كتـــــاب الشـفعـــــة

الشفعة مأخوذة من ضم الشيء إلى الشيء ومن ذلك الشفع ، اسم للزوج ، لأنه انضم الثاني إلى الأول ، ومنه قوله تعالى ﴿ **والفجر ، وليال عشر ، والشفع والوتر** ﴾ والشفيع ، لانضمامه في المعونة إلى المشفوع له ، (وحدها) في الإصطلاح قال أبو محمد في المقنع : إنها استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها . وهو غير جامع ، لخروج الصلح بمعنى البيع ، والهبة بشرط الثواب ، ونحو ذلك منه ، وقال في المغني : استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه[1] المنتقلة عنه ، من يد من انتقلت إليه ، وهو غير مانع ، لدخول ما انتقل بغير عوض ، كالإرث ، والوصية ، والهبة بغير ثواب ، أو بعوض غير مالي على المشهور ، كالخلع ونحوه ، فالأجود إذاً أن يقال : من يد من انتقلت إليه بعوض مالي أو مطلقا .[2]

٢٠٩٣ ـ وهي جائزة لما روى جابر رضي الله عنه قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ،

---

(١) في (د) : ومن ذلك الشفيع . وفي (م) : ﴿ **وليال عشر والشفع** ﴾ لانضمامه إلى المعونة . وليس في (د) : من يد مشتريها وهو ... حصة شريكه . وفي (ع) : كخروج الصلح . وفي (خ) : ونحو ذلك وقال . وعلق في هامشها على قوله (لخروج الصلح) : الصلح والهبة المذكوران من أنواع البيع ، فهما داخلان في الحد . اهـ وانظر تعريف الشفعة في الهداية ١٩٧/١ والمغني ٣٠٧/٥ والمقنع ٢٥٦/٢ والكافي ٤١٦/٢ وانظر الجواب عما أورده الشارح على تعريف أبي محمد في الإنصاف ٢٥٠/٦ .

(٢) في (م) : بعوض عين مال . وفي (خ) : والأجود أن يقال . وفي (ع) : مالي مطلقا .

وصرفت الطرق فلا شفعة . رواه أحمد ، والبخاري ، وفي لفظ : إنما جعل النبي ﷺ . الحديث رواه أحمد ، والبخاري ، وأبو داود ،[1] إلى غير ذلك من الأحاديث ، والإجماع على ذلك إلا خلافا شاذا يروى عن الأصم ،[2] والله أعلم .

---

(١) هو في صحيح البخاري ٢٢١٣ من طريق معمر ، عن الزهري ، عن أبي سلمة عن جابر ، بلفظ « في كل مال لم يقسم » ورواه البخاري ٢٢٥٧ وأحمد ٣٩٩/٣ من طريق معمر بلفظ « في كل مالم يقسم » ورواه أيضا الشافعي في المسند ١٧٣ عن مالك ، عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة به مرسلا ، ثم رواه عن الثقة ، عن معمر به موصولا ، ثم رواه عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بنحوه ، ورواه الطحاوي في الشرح ١٢١/٤ من طريق مالك عن الزهري ، عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة ، ثم رواه عن طريق مالك أيضا مرسلا ، وأما رواية : إنما جعل . إلخ فهي عند البخاري ٢٤٩٥ وأحمد ٢٩٦/٣ وأبي داود ٣٥١٤ وابن ماجه ٢٤٩٩ وعبد الرزاق ١٤٣٩١ وابن الجارود ٦٤٣ من طريق معمر بإسناده نحوه ، ورواه أحمد ٣٧٢/٣ والطيالسي كما في المنحة ١٤٠٥ من طريق صالح بن أبي الأخضر ، عن الزهري ، ولفظه : قضى بالشفعة مالم تقسم، أو يوقف حدودها. ورواه البيهقي ١٠٢/٦ من طرق عن جابر، وأبي هريرة، ورواه ابن عدي ١٩٤١ عن عطاء عن جابر وذكره ابن أبي حاتم في العلل ١٤٣١ عن معمر بلفظ «إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم، فإذا قسم ووقعت الحدود فلا شفعة». ونقل عن أبيه أنه رجح وقف آخر الحديث، على جابر، قال: ولو كان عن النبي ﷺ كان يقول: إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في مالم يقسم، وقال « إذا وقعت الحدود » إلخ ، وقد أنكر ذلك ابن حزم في المحلى ٤٢/١٠ وبالغ في الإنكار ، وفي (ع) : روي عن جابر . وفي (م) : في مالم .... وطرقت الطرق . وسقط من (س م) : وفي لفظ .... البخاري . وعلق في هامش (خ) : على الحديث : وفي رواية « في أرض أو ربع أو حائط » والربع والربعة المنزل ، والحائط البستان . اهـ وكتب أيضا : والأصل فيها من السنة ما رواه مسلم عن جابر قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مالم يقسم ، ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به . ورأيت في كتب الشافعية أن الإمام أحمد رضي الله عنه أخذ بظاهر هذا الحديث ونحوه ، وقال : لا يحل للشريك أن يبيع الأجنبي إلا بعد استئذان شريكه . فليحرر المذهب في ذلك .

(٢) هو عبد الرحمن بن كيسان أبو بكر أحد المعتزلة ، ورمي بالنصب ، ذكره القاضي عبد الجبار المعتزلي ، في طبقات المعتزلة ، وذكر أنه من أفصح الناس وأورعهم ، وأفقههم ، وهو من طبقة أبي الهذيل العلاف المعتزلي المشهور ، انظر لسان الميزان ٤٢٧/٣ وله شواذ في إنكار أكثر المعاملات .

قال : ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة .[1]

ش : يشترط للشفعة شروط (أحدها) أن يكون شريكا ، فلا تجب الشفعة للجار ، لما تقدم من حديث جابر ، إذ معناه الشفعة حاصلة أو ثابتة ، أو مستقرة في كل مالم يقسم ، فما قسم لا تحصل فيه ولا تثبت ، ويؤيد هذا الرواية الأخرى المصرح فيها بالحصر : إنما جعل[2] . وتمام الحديث أيضا يدل على ذلك ، والراوي ثقة ، عالم باللغة ، فلا ينقل إلا اللفظ أو معناه[3] .

٢٠٩٤ ـ وقد روى الترمذي وصححه في هذا الحديث : قال رسول الله ﷺ « إذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة »[4] .

٢٠٩٥ ـ وأصرح من هذا كله ما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ « إذا قسمت الدار ، وحدت فلا شفعة فيها »[5] .

---

(١) في (ع س) : ولا تجب إلا . وفي (م) : وطرقت .

(٢) تقدم آنفا ذكر من رواها . وفي (س) : ويزيد هذا . وفي (م) : المصرح بالحصر .

(٣) في (خ) : عالم باللفظ . وفي (ع) : فلا ينتقل . وفي (م) : إلا لفظه ومعناه .

(٤) هذا لفظ الترمذي ١٣٨٢ ج ٤ ص ٦١٣ لحديث جابر السابق ، ورواه ابن عدي ١٣٨٣ عن أبي سلمة عن جابر به ولعل الفرق أنه لم يذكر أول الحديث ، وصرح بأنه قول الرسول ﷺ ، ففيه رد على من زعم أن آخر حديث جابر مدرج كما سبق عن أبي حاتم وللطبراني في الكبير ١٣٣٨٥ عن ابن عمر نحوه وفيه أول الحديث وضعفه في مجمع الزوائد ١٥٩/٤ وروى أيضا في الكبير ٤٨٦٤ عن زيد بن ثابت نحوه وفي (م) : قال قال .... وطرقت الطرق .

(٥) هو لأبي داود ٣٥١٥ بلفظ « إذا قسمت الأرض » وابن ماجه ٢٤٩٧ بلفظ حديث جابر ، وكلاهما رواه عن سعيد بن المسيب ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ، وقد رواه الشافعي في المسند ١٧٣/٦ ومالك ١٩٢/٢ والنسائي ٣٢١/٧ وابن حبان ١١٥٢ عن سعيد وأبي سلمة

٢٠٩٦ ـ وقد روى الأثرم عن عمر ، وعثمان وعلي رضي الله عنهم أنه لا شفعة للجار .[1]

ونقل القاضي يعقوب رواية بثبوت الشفعة بالجوار ، وصححه ابن الصيرفي ، واختاره الحارثي فيما أظن .

٢٠٩٧ ـ لما روي عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها وإن كان غائبا ، إذا كان طريقهما واحدا » رواه الخمسة وقال الترمذي : حسن غريب . لكن قد تكلم فيه شعبة وغيره ، وقال بعض المحققين : إنه صحيح ، وإن كلامهم بلا حجة .[2]

مرسلا ، ورجح الحافظ في الفتح ٤٣٦/٤ وصله عن جابر ، وإرساله عن سعيد بن المسيب ، وكذا البيهقي ١٠٤/٦ وغيره .

(١) لم أجده عنهم مسندا مصرحا به ، وقد يؤخذ من مفهوم ما روى عبد الرزاق ١٤٣٩٢ والطحاوي ١٢٥/٤ عن عمر رضي الله عنه قال : إذا قسمت الأرض وحدت الحدود فلا شفعة فيها . ومارواه مالك ١٩٥/٢ وعبد الرزاق ١٤٣٩٣ والطحاوي ١٢٥/٤ عن عثمان رضي الله عنه قال : إذا وقعت الحدود فلا شفعة فيها . ويأتي قوله : والأرف يقطع كل شفعة .

(٢) هو لأحمد ٣٠٣/٣ وأبي داود ٣٥١٨ والترمذي ١٣٨١ ج ٦١١/٤ والنسائي في السنن الكبرى كما في تحفة الأشراف ٢٤٣٤ وابن ماجه ٢٤٩٤ والطيالسي ١٤٠٤ وعبد الرزاق ١٤٣٩٦ وابن أبي شيبة ٣٥٨/٦ والطحاوي ١٢٠/٤ والرامهرمزي ٢٥٨ وابن عدي ١٩٤١ وغيرهم، وكلهم رووه من طريق عبد الملك بن أبي سليمان ، عن عطاء عن جابر ، وقد تكلم شعبة بن الحجاج وغيره في عبد الملك من أجل هذا الحديث ، كما ذكر الذهبي في الميزان ، وأطال المنذري في تهذيب السنن ٣٣٧٥ الكلام في تعليل الحديث بعبد الملك ، حتى قال : وجعله بعضهم رأيا لعطاء ، أدرجه عبد الملك في الحديث ، وروى البيهقي ١٠٦/٦ عن أمية بن خالد قال : قلت لشعبة : تحدث عن محمد بن عبيد الله العزرمي ، وتدع عبد الملك العزرمي وهو حسن الحديث ؟ قال : من حسنها فررت . وروى ١٠٧/٦ عن يحيى القطان قال : لو روى عبد الملك حديثا آخر مثل حديث الشفعة لتركت حديثه ، وحكاه من طريق أخرى عنه عن شعبة ، وأطال ابن التركماني في الرد على البيهقي ، وجزم بصحة الحديث ، وموافقته لبقية الروايات وأورد له عدة شواهد لموافقته لمذهب الحنفية ، وكذا الزيلعي في نصب الراية ١٧٣/٤ وقد حكى الترمذي عن شعبة أنه تكلم في الحديث ، ونقل كلامه المنذري في التهذيب وغيره ، أما الذي صححه من المحققين فلعل المراد به الحافظ ابن عبد الهادي ، صاحب التنقيح على التحقيق ، فقد نقل كلامه بطوله الزيلعي في نصب الراية ١٧٤/٤ . وفي (خ د) :

٢٠٩٨ ـ وعن أنس رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال « جار الدار أحق بالدار » رواه النسائي ، وابن حبان ،[١] وعلى المذهب لو حكم الحنفي لحنبلي بالجوار فهل له الأخذ ؟ منعه القاضي ، وجوزه ابن عقيل .[٢]

(الشرط الثاني) أن يكون ذلك الشقص المشترك مما يقبل القسمة ، وهذا معنى قول الخرقي : للشريك المقاسم . الذي يقاسم ، أي يستحق أن يقاسم ، فلا تجب في الحمام الصغير ، والبئر ، والعراص الضيقة ، ونحو ذلك ، لأن الحديث « إذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق » والحدود

لما روى جابر وفي (خ) : إذا كان ظهيرهما غائبا . وفي (م) : واحدة . وفي (خ) : بعض المحدثين . وعلق الثانية بالهامش .

(١) هو في السنن الكبرى للنسائي كما في تحفة الأشراف ١٢٢٢ وصحيح ابن حبان كما في الموارد ١١٥٣ ورواه الطحاوي ١٢٢/٤ وقد روي نحوه عن سمرة بن جندب ، عند أبي داود ٣٥١٧ والترمذي ٦٠٩/٤ برقم ١٣٨٠ وصححه والطيالسي ١٤٠٨ وأحمد ٨/٥ ، ١٣ والطبراني في الكبير ٦٨٠١ ـ ٦٨٠٧ ، ٦٩٢٠ ، ٦٩٢٣ ، ٦٩٤١ ، ٧٠٦٧ وابن عدي ٧٢٩ ، ٨٨٢ وابن حزم في المحلى ٣٨/١٠ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٤٥٨٨ والبيهقي ١٠٦/٦ والطحاوي في الشرح ١٢٣/٤ لكنه من رواية الحسن عنه ، وقد قيل : إنه لم يسمع منه . وقد رواه الطحاوي عن أنس عن سمرة ، وعن حميد وقتادة عن الحسن به مرسلا ، وقد روي نحوه عن الشريد بن سويد كما في المسند ٣٨٨/٤ من طريق قتادة ، عن عمرو بن شعيب عن الشريد ، وكذا رواه ابن سعد في الطبقات ٥١٣/٥ ورواه أحمد ٣٨٩/٤ والطبراني في الكبير ٧٢٥٣ وابن عدي ١٧٠٠ عن عمرو بن شعيب ، عن عمرو بن الشريد ، عن أبيه قال : قلت : يارسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ، قال « الجار أحق بسقبه » ورواه الطبراني في الكبير ٩٧٦ عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع ورواه ابن عدي ١٩٧٨ عن سعيد بن زيد وذكره ابن أبي حاتم في العلل ١٤٢٩ ، ١٤٣٠ وصحح أنه عن عمرو بن الشريد عن أبيه ، وخطأ حديث أنس ، وصحح أنه عن قتادة عن الشريد ، وجعل الخطأ من عيسى بن يونس راويه عن سعيد عن قتادة ، ونقل عن أبيه وأبي زرعة قالا : نظن أن عيسى وهم فيه ، فشبه الشريد بأنس .

(٢) ذهب الحنفية إلى أن الجار تثبت له الشفعة ، وقد انتصر لهذا القول جماعة من علمائهم ، كالطحاوي في شرح معاني الآثار ، والزيلعي في نصب الراية ١٧٣/٤ وابن التركماني في الرد على البيهقي ١٠٦/٦ وغيرهم ، ووقع في (م) : للحنبلي . وليس في (م خ) : بالجوار . وفي هامش (خ) : وسيأتي في آخر الباب من كلام أبي محمد ما يقتضي موافقة قول ابن عقيل ، وقد يقال : لا يقتضي موافقته ، لأنه في نفوذ الحكم ، وهذا في جواز أخذ المحكوم له . اهـ .

إنما تقع فيما يقبل القسمة ،[1] فإذاً تقدير الحديث : الشفعة في كل شيء يقبل القسمة مالم يقسم .

٢٠٩٩ ـ وقد روى أبو عبيد في الغريب ، عن النبي ﷺ أنه قضى أن لا شفعة في فناء ، ولا طريق ، ولا منقبة ، ولا ركح .[2] قال أبو عبيد : المنقبة الطريق الضيق بين الدارين ، لايمكن أن يسلكه أحد ، والركح ناحية البيت من ورائه .

---

(١) في (ع د) : مايقبل . وفي (خ) : الشريك المقاسم . وفي (س م) : الخرقي المقاسم . وفي (ع م) : أن يستحق . وفي (س م) : في الحمام والبئر . وليس في (ع) : وصرفت الطرق والحدود . وفي (م) : وطرقت . وفي هامش (خ) على قوله (للشريك المقاسم) : قال في المحرر : لا تجب الشفعة إلا لشريك في عقار تجب قسمته انتهى . فإن قيل لم لم تجب فيما لا تجب قسمته ، مع أنه يتأبد ضرره ؟ قيل : لأن إثبات الشفعة فيه يضر بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع ، فيتضرر البائع ، وقد يمتنع المبيع بسبب ذلك ، ويسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها ، وأيضا لأن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحق الشفيع بالمقارنة ، لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ، ولا يوجد هذا فيما لا تجب قسمته ، وكون الضرر فيما لا تجب قسمته أكثر لتأبده لا يرد ، لأنه من غير جنس الضرر الذي تثبت له الشفعة ، وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة ، فلا تمكن التعدية . اهـ وكتب على قوله (فيما يقبل القسمة) : قبول القسمة أعم من كونها قسمة إجبار أو تراض ، والمراد ما يقبل قسمة الإجبار ، والحدود لا تدل على ذلك . اهـ .

(٢) هو في كتاب غريب الحديث ١٢١/٣ معلقا ، حيث قال : وقال أبو عبيد : في حديثه عليه السلام أنه قضى أن لا شفعة في فناء ، ولا طريق ولا منقبة ، ولا ركح ولا رهو ، ثم فسر المنقبة والركح كما هنا ، وهذا الكتاب غير مرتب ، وأحاديثه محذوفة الأسانيد ، وفي بعض النسخ ذكر الأسانيد لكن ذكرها المصحح تعليقا ، ولم أجد هذا الحديث مسندا ، وقد ذكره أبو محمد في المغني ٣١٣/٥ وعزاه لأبي الخطاب في رؤوس المسائل ، وأبو الخطاب هو محفوظ بن أحمد الكلوذاني المتوفي سنة ٥١٠ هـ والظاهر أنه لم يروه بسنده ، فلعله رواه عن كتاب أبي عبيد ، ولم يذكر الموفق ومن بعده فيما علمت لفظة : ولا ركح . وقد ذكر الحديث ابن الأثير في النهاية في مادة (نقب) بلفظ « لا شفعة في بناء ولا طريق ولا منقبة » وفي مادة (ركح) بلفظ « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا ركح » وصرح في اللفظ الثاني بعزوه لأبي عبيد ، وتبعه على هذا النقل صاحب اللسان والتاج وغيرهما ، والركح بضم الراء وسكون الكاف . وفي (س م) : وكج .... والوكج .

٢١٠٠ ـ واعتمد أحمد على ما رواه عن ابن إدريس ، عن أبي عمارة ، عن أبي بكر بن عمرو بن حزم ، عن أبان بن عثمان ، عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ، ولا فحل ، والأرف يقطع كل شفعة . قال أحمد : الأرف الأعلام ، والفحل فحل النخل .[١]

(الشرط الثالث) أن يكون المبيع أرضا ، فلا شفعة في غير الأرض ، لأن ظاهر الحديث أنه إنما حكم بذلك في الأرض دون غيرها ، إذ وقع الحدود . وتصريف الطرق ،[٢] إنما هو في الأرض ، لأن الأرض هي التي تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها ، ويستثنى من غير الأرض البناء ، والغراس ، فإن الشفعة تجب فيهما تبعا للأرض .

٢١٠١ ـ وفي حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ « قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، ربعة أو حائط ، لا يحل

---

(١) يظهر أن الشارح نقله من سنن البيهقي ، فقد نقله البيهقي ١٠٥/٦ عن أبي عبيد حدثناه عبد الله بن إدريس ، عن محمد بن عمارة ، عن أبي بكر بن حزم ، أو عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم ، الشك من أبي عبيد ، عن أبان بن عثمان ، عن عثمان رضي الله عنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل . والأرف يقطع كل شفعة . قال ابن إدريس : الأرف المعالم . وقال الأصمعي : هي المعالم والحدود . إلخ ورواه ابن أبي شيبة ٥٧٩/٦ ونقله ابن حزم ٤/١٠ عن ابن أبي شيبة بسنده نحوه مفسرا ، وكذا ذكره ابن أبي حاتم في العلل ١٤٣٣ وقد رواه مالك ١٩٥/٢ وعبد الرزاق ١٤٤٢٦ ولم يذكرا قوله : والأرف . إلخ ، ورواه عبد الرزاق ١٤٤٢٧ عن محمد بن أبي بكر عن النبي ﷺ « لا شفعة في ماء ولا طريق ولا فحل » وفي نسخ الشرح : ولا أف . قال أحمد إلخ وصحح من كتب الحديث . ونقل في هامش (خ) : عن النهاية : المنقبة الطريق بين الدارين ، كأنه نقب من هذه إلى هذه ، وقيل : هو الطريق الذي يعلو إنشاز الأرض ، قال : والركح بالضم ناحية البيت من ورائه ، وربما كان فضاء لا بناء فيه . اهـ وكتب أيضا : في غريب الحديث : الأرف الحدود ، واحدتها أرفة ، كغرفة وغرف ، وهي براء مهملة وفاء ، ويقال : بثاء مثلثة أيضا ، ذكره في الغريبين اهـ .

(٢) في (خ) : في غير أرض ، لأن ظاهر الحديث إنما . وفي (م) : وتفريق الطرق .

له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » رواه مسلم وغيره ،[1] فنص على الحائط أي حائط النخل ، وهذا الشرط قد يؤخذ من كلام الخرقي ، من قوله : فإذا وقعت الحدود . إذ الخرقي سبك الحديث . (وعن أحمد) رحمه الله رواية أخرى أن الشفعة تجب في كل شيء ، إلا في منقول ينقسم ،[2] فتجب على هذا في كل ما لا ينقسم ، كالحمام الصغير ونحوه ، وفي غير الأرض ، من البناء [المنفرد] ونحوه ، لعموم حديث جابر المتقدم .

٢١٠٢ ـ وروى عبد الله بن أحمد رحمه الله في المسند عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور .[3]

٢١٠٣ ـ وروى الطحاوي بسنده عن جابر رضي الله عنه قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء . قال بعض الحذاق من المحدثين : ورواته ثقات .[4] ولا ريب عند الأصحاب أن المذهب ما تقدم .

---

(١) هو في صحيح مسلم ٤٥/١١ من طريق ابن جريج ، عن أبي الزبير عن جابر ، ورواه أيضا أحمد ٣١٦/٣ وأبو داود ٣٥١٣ والنسائي ٣٠١/٧ ، ٣٢٠ وابن الجارود ٦٤٢ والدارمي ٢٧٣/٢ والدارقطني ٢٢٤/٤ وعبد الرزاق ١٤٤٠٣ والطحاوي في الشرح ١٢٠/٤ ويحيى بن آدم في الخراج ٢٥٣ كلهم من طريق ابن جريج به نحوه ، والربعة الدار والمسكن ، ومطلق الأرض ، والحائط الحديقة قاله النووي في شرح مسلم .

(٢) في هامش (خ) : أي قسمة إجبار . اهـ .

(٣) هو في المسند ٣٢٦/٥ ضمن أحاديث رواها بسند واحد فيه ضعف وانقطاع ، من طريق إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة عن عبادة ، قال في مجمع الزوائد ٢٠٥/٤ : وإسحاق لم يدرك عبادة . وفي الميزان : عامة أحاديثه غير محفوظة . اهـ .

(٤) رواه الطحاوي في معاني الآثار ١٢٦/٤ ونقله الزيلعي في نصب الراية ١٧٧/٤ عن إسحاق ابن راهويه ، بسنده ، لكنه أبدل جابرا بابن عباس ، ورواه ابن حزم ٥/١٠ من طريق الطحاوي

(الشرط الرابع) أن ينتقل الشقص بعوض مالي ، وتحريره أنه إن انتقل بغير عوض ـ كالإرث والوصية ونحوهما ـ لم تثبت الشفعة عندنا بلا نزاع ، وإن انتقل بعوض مالي ـ كالبيع ، والهبة بشرط الثواب ، ونحوهما ـ ثبتت الشفعة بلا نزاع ، وإن انتقل بعوض غير مالي ـ كالصداق ، والصلح عن دم العمد ،[1] ونحوهما ـ فوجهان ، أشهرهما عند القاضي وأكثر أصحابه لا ، (والثاني) ـ واختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب في الإنتصار ـ نعم ، وعليه هل يأخذ الشقص بقيمته أو بالدية ومهر المثل ؟ فيه وجهان ،[2] والله أعلم .

قال : ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له .

ش : إذا ثبتت الشفعة فهل حق المطالبة بها على الفور أو التراخي ؟ فيه روايتان (إحداهما) ـ وهي المشهورة ، والمختارة عند الأصحاب ـ أنه على الفور ، فلو أخره من غير عذر سقطت شفعته .

على الصواب ، وأقره ، وقال الحافظ في الفتح ٤٣٦/٤ : لا بأس برواته ، وقد روي نحوه عن ابن عباس عند الترمذي ١٣٨٣ والطحاوي ١٢٥/٤ والطبراني في الكبير ١١٢٤٤ وابن عدي ٢١١٣ « بلفظ الشريك شفيع والشفعة في كل شيء» ورواه ابن عدي ١٦٨٩ عن ابن عباس بلفظ «في كل شفعة» وفي رواية « الشفعة في العبد وفي كل شيء » . ورواه عبد الرزاق ١٤٤٢٥ وابن أبي شيبة ٥٧٩/٤ كلاهما عن ابن أبي مليكة مرسلا ، ورواه الدارقطني ٢٢٢/٤ والبيهقي ١٠٩/٦ مسندا ومرسلا ، ورجح كل منهما الإرسال ، قال الحافظ في الفتح ٤٣٦/٤ : ورجاله ثقات إلا أنه أعل بالإرسال. ومراد الشارح هنا ببعض الحذاق الحافظ ابن عبد الهادي ، فإنه قال في المحرر ١٥٩ : ورواته ثقات .

(١) في (م) : أنه انتقل . وفي (خ) : ونحوهما تثبت الشفعة بلا نزاع ، وإن انتقل بعوض غير مالي كالصداق . والصلح عن الدم . وليس في (ع) : مالي كالبيع ... وإن انتقل بعوض . وفي هامش (خ) : على قوله (ونحوهما) : كالخلع .

(٢) في هامش (خ) : أصحهما بقيمته يوم الصلح والنكاح . اهـ .

٢١٠٤ ـ لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال « الشفعة لمن واثبها »[١] ولأن ثبوته على التراخي ربما أضر بالمشتري ، لعدم استقرار ملكه ، (والثانية) ـ واختارها القاضي يعقوب ـ أنه على التراخي ، لأنه خيار لدفع ضرر محقق ، فكان على التراخي ، كخيار العيب ، (فعلى الأولى) هل يتقيد بساعة العلم ـ وهو ظاهر كلام الخرقي ، وأحمد ، واختيار أبي محمد ، لظاهر الحديث ـ أو يتقيد بمجلس العلم ـ اختاره ابن حامد ، والقاضي وأصحابه ، وحكاه ابن الزاغوني رواية عن أحمد ، إذ حالة المجلس في حكم حالة العقد ـ ؟ فيه قولان ، وعلى الفورية متى كان التأخير لعذر لم تسقط شفعته ، كأن يعلم ليلا فيؤخر إلى الصبح ، أو لأكل ، أو شرب[٢] لجوع أو عطش به ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليأتي بالصلاة وسننها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها ، ونحو ذلك .

وقد نبه الخرقي على ذلك بقوله :

ومن كان غائبا وعلم بالبيع في وقت قدومه ،[٣] فله الشفعة وإن طالت غيبته .

---

(١) قال في نصب الراية ١٧٦/٤ : غريب . وفي الدراية رقم ٨٩٣ : لم أجده ، وإنما ذكره عبد الرزاق من قول شريح . وقال في التلخيص ٥٦/٣ : هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، والماوردي هكذا بلا إسناد إلخ ، وذكره ابن حزم في المحلى ١٩/١٠ وجزم بأنه مكذوب موضوع ، ولم يستحضر ذكر إسناده ، وأثر شريح رواه عبد الرزاق ١٤٤٠٦ بلفظه ، ويقرب منه حديث « الشفعة كحل العقال » رواه ابن ماجه ٢٥٠٠ عن ابن عمر ، وضعفه المصحح عن الزوائد ، ونقله ابن حزم ١٩/١٠ عن البزار بسند ابن ماجه ، وذكره ابن أبي حاتم في العلل ١٤٣٤ بسند ابن ماجه أيضا ، ونقل عن أبي زرعة أنه حديث منكر يضرب عليه .

(٢) في (م) : حال المجلس في حكم حال . وفي (م خ) : أو يأكل أو يشرب . وفي هامش (خ) على قوله (متى كان التأخير) : أي تأخير المطالبة . اهـ والبحث في الهداية ١٩٨/١ والمغني ٣٢٤/٥ .

(٣) في (خ) : ومتى كان . وفي (م) : فعلم بالبيع . وفي المتن : فعلم بالبيع وقت قدومه .

ش : لأن الغائب معذور ، إذ الحكم لا يثبت في حقه إلا بعد العلم ، فإذا علم ثبت الحكم في حقه ، ومثله المحبوس ، والمريض ، ونحوهما ممن لم يعلم بالبيع لعذر ، والله أعلم .

قال : وإن علم وهو في السفر[1] فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له .

ش : إذا علم وهو في السفر بالشفعة ، فأشهد على الطلب بها فهو على شفعته ، لأنه قد علم منه أنه غير تارك لها ، بل مطالب ، وكذلك إن لم يشهد لتعذر الشهود ونحو ذلك ، لمقام العذر ،[2] وإن لم يشهد مع وجود من تقبل شهادته سقطت شفعته ، كما لو أخر الطلب مع حضوره ، نعم : إن ترك الإشهاد وسار في الطلب ففيه وجهان ، (السقوط) وهو ظاهر كلام أحمد ، والخرقي ، لأن السير يكون للطلب وغيره ، فلا يتبين إلا بالإشهاد (وعدمه) لأن الظاهر أن السير[3] للطلب ، وينبغي أن يكون حكم سير وكيله حكم سيره ، وإذا أشهد ثم أخر القدوم مع إمكانه بطلت شفعته عند القاضي ، و لم تبطل على ظاهر كلام الخرقي ، وكذلك الوجهان إن أخر الطلب بعد القدوم والإشهاد ، ومقتضى كلام الخرقي أن الإشهاد إنما يكتفى به في السفر إناطة بالعذر ، وأبو البركات جعل الشرط أحد شيئين الإشهاد ، أو المضي المعتاد ، والله أعلم .

---

(١) في (س ع) : علم في السفر . وفي (خ) : علم بالسفر .

(٢) في (م) : فهو على الشفعة ... لمدام العذر . وسقط من (د) : وكذلك ... العذر .

(٣) في (م) : كلام الخرقي ، لأن السير يكون الطلب . وفي (د) : يكون في الطلب وتبيين الطلب إلا . وفي (ع) : لأن أن السير .

قال : فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة فأكثر ، كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم ، فإن طالب الأول رجع عليه الثاني بالثمن الذي أخذه منه ، والثالث على الثاني .[1]

ش : هذا تفريع على القول بالفورية كما هو المذهب ، فإذا لم يعلم الشفيع بالبيع حتى تبايع ذلك الشقص اثنان ، أو ثلاثة ، أو أكثر[2] من ذلك ، فإن للشفيع أن يطالب بالشفعة من شاء منهم ، لأن سبب الشفعة الشراء ، وقد وجد من كل واحد منهم ، فإن طالب الأول فسخ عقد من بعده ، وإذاً يرجع الثاني بالثمن على الأول ، لأنه لم يسلم له المبيع ، ويرجع الثالث على الثاني أيضا لذلك ، وعلى هذا ، وإن طالب الثاني أخذ بما اشتراه به ، واستقر عقد الأول ، وفسخ عقد الثالث ، فيرجع الثالث على الثاني بالثمن لما تقدم[3] وإن طالب الثالث أخذ بما اشتراه به ، واستقر عقد الأولين ، وجعل ابن أبي موسى هذا الحكم إذا لم يكن الشقص في يد واحد منهم بعينه ، أما إن كان في يد أحدهم فالمطالبة له وحده .

ومقتضى كلام الخرقي [أن المشتري] يصح تصرفه في الشقص المبيع قبل أخذ الشفيع ، أو قبل علمه ، وهو صحيح ، لأن قصاراه أن يكون قد ثبت فيه حق تملك ،

---

(١) في المغني والمتن و(م خ) : ثلاثة أو أكثر . وفي (د) : رجع على الثاني . وفي (ع س م خ) والمتن والمغني : رجع الثاني بالثمن . وهو ظاهر ، والزيادة للتوضيح ، وفي (م) : بالثمن على الذي . وفي المغني و(م خ) : أخذ منه .

(٢) في (م) : لم الشفيع . وفي (خ) : الشفيع حتى . وفي (س م) : فأكثر .

(٣) في (م د) : فإذاً يرجع . وفي (س) : إليه المبيع . وفي (م) : الثاني أحدهما اشتراه بعد استقراره . وفي (د) : كما تقدم .

وذلك لا يمنع التصرف ، بدليل الابن يتصرف في العين الموهوبة له ، وإن جاز لأبيه الرجوع فيها ، وقيد أبو البركات ذلك بما قبل الطلب ، فلعله بنى ذلك على أن الأخذ يحصل بالطلب ، وهو رأي القاضي ، وأبي الخطاب ، بشرط الملاءة [بالثمن] ،[1] وعند أبي محمد لا يملكه إلا بالأخذ ، أو ما يدل عليه ، نحو : أخذته بالثمن ، أو تملكته . وعند ابن عقيل لا يملكه إلا بدفع الثمن ، وعلى رأي الجميع لا يفتقر[2] إلى حكم حاكم ، وفي التذكرة أنه يفتقر ، والله أعلم .

قال : وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة .

ش : الشفعة تثبت للصبي كما تثبت للبالغ ، للعمومات ، ولأن ثبوتها لدفع ضرر عن المال ، أشبهت خيار العيب ، فعلى هذا[3] إن كان فيها حظ فللولي الأخذ بها ، بل قال أبو محمد : يجب ، لأنه مصلحة من غير مفسدة ، والولي عليه رعاية مصالح الصبي . وإن لم يكن فيها حظ فليس له الأخذ ، فإن أخذ فهل يصح ـ لأن فيه دفع ضرر عن الصبي في الجملة ـ أو لا يصح ـ لمنعه من الشراء ، أشبه مالو اشترى معيبا يعلم عيبه ـ ؟ فيه روايتان ،[4] وإن ترك الولي الأخذ

---

(١) في (ع د) : العين المرهونة . وفي (م) : بشرط البراءة . وعلق في هامش (خ) على قوله (أو قبل علمه) : لعله أو قبل طلبه . وعلق على قوله (بما قبل الطلب) : وفي الكافي أيضا التصريح بذلك في مسألة أرش الشفعة بالطلب لا قبله . اهـ وانظر كلام أبي الخطاب في الهداية ١٩٩/١ وأبي البركات في المحرر ٣٦٦/١ .

(٢) في (ع س د) : أخذت بالثمن . وفي (م) : لا يملك إلا . وفي (س م) : وعلى رأي لا يفتقر .

(٣) في (س م) : كما تثبت للبائع . وفي (د) : عن مال . وفي (م) : الخيار بالعيب فعلى هذه .

(٤) في (م) : وإن أخذ .... كمنعه من الشراء ... معيبا لو يعلم . وفي (خ) : وفيه روايتان ـ وبهامشها : صوابه : فيه روايتان بلا واو ، لأن الروايتين في صحة الأخذ ، كما صرح بهما في المغني ، لا في شرائه معيبا لم يعلم عيبه . اهـ . وعلق على قوله (فللولي الأخذ بها) : خلافا للأوزاعي اهـ . وعلى قوله (لمنعه من الشراء) : في المغني تعليل هذه الرواية على مالو اشترى معيبا يعلم عيبه اهـ .

بها مطلقا فهل للصبي إذا بلغ الأخذ[1] بها ـ وهو ظاهر كلام أحمد ـ في رواية ابن منصور ـ والخرقي ، لأن الأخذ حق ثبت له ،[2] فلا يسقط بترك غيره ، كوكيل الغائب ، ـ (أو ليس له الأخذ) ـ وبه كان يفتي ابن بطة ، فيما حكاه عنه أبو حفص ، لأنه يملك الأخذ ، فملك الترك كالمالك ـ (أو إن تركها)[3] الولي والحظ فيها للصبي فله الأخذ ، وإن تركها لعدم الحظ سقطت ـ وهو اختيار ابن حامد ، وتبعه القاضي ، وعامة أصحابه ، لأنه فعل ماله فعله فينفذ ، كما لو أخذ مع الحظ ـ ؟ ثلاثة أقوال ، وحكم المجنون والسفيه حكم الصبي ، والله أعلم .

قال : وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه[4] فله ذلك ، إذا لم يكن في أخذه ضرر .

ش : إذا بنى المشتري قبل أخذ الشقص ، ثم اختار الشفيع الأخذ ،[5] فله ذلك للعمومات ، ويلزمه أن يدفع إلى المشتري قيمة بنائه ، نص عليه أحمد في رواية الجماعة ، دفعا للضرر المنفي عنه شرعا ،[6] قال القاضي وأصحابه

---

(١) في (ع س م) : مطلقا فللصبي . وليس في (س م د) : إذا بلغ .

(٢) في (ع س م) : لأن حق الأخذ ثبت له . وفي هامش (خ) على قوله (ظاهر كلام أحمد) : في المحرر أنه نص عليه . اهـ .

(٣) في (خ) : فيملك الترك . وفي (ع س م) : وإن تركها .

(٤) في (خ) : أخذ بنائه .

(٥) في (خ) : قبل أخذ الشفيع الشقص ، ثم اختار الأخذ . وبهامشها على قوله (ثم اختار) : أي الشفيع اهـ .

(٦) في (خ) : رواية الجماعة ، للضرر المنفي شرعا . وفي (م) : دفعا المنفي .

والشيخان وغيرهم : أو يقلعه ويضمن نقصه ، لأنه في معنى ما تقدم ، لزوال الضرر به ، هذا إن لم يشأ المشتري أخذ بنائه ، فإن أراد أخذ بنائه فقيل : ـ وهو ظاهر كلام الأكثرين ، بل الذي جزموا به ـ له ذلك ، أضر بالأرض أو لم يضر ، لأنه عين ماله ، ولا يلزمه طم الحفر ، ولا الأرش ، قاله القاضي ، إذ النقص حدث[1] في ملكه ، فلا يقابل بعوض ، فعلى هذا يخير الشفيع بين أخذه ناقصا بكل الثمن أو تركه ، وقال أبو محمد : ظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع . قلت : وينبغي أن يزيد إذاً أو بالطم .[2]

وظاهر كلام الخرقي امتناع الأخذ على المشتري مع الضرر بالأرض ، إذ الضرر لا يزال بالضرر ،[3] وتبعه على ذلك ابن عقيل في التذكرة ، فعلى هذا يبقى التخيير السابق للشفيع ، فلو امتنع[4] منه سقط حقه ، وحكم الغراس حكم البناء .

(**تنبيهان**) : (أحدهما) يتصور بناء المشتري على القول بالفورية في صور ، (منها) إذا أظهر[5] المشتري زيادة في

---

(١) في (م) : بزوال الضرر هذا . وليس في (خ) : فإن أراد أخذ بنائه . وفي (د) : فإذا أراد . وفي (خ) : أم لم يضر . وفي (ع د) : ولا يلزم طم . وفي (م) : إذ النقص حصل . وانظر المسألة في المحرر ٣٦٦/١ والمغني ٣٤٤/٥ .

(٢) في (م) : ضمان ينقص الحاصل . وفي (ع خ) : قلت ينبغي . وفي (م) : أن يزاد وظاهر . وفي (ع) : إذاً بالطم . وفي (س خ) : أن يزيد أو الطم . وفي (د) : إذ الظلم .

(٣) في (خ) : مع الضرر بالأرش . وفي (ع) : لا يزال إلا بالضرر .

(٤) في (م) : لو امتنع . وفي هامش (خ) : على قوله (يبقى التخيير) : وهو أنه مخير بين دفع قيمة البناء ، وبين ترك الشفعة اهـ .

(٥) في (س) : إذا ظهر .

الثمن ، أو أن الشقص موهوب له ، أو أن الشراء لفلان فقاسمه[1] بناء على ذلك ، أو لجهل الشفيع بثبوت الشفعة له ، قاله ابن الزاغوني ، أو قسم عليه لصغره مع الولي ، أو لغيبته إن قلنا : الحاكم يقسم على الغائب ، وغرس أو بنى ثم بان للشفيع الحال ،[2] أو قدم ، أو بلغ .

(الثاني) في كيفية تقويم البناء ، قال أبو محمد : الظاهر أن الأرض تقوم وفيها البناء ، ثم تقوم خالية ، فما بينهما قيمة البناء ، فيدفع إلى المشتري إن أحب الشفيع ، أو ما نقص منه إن اختار القلع ، لا قيمته مستحقا للبقاء ،[3] ولا قيمته مقلوعا ، والله أعلم .

قال : وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضا أعطاه قيمته .[4]

ش : الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد .

٢١٠٥ ـ لأن في بعض ألفاظ حديث جابر « هو أحق به بالثمن » رواه الجوزجاني[5] ولأن الشفيع يستحق أخذ الشقص ، فيستحقه

---

(١) في هامش (خ) : وقد لا يقاسمه لذلك ، بل يبني معه ، أو يغرس معه ، ثم يبين له الحال بعد ذلك ، فالحكم في نصيب المشتري كذلك اهـ .

(٢) في (ع م) : قال ابن الزاغوني . وما أثبتناه هو الصواب كما في المبدع ٢٢١/٥ وفي (خ) : الشفعة قاله . وفي (م) : ألصق مع الولي . وفي (خ) : للشفيع الأخذ الحال . وعلق في (خ) على قوله (أو لجهل) : كذا ولعله جهل اهـ . وعلى قوله (أو قسم عليه) : أي على الشفيع اهـ .

(٣) في (س) : التنبيه الثاني . وفي (م د) : تقوم البناء . وفي (ع د) : البناء قيمة إلى المشتري . وفي (م) : مستحقا للبناء . وانظر كلام أبي محمد المذكور في المغني ٣٤٥/٥ .

(٤) سقط من المتن : وإن كان الشراء ... ذلك . وفي (م) : قال وإذا كان . وفي (س) : أعطاه ثمنه . والمراد بالعين الذهب المضروب ، والورق هو الفضة وهو بكسر الراء .

(٥) لم أجده بلفظه مسندا ، وفي المسند ٣١٠/٣ عن جابر نحوه ، ولفظه « فليعرضه على شركائه ، فإن أخذوه فهم أحق به بالثمن » وسبق قريبا حديث عن جابر عند مسلم ٤٥/١١ وأحمد ٣١٢/٣

بالثمن كالمشتري ، إذا تقرر هذا فإذا وقع العقد على مثلي ـ كالدراهم ، والدنانير ، والمكيلات ، والموزونات ـ أخذ بمثله لمماثلتِهِ له[1] صورة ومعنى ، وإن وقع العقد على غير مثلي ـ كالثياب والحيوان ـ أخذ بقيمته وقت العقد ، لتعذر مثله ، ولعل الخرقي إنما خص بالدراهم والدنانير بوجوب المثل لغلبة وقوع البيع بهما ، بخلاف غيرهما من المثليات .

وقول الخرقي : وإن كان الشراء وقع بعين . إلى آخره ، يستثنى منه ما إذا وقع العقد على ثمن ثم زيد فيه أو نقص في مدة الخيارين ،[2] فإن الاعتبار بما استقر عليه العقد ، لا بما وقع العقد عليه ، والله أعلم .

قال : وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري ، إلا أن يكون للشفيع بينة .[3]

ش : إذا اختلفا في الثمن ، فقال المشتري : اشتريته بمائة . وقال الشفيع : بل بخمسين . مثلا ، فالقول قول المشتري ، إذ الشفيع يدعي الاستحقاق بالثمن الأول ، والمشتري ينكره ، والقول قول المنكر[4] مع يمينه ، ولأن المشتري هو

وأبي داود ٣٥١٣ والنسائي ٣٠١/٧ وغيرهم وفيه « فإن باعه و لم يؤذنه فهو أحق به » والجوزجاني هو الحافظ إبراهيم بن يعقوب ، صاحب المترجم مات سنة ٢٥٩ ووقع في (م) : الجرجاني .

(١) في (م) : فإن وقع . وفيها : بمثله وما ثبت أنه مماثلة صورة . وفي (ع) : بمثله بما يليه صورة .

(٢) في (ع د) : أو في مدة . وفي (خ) : الخيار . وبهامشها : لا معنى لهذا الاستثناء ، لأن معنى وقوع البيع لزومه . اهـ .

(٣) في المتن : في قدر الثمن فالقول ما قال . وفي (س ع) : المشتري مع يمينه إلا . وفي (س) : للشفيع بما قال بينة .

(٤) في (س م) : وقال الشفيع بخمسين . وليس في (م) : الأول . وبهامش (خ) على (قول المشتري) : لأنه بيع بالثمن الذي اشترى به قبل ذلك ، فكان القول فيه قول من يبيعه ، كالبيع بتخبير الثمن في المرابحة ونحوها اهـ . وعلى (المنكر) : لا يقال هو غارم فيكون القول قوله

العاقد ، فهو أعلم بصفة العقد ، فإن كانت للشفيع بينة فالقول قوله ، وكذلك إن كانت للمشتري بينة ، وإذاً لا يمين عليه ، ولو أقاما بينتين بما ادعياه ، فقال الشريف : تقدم بينة الشفيع ، لأنه خارج ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، وقيل يتعارضان ، والله أعلم .[1]

قال : وإن كانت دار بين ثلاثة ، لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، فباع أحدهم ،[2] كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما .

ش : الصحيح المشهور من الروايتين أن الشفعة تستحق على قدر الأملاك ، اختارها الخرقي ، وأبو بكر ، وأبو حفص ، والقاضي ، وجمهور أصحابه ، لأنه حق يستفاد بالملك ، فكان في حال الاشتراك على قدره كالغلة ، (والرواية الثانية) : أنه على عدد الملاك ، اختارها ابن عقيل ، إذ لو انفرد كل واحد لاستحق الجميع ، فإذا اجتمعوا تساووا ، كالبنين في الميراث ، (فعلى الأول) تنظر مخرج سهام الشركاء ، وتأخذ السهم المشفوع فتقسمه على عدد سهام الشفعاء ، ففي هذا المثال الذي ذكره الخرقي ، مخرج السهام ستة ، فإذا باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة ، فالسهم المشفوع بينهم على ثلاثة ، لصاحب الثلث سهمان ،

كالغاصب ، والمتلف ، والضامن لنصيب شريكه بالعتق ، لأنه ليس بغارم ، لأنه لا شيء عليه ، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه . اهـ .

(١) في (خ) : تقدم بينته لأنه . وليس فيها : وقيل يتعارضان .

(٢) في (خ) : ولو كانت دار . وفي المتن : وإذا كانت . وفي (ع) : فللآخر ثلثها . وفي (س م خ) : وللآخر ثلثها . وفي (س م) وللآخر سدسها . وفي (خ) : أحدهم نصيبه كانت .

ولصاحب السدس سهم ، فيصير العقار بينهم على ثلاثة ، ولو باع صاحب الثلث كان نصيبه بينهم أرباعا ، ولو باع صاحب السدس كان نصيبه بينهم أخماسا ، وعلى القول الثاني[1] يقسم السهم المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال ، والله أعلم .

قال : فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك .[2]

ش : إذا ترك أحد الشركاء شفعته لم يكن لبقية الشركاء أن يأخذوا إلا الكل ، لما في أخذ البعض من التشقيص على المشتري ، وقد حكى ذلك ابن المنذر إجماعا ،[3] فلو كان الشركاء غائبين ، فقدم أحدهم ، لم يكن له أيضا أن يأخذ إلا الكل أو يترك ، ثم إذا أخذ الكل ، فقدم آخر قاسمه أو عفى ، ثم إذا قدم ثالث[4] قاسم الأولين أو عفى ، فيبقى ما كان يستحقه للأولين ، والله أعلم .

قال : وعهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع .

ش : العهدة في الأصل كتاب الشراء ، ويقال : عهدته على فلان . أي ما أدرك فيه من درك فإصلاحه عليه ، والمراد هنا أن الشقص إذا ظهر مستحقاً أو معيباً فإن الشفيع يرجع

---

(١) في (م) : فتصير الدار ..... القول الآخر .

(٢) في (ع) : الآخر . وفي (م) : أو يترك نصيبه .

(٣) قال في الإجماع ٥١٣ : وأجمعوا على أن من اشترى شقصا من أرض مشتركة ، فسلم بعضهم الشفعة ، وأراد بعضهم أن يأخذ فلمن أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الجميع أو يدعه ، وليس له أن يأخذ بقدر حصته ويترك ما بقي .

(٤) في (س) : من التنقيص . وفي (م د) : فلو كان . وفي (خ) : لم يكن له أن . وفي (م) : فقدم الآخر .... إذا قدم الثالث .

بالثمن أو بأرش العيب على المشتري ، إذ الشفيع تملكه من جهته ، فرجع عليه[1] لكونه بائعه ، ثم يرجع المشتري على البائع ، لما تقدم في الشفيع مع المشتري ، ويستثنى من ذلك إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ، وقلنا بثبوت الشفعة ، فإن العهدة إذاً على البائع ، لحصول الملك له[2] من جهته ، والله أعلم .

قال : والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها .

ش : إذا لم يطالب الشفيع بالشفعة لم تورث عنه على المنصوص المشهور ، وعليه الأصحاب ، لأنه نوع خيار للتمليك ، أشبه خيار القبول ، ولأنا لا نعلم بقاءه على شفعته ، لاحتمال رغبته عنها ، ولا ينتقل للورثة ما يشك في ثبوته ، وخرج أبو الخطاب قولاً بالإرث ، بناء على رواية إرث الأجل ،[3] أما إن طالب فيورث عنه بلا نزاع ، أما على رأي القاضي ومن تبعه فواضح ، وأما على رأي ابن عقيل ، وأبي محمد ،[4] ومن تبعهما فلأنه قد علم بمطالبته

(١) في (خ) : العهدة في باب الشراء ، ويقال عهدة فلان على فلان . وفي (س) : كتاب المشتري . وفي (س م) : من أدرك فإصلاحه . وفي (م) : أو أرش العيب . وفي (خ) : ويرجع عليه .

(٢) في (خ) : كان العهدة ..... لحصول المال له . وبهامشها : ويصح أن يقال : لحصول المال المشفوع للشفيع من جهة البائع ، وينبغي أن يضاف إلى هذه الصورة صورة أخرى ، وهي ما إذا اختلفا في الثمن وتحالفا ، فإن الشفيع يأخذه بما قال البائع ، فتكون العهدة فيما زاد على البائع . اهـ وبها أيضا : قوله : له . أي للبائع ، وقوله : من جهته . أي من جهة الشفيع . اهـ .

(٣) في (م) : خيار الفور .... ينتقل إلى الورثة . وفي (خ) : فلا ينتقل لمورثه ما شك . وفي (س) : أبو الخطاب الإرث . وفي (م د) : أبو الخطاب بالإرث . وفي (ع د) : بناء على إرث . وتخريج أبي الخطاب ذكره في الهداية ١٩٩/١ ولم يذكر بناءه على رواية إرث الأجل .

(٤) بياض في (خ) : لكلمة محمد . وعلق في الهامش على قوله (فواضح) : أي في أن الأخذ يحصل بمجرد الطلب ، مع الملاءة بالثمن ، ورأي أبي محمد أنه لا يحصل إلا بقوله : قد أخذته ونحوه . ورأي ابن عقيل لا يملكه إلا بدفع الثمن كما تقدم ، فيما إذا تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر . اهـ وسبق رأي القاضي وابن عقيل وأبي محمد في المطالبة بالشفعة وقت العلم أو في المجلس الخ .

بقاؤه على شفعته واختياره .

واعلم أنه قد اختلف تعليل أحمد رحمه الله في إبطال الشفعة بالموت ، فقال في رواية أبي طالب : الشفعة لا تورث ، لعله لم يكن يطلبها ، فجعل العلة عدم العلم برغبة الميت ، قال القاضي في التعليق : فعلى هذا لو علم الوارث أنه راغب فيها ، كان له المطالبة وإن لم يطالب الميت ، وقال في رواية ابن القاسم : إنها تجب بالطلب ، وإذا تركت لم تجب ، كيف تورث وأصحابها تركوها ؟ . قال القاضي : وظاهر هذا[1] أنه جعل العلة ترك المطالبة من الميت ، لأنها تسقط بتركها ، قال : فعلى هذا لو مات قبل العلم بالبيع ـ لسفر أو غيره ـ كان للوارث المطالبة . انتهى وقد تحرر من هذا أنها تورث بالمطالبة بلا نزاع ، وبما إذا لم يعلم الشفيع بالبيع على رواية ، وعلى أخرى إذا علم منه الرغبة في الأخذ ، وإذاً ينبغي أن يكون القول قول الوارث في ذلك مع يمينه ، والله أعلم .

قال : وإذا أذن الشريك في البيع[2] ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك .

ش : إذا أسقط الشريك شفعته قبل البيع ، أو وجد منه ما يدل عليه ، كالإذن في البيع ونحو ذلك لم تسقط شفعته ، نص عليه أحمد ، معللا بأن الشفعة إنما وجبت له بعد البيع ، وعلى هذا الأصحاب ، ونقل عنه إسماعيل بن سعيد أن القول

---

(١) في (خ) : واعلم بأنه يختلف . وفي (م) : يطلبها في حل العلة .... في رواية القاسم إننا إنها . وفي (خ) : إنما تجب . وفي (م) : فقال القاضي . وفي (س م) : فظاهر هذا . وعلق في هامش (خ) على قوله (وإن لم يطالب الميت) : يسأل هل إشهاده بالمطالبة مطالبة أم لا ؟ والظاهر أنه رغبة لا مطالبة ، إذ لو كان مطالبة لحصل الأخذ بمجرده ، وليس كذلك اهـ .

(٢) في (ع) : وأذن الشريك . وفي المتن والمغني و (م) : وإن أذن . وفي المتن و (س) : بالبيع .

بالإسقاط ليس ببعيد ، معتمدا على الحديث المتقدم « لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به »[1] فظاهره أن الترك يسقط الشفعة ، وقد أكده مفهوم قوله ﷺ « فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به »[2] فمفهومه أنه إن باعه وقد آذنه فلا حق له ، وهذا ظاهر ، والله أعلم .

قال : ولا شفعة لكافر على مسلم .

ش : لأنه معنى يختص به العقار ، أشبه الاستعلاء في البنيان .

٢١٠٦ ـ وقد روى الدارقطني في كتاب العلل عن أنس ، أن النبي ﷺ قال « لا شفعة لنصراني »[3] ومفهوم كلام الخرقي أن الشفعة تثبت للمسلم على الذمي ، لأنها إذا ثبتت للمسلم على المسلم ، فللمسلم على الكافر أولى ، ومفهومه أيضا أنها تثبت

---

(١) هو حديث جابر ، وتقدم قريبا أنه عند مسلم وغيره ، من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عنه . وفي (س) : لا يحل أن يبيع . وفي (خ) : حتى يستأذن شريكه .

(٢) سقط من (خ) : فظاهر أن ..... فهو أحق به . وفي (س م) : فظاهر أن . وفي هامش (خ) : والجواب عن الحديث أن دلالته بالمفهوم ، وهي حجة مختلف فيها ، والرواية الأولى دليلها أنه إسقاط للحق قبل وجوبه ، وهو قياس جلي ، متفق على حجيته ، فهو أرجح .

(٣) رواه البيهقي في السنن ١٠٨/٦ من طريق أبي أحمد بن عدي الحافظ عن القاسم بن زكريا ، عن حفص الربالي ، عن نائل بن نجيح ، عن سفيان وهو الثوري ، عن حميد عن أنس ، وقال : قال أبو أحمد : أحاديث نائل مظلمة جدا ، وخاصة إذا روى عن الثوري . ثم رواه من طريق أخرى عن نائل ، وقال : رفعه مرة ، ولم يرفعه أخرى . ثم رواه من طريق سفيان ، عن حميد عن الحسن ، قال : ليس لليهودي والنصراني شفعة . وقال : هذا هو الصواب من قول الحسن ، وقد رواه عبد الرزاق ١٤٤١١ عن الثوري ، عن حميد الطويل ، عن الحسن أو أنس قال : ليس للكافر شفعة . وحديث أنس رواه الخطيب في تأريخ بغداد ٤٣٥/١٣ من طريق نائل به ، وقال : مرة رفعه ، ومرة لم يرفعه . ثم نقل عن الدارقطني أنه قال : هو وهم ، والصواب عن حميد عن الحسن من قوله . وذكره ابن أبي حاتم في العلل ٤٧٧/١ بعد رقم ١٤٣٠ من طريق نائل ، ونقل عن أبيه قال : هو باطل . وهو في الكامل لابن عدي ٢٥٢٠/٧ من طريق نائل عن الثوري وذكر أنه تفرد به نائل وأن أحاديثه مظلمة إلخ .

للذمي على الذمي ، وذلك للعمومات ، وشمل كلام الخرقي من حكم بكفره من أهل البدع ، فإنه لا شفعة له على مسلم .

(**تنبيه**) : قال أحمد في رواية حنبل : لا نرى شفعة في أرض السواد .

٢١٠٧ ـ وذلك لأن عمر رضي الله عنه وقفها ، وكذلك كل أرض وقفها عمر ، كأرض الشام ومصر ،[1] قال أبو محمد : إلا أن يحكم ببيع ذلك[2] حاكم ، أو يفعله الإمام أو نائبه ، فتثبت الشفعة ، لأنه مختلف فيه ، وحكم الحاكم ينفذ في المختلف فيه ، والله أعلم .

---

(١) انظر قصة وقف عمر لأرض السواد ـ أي سواد العراق ، وأرض الشام ومصر ـ في كتاب الأموال لأبي عبيد ، تحت رقم ١٤٦ وما بعده ، وفي الخراج لأبي يوسف ص ٣٨ والخراج ليحيى ابن آدم رقم ٤٩ وغيرها ، وسقطت لفظة : (تنبيه) من (خ) : فاستشكل المعلق صلة هذا الكلام بما قبله ، وفي (م) : وكذلك في كل .

(٢) في (م) : أبو محمد إن إلا أن يحكم بذلك . وانظر كلام أبي محمد على ذلك في المغني ٥/٣٩٠ .