لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال احد الملكين بالآخر
على وجه التأبيد والقرار قوله الا في بيع او في حائط في المغرب الحائط البستان واصلها احاطه قوله
بخلاف العلو حيث يستحق اى العلو يستحق بالشفعة ويتعلق بقوله ولا شفعة في البناء والعلو مجرد
بناء فكان ينبغي ان لا يكون فيه الشفعة الا انه التحق بالعقار قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه اى في
السفل لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس هو لنفي الشركة
الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له طريق في السفل كان استحقاق صاحب العلو
الشفعة في السفل بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى انه كان مقدما على الجار كما
لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل اخر كان صاحب الدار التي فيها الطريق اولى
من صاحب الدار التي عليها العلو لما مر ان الشريك في الطريق مقدم على الجار قوله والمسلم
والذمي في الشفعة سواء وقال ابن ابي ليلى رح لا شفعة للذمي لان الاخذ بالشفعة حق
شرعي فلا يستحق من هو منكر لهذه الشريعة وهو الكافر ولكنا ناخذ بما قضى به شريح رح وقد
تايد ذلك بامضاء عمر رض ثم اهل الذمة قد التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر عن الشفيع والضرر مدفوع
عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين والصغير والكبير اى سواء وهذا عندنا وقال ابن ابي ليلى رح
لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة وذلك بين الكبار دون
الصغار ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستاجر ولكنا نقول سبب
الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة او الجوار ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر
في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال وكذلك تثبت الشفعة للجنين ايضا
قوله والعبد اذا كان ماذونا هذا اذا كان بائع الدار غير المولى فالمسئلة على عمومها اما
اذا كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها فللعبد الشفعة اذا كان عليه دين والا فلا
وعلى هذا لو باع العبد فمولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد
وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه قوله على ما مر اى في فصل ما
يوخذ به المشفوع في قوله ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته قوله لان هذه
الاعواض متقومة عنده اى عند الشافعي رح لان التقوم حكم شرعي والشرع جعل
هذه الاشياء مضمونة بهذه الاعواض وضمان الشيء بقيمة ذلك الشيء الا ترى ان
الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع متقومة عنده كالاعيان فاذا جعل الدار
عوضا عن البضع او نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ بمثله فله ان ياخذ بقيمته وهو
مهر المثل كما لو اشترى بعبد وقول الشافعي رح انما ياتي فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا
لانه لا يرى الشفعة بالجوار وما يضاهيه اى وما يشابهه اى المهر كبدل الخلع والاجرة اى

اذا جعل

اذا جعل شقصا من دار بدل الخلع او الاجرة ونحن نقول انه تقوم منافع البضع في النكاح
وغيرها ضروري الحجة عليه في الثلاثة الاول ان تقوم المنافع بالعقود ضروري فلا يظهر في
حق الشفعة وهذا لان المال ليس بمثل المستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح
قيمة له لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين
المال وبين المستحق بعقد النكاح من غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر اما
لخطره واعظاما للقدر وصونا لهذا العقد عن التشبيه بالاباحة فظهر تقومه في حق
هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع
وكذا المنافع ليست باموال عندنا ولهذا لا تضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب
وانما يظهر تقومها في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره وفي الرابع والخامس ان كل واحد
من العتق والدم ليس بمال فضلا ان يكون متقوما اما العتق فلانه ازالة واسقاط واما الدم
فلانه ليس من جنس الاموال والايجاب اليه لصيانته عن الاهدار قوله في المعنى الخاص و
هو المالية فان قيل الدار تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب ههنا السكنى وكذا الثوب
المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد ويضمنان بالقيمة قلنا بل المعنى الخاص المطلوب
منها المالية الا ترى ان من اتلف ثوب انسان او قلع بناء دار انسان يضمن قيمتها وما ذلك
الا باعتبار المالية وقد لا يكون الدار للسكنى والثوب للبس قوله بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل
يعني تجب الشفعة فان قيل كيف ياخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل قلنا جاز ان يكون
معلوما عندهما ولانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة فلا يفسد البيع قوله فلا شفعة
في جميع الدار اى في شيء من الدار قوله حتى ان المضارب اذا باع دارا فيها ربح لا يستحق
رب المال الشفعة في حصة الربح المضارب لكونه تابعا صورته اذا كان راس المال الفا
فاتجر المضارب وربح الفا ثم اشترى بالالفين دارا ورب المال شفيعها ثم باعها بالالفين
فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان الربح تبع لراس المال
وليس في مقابلة راس المال الشفعة لرب المال لان المضارب وكيل لرب المال في حقه ولا شفعة في
بيع الوكيل شفعة للموكل وكذا في حصة الربح وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب دارا و
رب المال شفيعها بدار له اخرى فله ان ياخذ بالشفعة لان شرى المضارب وان وقع له لكن
في الحكم كانه وقع لثالث لانه لا يقدر ان ينتزع من يده فيكون له وذكر محمد رح في المسئلة
الاولى وليس اذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل
بالبيع من جهته الا ترى ان رجلا لو رهن من اخر دارا وسلط العدل على بيعها اذا حل اجل
الدين حتى استوفى الدين من الثمن لم يكن للراهن ان ينهاه عن البيع وان باعها العدل
والراهن شفيعها بدار له اخرى لم يكن للراهن ان ياخذها بالشفعة لان العدل وكيل

Copyright © King Saud University