بالقرعة كان جائزا اذا ادعا الغاصب رد العبد قبل موته وعكس المالك فقد تعارض هنا الاصلان لان
كل واحد من الموت والرد حادث والاصل عدم تقدمه لكن ذلك يقتضي ترجيح قول المالك لان التعارض
المذكور يكون في قوة اقترانهما وذلك غير كاف في براءة ذمة الغاصب منه لان براءته متوقفة على تسليمه
حيا تسليما تاما وهو منتف هنا فتقدم المالك ليس من جهة ترجيح اصله من الجهة التى اشرنا اليها ويزيد
ايضا ان معه اصالة بقاء الضمان واستحقاق المطالبة وقد رجح رحمه الله في ف نظرا الى ان تعارض الاصلين
وعدم الترجيح يقتضي الاشكال والقرعة لكل امر مشكل ويشكل بان لا اشكال على ما حققناه وفي موطن
الى قول ف لكن ظاهر انه مع تعارض البينين وكلاهما مشكل لما آ فلما ذكرناه واجاب فلانه مع التعارض ان
قدم بينة الداخل وهو الذى قوم قوله فهو المالك والآخر فهو الخارج والاقوى تقديم المالك مطلقا قوله
اذا اختلفا في تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه واذا حلف طالبه المالك بالقيمة لتعذر
العين ه انما كان القول قول الغاصب في تلف العين مع ان الاصل يقتضي بقاءها فقوله مخالف للاصل
لانه قد يكون صادقا ولا بينة له فلو لم يقبل قوله لزم تكليف ما لا يطاق او تخليد الحبس لانه ان كلف
بالعين مع كونها تالفة في نفس الامر لزم الاول واذا لم يسلمها يلزم ان يخلد الحبس وذلك [illegible]
منفيان ولا يرد مثله فيما لو اقام المالك البينة ببقاء العين فانه يكلف بردها ويحبس بالتاخير مع
امكان صدقه اذ البينة ببقائها لا يقتضي مطابقته في نفس الامر لانه علمك الفرق هنا بان بقاءها ثابت
شرعا وظاهر الحال يقتضي صدق البينة فيه فيجوز البناء على هذا الظاهر وانها نتدبر بالضرب والحبس الى
ان يظهر للحاكم كونه تركه ليس عنادا فاذا تعذر الوصول الى العين انتقل الى بدلها كما هنا بخلاف البناء
على الاصل فانه حجة ضعيفة مختلف فيها بين الفقهاء والاصوليين فلا يناسبها التضييق بالعقوبة
ونحوها وفي قول المص طالبه بالقيمة لتعذر العين جواب عن قول بعض العامة بان المالك ليس له
ان يطالب بالقيمة لانه يزعم بقاء العين فلا يستحق بدلها وتحصل الجواب الانتقال الى البدل قد
يكون لتلف العين وقد يكون لتعذر ردها وان كانت باقية كما مر والامر هنا من هذا القبيل فيستحق المالك
البدل للحيلولة بتعذر العين وان قطع ببقائها فضلا عن دعوى الغاصب ظاهرا فاذا ثبت باليمين تلفها
فانه يجوز اظهر واستحقاق البدل متعين قوله واذا اختلفا فيما على العبد من ثوب او خاتم فالقول قول
الغاصب مع يمينه لان يده على الجميع ش المراد يده حالة الغصب فيكون قوله مقدما ولا تعارض سبق
يد المالك لان يد الغاصب طارية ناسخة للسابق ويدل على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانها بعينه
ومنفعته وذلك اثبات اليد ه

كتاب الشفعة

وهي استحقاق احد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع الشفعة ماخوذة من قولك كذا بكذا
اذا جعلته شفعا كان الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه ويقال اصل الكلمة التقوية والاعانة
ومنه الشفاعة والشفيع لان كلا من الوترين يتقوى بالاخر ومنه شاة شافع للتي معها ولدها لتقويها به
وقد عرفها المص بانها استحقاق احد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع فالاستحقاق بمنزلة الجنس
يدخل فيه استحقاق الشخص مالا اخر بالارث والاستحقاق بالحيازة والاحياء وغيرها وتقييد المستحق بكونه احد
الشريكين خرج منه استحقاق من ليس بشريك ولو بحصة آخر ببيع وغيره وخرج بقيد انتقالها بالبيع ما اذا استحق احد

الشريكين

109

الشريكين حصة الآخر بهبة ونحوها وينتقض في طرده بما لو باع احد الشريكين حصته للآخر فانه يصدق
ان المشتري قد استحق حصة شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع والعذر في ان الشريك بعد بيع حصته
ليس بشريك لمنع زوال الاسم الشريك عنه بناء على انه لا شرط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق فيه
ولا تخلص من ذلك الا التزام كونه مجازا الا بقول بعض الاصوليين لكن الاصحاب لا يقولون به فعلى
هذا فيصدق الشريك بعد المقاسمة فيلزم ثبوت الشفعة لاحد الشريكين المتقاسمين حصة الآخر اذا باعها
لغيره ومع لا يقولون به ويصدق مع كثرة الشركاء اذا كانوا ثلثة فباع احدهم لاحد الآخرين فانه يصدق على
شريكين قد انتقلت الحصة المستحقة بالبيع الى احدهما من شريكه الا ان يقال هنا ان الشريك لم يستحق حصة
شريكه بل بعض حصته وهي المنتقلة بالبيع دون ما في حصته وهي حصة الشريك الآخر حيث ان شريكه يشمل
الشريكين بناء على ان المفرد المضاف يفيد العموم فلم يتحقق استحقاقا في حصة شريكه وتوجيه ان الحصة
وان كانت صادقة ببعض ما يستحقه الشريك كما يقال باع حصة من نصيبه وان قلت الا انه باضافتها
الى الشريك تناولت جميع حصته بناء على القاعدة المذكورة وقد اشرنا اليها فيما سبق ولا مخلص من هذه
المضايقات الا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته لم يبق شريكا عرفا ولاستحقاقه بسبب بيع احد
الشريكين لا اخر لا يتحقق الا بعد تمام البيع ومعه يزول الشركة عرفا وان صدق لغة ويثبت في
الارضين كالمساكن والعراص والبساتين اجماعا وهل يثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان
قيل نعم دفعا لكلفة القسمة واستنادا الى رواية يونس عن بعض رجاله عن ابي عبدالله عليه السلام وقيل
لا اقتصارا في التسلط على مال المسلم بموضع الاجماع واستضعافا للرواية المشار اليها وهو اشبه ه اختلف
الاصحاب في محل الشفعة من الاموال بعد اتفاقهم على ثبوتها في العقار الثابت القابل للقسمة كالارض
والبساتين على اقوال كثيرة منشاؤها اختلاف الروايات فذهب اكثر المتقدمين وجماعة من المتاخرين
منهم الشيخان والمرتضى وابن الجنيد وابو الصلاح وابن ادريس الى ثبوتها في كل مبيع منقولا كان ام لا قابلا
للقسمة ام لا ومال اليه ش ونفى عنه البعد وقيدها آخرون بالقابل للقسمة وتجاوز آخرون ثبوتها
في المقسوم اختاره ابن ابي عقيل واقتصر اكثر المتاخرين على ما اختاره المص رحمه الله من اختصاصها
بغير المنقول عادة مما يقبل القسمة متمسكين بالاصالة عدم تسلط المسلم على مال المسلم الا بطيب نفس
منه الا ما وقع الاتفاق عليه ورواية جابر ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لا شفعة الا في ربع
او حائط وقوله صلى الله عليه وآله الشفعة فيما لا يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا
شفعة ظاهرة وانه لا شفعة الا فيما يقع فيه الحدود ويضرب له الطرق ورواية بن خالد
عن الصادق عليه السلام انه قال ليس في الحيوان شفعة ورواية السكوني عنه عليه السلام قال رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ورواية طلحة بن زيد عنه
عليه السلام ان عليا عليه السلام قال لا شفعة الا لشريك مقاسم والخبر الاول نص والباقي في تقييد
المنع من بعض ما ادعاه المعمم وفي الجميع لاشتراك في عدم صحة السند والاولتان عاميتان ولا يخفى
ضعف سند الباقي واستند المعمم الى ثبوت الشفعة للشريك اذا باع شريكه ما هو بينهما مع عموم
بعض الاخبار كقوله صلى الله عليه وآله الشفعة فيما لم يقسم فالمخصص لها بشيء دون شيء عليه الدليل ويدل

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)