ثم استحقت رجع بالثمن لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع
إن أخذه منه ولا على المشتري إن أخذه منه وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع
والمشتري والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور
ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو
جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن لأن البناء والغرس تابع حتى
دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن
في هذه الصورة بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل
وإن شاء ترك لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع إن شئت فخذ
العرصة بحصتها وإن شئت فدع لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الأول
لأن الهلاك بآفة تبعا ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها ومعناه إذا ذكر الثمر
في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس بتبع
ألا ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال
صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع وكذلك إن ابتاعها و
ليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه على
ما عرف في ولد المبيع فإن جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لأنه لم يبق
تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فإن جذه المشتري سقط عن الشفيع
حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الأول لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن أما في الفصل الثاني
يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء
من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم وقال
الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا
قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربع إلى غير ذلك من العمومات ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك
والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وأنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر و
الطريق ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة إلا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك
في إيجابها في السفن ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول
لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل إذا
بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الأصل لأنه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو
فيه لأنه بماله من حق القرار التحق بالعقار والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولأنهما يستويان

فالسبب

في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير
والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتبا وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت
فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما
مر ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو
يصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبدا لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما
بينا وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي
تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض
بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه لأنه
لا شفعة عنده إلا في الشقص ونحن نقول إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيره بعقد الإجارة ضروري
فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص
المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لأنه بمنزلة المفروض
في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال ولو
تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقالا تجب في حصة
الألف لأنه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح
ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع ولأن الشفعة شرعت في المبادلة
المالية المقصودة حتى إن المضارب إذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة
الربح لكونه تابعا فيه قال رضي الله عنه أو يصالح عليها بإنكار فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة
هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله عليها لأنه إذا صالح عنها
بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل
المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحا بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه
معترف بالملك للمدعي وإنما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها بإقرار أو
سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن
من جنسه فيعامل بزعمه ولا شفعة في هبة لما ذكرنا إلا أن يكون بعوض مشروط لأنه بيع انتهاء
ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا العوض شائعا لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب
الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أثيب منها عوض فامتنع
الرجوع ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع فإن أسقط
الخيار وجبت الشفعة لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح

King Saud University
Copyright © King Saud University