحيح اي ابو ابي الصغير او ابو ابي الاب ، خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته ، سادساً الوصي الذي نصبه هذا الوصي ، سابعاً الحاكم او الوصي الذي نصبه الحاكم . ولما الاخ والعم وسائر الاقارب ان لم يكونوا اوصياء فاذنهم غير جائز

والمعتوه الذي يعقل البيع باذن له الاب او الوصي والجد دون الاخ والم وحكمه حكم الصبي « هندية » وهذا اذا بلغ معتوهاً اما اذا بلغ عاقلاً ثم عته لا تعود الولاية الى الاب قياساً بل الى القاضي وفي الاستحسان تعود اليه . قيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد (رد مختار) . والمجتون على هذا الخلاف . ثم انه ليس للقاضي ان يتصرف مع وجود الوصي ولو منصوبه لان الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة راجع

المادة ٥٩ . ووصي القاضي كوصي الاب الا في مسائل الاولى اذا قيد القاضي بنوع
تقيده وفي الاب بعم اي اذا اوصى الاب الى رجل في نوع كان وصياً في الانواع
كلها « تنوير » . الثانية لوصي الاب ان يشتري لنفسه من مال اليتيم او يبيع ماله
منه اذا كان خيراً لليتيم بان يبيع مثلاً ما يساوي خمسة عشر بهشرة او يشتري ما
يساوي عشرة بخمسة عشر بخلاف وصي القاضي فلا يجوز بيعه وشراؤه من مال
اليتيم بكل حال « مجمع الانهر » . الثالثة وصي الميت لا اجر له بخلاف وصي القاضي
« علي افندي عن القنية » . اما وصي الام ووصي الاخ فليس لهما ولاية التصرف في
ثروة الام مع حضرة الاب او وصيه او وصي وصيه او الجد وان لم يكن واحد ممن
ذكر فلوصي الام والاخ الحفظ وبيع المنقول لا العقار ولا يشتري الا الطعام او
الكسوة لانهما من جملة حفظ الصغير « در مختار » . وظاهر قوله وله بيع المنقول لا
العقار ان وصي الاب يملك بيع العقار مع ان المصريح به عدمه الا المسوخ كأن يكون
الثلث بضعف القيمة او يكون في يد متغلب او خيف على خرابه او نقصانه او يكون على
الميت دين فيملك البيع بقدر الدين او يكون لنفقة الصغير او لوصية بدرام مطلقة لا
نفاذ لها الا من ثمن العقار او ان تزيد نفقة العقار على غلته (درر) . وهذا بخلاف بيع
الاب عقار ابنه فانه لا يقتصر الى المسوغات المذكورة اذا كان الاب محموداً او مستور
الحال وان كان فاسداً فلا يجوز بيعه ولو بمسوخ وللابن نقضه بعد بلوغه الا اذا باعه
بضعف القيمة « رد مختار » وفي تكملة وما ملكه اليتيم من مال غير تركه امه فليس
لوصي امه التصرف فيه منقولاً او غيره اه لان الوصي قائم مقام الام وليس للام
التصرف في مال طفلها فكذا وصيها بخلاف وصي الاب او الجد حيث يكون له ولاية
التصرف مطلقاً من غير تقييد بما تركه الموصي ميراثاً لانه قائم مقام الموصي وللاب
او الجد التصرف في جميع مال الصغير فكذا وصيه « طحطاوي » . والحاصل ان وصي
الاب يملك بيع المنقول والعقار باحدى المسوغات المارة ووصي الام لا يملك الا بيع
المنقول المتروك عنها فقط والاصل فيه ان اضعف الوصيين في اقوى الحالين كاقوى
الوصيين في اضعف الحالين واضعف الوصيين وصي الام والاخ والم اقوى الحالين
حال صغر الورثة واقوى الوصيين وصي الاب والجد والقاضي واضعف الحالين حال
كبر الورثة فوصي الام في حال صغر الورثة كوصي الاب حال كبر الورثة عند غيبة
الوارث فللوصي بيع منقوله لا عقاره كوصي الاب حال كبرهم « جامع الفصولين »

وفيه ليس للقاضي نصب الوصي والمتولي الا اذا كان ذكر التصرف في الاوقاف والايام
منصوصاً عليه في منشوره اه

نقطة : اذا ادعى المديون ان العقار الذي حجز عليه ملك ولديه القاصرين ومما
تحت ولايته وطلب رفع الحجز فيلزم ان يقام عن ولديه وصي من قبل الشرع الشريف
لنرى الدعوى بحضوره لان الاب في هذه الصورة خصم لولديه وللدائن ممّا وبذلك
قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ١٣ كانون الاول ١٣٠٩ « ج ٠ م ٠ عد ٢٧٧ »

المادة ٩٧٥ * للحاكم ان يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن
الاذن ولو كان اقوى منه ولاية وذلك اذا رأى في تصرفه نفعاً وليس
للولي ان يحجر عليه بعد ذلك

واذا ادعى على صبي ماذون شيئاً فانكر ما اختلفوا في تحليفه والفتوى على انه يحلف
« طحطاوي »

المادة ٩٧٦ * اذا توفي الولي الذي اذن الصغير بطل اذنه
وكذا اذا جن جنوناً مطبقاً ولا يشترط فيهما العلم لان ذلك حجر حكيم اما لو
جن غير مطبق فلا يبطل الاذن « طحطاوي » واذا افاق من جنونه لا يعود الاذن
لان الساقط لا يعود

ولكن لا يبطل اذن الحاكم بوفاته ولا بعزله
ولا يجنونه قال في الهندية لو اذن الوصي لليتيم ثم مات واوصى الى آخر فتوته
حجر عليه اي على اليتيم وان اذن القاضي ثم عزل او مات او جن فهو على اذنه اه

المادة ٩٧٧ * الصغير المأذون من حاكم يجوز ان يحجر عليه من
ذلك الحاكم او خلفه وليس لايه او غيره من الاولياء ان يحجر عليه
عند موت الحاكم او عزله

لانه لا كان الاذن قسماً من وجه لم يكن لاحد نقضه (در منتقى)

المادة ٩٧٨ * المعتوه هو في حكم الصغير المميز
فان تصرف تصرفاً نافعاً محضاً كقبول الهبة صح بلا اذن وليه وان كان تصرفه

مضراً كالهبة والصدقة لا يصح وان اذن به عليه وان كان متردداً بين النفع والضرر توقف على اجازة عليه فان اجاز نفعه والا لا ، غير انه يشترط لصحة الاجازة ان يعقل المعتوه كون البيع سالماً للكل والشراء جالباً له « تنوير »

﴿ المادة ٩٧٩ ﴾ المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز

فلا تصح تصرفاته القولية مطلقاً ولو اجازها الولي او اجازها هو بعد افاقته

﴿ المادة ٩٨٠ ﴾ تصرفات المجنون غير المطبق في حال افاقته

كتصرف العاقل

هذا اذا كان يزول عنه وقت افاقته عارض الجنون بالكلية اما الذي يحسن ويفيق ناقص العقل فحكمه كصغير مميز كما حققه في رد المحتار

﴿ المادة ٩٨١ ﴾ لا ينبغي ان يستعمل في اعطاء الصبي ماله عند

بلوغه بل يجب ان يجرب بالتأني فاذا ثبت رشده تدفع اليه حيثئذ امواله وجوباً حتى لو منعها الوصي عنه بعد طلبه ضمن وقبل طلبه لا ضمان (درمتمقي) والظاهر من نص هذه المادة انه يكفي لاجل تسليم الصبي امواله ان يتحقق الوصي رشده كما قدمنا في شرح المادة ٩٦٨ وانما يضمن الوصي بالمنع اذا هلك في يده لتعديده في المنع اما اذا بلغ الصبي فتمنع قبل ان يتكشف حاله ويعلم رشده وصلاحيته بالاختبار فذلك لا يضمن. قال الجلي في فتاواه والواجب على الوصي ان لا يدفع اليه المال الا بعد الاختبار فاذا منعه لذلك كان منعاً لواجب فلا يكون متعدياً وفي الخاتمة ما يشهد له (رد مختار) قلت ونص هذه المادة والمادة ٩٨٣ الآتية مؤيد لما قاله الجلي

﴿ المادة ٩٨٢ ﴾ اذا بلغ الصبي غير رشيد لا تدفع اليه امواله ما

لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق

وان صار شيئاً « رد مختار » ولو تصرف في ماله لا ينفذ تصرفه وهذا على قول الامامين خلافاً للامام الاعظم فانه قال يسلم اليه ماله اذا بلغ خمساً وعشرين سنة وان لم يؤنس رشده (ملتقى) ولكن في طحطاوي وصرة الفتاوى ان عدم نفاذ تصرفه قول محمد لانه لا يرى وجوباً لحجره اذا بلغ غير رشيد بل يستمر محجوراً كما كان اما

على قول ابي يوسف فلا بد من حجره بعد بلوغه سفيهاً وما لم يحجره القاضي ينفذ تصرفه وهذا الخلاف في نفاذ التصرف لا غير لان الامامين متفقان على عدم جواز تسليم الصبي امواله اذا بلغ غير رشيد . اما الامام الاعظم فانه يقول بنفاذ تصرفه وان قال لا يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة لانه لا يرى الحجر على السفيه كما قدمنا قبل المادة ٩٥٧

﴿ المادة ٩٨٣ ﴾ يضمن وصي الصغير اذا دفع اليه ماله قبل ثبوت

رشده فضاء المال في يد الصغير او اتلفه

ولو كان قد دفعه اليه بعد بلوغه . في الحامدية قال في حاشية الاشباه وكما يضمن الوصي بالدفع اليه وهو مفسد فكذا يضمن بالدفع اليه قبل ظهور رشده بعد الادراك اهـ . وفي رد المختار سئل العلامة الحلبي عن بلغت وعليها وصي هل يثبت رشدها بمجرد البلوغ ام لا بد من بينة فاجاب بانه لا يثبت الا ببينة شرعية ومثله في الخيرية اهـ . قلت والحجة الشرعية هي البينة او اقرار الوصي وعلى هذا لو ادعى الصبي الرشده بعد بلوغه وطلب من وصيه تسليم امواله فانكر الوصي رشده فلا بد للصبي من اثباته بالبينة ولكن يفهم من المادة ١٣ من الفقرة النظامية الموضوعة بالامر السلطاني في ٥ ذي الحجة سنة ١٢٨٨ (دستور جلد اول) انه اذا لم يكن الصبي قد اتم العشرين من سنه فلا تسمع دعواه بالرشده فاذا سمعها الحاكم وقضى بها لا ينفذ حكمه انظر مادة ١٨٠١

﴿ المادة ٩٨٤ ﴾ اذا اعطي الصغير ماله عند بلوغه ثم تحقق كونه

سفيهاً حجر عليه الحاكم

﴿ المادة ٩٨٥ ﴾ يثبت حد البلوغ بالاحتلام والاحبال والحيض

والحبل

وان لم يوجد في الذكر والانتى شيء من ذلك فحق يتم لكل منهما خمس عشرة سنة وبه يفتي « تنوير » ومفاده انه لا اعتبار لنبات العانة والحجة وشعر الساق والابط والشارب وكذا نهود الثدي وثقل الصوت (طحطاوي)

﴿ المادة ٩٨٦ ﴾ مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة تامة وفي المرأة تسع سنين تامة ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة واذا اكل الرجل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له المراهق وان اكلت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها المراهقة الى ان يبلغا

ومعنى المراهق الداني من البلوغ يقال رهقه اي ذامنه ومنه اذا صلى احدكم الى ستره فليرهقها وصبي مراهق مدان للحلم (مغرب)

﴿ المادة ٩٨٧ ﴾ من ادرك منتهى سن البلوغ ولم تظهر فيه اثار البلوغ يعد بالغاً حكماً

﴿ المادة ٩٨٨ ﴾ الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ اذا ادعى البلوغ لا يقبل

﴿ المادة ٩٨٩ ﴾ اذا اقر المراهق او المراهقة في حضور الحاكم يلوغه فان كانت جثة ذلك المقر غير محتملة للبلوغ وكان ظاهر الحال من ثم مكذباً له فلا يصدق في اقراره وان كانت جثته تحتمل البلوغ ولم يكذبه ظاهر الحال يصدق وتكون عقوده واقاريره نافذة معتبرة ولو اراد بعد ذلك ان يفسخ تصرفاته القولية الواقعة بعد الاقرار بحجة انه في ذلك الوقت اي حين اقر بالبلوغ لم يكن بالغاً فلا يلتفت الى قوله ولا يعتبر

والحاصل ان الاقرار بالبلوغ لا يصح الا بشرطين الاول ان يكون المقر مراهقاً اي ان يكون قد اتم مبدأ سن البلوغ المبين في المادة ٩٨٦ فان كان لم يمه فلا يصدق ولو كانت جثته لتحتمل البلوغ لان البلوغ لا يحصل عادة قبل تمام ذلك السن . الثاني ان تكون جثته محتملة البلوغ . وقد ورد في بعض الكتب كرد المختار وصحة الفتاوى وغيرها شرط ثالث وهو ان يفسر المقر البلوغ بان يقول كيف علم انه بلغ ابحاثلام او بغيره لانه قد يلحق الاقرار بالبلوغ كذباً وهو لا يفهمه

الفصل الثالث

في السفية المحجور

﴿ المادة ٩٩٠ ﴾ السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير

المميز ولكن

يختلف عنه بمسائل منها ان تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور باطل ومنها ان المحجور اذا اوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز كما قدمنا في شرح المادة ٩٦٣ . اما وقفه فان كان بغير اذن القاضي فهو باطل اجماعاً وان كان باذنه فهو صحيح عند الامام البلخي وباطل عند الامام ابي القاسم (هندية) . ومنها ان طلاق المحجور ونكاحه جائز ومن الصبي باطل . نص على هذه المسائل في الخانية . ومنها ان

ولي السفية الحاكم فقط وليس لايه وجده واوصيائهما حق الولاية عليه ﴿ المادة ٩٩١ ﴾ تصرفات السفية القولية التي تتعلق بالمعاملات اذا وقعت بعد الحجر لا تصح ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس

وكذا تصح تصرفاته بعد الحجر قبل وصول الخبر اليه راجع المادة ٩٦٢ ﴿ المادة ٩٩٢ ﴾ ينفق على السفية المحجور وعلى من لزمته نفقتهم من ماله

ولكن لا يسلم انتفاضي المال بل ينفق عليه بنفسه او بواسطة امينه ﴿ المادة ٩٩٣ ﴾ اذا باع للسفية المحجور شيئاً من امواله لا ينفذ بيعه وان كان في بيعه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان راجحاً (مجمع الانهر) ولكن اذا رأى الحاكم فيه منفعة يميزه غير انه يشترط لصحة الاجازة ان يكون الثمن باقياً في يد المحجور ليأخذه منه

القاضي اما لو كان قد استهلكه فلا تصح الاجازة (حيدر افندي عن الماية والجوهرة)
واجازة القاضي للبيع اجازة ايضاً للسفيه بقبض الثمن فلو اداه اليه المشتري براء الا
ان ينهيه القاضي عنه (رد مختار) انظر نعمة شرح المادة ١٠٠٢

﴿ المادة ٩٩٤ ﴾ لا يصح اقرار السفيه المحجور بدين لا آخر مطلقاً
يعني ليس لقراره تأثير في حق امواله الموجودة في وقت الحجر والحادثة بعده
قال في الخانية ولو اودع انسان عند محجور فاجر المحجور انه استهلك لا يصدق
فلو صار مصلحاً بعد ذلك يسأل عما اقر فان قال ما اقررت به كان حقاً يؤخذ به في
الحال وان قال ما اقررت به كان باطلاً لا يؤخذ ولو ان رجلاً اقترض محجوراً او
اودعه ثم صار مصلحاً فقال لصاحب المال كنت اقرضتني في حال فسادي فانفقته او
قال اودعني في حال فسادي فانفقتهما وقل صاحب المال لا بل اقرضتك في حال
صلاحك كن القول قول صاحب المال ويضمن المحجور وان قال صاحب المال بل
اقرضتك في حال فسادك واستهلكته في حال صلاحك وقال المحجور اقرضتني في
حال فسادي واستهلكته فيه فالقول للمحجور فان اقام صاحب المال البينة انه اقرضه
في حال فساده ولكن استهلكه في حال صلاحه قبلت بينته اهـ وفي الهندية لا يصدق
السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلاً الا في اربعة اشيا في الوالد والولد والزوجة
ومولى المتأقاة وان كان السفيه امرأة فلا تصدق الا في الوالد والزوجة ومولى المتأقاة
ولا تصدق في الولد ثم اذا صدق في حق هؤلاء ان ثبت غير هؤلاء بالبينة فانه يجب
النفقة في ماله وان لم يثبت غيرهم بالبينة ولكن السفيه اقر فانه لا تجب النفقة ، وكذلك
لو اقر للمرأة بنفقة ما مضى لم يصدق الا ببينة اهـ

﴿ المادة ٩٩٥ ﴾ حقوق الناس التي هي على المحجور تؤدى من ماله
﴿ المادة ٩٩٦ ﴾ اذا استقرض السفيه المحجور نقوداً وصرفها في
نفقته فان كان قد انفقها بالمعروف اداها الحاكم من ماله وان كان قد انفق
اكثر من القدر المعروف فانه يؤدى مقدار نفقته ويبطل ما زاد عنها
ولو استقرض السفيه مالا ليعطي صداق المرأة صح استقرضه فان لم يعط المرأة
وصرف المال في بعض حوائجها لا يؤخذ به لا في الحال ولا بعد البلوغ لان السفيه

المحجور بمنزلة الصبي والمجنون والصبي المحجور ليس من اهل الالتزام فلا يصح
التزامه (خانية)

﴿ المادة ٩٩٧ ﴾ اذا اكتسب السفيه المحجور صلاحاً فك الحاكم حجره
راجع المادة ٢٣ وهذا ظاهر في انه لا يرتفع الحجر بمجرد الصلاح والرشد بل
باطلاق القاضي وبه صرح في الدر المختار واذا ادعى السفيه الرشد وادعى خصمه
بقاءه على السفه فيبينة خصمه اولى (اشباه) قال طحطاوي وفي الظهيرية لو ان رجلاً
كان صالحاً ثم فسد فحجر عليه القاضي وكان انسان قد اشترى منه شيئاً فاختلف
المحجور والمشتري فقال المحجور اشتريته في حال الحجر وقال المشتري اشتريته منك
حال صلاحك فالقول للمحجور عليه والبينة لمدعي الصحة ولو اطلق عنه القاضي فقال
المشتري اشتريته بعد ما اطلق عنك وقال المحجور بل اشتريته في حال الحجر فالقول
للمحجور عليه . نقله في الهندية فافاد ان القول للمحجور عليه في الصورتين ومن القواعد
ان بينة الصحة مقدمة على بينة الفساد فافي الاشياء لم يوافق المنقول وافاد محشيها
الشيخ صالح بحثاً تفصيلاً في المقام حاصله ان الخلاف بين الخصمين اذا كان بعد الحجر
ينبغي تقديم بينة الرشد لانها تثبت خلاف الظاهر اذ الظاهر بقاء ما كان على ما كان
عليه فكانت بينة الرشد اكثر اثباتاً والبيئات شرعت للاثبات واما اذا كان قبل الحجر
فالظاهر الرشد وبينة السفه تثبت خلافه والبينة ان تثبت خلاف الظاهر

الفصل الرابع

في المديون المحجور

﴿ المادة ٩٩٨ ﴾ لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في اداء دينه
مع قدرته على الوفاء وطلب الغرماء بيع ماله وتادية دينه حجره الحاكم
لثلاثين يوماً ماله بطريق المواضعة فيضر بفرمائه ولكنه يشترط للحجر اولاً طلب
الغرماء فليس للحاكم ان يحجره عفواً — ثانياً ان يكون الدين محكوماً به فمحجور
دعوى الغرماء لا يكفي (هندية) . اما الاشهاد اي اعلان الحجر فليس بشرط لصحته

وانما يفعله القاضي خوفاً من الجحود (خافية) . وكذا ملاة المديون ليست بشرط ايضاً كما توهم عبارة المتن لجواز حجر المفلس كما سيأتي في المادة الآتية هذا من الجنس الثاني واذا امتنع عن بيع ماله وتأدية الدين باعه الحاكم وادى دينه فيبدأ بما يبيعه اهون في حق المديون فيقدم النقود اولاً فان لم تفِ والعروض وان لم تفِ العروض ايضاً فالعقار

وقال بعضهم يبدأ بما يخشى عليه التوى من عروضه ثم بما لا يخشى عليه ثم بالعقار . والحاصل انه يبيع ما كان انظر له لان القاضي نصب ناظراً فينبغي له ان ينظر للمدين كما ينظر للمدين (جمع الانهر) . ثم انه اذا باع القاضي مال المديون او امر امينه يبيعه فباعه فضاع الثمن عند القاضي او عند امينه واستحق المال او ضاع قبل تسليمه للمشتري لم يضمن القاضي ولا امينه لان امين القاضي كالقاضي والقاضي كالامام وكل منهم لا يضمن بل ولا يحلف ويرجع المشتري بالثمن الذي اداه على الغرماء لتعذر الرجوع على العاقد ولو باع وصي الميت او وصي القاضي مال الميت لاجل الغرماء بامر القاضي او بلا امره فاستحق المبيع او هلك قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه وهو يرجع على الغرماء لانه عامل لهم ولو ظهر بعد ذلك للميت مال رجع الغرماء فيه بدنيهم لا بما ضمنوا وهو ثمن المبيع على الاصح اهـ ملخصاً عن الدر المختار ورد المختار . وفي الهندية واذا باع القاضي مال المديون لقضاء ديونه او امر امينه بالبيع فان عهدة البيع على المطلوب لا على القاضي وامينه والعهدة هي ان المبيع لو استحق فان المشتري يرجع بالثمن على المديون لا على القاضي وامينه اهـ . وفيها ويبيع القاضي ما لا يحتاج اليه المديون في الحال فيبيع البد في الصيف والنطع في الشتاء ويبيع الكانون من الحديد ويتخذ من الطين اهـ . وفي التنوير ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة لعدم ملكهم اذ الدين لغيرهم اهـ . وفي جامع الفصولين وللوصي ايضاً بيع التركة المستغرقة لو بقيتها وليس للغرماء ابطاله اهـ

المادة ٩٩٩ * المديون المفلس وهو من كان دينه مساوياً لماله او ازيد منه اذا خاف غرماؤه ان يضيع ماله بالتجارة او ان يخفيه او يجعله

باسم غيره وراجعوا الحاكم طالين حجره عن التصرف في ماله او عن اقراره يدين لا آخر حجره الحاكم

مغاده اذا لم يكن المديون مفلساً لا يجوز حجره وهذا موافق لما في الدر المنتقى ونهه ويشترط لصحة الحجر عندها القضا بالافلاس ثم الحجر بناء عليه اهـ . ولكن صرح في المادة السابقة بجواز الحجر على المديون ولو كان ملياً فتنبه به صرح في نتائج الافكار وباع امواله وقسمها بين الغرماء ولكن يترك له من الالبسة ثوباً او ثوبين وان كان للمديون ثياب ثمينه وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة واعطى باقيه للغرماء وكذلك اذا كان له دار وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المديون واعطى باقي الثمن للغرماء

هذا ظاهر في انه لا يباع على المديون بيت سكنه اذا كان لا يمكن ان يجتزى بما دونه وبه افق في الحامدية ونقل في رد المختار عن الرحمتي ما يؤيده حيث قال ولا يكلف المديون ان يسكن بالاجرة اهـ . وهذا اذا كان المديون حياً اما لو مات فباع بيته في كل حال لان حق الغرماء مقدم على الارث كما في عامة الكتب . واذا اثبت المديون ان البيت الذي حجز عليه انما هو بيت سكنه فلا يجوز ان يحكم بفك الحجر بل يلزم ان يحقق عما اذا كان يمكن الاكتفاء بما دون هذا البيت ام لا ثم يحكم وفقاً للنتيجة التي تظهر وبذلك قرار من محكمة التمييز مؤرخ في ٥ تشرين الثاني ٢٩٩ ج . م . عد ٢٣٨ . وفي رد المختار لو كان عند المديون عقارات وقف سلطاني زائدة على سكنه او صدقات في الدفاتر السلطانية لا يؤمر ببيعها كما افق به غير واحد من العلماء اهـ . وفي تنقيح الحامدية ولو كان المديون المفلس معتملاً ويفضل عنه وعن نفقة عياله شيء يصرفه الى دينه فللدائن ان يأخذ فضل كسبه وقال في محل اخر بان ليس للدائن ان يأخذ جميع كسبه بل ما يفضل عن نفقته ونفقة عياله اهـ . وفيها اذا كان للمديون قدر استحقاق في وقف اهلي فهل يوزع ما يفضل من قدر استحقاقه عن نفقته بين ارباب الديون بحسب ديونهم الجواب نعم

المادة ١٠٠٠ * ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته

في مدة الحجر من ماله

لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرماء (جمع الانهر) ويراد بالنفقة ما يكفيه بدون تقدير فلا ينبغي للقاضي ان يضيق عليه في نفقته . قال في الخانية المحبوس بالدين اذا كان يسرف في اتخاذ الطعام بمنحه القاضي عن الاسراف ويقدر له المعروف والكفاف وكذلك في الثياب يقتصد فيها وبأمر بالوسط ولا يضيق عليه في ما كوله ومشروبه وملبوسه اهـ

المادة ١٠٠١ * الحجر للدين يوثر في مال المديون الذي كان

موجوداً في وقت الحجر فقط ولا يوثر في المال الذي تملكه بعد الحجر بخلاف الحجر بالسفه فانه يوثر في المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده كما مر في المادة ٩٩٤ . والفرق ان حجر المديون لحق الغرماء وحقهم تعلق بماله وقت الحجر لا بما يحدث بعده لانه لم يكن موجوداً (رد مختار)

المادة ١٠٠٢ * الحجر يوثر في كل ما يؤدي الى ابطال حق

الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بانقص من ثمن مثله

ولو كان النقصان يسيراً (عناية) ويؤيده اطلاق المتن . اما ان باع بمثل القيمة فيجوز بيعه (خانية) . وفي رد المختار ثم اذا صح الحجر بالدين صار المحجور كمرئى عليه ديون الصحة فكل تصرف ادى الى ابطال حق الغرماء فالحجر يوثر فيه كالهبة والصدقة واما البيع فان بمثل القيمة جاز وان بغبن فلا ويجوز المشتري بين ازالة الغبن وبين الفسخ كبيع المريض اهـ . وفي الخانية لو باع المحجور شيئاً من عقاره او عروضه من الغريم الذي حجر لاجله ليصير الثمن قصاصاً بدينه جاز بيعه اذا كان الغريم واحداً فان كان اثنين وكان قد حجر بدينها جاز بيعه من احدهما لو بمثل القيمة كما لو باع من اجنبي ولكن لا يصير كل الثمن قصاصاً بدين هذا المشتري لان فيه اضرار بعض الغرماء على البعض ولكن الثمن يكون بين الغرماء بالحصص ولو حجر القاضي بدين على رجل لقوم لهم ديون مختلفة فقتضى المحجور دين بعضهم شاركهم الباقيون فيما قبضوا فيسلم لهم حصتهم ويدفعون ما زاد على حصتهم الى غيرهم من الغرماء اهـ بتصرف .

وعلى هذا لا تعتبر عقود المديون المفلس وتبرعاته وسائر تصرفاته

المضرة بحقوق الغرماء في حق امواله الموجودة وقت الحجر

ولكن لو استهلك مال انسان وثبت ذلك بغير اقراره يلزمه ضمانه من ماله الموجود وقت الحجر اذ لا حجر في الفعل وهو مشاهد فتنتفي التهمة فيخلص المالك الغريم الذي حجر لاجله . وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها يلزم اداء المهر من ماله الموجود وقت الحجر واما اذا زاد المهر على مهر المثل فقدر مهر المثل يظهر في حق الغريم الذي حجر لاجله فتخاصه المرأة في ذلك وما زاد على مهر المثل لا يظهر في حق الغريم بل يظهر في المال الذي حدث للمحجور بعد الحجر (خانية ملخصاً)

ولكن تعتبر في حق امواله التي اكتسبها بعد الحجر ولو اقر لا آخر

بدين لا يعتبر اقراره في حق امواله التي كانت موجودة في وقت الحجر لانه لما حجر للغرماء تعلق حقهم بما في يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغريم مع ان الاقرار امر مشاهد فيجتمعل ان يكون كاذباً ولكن ينفذ اقراره على نفسه (جمع الانهر) اما لو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بشهادة الشهود بان شهدوا على الاستقراض والشرا بمثل القيمة فللغريم حينئذ ان يزاحم الغرماء نص عليه في الدر المختار وغيره

ولكنه يعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديوناً بادائها في ذلك الوقت

وايضاً ينفذ اقراره في ما يكتسبه بعد الحجر ويقضى دينه منه

لعدم تعاق حق الغرماء به لانه لم يكن موجوداً وقت الحجر

نقطة : لو باع المحجور ماله من احد واجاز القاضي بيعه ولم ينفذ المشتري عن دفع الثمن له جاز دفعه ولا شيء على المشتري لان اجازة البيع اجازة لدفع الثمن كالوكيل بالبيع فانه وكيل بقبض الثمن ولكن لو نفى القاضي المشتري عن دفع الثمن الى المحجور فدفعه وهلك يضمن المشتري الثمن للقاضي لانه لما نهاه صار حق القبض للقاضي فاذا دفعه للمحجور عليه بعد ذلك صار كانه دفعه الى اجنبي ولا خيار للمشتري في ذلك لانه ضيع ماله بالدفع اليه بعد ما نهاه القاضي فلا يستحق بسببه تخفيفاً ولا خياراً (طحطاوي ملخصاً)

الباب الثاني

في المسائل التي تتعلق بالاكراه

﴿ المادة ١٠٠٣ ﴾ يشترط ان يكون المجهبر مقتدرًا على ايقاع تهديده فاذا خوف الزوج زوجته بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح الهبة ان قدر الزوج على الضرب (تنوير) وذلك لان الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه قال في الدر المختار لو منع زوجته المريضة عن المسير الى ابويها الا ان تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة لانها كالمكره . قلت ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى وهي زوج بنته البكر من رجل فلما ارادت الزفاف منعها الاب الا ان تشهد عليها انها استوفت منه ميراث امها فافترت ثم اذن لها بانزفاف فلا يصح اقرارها لكونها في معنى المكره وبه افق ابو السعود اه ، قلت وبه افق ايضا الخبير الرملي ثم قال وانت تعلم ان البيع والشراء والاجارة كالاقرار والهبة وان كل من يقدر على المنع من الاوليا حكمه حكم الاب للعلة الشاملة فليس الاب قيدا وكذلك البكارة ليست قيدا كما هو مشاهد في ديارنا من اخذ مهرهن كرها عليهن اه

فلا عبرة من ثم لا اكراه من لم يكن قادرا على ايقاع تهديده واجرائه ﴿ المادة ١٠٠٤ ﴾ يشترط خوف المكره من وقوع المكره به يعني يشترط حصول ظن غالب عند المكره باجراء المكره به ان لم يفعل المكره عليه

فائدة : لو اكراه احد على اخذ مال غيره او على قبول الوديعة او الهبة فالضمان على الامر ولا يضمن المكره ما اخذه اذا نوي وقت الاخذ رده على صاحبه وان اختلف المالك والمكره في ذلك فالقول للمكره مع يمينه لانكاره الضمان (تنوير وخانية)

﴿ المادة ١٠٠٥ ﴾ ان فعل المكره المكره عليه في حضور المجهبر او عونه كان الاكراه معتبرا ، اما اذا فعله في غياب المجهبر او عونه فلا يعتبر

لانه يكون قد فعله طوعا بعد زوال الاكراه . مثلاً لو اكراه واحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجهبر وعونه فلا يعتبر الاكراه ويكون البيع صحيحا ومعتبرا وذلك لزوال القدرة على ايقاع الفعل بالبعد ، نعم انه يخاف عوده ولكن لا يتحقق به الاكراه (رد مختار)

﴿ المادة ١٠٠٦ ﴾ لا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه المعتبر ولا الشراء والايجار والهبة والفراغ والصلح عن مال والاقرار والابراء وتاجيل الدين واسقاط الشفعة ملجئا كان الاكراه او غير ملجئ

بل لتوقف كل هذه التصرفات على اجازة المكره بعد زوال الاكراه لان الاصل ان تصرفات المكره القولية سواء كان مكرها بالملجئ او بغيره تنعقد كما في البيوع الفاسدة (درر) وحيثئذ فالخيار للمكره ان شاء امضى العقد وان شاء فسخ ولا يبطال حق الفسخ بموت المشتري ولا بموت المكره بل تقوم ورثة كل منهما مقامه ولا يبطال ايضا بالزيادة المنفصلة سواء كانت متولدة كالثمرة اولا كالارش ولا بالزيادة المتولدة كالسمن (رد مختار) وتضمن الزيادة المنفصلة بالتعدي لابدونه (رد مختار) كما في البيع الفاسد غير ان هذا يخالف البيع الفاسد في ثلاث صور الاولى انه يجوز بالاجارة القولية والفعلية (تنوير) بخلاف غيره من البيوع الفاسدة اذ لا يجوز وان اجازته العاقدان لان الفساد لحق الشرع (رد مختار) الثانية ان المكره ينقض تصرف المشتري منه (تنوير) وان تداولت الايدي المبيع (رد مختار) لان الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع (طحطاوي) الثالثة ان الثمن فيما اذا كان المكره بائعا او المبيع فيما اذا كان مشتريا امانة في يد المكره اشباه لقبضه باذن الاخر فلا ضمان عليه بلا تعدي بخلافه في البيع الفاسد (در مختار)

ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه صح

سواء كانت الاجازة قولية او فعلية كما لو باع مكرها وسلم المبيع طوعا او قبض ثمنه طوعا فانه ينفذ البيع لوجود الرضا بخلاف ما لو وهب مكرها وسلم طائعا (ملتقى)

فانه لا يكون اجازة لان غرض المكروه انما هو استحقاق الموهوب لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلاً في الاكراه والاكراه في البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن التسليم فيه داخلاً في الاكراه فافترقا (مجمع الانهر) وفي الهندية ادعى انه كان مكرهاً على البيع واراد استرداد البيع لا تسمع دعواه ما لم يدع انه كان مكرهاً على التسليم اه وفي التنوير ولو اكره رجلاً على بيع ما له من آخر وهلك المبيع في يد المشتري فللبائع المكروه ان يضمن ايأ شاء من المكروه والمشتري فان ضمن المكروه رجع على المشتري بقيمته وان لم يضمن ففقد كل شراء بعده ولا ينفذ ما قبله اي قبل الضمان لعدم دخوله في ملك غيره قبل التضمن حتى يملكه (مجمع الانهر) بخلاف ما اذا اجاز المالك احد البياعات فيما لو تداولته الايدي حيث يجوز الجميع وياخذ الثمن من المشتري الاول (در مختار) وذلك لان البيع كان موجوداً والمانع من النفوذ حق المكروه وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل واما اذا ضمن المكروه المشتري فانه لم يسقط حقه لان اخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون اخذ الثمن استرداداً للبائع بل اجازة فافترقا (رد مختار)

المادة ١٠٠٧ * كما ان الاكراه الملجيء يكون معتبراً في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة فهو معتبر ايضاً في التصرفات الفعلية واما الاكراه غير الملجيء فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا عبرة له في التصرفات الفعلية. وعلى هذا لو قال واحد لآخر اتلف مال فلان والا قتلتك او قطعت احد اعضائك ففعل كان الاكراه معتبراً والضمان على المجبر فقط. اما لو قال اتلف مال فلان والا اضربك او احبسك فاتلف ذلك المالم فلا يكون الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط

فروع: اكره على البيع فوهب كان جائزاً وكذا لو اكره على الاقرار بالف فوهبها له كان جائزاً. اكره على هبة الدار لرجل فتصدق بها عليه او اكره على التصديق فوهبها له وهو ذو رحم محرم منه او اجنبي يجوز لان الهبة غير الصدقة ولو اكره على الهبة والتسليم فوهبه على عوض وثقابضاً كان جائزاً ولو اكره على هبة على عوض فباعه

وثقابضاً كان باطلاً. وكذلك لو اكرهه على البيع والتقابض فوهبه على عوض وثقابضاً ولو اكرهه على الهبة والتسليم فموضه الموهوب له فقبله بغير اكراه كان هذا اجازة اه عن الهندية

الباب الثالث

في الشفعة وينقسم الى اربعة فصول

الفصل الاول

في مراتب الشفعة

تمهيد: لقد تقدم في المادة ٩٥٠ وشرحنا ان الشفعة تملك العقار جبراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن. والان نقول ان الثمن لو كان مثلياً فعلى الشفيع مثله وان قيمياً فقيمه يوم الشراء لا وقت الاخذ بالشفعة، فلو بيع عقار بعقار وكان لكل من العقارين شفعيع ياخذ كل من الشفيعين العقار الواقع بشفعته بقيمة العقار الاخر. ولو كان الثمن مؤجلاً فلا يظهر التاجيل في حق الشفيع، لان الاجل ثبت للمشتري بالشرط ولا شرط بين الشفيع والبائع فياخذ الشفيع ثمن حال الا انه لو اخذ الشفعة من البائع سقط الثمن عن المشتري لان البيع انفسخ في حقه وان اخذ من المشتري رجع البائع على المشتري بثلث مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فلا يتعجل الثمن على المشتري (رد مختار) ولو سكك الشفيع عن الطلب وصبر حتى يطلب عند حلول الاجل بطلت شفيعته (ملتقى) لان حقه قد ثبت ولذا كان له ان ياخذ بثلث حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (مجمع الانهر) ولكن للشفيع ان يطلب طلب المواثبة والاشهاد في الحال وبأخذ بعد الاجل (تنوير). اقول ولا شك ان هذا مبني على القول المقتضى به قبل صدور المجلة من ان الشفيع لو اخر طلب التملك مطلقاً بعذر او بدونه شهراً او اكثر لا تبطل شفيعته حتى يسقطها بلسان خلاقاً لمحمد ولكن سياقي في المادة ١٠٣٤ ترجيح قول محمد من ان الشفيع لو اخر طلب التملك بعد الاشهاد شهراً بلا عذر شرعي يسقط حق شفيعته. وهذا صريح في انه لو كان الاجل اكثر من شهر من بعد طلب الاشهاد واخر الشفيع طلب التملك ليأخذ بعد حلول الاجل

تسقط شفعتها كما لا يخفى لادنى تأمل. ثم انه اذا اختلف الشفع والمشتري في جنس الثمن او قدره بان ادعى الاول ثمناً وادعى الثاني أكثر منه، او ادعى الاول ان الثمن دراهم وقال الآخر انه دنانير، فان كان ذلك قبل نقد الثمن للبائع فالقول للبائع بلا يمن ولا يلتفت لقول المشتري فياخذها الشفع بما قال البائع (هندية) لانه ان كان الثمن كما قال فالامر ظاهر والا فهو حط والحط يظهر في حق الشفع (طحاوي)، وان كان ذلك بعد نقد الثمن فالقول للمشتري يمينه لان الشفع يدعي استحقاق المبيع عند نقد الاقل وهو ينكر، وان برهاناً فالشفع احق (تنوير) لان يمينه ملزمة للمشتري بخلاف بينة المشتري لان الشفع مخير والبيئات للالزام فالأخذ بيمينته أولى. ولو اشترى داراً لطفله واراد الشفع اخذها بالشفعة واختلفا في الثمن كان القول للاب بدون يمين لان فائدة الاستحلاف الاقرار ولو اقر الاب بما ادعى الشفع لا يصح اقراره على الصغير (خانية) واذا حط البائع بعض الثمن عن المشتري يظهر الحط في حق الشفع سواء كان قبل قبض الثمن او بعده (جمع الانهر) لما مر في المادة ٢٦٠ من ان الحط يلتحق باصل العقد فياخذ الشفع بالباقي او يرجع على المشتري بالزيادة لو كان قد اوفاه الثمن (رد مختار) وكذا هبة بعض الثمن الا اذا كان بعد قبضه فلا تظهر في حق الشفع (اشباه) لانها هبة مبتدأة فكأنه وهبه مالاً آخر، وان حط البائع كل الثمن ياخذ الشفع بالكل اي بكل الثمن المسمى لان حط الكل لا يظهر في حق الشفع. ولو حط النصف ثم النصف ياخذ بالنصف الاخير (ملتقى) لانه لما حط النصف الاول التحق باصل العقد فوجب عليه النصف فلما حط النصف الاخر كان حطاً للجميع فلا يظهر في حق الشفع كما تقدم (جمع الانهر) وكذا الزيادة في الثمن لا تظهر ايضاً في حقه وان التحقت باصل العقد كما مر في المادة المذكورة لان الشفع استحق اخذ المبيع بالثمن المسمى قبل الزيادة فلا يملك العاقدان ابطال حقه الثابت له (درر) بخلاف الزيادة في المبيع فتظهر في حق الشفع. ولكن هل ياخذ الزيادة مع المبيع؟ قال في رد المحتار توقف فيه بعضهم ثم رأيت في النهاية قال ياخذ الدار بحصتها من الثمن اه ولا يخالفه ما في الجمع الملكي باع عقاراً مع العبيد والدواب ثبتت الشفعة في الكل تبعاً للعقار اه لان المراد به الارض والحراثون والة الحراثة فتتحقق التبعية لوجود ما هو المقصود من الارض ولهذا صح الوقف فيها تبعاً بخلاف الجارية او المتاع مع الدار اه

ولو قضى القاضي بالشفعة للشفع بأكثر من الثمن الذي اشترى به المشتري ورضي

به الشفع لا يجوز (طحاوي) وفي الخانية الوكيل بالبيع اذا باع الدار بالف ثم حط عن المشتري مائة من الثمن صح ويضمن قدر المحطوط للموكل ويبرأ المشتري عن المائة وياخذ الشفع الدار بجميع الثمن لان حط الوكيل لا يلتحق باصل العقد اه

واذا قضى للشفع بالشفعة فادى الثمن ثم استحق المبيع فان كان قد نقد الثمن للبائع فالعهد على البائع، وان كان قد ادى الثمن الى المشتري فالعهد على المشتري يرجع عليه بالثمن الذي اداه اليه (ناتر خانية) ولو كان الشفع قد بنى او غرس في المبيع ثم استحق منه فلا يرجع بقيعة الغرس والبناء على احد لانه ليس بمغور لكونه اخذ المبيع بالشفعة جبراً على المشتري (اشباه) وفي الهندية ولو اشترى داراً بالف فزاد في الثمن الفأ فعمل الشفع بالفين ولم يعلم بالالف فان اخذ بالفين بقضا بطلت الزيادة ولا يلزمه الا الف وان اخذها برضا كان الاخذ بمنزلة شراء مبتدأ فلم يبق حق الشفعة اه

﴿المادة ١٠٠٨﴾ اسباب الشفعة ثلاثة: الاول ان يكون مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك اثنين في عقار شائعاً. الثاني ان يكون خليطاً في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص الذي لا ينفذ راجع المادة ٩٥٦ والمراد بعدم النفاذ ان يكون الطريق بحيث يمنع اهله من ان يستطرقه غيرهم، فلو فيه مسجد فنافذ حكماً اذا كان مسجد خصة (رد مختار) ويراد بالشرب الخاص الشرب من نهر صغير وهو على ماسياً في الفقرة الثانية من المادة ١٢٣٩ الذي يتفرق ماؤه وينقسم الى اراضي اشخاص معدودة ويحى بانتهائه الى آخر اراضيهم ولا ينفذ الى مفازة

انبيه: للشريك في حق الشرب الشفعة ولو كانت ارض النهر لغيره او كان الماء منقطعاً وقت البيع وهذا على قول محمد. وقال ابو حنيفة لا شفعة له كما في العلو المنهدم انظر شرح المادة ١٠١١ وظاهر ما في الخانية ترجيح قول محمد

مثلاً اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص كان اصحاب الرياض الاخر كلهم شفعاء ملاصقاً كان جوارهم او لم يكن. وكذا لو بيعت دارها باب على طريق خاص كان اصحاب سائر البيوت

التي تفتح ابوابها على ذلك الطريق كلهم شفعاء سواء كان جوارهم ملاصقاً
او لم يكن. اما اذا بيعت احدى الرياض التي تسقى من نهر يتنفع منه العموم
او احدى الدور التي لها باب على الطريق العام فليس لاصحاب الرياض
الاخر التي تسقى من ذلك النهر او لاصحاب الدور الاخرى التي لها ابواب
على الطريق العام حق الشفعة

اما لو كانت بعض الارض تسقى من خرق متشعب من ذلك النهر فذلك كالاشتراك
فيه الشرب الخاص (هندية)

الثالث ان يكون جاراً ملاصقاً للعقار المبيع

لا فاصل بين ملكه وبين المبيع اذ لو كان بينهما طريق نافذ فلا شفعة له وان قربت
الابواب لان الطريق الفارقة تزيل الضرر (بزازية) قال طحطاوي واطلق في الجار
فشمئ المتعدد، فلو كان احدهما ملاصقاً من جانب واحد والاخر ملاصقاً من ثلاثة
جوانب فهما سواء اه ثم اعلم ان هذه الاسباب هي اسباب الاخذ بالشفعة. اما سبب
مشروعيتها فدفع الضرر اي ضرر المشتري عن الشفيع بسبب سوء المعاشرة والمعاملة
من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب
(جمع الانهر) ولا يقال ان ما ذكر ضرر موهوم والاخذ من المشتري ضرر محقق به
لانا نقول هو غالب فيرفع قبل وقوعه والا فربما لا يمكن رفعه (رد مختار)

المادة ١٠٠٩ * حق الشفعة اولاً للشارك في نفس المبيع، ثانياً
للخليفة في حق المبيع، ثالثاً للجار الملاصق، وما دام الاول طالباً ليس للآخرين
حق الشفعة وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة

فلو كان بينهما منزل في دار لقوم فباع احدهما نصيبه منه فشريكة فيه احق ثم
الشركا في الدار لانهم اقرب، ثم الشركا في السكة، ثم الجار الملاصق لان الشفعة لدفع
الضرر الدائم. فكما كان اخص اتصالاً كان اخص بالضرر فكان احق بها الا اذا سلم
(طحطاوي ملخصاً)

المادة ١٠١٠ * اذا لم يكن مشارك في نفس المبيع، او كان مشارك
وترك شفخته كان حق الشفعة للخليف في حق المبيع ان كان ثم خليف،
وان لم يكن او كان واسقط حقه كانت الشفعة في هذه الحال للجار الملاصق
هذا اذا كان الخليف اسقط حقه قبل القضا، اما لو اسقطه بعده فلا شفعة
لجار (هندية)

مثلاً اذا باع واحد عقاراً يملكه بالاستقلال، او باع حصته الشائعة
في العقار المشترك وترك المشارك حق شفخته كان حق الشفعة للخليف في
حق الشرب الخاص او الطريق الخاص ان كان هناك خليف، وان لم يكن
او كان واسقط حق شفخته كان حق الشفعة في الحالين للجار الملاصق

الا انها لا تثبت للجار الا اذا طلبها حين سماع المبيع وان لم يكن له حق الاخذ
في الحال، اما اذا لم يطلب حتى سلم الشريك فلا شفعة له (رد مختار)

المادة ١٠١١ * اذا كان العلو من البناء ملك واحد والسفل ملك
غيره عدداً احدهما للآخر جاراً ملاصقاً

هذا اذا لم يكن طريق العلو في السفل. قال طحطاوي: فان كانت طريقه في السفل
فالشفعة بسبب الشركة في الطريق، وان في السكة العظمى فبسبب الجوار اه. وان لم
ياخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو فعلى قول ابي يوسف بطلت
الشفعة لان الجوار بالاتصال وقد زال كما لو باع التي يشفع بها قبل الاخذ، وعلى قول
محمد تجب لانها ليست بسبب البناء بل بالقرار وحق القرار باق. وان كانت ثلاثة ايات
بعضها فوق بعض وباب كل الى السكة فيبيع الاوسط تثبت للاعلى والاسفل، وان
يباع الاسفل او الاعلى فالاوسط اولى (رد مختار) وفيه ثم انه انما تجري الشفعة في
العلو مع انه ليس عقاراً لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار اذ حق التعلي يبق على
الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار (زيلعي) وظاهره ترجيح قول محمد
المار اه. وفي الهندية لو كان السفل لرجل والعلو لآخر فبيعت دار بجنبها فالشفعة لهما اه

﴿المادة ١٠١٢﴾ المشارك في حائط الدار هو في حكم المشارك في

نفس الدار

فيقدم على الشريك في حقوق المبيع وعلى الجار الملاصق . ولكن هذا محله فيما لو كان البنا والمحل الذي عليه البنا مشتركاً ، اما لو كانت الشركة في البنا فقط فلا شفعة له لان الشركة في البنا المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة (در منتقى)

اما اذا لم يكن مشاركاً في الحائط ولكن كانت اخشاب سقفه ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكاً وخليطاً بمجرد وضع رؤوس اخشاب سقفه على حائط جاره

وكذا لو كان شريكاً في خشبة على الحائط لا يعد شريكاً وخليطاً بل جاراً ملاصقاً (تنوير) وفي الحانية رجل له دار فيها مقاصير باع منها مقصورة معينة او طائفة معلومة وللدار جار على جانب واحد منهما كان لهذا الجار الشفعة ، وان لم يكن جاراً لتلك المقصورة ولا لتلك الطائفة لان المبيع من جملة الدار فكان جار الدار جاراً للمبيع ولو ان الشفيع سلم شفيعته ثم ان المشتري باع تلك المقصورة لم يكن لجار الدار شفعة في المقصورة اذا لم يكن هو جاراً لتلك المقصورة ، لان المقصورة بعد بيعها لم تبقى من اجزاء الدار

﴿المادة ١٠١٣﴾ اذا تعدد الشفعاء فالعبرة بعدد الرؤوس لا بالمقدار

السهم . يعني لا اعتبار لمقدار الحصص

وذلك لانهم استووا في سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل في حق كل منهم ، حتى لو انفرد واحد اخذ الكل . والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم (طحطاوي) وشمل ما لو كان المشتري احدهم وطالب معهم فيحسب واحداً منهم ويقسم المبيع بينهم (رد مختار)

مثلاً لو كان نصف الدار لواحد وثلاثها لواحد وسدسها لآخر فباع صاحب النصف حصته لآخر وطالب الاخران بالشفعة ، يقسم النصف

بينهما مناصفة ، وليس لصاحب الثلث ان يأخذ بالنظر لحصته اكثر من حصة الاخر

﴿المادة ١٠١٤﴾ اذا اجتمع صنفان من الخلطاً يقدم الاخص على الاعم

لان الشفعة لدفع الضرر الدائم فكما كان اخص اتصالاً كان اخص بالضرر فيكون احق بها

مثلاً لو كان لرياض حق الشرب من خرق احدث من النهر الصغير فبيعت روضة منها مع شربها فيقدم ويرجع الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق . اما لو بيعت احدى الرياض التي لها حق الشرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تتم من له حق الشرب في النهر ومن له حق الشرب في خرقة . كما انه اذا بيعت دار بابها في زقاق غير نافذ متشعب من زقاق آخر غير نافذ فلا شفعة الا لمن كان باب داره في المتشعب . اما اذا بيعت دار بابها في الزقاق المتشعب منه فالشفعة لمن له حق المرور في الزقاق المتشعب والمتشعب منه

قال في الحانية دار بيعت ولها بابان في سكتين فان كانت هذه الدار منذ القديم دارين باب احدهما في سكة غير نافذة وباب الاخرى في السكة الاخرى مثلها فاشترها رجل ورفع الحائط من بين الدارين حتى صارتا داراً واحدة فلاهل كل سكة ان يأخذ الجانب الذي كان بابه في تلك السكة وان كانت هذه الدار المبيعة في الاصل واحدة ولها بابان كانت الشفعة لاهل السكتين في جميع الدار بالسوية وانما يعتبر في هذا القديم دون الحادث اهـ

﴿المادة ١٠١٥﴾ اذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط

ولم يبع حق شربها فليس للخطا في حق شربه شفعة. وليُقَسَّ الطريق الخاص على هذا

﴿ المادة ١٠١٦ ﴾ حق الشرب مقدم على حق الطريق. فلو بيعت روضة لها خليط في حق الشرب الخاص وخليط في طريقها الخاص فيقدم ويرجع صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق وصاحب الطريق اولى من صاحب مسيل الماء اذا لم يكن موضع المسيل ملكاً له. وصورة هذا اذا بيعت دار ورجل فيها طريق والآخر فيها مسيل ماء، فصاحب الطريق اولى من صاحب المسيل (هندية) وفي الخانية رجل له نصيب في نهر فهو احق بالشفعة ممن يجري النهر في ارضه اهـ

الفصل الثاني

في شرائط الشفعة

﴿ المادة ١٠١٧ ﴾ يشترط ان يكون المشفوع ملكاً عقارياً سواء كان قابلاً للقسمه او لا، فنثبت الشفعة في بيت الرحي والبئر والحمام (در مختار)

بناءً عليه لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات

كالبناء والاشجار الا اذا بيعت تبعاً للارض كما سيأتي في المادة ١٠٢٠

وعقار الوقف والاراضي الاميرية

بخلاف الاراضي العشرية والخراجية لان ذلك لا ينافي الملك كما حققه الخبير الرمي في فتاواه. ثم قال ففي كثير من الكتب ارض الخراج والعشر مملوكة يجوز بيعها وابقاها وتورث فثبت فيها الشفعة، بخلاف الاراضي السلطانية التي تدفع مزارعة فانها لا تباع فلا شفعة فيها. فلو ادعى واضع اليد ان الارض ملكه وانه يؤدي خراجها فالقول له، وعلى من نازعه في الملكية البرهان ان صحت دعواه عليه اهـ. ولحكمه

التمييز قرار مؤرخ في ٢٢ اغسطس ٣٠٨ مؤداه ا.هـ لما كانت الشفعة لا تجري الا في الاراضي المملوكة كان من الواجب ان يبحث في بادي الامر عن نوع الاراضي المطلوبة بالشفعة هل هي مملكة او موقوفة او اميرية، فان تبين انها من الاراضي المملوكة فيجب ان يسأل الشفيع بأي تاريخ طلب الشفعة وباية صورة طلب طلي المواثبة والاشهاد لانه يلزم ان يثبت انه اتم شرائط الشفعة كلها (ج. ٢٠٠٤٧٩٧)

﴿ المادة ١٠١٨ ﴾ يشترط ان يكون المشفوع به ملكاً ايضاً وان يكون مملوكاً للشفيع وقت عقد البيع. فلو اوصي لرجل بدار ولم يعلم حتى بيعت دار بجنيها ثم قبل الوصية فلا شفعة له (لانه حين البيع لم يكن قد تملك الدار المشفوع بها اذ لا يملكها الا بقبوله الوصية) اما لو مات قبل ان يعلم بالوصية ثم بيعت الدار بجنيها فادعى الورثة شفعتها فلم ذلك لان موته صار بمنزلة قبوله (هندية بزيادة ما بين القوسين) ويشترط ايضاً ان يبقى الشفيع مالكا للمشفوع به حتى يملك المشفوع بالقضا او الرضا وسياً في توضيحه في المادة ١٠٣٩ وشرحها

فلو بيع ملك عقاري فلا شفعة فيه لمتولي عقار الوقف المتصل به ولا للتصرف به

لان لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار اذ لا مال له. قال في رد المحتار عن حاشية النج ان الوقف منه ما لا يملك بحال فلا شفعة فيه لعدم صحة بيعه ولا له اي لا لقيمه ولا للوقوف عليه لعدم المالك، ومنه ما قد يملك كما اذا كان غير محكوم به فلا شفعة له لعدم المالك بل فيه الشفعة اذا بيع لجواز البيع اهـ. والحاصل ان حق الشفعة يبنى على صحة البيع، فما لا يصح بيعه من الوقف بحال من الاحوال لا شفعة فيه، وما يصح بيعه بحال ففيه الشفعة. واما اذا بيع عقار بجواره او كان بعض المبيع ملكاً وبعضه وقفاً وبيع الملك فلا شفعة للوقف ولو كان مما يصح بيعه اذ لا مال له كما قد هنا

﴿ المادة ١٠١٩ ﴾ الاشجار والابنية المملوكة الواقعة في ارض

الوقف او الاراضي الاميرية هي في حكم المنقول لا تجري فيها الشفعة وذلك لان البناء فيها ذكر ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال

لما قالوا ان الارض المحتكرة اذا امتنع المحتكر من دفع اجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره . وكذا يقال في الاراضي السلطانية اذا امتنع عن دفع ما عينه السلطان (رد مختار) وفيه سئل عما اذا بيعت دار فيها ارض محتكرة فهل للجار الشفعة ؟ فاجبت بالنفي لم ارها صريحاً ولكن الظاهر ان له اخذ الدار سوى تلك القطعة وما عليها من البناء بشرط ان لا يكون جواره للدار المباعة بملاصقته لتلك القطعة اخذاً من قولهم باع ارضين صفقة واحدة ورجع شفيع لواحدة له اخذها فقط وما سياتي في الحيل من انه لو باع عقاراً الا ذراعاً في جانب الشفيع فلا شفعة لعدم الاتصال تأمل اهـ

المادة ١٠٢٠ * لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الاشجار

والابنية تجري الشفعة في الاشجار والابنية ايضاً تبعاً للارض

ليس المقصود ان تباع الاشجار والابنية قصداً اذ لو دخلت في البيع تبعاً بحكم المادة ٢٣٢ فالحكم كذلك وانما المقصود ان تباع مع الارض بعقد واحد اذ لو بيع البناء او الشجر وحده ثم بيعت الارض بعقد آخر فانشفعة في الارض فقط

اما اذا بيعت الاشجار والابنية فقط فلا تجري فيها الشفعة

الا اذا بيعت مع محلها القائمة فيه فيثبت الشفعة فيها لوجود حق القرار على الدوام (رد مختار) واما لو بيعت الاشجار والابنية مع حق القرار فلا شفعة فيها خلافاً لما فهمه ابن الكمال (در منتقى) وافاده الرمي تبعاً للبرازية وغيرها وايداه في الدر المختار وغيره واعتمده الطحاوي وغيره . ومثل البناء الثمر والزرع وآلة الحراثة، ان بيعت وحدها فلا شفعة فيها ، وان بيعت مع الارض ثبتت فيها الشفعة تبعاً (رد مختار)

المادة ١٠٢١ * الشفعة لا تثبت الا بعقد البيع

البات وما في معناه من المعاوضات المالية . فلو جمعت دار بدل صلح عن جنابة خطأ تجب فيها الشفعة . ولو ادعى حقاً على انسان فصالحه على دار للشفيع اخذها سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت لزعم المدعي انها عوض حقه فيؤخذ بزعمه . ولو ادعى عليه داراً فصالحه على دراهم فان كان عن اقرار تجب الشفعة لزعمه ملكها بعوض وان كان الصالح عن انكار او سكوت لا تجب الشفعة لزعمه في الصورة الاولى انها

لم تنزل عن ملكه ولزعمه في الصورة الثانية ان ما اعطاه من الدراهم انما هو لافتدائه يمينه (ملتقى وشرحه مجمع الانهر) ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي في اقامة الحجة فان اقام البينة ان الدار كانت للمدعي او حلف المدعي عليه فنكل فله الشفعة (هندية) وكذا تثبت الشفعة ايضاً فيما سلت شفيعته ثم رد بالاقالة او بخيار العيب بعد القبض بلا قضا لان الاقالة والرد بالعيب برضا وان كانا فسحاً في حق العاقدین لولا يتبهما على انفسهما ولكونهما قصداً الفسخ الا انها بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالتراضي والشفيع ثالث . الا انه يشترط في الاقالة ان تكون بلفظ الاقالة فلو بلفظ مفاسخة او متاركة او ترداد لا تكون بيعاً جديداً اتفاقاً . وقيدنا الرد بالعيب بكونه بعد القبض وبلا قضا اذ لو كان قبل القبض او بقضا فهو فسخ في حق الكل فلا تثبت فيه الشفعة كما لا تثبت ايضاً فيما سلت شفيعته ثم رد بخيار رؤية او شرط لان الرد بهما فسخ من كل وجه (رد مختار ملخصاً)

نقطة : اذا اخرج المشتري المبيع عن ملكه قبل اخذه بالشفعة لا يسقط بذلك حق الشفيع . قال في الهندية اشترى داراً بالف وباعها لآخر بالدين ثم حضر الشفيع واراد اخذها بالبيع الاول ، قال ابو يوسف ياخذها من ذي اليد بالف ويقال له اطلب بائعك بالف اخرى ، وعندهما يشترط حضرة المشتري الاول ، وان طلب بالبيع الثاني لا يشترط حضرة الاول اتفاقاً . ولو لم يعلم الشفيع بالبيع الاول فطلب الشفعة بالبيع الثاني واخذها بقضا او برضا ثم علم بالبيع الاول فليس له ان ينقض ما اخذه وبطلت شفيعته بالبيع الاول اهـ

المادة ١٠٢٢ * الهبة بشرط العوض في حكم البيع

اي اذا كان العوض مشروطاً في العقد . وصورته ان يقول وهبت هذا لك على ان تعوضني كذا . اما لو كانت الهبة بدون شرط العوض ثم عوضه بعدها فلا شفعة (خانية)

فلو وهب من آخر داره المملوكة بشرط العوض وسلمه اياها كان لجارها الملاصق حق الشفعة

الا انه لا يثبت له حق الطلب الا وقت التقابض من الجانبين ، فلو قبض احد العوضين فلا شفعة لان الهبة برأ ابتداء وبمنزلة البيع اذا اتصل بها القبض من الجانبين

(در مختار) حتى لو سلم الشفع شفعته بعد قبض احد العوضين فتسليمه باطل، فاذا قبض العوض الاخر كان له ان ياخذ الدار بالشفعة (در مختار)

المادة ١٠٢٣ * لا تجري الشفعة في عقار ملك لاخر بلا بدل كما لو تملك واحد عقاراً بجهة بلا شرط العوض او ميراث او وصية

المادة ١٠٢٤ * يشترط ان لا يكون للشفيع رضى صراحة او دلالة بعقد البيع الواقع فاذا سمع بعقد البيع وقال هو مناسب سقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك، وكذا اذا طلب بعد سماعه بالبيع شراء العقار المشفوع او استجاره من المشتري سقط حق شفعته، وكذلك اذا كان وكيلاً للبائع فليس له حق الشفعة في العقار الذي باعه بوكالته لانه يكون حينئذ ساعياً في نقض ما تم من جهته فسيح مردود عليه راجع المادة ١٠٠. ولو اشترى رجلان داراً واحداً شفع فلأشفعة له فيما صار لشريكه لان شراء الشريك لا يتم بدون قبول الشفع للبيع لنفسه (خاتية) وكذا لأشفعة لمن باع اصاله او بيع له (ملتقى) صورة الاول ان يبيع عقاراً له مجاوراً لعقار اخره وللمبيع جار طلب الشفعة لا يشاركه البائع فيها (رد مختار) ويمكن ان يمثل له ايضاً بان يبيع نصف داره وللدار جار ملاصق طلب الشفعة فليس للبائع ان يزاحمه عليها. وصورة الثاني بان باع المضارب دار المضاربة ورب المال شفعها فلا شفعة له لان البيع له (مجمع الانهر) وكذا لا شفعة ايضاً لمن ضمن الدرك او كفل البائع بالثمن لان ضمانه للدرك وكفاله للثمن تقرير للبيع (درر) وفي الخاتية رجل باع داراً وهي في اجارة الغير والمستأجر شفعها توقف البيع على اجازة المستأجر، فان اجازته كان له ان ياخذ الدار بالشفعة وهذا بخلاف ما لو كفل الشفع بالثمن او بالدرك حيث تبطل شفعة. ولو ان المستأجر لم يحجز البيع ولكنه طلب الشفعة كان طلب الشفعة فسخاً للاجارة وهو على شفعته اه. وحاصله ان للمستأجر الشفعة سواء اجاز البيع صريحاً او ضمناً. وفي الدر المختار والاصل ان الشفعة تبطل باظهار الرغبة عنها لا فيها اه. وخرج بقوله لا فيها ما قالوا من ثبوت الشفعة لمن شري اصاله او وكالة او اشترى له بالوكالة (تنوير وغيره)

فيتفرع على قوله لمن شري اصاله او وكالة ما لو شري الاب عقاراً لطفله فتثبت له الشفعة «در مختار» وما لو باع احد الشريكين في الدار حصته منها للشريك الاخر فاشترى لنفسه او لغيره بالوكالة فجاء ثالث وطلب الشفعة فان كان شريكاً قسمت بينه وبين المشتري وان كان جاراً فلا شفعة له مع وجود المشتري لانه شريك (رد مختار) ويتفرع على قوله او اشترى له ما لو وكل رجلاً بشراء دار وكان الموكل شريكاً وللدار شريك اخر فلهما الشفعة ولو كان الموكل شريكاً وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده (در مختار) ويتفرع عليه ايضاً ما لو اشترى المضاربة بمال المضارب داراً ورب المال شفعها كان له الشفعة «مجمع الانهر»

تنبيه: الوكيل بالشراء لو كان شفعياً يجب عليه ان يطلب الشفعة من الموكل بخلاف المشتري بالاصالة فانه لا يحتاج الى الطلب «خاتية»

والحاصل ان الشفعة تبطل بالاعراض فيبطلها تسليم الشفع بعد البيع لا قبله كل المبيع او بعضه، اما تسليمه الكل فلانه صريح في الاسقاط، واما تسليم البعض فلان حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً لان الشفع يملكه كما يملكه المشتري والمشتري لا يملك البعض لانه تفريق الصفقة فلا يتجزأ اسقاطاً فيكون ذكر بعضه كذكر كله «مجمع الانهر» راجع المادة ٦٣. ولو سلمها الوكيل بطلب الشفعة او اقر على الموكل بتسليمه الشفعة صح لو كان التسليم والاقرار عند القاضي «تنوير» والا لم يصح لكنه يخرج من الخصومة «در مختار» ويبطلها ايضاً بيع الشفع شفعته بمال «ملتقى» لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفع لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط مجازاً فتسقط الشفعة ولا يلزم المال «مجمع الانهر» واما صلح الشفع عن شفعته فعلى ثلاثة اوجه في وجه يصح وهو ان يصالح على اخذ نصف الدار بنصف الثمن، وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته وهو ان يصالح على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة، وفي وجه تبطل الشفعة ولا يجب المال وهو ان يصالح على ان يترك شفعته بمال ياخذه من المشتري فتبطل شفعته لوجود الاعراض عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال (انقروي عن النهاية) ولو اخذ المال فعليه رده لانه رشوة (تنوير) وانما يبطل الصلح ولا يجب المال في الصورة الاخيرة لان الشفعة ليست بحق متقرر في المحل بل هي مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشروط فبالفساد

اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط (رد مختار) . وبطل الشفعة ايضاً شراء الشفيع من المشتري (تنوير) لان اقدامه على الشراء اعراض عن الطلب وبه تبطل الشفعة (منع) فلان دونه او مثله اخذ المبيع منه بالشفعة بالعقد الاول او الثاني بخلاف ما لو اشتراها ابتداء حيث لا شفعة ان دونه بل يكون له وان هو مثله (رد مختار) لانه اذا اشتراها ابتداء اي قبل ان يثبت له حق الاخذ لم يتضمن اعراضاً لا قبالة على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما اشتراها لعدم التمكن من اخذها بطريق اخر (رد مختار) . وبطلها ايضاً الابراء العام من الشفيع سواء علم انه وجبت له الشفعة او لا (اشباه)

لثمة : لو قيل للشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل او ببر او شعير او عددي متقارب قيمته الف او اكثر او اقل فله الشفعة لان التسليم كان لاستكثار الثمن في الاول ولعدم قدرته على الدرام في الثاني . فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة تختلف باختلاف الثمن قدرراً وجنساً فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها . ولو بان انها بيعت بدنانير او بعروض قيمتها الف فلا شفعة له ، والفرق بين العروض وبين البر والشعير والعددي المتقارب ان العرض قيمي والواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فلا يظهر فيه التيسير ، وذلك مثلي يؤخذ بمثله فربما يسهل عليه اهدم قدرته على الدرام واما الفرق في مسألة الدنانير ان الدنانير والدرهم جنس واحد في المتصود وهو الثمنية ومبادلة احدهما بالآخر متمسرة عادة . ولو علم الشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم حط البائع مائة او زاد على المبيع شيئاً فله الشفعة سواء كان الحط بعد الاخذ بالشفعة او قبله ولو علم الشفيع ان المشتري زيد فسلم ثم بان انه بكر فله الشفعة لثفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليماً في حق غيره . ولو علم ان المشتري زيد فسلم ثم ظهر انه هو مع غيره فله اخذ نصيب غيره لعدم التسليم في حقه . ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطاً للكل . ولو اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف فان كان ثمن النصف مثل ثمن الكل كما اذا اخبر بشراء الكل بالف فسلم ثم ظهر انه اشترى النصف بالالف فلا شفعة للشفيع . اما لو ظهر انه اشترى النصف بمجمعة

مثلاً اي باقل من ثمن الكل فهو على شفيعته . ولو كان له دعوى في رقبه الدار وشفعة فيها يقول هذه الدار داري وانا ادعيها فان وصلت الي فيها والا فانا على شفيعتي لانه لو ادعى رقبته فقط تبطل شفيعته ، واذا ادعى الشفعة تبطل دعواه في الرقبه لانه يصير متناقضاً فاذا قال ذلك لا يتحقق السكوت عن طلب الشفعة لان الجملة كلام واحد اه ملخصاً عن الدر المختار ورد المختار . وفي الاشباه تعليق ابطال الشفعة بالشرط جائز اه . فلو قال سلمتها ان كنت اشتريت لاجل نفسك فان كان اشترى لغيره لا تبطل لانه اسقاط والاسقاط يحتمل التعليق (حموي)

المادة ١٠٢٥ * يشترط ان يكون البديل مالاً معلوم المقدار لان جهالة الثمن تمنع الشفعة (درر) فلو اشترى عقاراً بدراهم معلومة بالاشارة ومجهولة المقدار فلا شفعة فيها كما سنوضحه في اخر هذا الباب

فلا تجري الشفعة في العقار الذي ملك ببدل هو غير مال . مثلاً لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت بدل اجرة الحمام لان بدل الدار هنا ليس بمال وانما هي الاجرة التي هي من قبيل المنافع . كذلك لا تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلاً عن المهر

وكذا لا شفعة في دار جعله بدل صالح عن دم عمد لان بدل الاجارة وبدل الصلح وبدل المهر ليست باموال ولا مثل لها حتى ياخذ الشفيع به لان تقوم المنافع في الاجارة لضرورة الحاجة وكذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما يثبت للضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا يكون متقوماً في حق الشفعة (مجمع الانهر) ثم اعلم انه لو جعل الدار بدل مهر المثل او بدل المهر المسمى عند العقد او بعده ثبت فيها الشفعة لانه حينئذ مبادلة مال بمال اذ ان ما اعطاه من العقار بدل عما في ذمته من المهر (طحطاوي)

المادة ١٠٢٦ * يشترط ان يزول ملك البائع عن المبيع وبناءً عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد سواء قبض المبيع او لا ، او قبل القبض فله عدم زوال ملك البائع ، واما بعده فلا احتمال

الفسخ لان لكل واحد من المتبايعين سبيلاً من فسخه (مجمع الانهر)

ما لم يسقط حق استرداد البائع

مفاده انه يكفي سقوط حق البائع فلو بقي حق المشتري فذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة لان الشرط زوال ملك البائع فان سقط حقه بالفسخ زال ملكه وتجب الشفعة وعلى هذا لو بنى المشتري في الارض المبيعة فاسداً او اخرجها عن ملكه ببيع او الهبة يثبت حق الشفعة فان باعها فللشفيع اخذها بالبيع الثاني بالثمن او بالبيع الاول بقيمتها لانها الواجبة فيه (رد مختار)

تنبيه: يجب على الشفيع ان يطلب الشفعة في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقاً (تنوير)

وفي البيع بشرط الخيار انما تجري الشفعة اذا كان الخيار للمخير المشتري فقط، وان كان الخيار للبائع فلا تجري الشفعة وكذا لاشفعة ايضاً اذا كان الخيار لها لانه اذا كان الخيار للبائع او لها لا يخرج المبيع عن ملك البائع بخلاف خيار المشتري كما مر في المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩

ما لم يسقط حق خياره

وهل يجب على الشفيع ان يطلب عند سقوط الخيار او عند البيع؟ فيه خلاف فصيح بعضهم الاول وصحيح غيرهم الثاني وعلى الاول مشى اصحاب التنوير والهداية والجوهرة والدرر والنخ واقره شراح الهداية لان البيع يصير سبباً لزوال الملك عند سقوط الخيار، وعلى الثاني مشى صاحب الظهيرية حيث قال يشترط الطلب والاشهاد عند البيع حتى لو لم يطلب ولم يشهد عند البيع ثم جاز البيع بالاجازة او بمضي مدة الخيار فلا شفعة له في ظاهر الرواية ونظيره . الدار اذا بيعت ولها جار وشريك فالشفعة لا شريك لا للجار ولكن مع هذا يشترط الطلب من الجار عند البيع بخلاف بيع الفضولي فان الطلب عند اجازة المالك والفرق ان البيع بالخيار عقد تام الا ترى انه يعمل من غير اجازة احد ولا كذلك عقد الفضولي فقد ظهر تصحيح كل من القولين ولكن ان ثبت ان الثاني ظاهر الرواية فلا يعدل عنه (رد مختار لمختصاً) اما اذا كان الخيار للمشتري فالطلب وقت البيع اتفاقاً (در مختار)

واما خيار العيب وخيار الروية فليساً بمانعين لثبوت الشفعة

المادة ١٠٢٧ * لا تجري الشفعة في تقسيم العقار فلو اقتسم الشركاء داراً مشتركة فلا شفعة للجار الملاصق لان في القسمة معنى الافراز ولذا يجري فيها الجبر، والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه (مطحاوي)

الفصل الثالث

في طلب الشفعة

المادة ١٠٢٨ * يلزم في الشفعة ثلاثة طلبات: وهي طلب الموائبة، وطلب التقرير والاشهاد، وطلب الخصومة والتملك

المادة ١٠٢٩ * يلزم الشفيع ان يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله انا شفيع المبيع او اطلبه بالشفعة ويقال لهذا الطلب طلب الموائبة

والمراد ان الشفيع يطلب الشفعة في مجلس عمله بالبيع بلفظ يفهم منه طلبها . وهل يشترط الطلب فور العلم او يكفي ان يكون في مجلس عمله بالبيع وان امتد المجلس؟ فيه خلاف والى الاول مال قاضيان حيث قال في فتاواه وفي ظاهر الرواية يشترط الطلب فور العلم . وقال قبل ذلك واما طلب الموائبة فوقت فور علم الشفيع بالبيع ان اخبره بالبيع رجلان او رجل وامرأتان او رجل عدل حتى لو سكت هنيئة ولم يطلب الشفعة بطلت شفيعته اه ولكن هذا اذا علم المشتري والتمن لانه قال في موضع اخر ولو اخبر بها فسكت قالوا لا تبطل شفيعته ما لم يعلم المشتري والتمن اه وفي جواهر الفتاوى ما يؤيده حيث صرح بوجوب الطلب على الفور وان عليه الفتوى . قال في رد المحتار وهذا القول مناسب لتسميته طلب الموائبة وظاهر الهداية اختياره ونسبه الى عامة المشايخ قال في الشرنبلالية وهو ظاهر الرواية حتى لو سكت هنيئة بغير عذر ولم يطلب او تكلم

بكلام لغو بطلت شفيعته كما في الخانية والزيلعي وشرح المجمع اهـ ومال الى القول الثاني صاحب الدرر وقال وعليه المتون خلافاً لما في جواهر الفتاوى انه على الفور اهـ والحاصل انه قد اختلف التصحيح في ذلك ولكن قول جواهر الفتاوى وعليه الفتوى ترجيح صريح مع كونه ظاهر الرواية فيقدم على ترجيح المتون بمشبههم على خلافه لانه ضمني (رد مختار) اقول واما جمعية المجلة فلم ترجح صريحاً احد القولين ولكن يستفاد من لفظة في الحال الواردة في متن هذه المادة اختيار القول الاول تبعاً للخانية وجواهر الفتاوى ولكن سيأتي في المادة ١٠٣٢ ما يستفاد منه اختيار القول الثاني ولكن ترجيح الاول اصرح فتنبه

وفي الخانية واختلفوا في لفظ هذا الطلب (اي طلب الموائبة) والصحيح انه اذا طلب باي لفظ طلب بالماضي او بالمستقبل يصح طلبه وهو اختيار ابي جعفر وابي الليث ومحمد بن الفضل اهـ

نقطة: اعلم ان الاشهاد على طلب الموائبة ليس بلازم لان هذا الطلب ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة (هندية) ولكن ان اخبر بحضرة الشهود فالاحسن ان يشهدهم عليه مخافة الجعور لانه اذا قال علمت امس وطلبت لا يصدق بقوله بل عليه اقامة البينة لانه اضاف الطلب الى وقت ماضٍ فقد حكى ما لا يملك استثنائه للحال فلا يصدق الا ببينة، اما لو قال طلبت حين علمت فالقول قوله يمينه لانه لم يصف الطلب الى وقت ماضٍ بل اطلق الكلام فقد حكى ما يملك استثنائه للحال لانه يجعل كانه علم بالشراء الان وطلب الشفعة الان فجعل القول قوله وهذا يدل على ان الاصل في الصورة الثانية ان يقيم المشتري البينة اما بان يقول للشفيع تركت الطلب ليكون صورة الاثبات او يقول ما طلبت لانه وان كان نقياً ظاهراً لكنه نقي محصور فيكون في حكم الاثبات كما نقرر في الاصول وعلى التقديرين ان اقام البينة تقبل والا يحلف الشفيع بانه لم يترك او طلب وان لم يكن للمشتري بينة على تركه واقام الشفيع بينة على طلبه تقبل وان كان لها بينة ترجح بينة المشتري لان الشفيع يتمسك بالظاهر ولهذا كان القول قوله ولم يكلف باقامة البينة بخلاف قوله علمت امس وطلبت (درر ملخصاً)

المادة ١٠٣٠ * على الشفيع بعد طلب الموائبة ان يشهد ويطلب طلب التقرير والاشهاد

وهذا الطلب لا بد منه بعد طلب الموائبة حتى لو تمكن ولو بكتاب او رسول ولم يشهد بطلت شفيعته كما سيأتي في المادة ١٠٣٣ وان لم يتمكن منه لا تبطل (تنوير) ولو انشده في طلب الموائبة عند البائع او المشتري او المبيع كفاه وقام مقام الطلبين (در مختار) ومدة هذا الطلب ليست على الفور كطلب الموائبة بل هي مقدرة بمدة يتمكن من الاشهاد كما سيأتي

وهو ان يقول في حضور رجلين او رجل وامرأتين عند المبيع ان فلاناً قد اشترى هذا العقار، او عند المشتري انت قد اشتريت العقار فلاني، او عند البائع ان كان العقار موجوداً في يده انت قد بعت عقارك وانا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والان اطلبها، اشهدا

وانما صح الاشهاد على هؤلاء الثلاثة لان المشتري خضع بالملك والبائع خضع باليد واما عند العقار فلتعلق الحق به (طحطاوي) وان لم يكن العقار في يد البائع بل كان قد سلمه الى المشتري فلا يصح الاشهاد عليه على ما اختاره الاكثرون وعليه جرت جمعية المجلة اذ قيدت جواز الاشهاد على البائع فيما اذا كان العقار في يده ومفاده انه لو اشهد عليه ولم يكن ذا يد لا يصح الاشهاد خلافاً لما ذكره طحطاوي عن شيخ الاسلام: ولكن هل تبطل شفيعته بذلك ظاهر كلامهم لا كما يظهر مما منذ كره في شرح المادة الاتية بانه اذا لم يقبض المشتري الدار لا تصح دعوى الشفيع عليه ما لم يحضر البائع ولكن يمكن ان يقال بالبطان قياساً على مسألة الوكيل بالشرا الاتية ولما في الخانية من انه لو اشهد على البائع ولم تكن الدار في يده لا يصح الاشهاد ويصير كانه لم يطلب اهـ واما الاشهاد على المشتري فيصح وان لم يكن ذا يد لانه مالك (در مختار) وفي التنوير ويصح الطلب من وكيل الشراء ان لم يسلم الى موكله وان سلم لا وبطلت شفيعته هو المختار اهـ ولعل البطان ان الوكيل بعد التسليم لم يبق خضعاً وانما الخضم هو الموكل فصار مؤخراً للطلب بطلبه من غير خضم مع القدرة على الطلب من الخضم (در مختار) ومفاده تأييد ما قدمنا من بطان الشفعة فيما لو طلب من البائع بعد

تسلم المبيع للمشتري وفي الخانية وان كان المتبايعان والشفيع والدار في مصر والدار في يد البائع فالى ايهم ذهب الشفيع وطلب صح ولا يعتبر فيه الاقرب والابعد لان المصر مع تباعد الاطراف كمكان واحد الا ان يجناز على الاقرب ولم يطلب فتبطل وان كان الشفيع وحده في مصر آخر فالى ايهم ذهب صح وان كان احد المتبايعين في مصر الشفيع فطلب من الابعد بطلت اه ملخصاً

وليس الاشهاد بشرط في طلب التقرير لصحته بدونه وانما لزومه مخافة جمود المشتري فان طلب الشفيع ولم يشهد فاقرب به المشتري او نكل عن اليمين صح الطلب (حامدية) وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بنفسه على هذا الوجه يوكل اخر وان لم يجد وكيلاً ارسل مكتوباً واذا اراد ان يحضر بنفسه ليطالب طلب التقرير والاشهاد فدة السفر معفاة (حيدر افندي عن البهجة)

المادة ١٠٣١ * يلزم ان يطلب ويدعي الشفيع في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والاشهاد ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك

وصورة هذا الطلب ان يقول الشفيع اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا فمره يسلم الدار اليّ وهذا لو كان قد قبضها المشتري ، اما لو كانت في يد البائع فيطلب ان يامر البائع بتسليمها غير انه يشترط حينئذ حضور المشتري في الدعوى (تنوير) وان كان المشتري قد ادى الثمن الى البائع فيقضي بالثمن للمشتري والمهدة عليه والا فيقضى به للبائع والمهدة عليه (هندية) والمراد بالمهدة حقوق العقد كضمان الدرك وتسليم العقار والصك القديم (مخطاوي) وان اشترى الوكيل بالشرأ والعقار باقى في يده فهو الخصم في الدعوى لان حقوق العقد له والتسليم بالشفعة منها ولكنه يشترط حضور المشتري فيقضى بتسليم المشفوع على الوكيل ويدفع الثمن له (جمع الانهر) تنبيه : لو طلب الشفيع عند القاضي قبل طلب الاشهاد تبطل شفيعته (خبرية)

واذا طلب الشفيع الشفعة يسأله القاضي عن موضع الدار وحدودها لدعواه فيها حقاً فلا بد من العلم ثم هل قبض المشتري الدار او لا اذ لو لم يقبض لا تصح دعواه عليه ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن سبب شفيعته وحدود ما يشفع به فلمل دعواه بسبب

غير صالح او هو محجوب بغيره ثم متى علم وكيف صنع فلعله لجال الزمان او اعرض ثم عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد فاذا بين ولم يخل بشرط اتم القاضي دعواه واقبل على الخصم فسأله عن مالكية الشفيع لما يشفع به (مخطاوي) فاذا اقر بها او برهن الشفيع (بان شهد شاهداه انها ملكه قبل ان يشتري المشتري هذا العقار وهي له الى هذه الساعة ولم نعلم انها خرجت عن ملكه فلو قال انها لهذا الجار لا يكفي (هندية) او نكل المشتري عن الحلف على العلم لانها يمين على فعل الغير سألته عن الشرأ هل اشتريت ام لا ليثبت كونه خصماً ام لا فان اقر به او برهن الشفيع او نكل المشتري عن اليمين على الحاصل في شفعة الخليط او على السبب في شفعة الجوار قضي بالشفعة للشفيع وان لم يحضر الثمن وقت الدعوى (تنوير) وانما يحلف على الحاصل في شفعة الخليط لان ثبوت الشفعة فيه متفق عليه فيقول بالله ما استحق الشفيع في هذا العقار الشفعة من الوجه الذي ذكره ويحلف على السبب في شفعة الجوار للخلاف عليها بين الحنفية والشافعية فيقول بالله ما اشتريت هذه الدار لانه لو حلف فيه على الحاصل يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعي (رد مختار) ثم انه اذا قضي بالشفعة لزم الشفيع احضار الثمن والمشتري حبس المبيع لقبض ثمنه ولو قيل للمشتري بعد القضا اذ الثمن فاخر بان قال ليس عندي الثمن او احضره غداً وما اشبه ذلك لا تبطل شفيعته بالاجماع (تنوير) لتاكدها بالقضا وان قال ذلك قبل القضا تبطل عند محمد لعدم التاكيد (رد مختار)

المادة ١٠٣٢ * ان اخر الشفيع طالب الموائبة

بطلت شفيعته ولو كان جاهلاً بثبوت الطلب له قال في الخانية رجلان ورثا اجمة واحدها لم يعلم بالمراث فبيعت اجمة بجنيتها فلم يطلب الشفعة فلما علم ان له نصيباً طلب الشفعة في المبيعة قالوا تبطل شفيعته لان شرط تاكد الشفعة طلب الموائبة عند العلم بالبيع فاذا لم يطلب والجهل ليس بعذر فلا تبقى له الشفعة اه

مثلاً لو وجد في حال تدل على الاعراض حال سماعه بعقد البيع ولم يطلب الشفعة في ذلك المجلس بان اشتغل بامر آخر وبحث في صدد آخر او قام من المجلس بدون ان يطلب الشفعة يسقط حق شفيعته

يستفاد من قوله « حال مباحه بمقد البيع » ما يؤيد ما مر في المادة ١٠٢٩ من وجوب الطلب فوراً وعلى هذا كان قوله في ذلك المجلس لا محل له . حتى لو اخبر عن الشفعة بكتابة والشفعة في اوله او وسطه فقرأ الكتابة الى اخره بطلت شفעתه «درر» وهذا كله اذا سكت بدون عذر كما لو اخذ احد نمه او سمع بالبيع وهو يصلي فطلب الشفعة حال زوال العذر فلا تسقط شفעתه (فتح المدين) اما سلام الشفيع على غير المشتري فيبطلها ولو عليه لا كما لو سبج او حمدل او حوقل او شمت عاطساً (تاترخانية) وفي الخانية اذا علم الشفيع بالبيع فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها او قال سبحان الله لا تبطل شفعتي وكذا لو قال للمشتري حين لقيه سلام عليك ورحمة الله وبركاته طلبت الشفعة او قال كيف أصبحت او كيف أصبحت ثم طلب الشفعة صح طلبه واما لو سلم على غير المشتري او سأل المشتري شيئاً من الحوائج ثم طلب تبطل شفעתه والفرق ان الشفيع محتاج الى الكلام مع المشتري فكان محتاجاً الى السلام عليه لان الكلام قبل السلام مكروه اه مخلصاً وفيها لو قيل للشفيع ابتيعت دار كذا فقال من اشتراها او قال بكم اشتراها فلما اخبر بذلك قال طلبت الشفعة صح طلبه اه ولو قال الشفيع طلبت فور علي بالبيع وقال المشتري بل اخرت الطلب فالبيئة على الشفيع عند الامام الاعظم وعلى المشتري عند ابي يوسف (هندية)

المادة ١٠٣٣ * لو اخر الشفيع طلب التقرير والاشهاد مدة يمكن اجراؤه فيها ولو بارسال مكتوب يسقط حق شفעתه

هذا ظاهر في انه ليس لطلب الاشهاد مدة معلومة بل مدته مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد كما افاده لمطحاوي وغيره ثم قال وفي المنع اذا كان الشفيع في طريق مكة فطلب طلب المواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار او عند صاحب اليد يوكل وكيلاً ان وجد فان لم يجد يرسل رسولا او كتاباً فان لم يجد فهو على شفעתه فاذا حضر طلب وان وجد ولم يفعل بطلت شفעתه اه وفي الهندية الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان اشهد حين اصبح صح اه

المادة ١٠٣٤ * لو اخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير

والاشهاد شهراً بدون عذر شرعي كوجوده في ديار اخرى يسقط حق شفעתه

هذا على قول الامام محمد وبه اخذ عامة المشايخ دفعا للضرر عن المشتري لانه لو لم يسقط حق الشفعة بتأخير هذا الطلب اكثر من شهر للحق المشتري ضرر من جهة الشفيع لانه يمتنع عن التصرف بملكه خشية ان يأخذه الشفيع وينقض تصرفاته فيه (لمطحاوي) لان للشفيع ان ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة والهبة (تدوير) واما لو اخر الشفيع طلب الخصومة لعذر كمرض او سفر او حبس ولم يجد من يوكل بالخصومة او لعدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط شفעתه اتفاقاً وان طال المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره (لمطحاوي وخانية)

المادة ١٠٣٥ * يطلب شفعة المحجورين وليهم

فيطلب الشفعة عن الصغير ابوه او جده او وصي احدهما راجع المادة ٩٧٤ . وان لم يكن للصبي ولي او وصي لا تبطل شفעתه فله ان يطلبها اذا بلغ (لمطحاوي) وان نصب القاضي فيما يطلبها جاز (در مختار) وفي الخانية لو باع الاب داره وولده الصغير شفيعها كان للصبي ان يأخذها بالشفعة اذا بلغ اذ ليس للوالد ان يطلب الشفعة لولده لانه بائع اه

وان لم يطلب الولي حق شفعة الصغير فلا يبقى له ان يطلب حق الشفعة بعد البلوغ

ولو اشترى الاب داراً لنفسه وولده الصغير شفيعها ليس للصبي اذا بلغ ان يأخذها بالشفعة (خانية) لان الاب كان متمكناً من اخذها بالشفعة لكون الشرا لا ينافي الاخذ بالشفعة بخلاف ما لو باع الاب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الاب الشفعة للصغير لا تبطل شفעתه لان الاب هنا لا يتمكن من الاخذ بالشفعة لكونه بائعاً وسكوت من لا يملك الاخذ لا يكون مبطلاً (هندية) وفي الدرر والغرر وصح للاب او الوصي تسليم الشفعة على الصغير لانه ترك للتجارة فصح من يملك التجارة وكذا اذا بلغها شراء دار بجوار الصبي فسكتا فان السكوت عن الطلب من يملك

التسليم تسليم اهـ قلت وهذا على قول الامامين فانهما اجازا التسليم مطلقاً اي سواء كان في مجلس القاضي او غيره (هندية) وسواء كان الثمن بمثل القيمة او اقل وقد خالفهما محمد في ذلك حيث ابطال التسليم وجعل للصغير اخذها بعد البلوغ وعلى هذا الخلاف اذا بلغها شراء دار بجوار الصبي فسكتا (رد مختار) لكن عامة المتون على قول الامامين وعليه جرت المجلة واما لو كان الثمن باكثر من القيمة بغبن فاحش قيل يصح التسليم اتفاقاً لتحضه نظراً للصبي وقيل لا يصح لانه اي الاب او الوصي لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وهو الاصح (طحطاوي) اي لما كان الاب والوصي لا يملكان الاخذ بالشفعة اذا كان في الثمن غبن فاحش (در منتقى) لم يصح تسليمها فللصغير طلب الشفعة بعد بلوغه

استطراد : شري الاب لطفله داراً والاب شفيغها كان للاب ان يأخذها بالشفعة لانه لو اشترى مال ولده الصغير لنفسه جاز واذا اراد ان ياخذ ويطلب يقول اشتريت واخذت بالشفعة فتصير الدار له ولا يحتاج الى القضا (خانية) ولو كان مكان الاب وصي فان كان في اخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة للصغير بان وقع الشراء بغبن ولو يسير كما لو كانت قيمة الدار عشرة وقد اشترى الوصي باحد عشر جاز اخذه بالشفعة كما في شرائه مال الصغير لنفسه وان لم يكن في اخذ الوصي بالشفعة منفعة للصبي بان وقع شراء الدار للصغير بمثل القيمة لا يكون للوصي الشفعة بالاتفاق ومتى كان للوصي ولاية الاخذ يقول اشتريت وطلبت الشفعة ثم يرفع الامر الى القاضي حتى ينصب قياً عن الصبي فيأخذ الوصي منه بالشفعة ويسلم الثمن اليه ثم القيم يسلم الثمن الى الوصي (هندية ملخصاً) وفيها الحل في استحقاق الشفعة والكبير سواء فان وضعت لاقل من ستة اشهر منذ وقع الشراء فله الشفعة وان جاءت به لسته اشهر فصاعداً منذ وقع الشراء فانه لا شفعة له لانه لم يثبت وجوده وقت البيع لا حقيقة ولا حكماً الا ان يكون ابوه مات قبل البيع وورث الحمل منه فينئذ يستحق الشفعة وان جاءت امه به لسته اشهر فصاعداً لان وجوده وقت البيع ثابت حكماً لما ورث من ابيه اهـ

الفصل الرابع

في حكم الشفعة

المادة ١٠٣٦ * يصير الشفيغ مالكا للشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم

اما مجرد الطلب فلا يفيد الملك للشفيغ لان ملك المشتري ثم فلا ينتقل عنه الا بالقضا او الاخذ بالرضا كالرجوع بالهبة ولهذا لو اكل المشتري ثمراً حدث بعد قبضه لا يضمه (رد مختار) واذا قضى القاضي بالشفعة فالعهدة لضمان الثمن عند الاستحقاق على البائع قبل تسليم المبيع الى المشتري وعلى المشتري لو بعد التسليم (تنوير) راجع ما قدمناه اول باب الشفعة وفي شرح المادة ١٠٣١

استطراد : لو اشترى داراً فخربت او احترق بناؤها او بستاناً فجف شجره وكل ذلك بلا فعل احد فالشفيغ بالخيار ان شاء ترك وان شاء اخذ المبيع بكل الثمن لان البناء والفرس تابع دخلاً في البيع بلا ذكر فلا يقابلها شيء من الثمن الا ان يكونا مقصودين بالاتلاف هذا اذا لم يبق شيء من نقض او خشب فاذا بقي واخذه المشتري لانفصاله من الارض تسقط حصته من الثمن حيث لم يكن تبعاً للارض بل هو عين مال قائم بقي محتسباً عند المشتري فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ ولو لم يأخذ المشتري النقض او الخشب بل هلك بعد انفصاله من الارض لم يسقط شيء من الثمن كما في المسألة الاولى اما لو نقض المشتري البناء او قطع الشجر او فعل ذلك اجنبي فالشفيغ ان يترك او يأخذ بحصة العروة من الثمن وتسقط حصة البناء والشجر لانها صارا مقصودين بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف المسألة الاولى لان الهلاك فيها باقفة سماوية ويقسم الثمن على قيمة العروة والبناء يوم العقد والنقض يبق للمشتري وليس للشفيغ اخذه لزوال التبعية بانفصاله وان اشترى ارضاً فيها نخل عليه ثم وقت البيع وذكر الثمر او اشترها ولم يكن النخل ثمراً بل اثمر عنده فالشفيغ ان يأخذ الارض والثمر بكل الثمن في الصورتين ولو جذ المشتري الثمر فليس للشفيغ اخذه لزوال التبعية بانفصاله لكن في الصورة الاولى وهي

ما اذا كانت الاشجار مثمرة وقت البيع يسقط حصة الثمر من الثمن لانه دخل في البيع قصداً وكان له قسط من الثمن فيفوت قسطه بفواته . وفي الصورة الثانية وهي ما اذا اثمرت الاشجار عند المشتري لا يسقط شيء من الثمن ولا يضمه المشتري لانه حينئذ لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض الذي له الشبه بالعقد ففواته لا يوجب سقوط شيء من الثمن . ولو هلك الثمر بأفة سماوية فحكمه كما لو جده المشتري اهـ ملخصاً عن الدرر والغرر وغيرها

❖ المادة ١٠٣٧ ❖ تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداءً فالاحكام التي ثبتت في الشراء ابتداءً كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب ثبتت في الشفعة ايضاً

لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخيار كما اذا اشتراه منهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة من العيب لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا تعمل رؤيته وشرطه بحقه (طحاوي) وفي الهندية لو بنى الشفيع في الارض ثم وجد بها عيباً رجع بالنقصان على المشتري ورجع المشتري على بائعه ان كان رجوع الشفيع بقضاء اهـ . اما الاجل وخيار الشرط فلا يثبتان للشفيع وان كانا مشروطين في العقد بين البائع والمشتري لان لا شرط بينهما وبين الشفيع على ذلك والحاصل ان كل ما ثبت للمشتري من غير شرط كالرد بخيار العيب او الرؤية يثبت للشفيع وما لا يثبت للمشتري الا بالشرط لا يثبت للشفيع (هندية)

❖ المادة ١٠٣٨ ❖ لو مات الشفيع بعد طلب الموائبة والتقرير وقبل ان يكون مالكا للشفوع بتسليمه بالراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لا ينتقل حق الشفعة الى ورثته

وكذا لو مات بعد طلب التملك لان الشفعة مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث عنه (درر) اما لو مات بعد القضا بها ولو قبل نقد الثمن وقبضه فلا تبطل لتقرره بالقضا (راجع المادة ١٠٣٦) وكذا لا تبطل ايضاً بموت المشتري او البائع لبقاء المستحق «خانية» . ولو باع القاضي او وصي المشتري العقار

الشفوع لقضاء دين المشتري او انفاذ وصيته فللشفيع ان ينقض البيع ويأخذ المبيع لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرف المشتري في حياته « رد مختار عن الهداية »

❖ المادة ١٠٣٩ ❖ لو بيع المشفوع به بعد طلبي الشفيع على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفيعته

مفاده انه لو باع المشفوع به قبل الطلبي بطلت شفيعته بالاولى كما صرح به في التنوير وغيره . وقال طحاوي عن المنع لا فرق بين ان يكون الشفيع عالماً وقت بيع داره بشراء المشفوع او لم يكن عالماً اهـ . وفي الدرر وتبطل السعة ايضاً او جعل ما يشفع به مسجداً او مقبرة او وقفاً معجلاً اهـ . قال في رد المختار ينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول ان تسقط الشفعة به وان لم يسجل اهـ . ثم اعلم ان ما جاء في المادة من بطلان الشفعة ببيع المشفوع به ليس على اطلاقه بل هو مقيد بشرطين الاول ان يبيع كل المشفوع به لما في الخانية : الشفيع بالجوار اذا باع الدار التي يستحق بها الشفعة الا شقصاً منها لا تبطل شفيعته لان ما بقي يكفي للشفعة ابتداءً فيمكنه لبقائها اهـ الثاني ان يبيع بدون شرط الخيار لنفسه لما في التنوير وغيره لو باع بشرط الخيار لنفسه لا تبطل شفيعته لبقاء السبب وهو اتصال ملكه بالشفوعة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه اهـ . ثم ان المراد هنا بالبيع البيع البات كما لا يخفى (رد مختار) ومفاده ان الشفيع لو باع ما يشفع به يبيع وفاء لا تسقط شفيعته لعدم زوال ملكه

❖ المادة ١٠٤٠ ❖ لو بيع ملك عقاري آخر متصل بالملك المشفوع قبل ان يملكه الشفيع على الوجه المشروح لا يكون شفيعاً لهذا العقار الثاني المراد بالوجه المشروح التراضي او حكم الحاكم فاذا لم يملك الشفيع المشفوع باحدهما لا يكون شفيعاً لا يبيع بجوار المشفوع لان ملكه لا يثبت الا باحدهما كما مر في المادة ١٠٣٦

❖ المادة ١٠٤١ ❖ الشفعة لا تقبل التجزي فليس للشفيع ان يأخذ بعض العقار المشفوع ويترك باقيه

جبراً على المشتري لضرر تفريق الصفقة وهذا لو كان البيع صفقة واحدة وكان المبيع كله ملاصقاً للشفيع . فلو اشترى رجل من جماعة عقاراً صفقة واحدة فليس للشفيع ان يأخذ نصيب احد البائعين ويترك الباقي لان فيه تفريق الصفقة على المشتري بخلاف ما لو اشترى نصيب كل صفقة اذ للشفيع حينئذ ان يأخذ نصيب احدهم لانه اذا تعددت الصفقة كان للشفيع ان يأخذ ما يشاء ويترك الباقي فلو اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد فالشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي سواء سمي لكل بعض ثمنًا او سمي لكل حصة لان العبرة لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن وسواء كان قبض المبيع او بعده . الصحيح الا انه قبل القبض لا يمكن اخذ نصيب بعضهم ولو نقد ما عليه من الثمن ما لم ينقد المشتري الاخر حصته كي لا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن فانه لا يقبض نصيبه من المبيع حتى يؤدي المشترون ما عليهم من الثمن فكذا الشفيع . المعتبر في هذا الباب اتحاد العقاد لتعلق حقوق العقد به دون المالك . فلو وكل واحد جماعة بالشراء فلا شفيع اخذ نصيب بعضهم وترك الباقي ولو وكل جماعة واحداً بالشراء ليس للشفيع اخذ نصيب بعضهم ولو كان ملك الشفيع ملاصقاً لبعض المبيع وكان المبيع متعدداً كدارين كان له الشفعة بما لاصقه فقط ولو فيه تفريق الصفقة (هندية لمخصاً) يأخذ حصته من الثمن معدلة على نسبة القيمة فلو كان الثمن المسمى للدارين اربعين الفاً وقيمة الدار المشفوعة عشرة آلاف وقيمة الاخرى عشرين اخذ الشفيع الدار المشفوعة بثالث الثمن المسمى وهو ثلاثة عشر الف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثالث لان قيمتها ثلث مجموع القيمتين فيأخذها بثالث الثمن المسمى ثم انه لو اتحدت الصفقة وكان المبيع كله ملاصقاً ملك الشفيع كما اذا كان كلاهما جارين او شريكين فاراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقي هل تبطل شفعته بذلك قال في الدر المختار ولو طلب احد الشريكين النصف بناء على انه يستحقه فقط بطلت شفعته اذ شرط صحتهما ان يطلب الكل اهـ اي لانه يستحق الكل والقسمه للمزاحمة . وكذا لو كان الشريكان حاضرين فطلب كل منهما النصف بطلت . ولو طلب احدهما الكل والاخر النصف بطل حق من طلب النصف (رد مختار) ثم قال في الدر المختار في محل آخر ما نصه اعلم انه اي الشفيع لو طلب الحصة فهو على شفعته اهـ . وقال في المجموع ولا يجعل ابو يوسف قوله أخذ نصفها تسليماً وخالفه محمد قال شارحه وفي المحيط الاصح قول محمد اهـ . ومثله في غرر الافكار وشرحه

ولكن صحح في الخانية قول ابي يوسف حيث قال طلب تسليم النصف لا يكون اسقاطاً اهـ . فقد ظهر لك اختلافهم في هذه المسألة وقد وفق بعضهم بين القولين بان القول يبطلان الشفعة فيما اذ طلب الشفيع اخذ البعض محمول على ما اذا طلبه اولاً اي ضمن طلب المواثبة او طلب الاشهاد اما لو طلبه بعد هذين الطلبين اي لدى الحاكم فلا تبطل شفعته وقد ايد هذا التوفيق في رد المختار في موضعين واعتمده وقال لا منافاة بين القولين

تنبيه — قال في الخانية اشترى خمسة منازل من رجل واحد في سكة غير نافذة بصفقة واحدة فاراد الشفيع ان يأخذ منزلاً واحداً فان طلب الشفعة بحكم الشركة في الطريق لا يأخذ البعض لانه تفريق الصفقة من غير ضرورة . وان اراد الشفعة بحكم الجوار وجواره في هذا المنزل يريد اخذه لا غيره كان له ذلك اهـ

المادة ١٠٤٢ * ليس لبعض الشفعاء ان يهب حصته للبعض

الاخر فان فعل احدهم ذلك سقط حق شفعته

لان هبة حصته من الشفيع الاخر اعراض عن الشفعة فتبطل شفعته ويقسم المبيع حينئذ بين بقية الشفعاء انظر المادة الآتية . وفي رد المختار عن النهاية لو سلم احد الشفيعين شفعته ليس للآخر الا ان يأخذها كلها او يدعها لان مزاحمة من سلم قد زالت فكأنه لم يكن اهـ

المادة ١٠٤٣ * ان اسقط احد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم

فالشفيع الاخر ان يأخذ كل العقار المشفوع

لزوال مزاحمة المشارك في الاستحقاق وزوالها انما هو بتركه الشفعة قبل تقرير ملكه (رد مختار) ولا ينبغي ان يفهم ان الشفيع مخير في اخذ حصة التارك اذ عليه ان يأخذ الكل او يترك كما يعلم من المادة ١٠٤١

فائدة : قوم ورثوا داراً فيها منازل واقتسموها فاصاب كل واحد منهم منزلاً فرفعوا فيما بينهم الطريق فباع من صار له منزل منزله وسلم الدين لم المنازل في الدار الشفعة كان للجار الشفعة اذا كان لزيق المنزل الذي يبيع وان كان لزيق الطريق الذي بينهم وليس بلزيق المنزل كان له ان يأخذ المنزل بطريقه بالشفعة فهذا

دليل على ان الشفعة كما تجب لجيران المبيع تجب لجيران حق المبيع ايضاً (هندية)
وان اسقطه بعد حكم الحاكم فليس للآخر ان يأخذ حقه

لعدم صحة التارك لانه بالقضا تقرر ملك كل من الشفعاء وانقطع حتى كل واحد
منهم في نصيب الآخر (رد مختار) وهل تبقى حصة التارك للمشتري او يجبر التارك
على قبولها؟ الظاهر ان الثاني لما في التنوير وغيره قضي بالشفعة للشفيع ليس له تركها لتحول
الشفعة اليه وقال الطحاوي لا يجوز له ابطالها منفرداً من غير مقتضى شرعاً اهـ

استطرد: ولو كان بعض الشفعاء غائباً بقضى بالشفعة للحاضر في جميع المبيع
لاحتمال عدم طلب الغائب (در منتقى) لان الموهوم لا يعارض التحقق يعني ان
الحق متى ثبت يبقين لا يؤخر بحق يتوهم ثبوته لان التأخير ابطال من وجه والثابت
يبقين لا يجوز ابطاله بالتك (حموي) ثم اذا حضر الغائب وطلب قضي له فلو كان
مثل الاول قضي له بالنصف ولو حضر بعد ذلك ثالث قضي له بثلث ما في يد كل
منهما تحقيقاً للتسوية. وان كان الذي حضر فوق الاول كان يكون الاول جاراً والذي
حضر شريكاً فيقضي للذي حضر بالكل وتبطل شفعة الاول (هندية) وفي الخانية
لو جاء الشفع الثاني فانه يطلب من الشفع الاول الذي قضي له لا من المشتري لان
الشفيع الاول قام مقام المشتري اهـ

المادة ١٠٤٤ * لو زاد المشتري في المشفوع شيئاً من ماله
كصبغه، فشفيعه مخير ان شاء تركه وان شاء اخذه باعطاء ثمن البناء وقيمة
الزيادة، وان كان المشتري قد احدث في العقار المشفوع بناء او غرس فيه
اشجاراً فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان شاء اخذ المشفوع باعطاء ثمنه
وقيمة الابنية والاشجار

قائمة على الارض غير مقلوعة (نهاية عن شرح الطحاوي كذا في رد المختار)

وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية والاشجار

لان المشتري ليس بمتعدي في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل
باحكام المدون الذي هو القلع (طحاوي) وهذا قول ابي يوسف خلافاً لابي حنيفة

ومحمد. اما الزرع فلا يقطع اتفقاً لان له نهاية معلومة بل يبقى بالاجر الى حين الادراك
(در مختار) وهذا لو قضي للشفيع الشفعة اي فله حينئذ ان يستوفي الاجر من
المشتري اعتباراً من حين القضا الى هاية الحصاد. اما قبل الحكم فلا اجر له لعدم خروج
المبيع عن ملك المشتري بالقضا (رد مختار). وفي الخانية لو حضر الشفع واراد ان
يأخذ الدار فقال المشتري احدثت فيها هذا البناء وقال الشفع لا بل اشتريتها مبنية
كما هي كان القول للمشتري اذا لم يكذبه الظاهر اي اذا ادعى البناء في وقت لا يكذبه
الظاهر فيه، وان اقاما البينة فيبينة الشفع اولى. وان قال المشتري اشتريت البناء
بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك او قال اشتريت اولاً الارض بدون البناء ثم
اشتريت البناء بعقد آخر فلا شفعة لك في البناء لانه نقلني صار مقصوداً، وقال الشفع
لا بل اشتريتها معاً بشفعة واحدة فالقول للشفيع استجناناً لان المشتري ينكر الشفعة
في البناء لتفرق الشفعة بعد قيام سبب البناء فلا يقبل قوله ولو قال المشتري وهب لي
البناء اولاً ثم اشتريت الارض كان القول قول المشتري ويأخذ الشفع الارض بدون
البناء ولو قال المشتري اشتريت النصف ثم النصف وقال الشفع اشتريت الكل بعقد
واحد فالقول للشفيع استجناناً اهـ

استطرد: لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقامم المشتري البائع اخذ الشفع
نصيب الذي حصل له بالقسمة وان وقع في غير جانبه على الاصح وليس للشفيع نقض
القسمة مطلقاً سواء كانت بقضا او برضا على الاصح لان القسمة بين البائع والمشتري
من تمام القبض لما عرف من ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص وهذا
بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقض القسمة لان هذه القسمة لم تجر بين العاقلين
فلا يمكن جعلها قبضاً بحكم العقد فجعلت مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة وكذا لو
اشترى اثنان داراً وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسما الدار بقضا او برضا
فالشفيع ان ينقض القسمة ايضاً لضرورة صيرورة النصف الذي ييد كل منهما ثلثاً
لان كلاهما يستحق الثلث والحال ان ييده النصف وهو لا يبقى كذلك بعد ثبوت
الشفعة للشفيع الثالث (تنوير وطحاوي ملخصاً)

خاتمة

لقد ذكر في الكتب الفقهية جملة حيل لاسقاط الشفعة وحيث لم تذكر في المجلة فقد اثرنا ايراد بعضها تعميماً للفائدة

الحيلة الاولى : ان يبيع البائع عقاره الا ذراعاً مثلاً في جانب حد الشفع ثم يهب الذراع من المشتري هبة بدون عوض ويبقى له فلا يبقى للجار شفعة في المبيع لانقطاع الجوار ولا في الموهوب لعدم الشفعة في الهبة بلا عوض ولا فرق فيما اذا وهب الذراع بعد البيع او قبله (هندية)

الحيلة الثانية : ان يهب البائع سهماً شائعاً من المبيع للمشتري ثم يبيع منه الباقي فلا شفعة للجار ولا للخياط في حقوق المبيع لا في الموهوب لما قدمنا ولا في المبيع لان المشتري يقوله هبة السهم المذكور اضحى شريكاً في نفس المبيع فيقدم على من ذكر غير ان هذا انما يستقيم اذا كان العقار غير قابل القسمة كالبنار والحمام والبيت الصغير اذا لو كان العقار قابلاً للقسمة كالبيت الكبير والارض والدار لا تصح هبة جزءه شائع منه كما قدمنا في كتاب الهبة فالحيلة حينئذ لتصحیح هذه الحيلة ان يهب البائع كل العقار من المشتري ثم يرجع بالهبة الا بسهم من العقار ثم يبيع من المشتري ما رجع به فيحصل المقصود راجع المادة ٥٥

الحيلة الثالثة : ان يشتري من المبيع سهماً شائعاً بثمن غال ثم يشتري الباقي بصفة ثانية فالشفعة للشفيع بالسهم الاول فقط (ملتقى) لانه لا يرغب فيه لكثرة الثمن والباقي لا شفعة له به بل هو للمشتري لانه شريك اذا انه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل القضا له لبقاء ملك المشتري فيتقدم على الجار. وهذه الحيلة هي المتعارفة الان فانهم يجمعون معظم الثمن للسهم الاول ويسيره للباقي الا ان هذه الحيلة تضر بالمشتري لو كانت الدار لصغير لعدم جواز بيع الباقي باليسير من الثمن لما فيه من الغبن الفاحش فيلزم المشتري السهم الاول بالثمن الكثير ولا يجوز شراؤه للباقي (رد مختار)

الحيلة الرابعة : ان يشتري المبيع بثمن اكثر كضعاف قيمته او اكثر ثم يدفع للبائع بدلاً عن الثمن عرضاً او بدلاً آخر قيمته كقيمة المبيع فالشفعة حينئذ بالثمن

لا بالعرض (غرر) لان العرض عوض عما في ذمة المشتري للبائع فيكون البائع مشترياً للعرض بمقدار آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تم الشريك والجار، غير انها قد تضر بالبائع لانه اذا استحق المبيع من المشتري كان له ان يرجع على البائع بكل الثمن لا بالعرض لبطلان المناصاة بالاستحقاق فالاولى بيع دراهم الثمن بدنانير (در منتقى) مثلاً لو كانت قيمة العتار عشرة دنانير يبيعه من المشتري بالف درهم ثم يبيع الثمن من المشتري بعشرة دنانير فالشفعة بالف درهم ولا يرغب فيها الشفع لكثرة الثمن وهذه الحيلة لا تضر البائع لانه اذا استحق المبيع بطل الصرف لانه يكون صرفاً بما في ذمة المشتري من الدراهم فاذا استحق المبيع تبين ان لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير (لمحطاوي بتوضيح)

الخامسة : ان يشتري العقار بدراهم معلومة بوزن او اشارة مع قبضه فلوس اشير اليها وجهل قدرها او مع خاتم معلوم المين مجهول المقدار ثم يضع الفلوس او الخاتم بعد القبض في المجلس فلا شفعة للشفيع (تنوير) لان بعض الثمن وهو الفلوس او الخاتم مجهول وجهالة الثمن تمنع الشفعة (درر) ولكن انما نتم هذه الحيلة لو وافق الشفع المتبايعين على جهالة قدر الفلوس والخاتم لانه اذا كانت يعلمهما وادعى ذلك فانه يصدق بقوله وتبطل الحيلة لعدم الجهالة المانعة من حكم الحاكم حينئذ يأخذ المبيع بمثل الدراهم المسماة بقيمة الفلوس او الخاتم على زعمه وقال الرمي ان الشفع لا يحلف على ما زعم لان المتبايعين لم يدعيا قدراً معيناً انكره الشفع بل اتفقا انها لا يعلمان قدر الثمن فلا يقال انه منكراً فلا يحلف (رد مختار لمخصراً)

السادسة : ان يشتري البناء او الاشجار اولاً ببعض الثمن ثم يشتري العرصه بشفعة ثانية بثمن غال فلا تثبت الشفعة في البناء والاشجار لانها نقيلية راجع المادة ١٠٢٠ ولا يرغب الشفع في اخذ العرصه بثمن غال. وكذا لو وهب له البائع البناء والاشجار ثم باعه العرصه بثمن غال

السابعة : ان يستأجر البائع ثوباً او حيواناً او غير ذلك من المشتري بجزء من مائة او الف جزء من المبيع وبعد ان يستوفي منفعة المأجور يبيع الباقي من الدار للمشتري فلا شفعة للشفيع اما في الجزء الاول فلا ان المشتري ملكه بدلاً عن المنفعة والشفعة لا تثبت الا بعقار ملك بعوض هو مال. راجع المادة ١٠٢٥. واما في بقعة الدار فلا ان المشتري صار شريكاً في الدار فكان مقدماً على الجار

تنبيه : لو ادعى الشفيع على المشتري انه احتال لابطال شفيعته (اي ان صورة البيع الواقع بين البائع والمشتري جعلت حيلة لا بطلان الشفعة) وطلب تحليف المشتري بانه لم يفعل هذا فراراً من الشفعة ليس له ذلك لانه يدعي على المشتري معنى لو اقرب به لا يلزمه شيء (خاتمة)

الكتاب العاشر

في انواع الشركات ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب

المقدمة

في بعض اصطلاحات فقهية

﴿ المادة ١٠٤٥ ﴾ الشركة في الاصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء وامتيازهم به ، لكن تستعمل ايضاً عرفاً واصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص . وعلى هذا تقسم الشركة مطلقاً الى قسمين : الاول شركة الملك وتحصل بسبب من اسباب التملك كالاشتراء والاتهاب ، الثاني شركة العقد وتحصل بالايجاب والقبول بين الشركاء وتأتي تفصيلات القسمين في بابهما المخصوص . وسوى هذين القسمين شركة الاباحة وهي اشتراك العامة في حق تملك الاشياء المباحة التي ليست في الاصل ملكاً لاحد كالماء باخذها واحرازها

﴿ المادة ١٠٤٦ ﴾ القسمة عبارة عن التقسيم وتعريفها وتفصيلها يأتي في بابها الخاص

﴿ المادة ١٠٤٧ ﴾ الحائط عبارة عن الجدار والطلبة والجيت (وهو ما يعمل من الاغصان) جمعه حيطان

﴿ المادة ١٠٤٨ ﴾ المارّة (على وزن العامة) عبارة عن المارين والعابرين في الطريق العام

﴿ المادة ١٠٤٩ ﴾ القناة (بفتح القاف) مجرى الماء تحت الارض قسطلاً او سياقاً تجمع على قنوات