

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

وهي بضم الشين وإسكان الفاء وحكي ضمها .

لغة مأخوذة من الشفع بمعنى الضم على الأشهر من شفعت الشيء ضمته ومنه شفع الأذان سميت بذلك لضم نصيب الشريك إلى نصيبه أو بمعنى التقوية أو الزيادة وقيل من الشفاعة .
وشرعا حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض .
والأصل فيها خبر البخاري عن جابر B هـ قضى رسول A بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفي رواية له في أرض أو ربع أو حائط والربع المنزل والحائط البستان .

والمعنى فيه ضرر مؤنة القسمة أو استحداث المرافق كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه وقيل دفع ضرر المشاركة .
قال الشيخ عز الدين والعفو عنها أفضل إلا أن يكون المشتري نادما أو مغبونا وذكرت عقب الغصب لأنها تؤخذ قهرا فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهرا .
وحكى ابن المنذر فيها الإجماع لكن نقل الرافعي عن جابر بن زيد من التابعين إنكارها قال الدميري ولعل ذلك لم يصح عنه .

وأركانها ثلاثة مأخوذ وآخذ ومأخوذ منه والصيغة إنما تجب في التملك كما سيأتي .
وقد شرع المصنف في بيان الركن الأول .
فقال " ولا تثبت " الشفعة في " منقول " كالحيوان والثياب سواء أبيعته وحدها أم مضمومة إلى أرض للحديث المار فإنه يخصها بما تدخله القسمة والحدود والطرق وهذا لا يكون في المنقولات ولأن المنقول لا يدوم بخلاف العقار فيتأبد فيه ضرر المشاركة والشفعة تملك بالقهر فناسب مشروعيتها عند شدة الضرر .

والمراد بالمنقول ابتداء لتخرج الدار إذا انهدمت بعد ثبوت الشفعة فإن نقضها يؤخذ بالشفعة .

تنبيه :

قول المصنف لا تثبت أولى من قول التنبيه : لا تجب .

بل في أرض وما فيها من بناء .

وتوابعه الداخلة في مطلق البيع من أبواب منصوبة ورفوف مسمرة ومسامير ومفاتيح غلق مثبت ودولاب ثابت وحجر الطاحونة ونحوها كغطاء تنور .

من " شجر تبعاً " لها وفي معنى الشجر أصل ما يجر مرارا كالقت والهندباء .
وشرط تبعية البناء والشجر للأرض أن تباع الأشجار مع البياض الذي يتخللها أو مع البستان كله فلو باع شقما من جداره وأساسه (2 / 297) فقط أو من أشجار ومغارسها فقط فإنه لا شفعة على الأصح لأن الأرض هنا تابعة .

قال السبكي وينبغي أن تكون صورة المسألة حيث صرح بدخول الأساس والمغرس في البيع وكانا مرئيين قبل ذلك فإنه إذا لم يرهما وصرح بدخولهما لم يصح البيع في الأرض .
فإن قيل كلامهم في البيع يقتضي أنه إذا قال بعثك الجدار وأساسه أنه يصح وإن لم ير الأساس .

أجيب بأن المراد بذلك الأساس الذي هو بعض الجدار كحشو الجبة أما الأساس الذي هو مكان البناء فهو عين منفصلة لا تدخل في البيع عند الإطلاق على الأصح فإذا صرح به اشترط فيه شروط المبيع .

قال الإسنوي واحترز بقوله تبعاً عما إذا باع أرضاً وفيها شجرة جافة شرطاً دخولها في البيع فإنه لا يؤخذ بالشفعة لأنها لم تدخل بالتبع بل بالشرط .
وكذا ثمر لم يؤبر .

ثبت فيه تبعاً للأرض " في الأصح " لأنه يتبع الأصل في البيع فيتبعه في الأخذ قياساً على البناء والغراس ولو لم يتفق الأخذ لها حتى أبرت لدخولها في مطلق البيع .
والثاني لا لأنه لا يراد به التأبيد .

وعلى الأول لا فرق بين إن انقطع أم لا وكذا كل ما دخل في البيع ثم انقطعت تبعيته فإنه يؤخذ بالشفعة كما لو انفصلت الأبواب بعد البيع ويأخذ الشفيع الشجر بثمره حدث بعد البيع ولم تؤبر عند الأخذ لأنها قد تبعت الأصل في البيع فتبعته في الأخذ بخلاف ما إذا أبرت عنده فلا يأخذها لانتفاء التبعية .

أما المؤبرة عند البيع إذا دخلت بالشرط فلا تؤخذ لما سبق من انتفاء التبعية فتخرج بحصتها من الثمن كالزرع والجزء الطاهرة التي لا تدخل في مطلق البيع مما يتكرر ويبقى كل ما لا يأخذه من ثمرة وزرع وجزء إلى أوان الجذاز .

ولا شفعة في حجرة بنيت على سقف غير مشترك .
بأن اختص به أحد الشريكين فيها أو غيرهما إذ لا أرض لها فهي كالمنقولات .
وكذا .

سقف " مشترك في الأصح " لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له أيضاً .
والثاني يجعله كالأرض .

ولو كان السفل مشتركاً بين اثنين والعلو لأحدهما فباعه ونصيبه من السفل فالشفعة في

نصيبه من السفل لا في العلو لأنه لا شركة له فيه وهكذا لو كانت الأرض مشتركة وفيها أشجار لأحدهما فباعه مع نصيبه منها فالشفعة في الأرض بحصتها من الثمن لا في الشجر . وكل ما لو قسم بطلت منفعته المقصودة كحمام ورحى .

أي طاحونة صغيرين لا يجيء منهما حمامان وطاحونتان كما ذكره في باب القسمة " لا شفعة فيه في الأصح " هذا الخلاف مبني على ما مر من أن علة ثبوت الشفعة دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق إلخ والثاني مبني على أن العلة دفع ضرر الشركة فيما يدوم .

وكل من الضررين حاصل قبل البيع ومن حق الراغب فيه من الشريكين أن يخلص صاحبه منهما بالبيع له فإذا باع لغيره سلطه الشرع على أخذه منه لما روى مسلم عن جابر قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة " لم تقسم " ربيعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به .

تنبيه : .

المراد بإمكان القسمة أن يكون في الأرض دون الآلات كحجر الطاحون فإنه لا يمكن قسمه حجرين وعبر في المحرر بالطاحونة فعدل المصنف إلى الرحى وهما مترادفان كما قاله الجوهري .

قال السبكي ولا أدري بأي معنى عدل عن عبارة المحرر وفي بلادنا أن الطاحون يطلق على المكان والرحى على الحجر ومن المعلوم أن الحجر ليس المراد هنا فإنه منقول والشفعة إنما تثبت فيه تبعاً للمكان فالمراد المكان المعد للطحن اهـ .

قال ابن شهبة فتعبير المحرر أولى .

ويثبت لمالك عشر الدار الصغيرة إن باع مالك تسعة الأعشار نصيبه لأنه لو طلب من مالك العشر القسمة أجبر عليها بخلاف ما لو باع مالك العشر نصيبه فإن الشفعة لا تثبت للآخر لأمنه من القسم إذ لا فائدة فيها فلا يجاب طالبها لتعنته .

ولو باع نصيبه من أرض تنقسم وفيها بئر ماء لا تنقسم ويسقى منها ثبتت الشفعة في الأرض دون البئر بخلاف الشجر النابت في الأرض لأنه ثابت في محل الشفعة والبئر مباينة عنه .

ثم شرع في بيان الركن الثاني وهو الأخذ فقال " ولا شفعة إلا لشريك " في رقبة العقار فلا تثبت للجار لخبر البخاري المار ولا للشريك في غير رقبة العقار كالشريك في المنفعة فقط كأن ملكها بوصية ولو قضى بالشفعة للجار حنفي لم ينقض حكمه ولو كان (2 / 298) القضاء بها لشافعي كنظائر من المسائل الاجتهادية .

وتثبت لذمي على مسلم ومكاتب على سيد كعكسهما .

ولو كان للمسجد شقص من دار مشتركة بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ثم باع شريكه نصيبه كان للقيم أن يأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة ولو كان لبيت المال شريك في أرض فبلغ شريكه كان للإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة .

ولا شفعة لصاحب شقص من أرض مشتركة موقوف عليه إذا باع شريكه نصيبه ولا شريكه إذا باع شريك آخر نصيبه كما أفتى به البلقيني لامتناع قسمة الوقف عن الملك ولانتفاء ملك الأول عين الرقبة .

نعم ما اختاره الروياني والمصنف من جواز قسمته عنه لا مانع من أخذ الشافعي وهو المعتمد إن كانت القسمة قسمة إفراز .

ولو باع دارا وله شريك في ممرها .

فقط التابع لها فإن كان دربا غير نافذ " فلا شفعة له فيها " لانتفاء الشركة فيها فأشبه ما لو باع عقارا غير مشترك وشقعا مشتركا .

والصحيح ثبوتها في الممر .

بحصته من الثمن " إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار أو أمكن فتح باب " لها " إلى شارع " أو إلى ملكه لإمكان الوصول إليها من غير ضرر وإن احتاج إحداث الممر إلى مؤنة على الأصح " وإلا " أي وإن لم يكن شيء من ذلك " فلا " تثبت فيه لما فيه من إضرار المشتري والضرر لا يزال بالضرر .

والثاني تثبت فيه والمشتري هو المضر بنفسه بشرائه هذه الدار .

والثالث المنع مطلقا إذا كان في اتخاذ الممر عسر أو مؤن لها وقع لأن فيه ضررا ظاهرا . تنبيه : .

محل الخلاف إذا لم يتسع الممر فإن اتسع بحيث يمكن أن يترك للمشتري منه شيء يمر فيه تثبت الشفعة في الباقي قطعا وفي المقدار الذي لا يتأتى المرور بدونه الخلاف . قال ابن الرفعة أما الدرب النافذ فغير مملوك فلا شفعة في ممر الدار المباعة منه قطعا . ولو باع نصيبا ينقسم من ممر لا ينفذ فلأهله الشفعة لأنهم شركاء فيه ولو باع نصيبه من الممر خاصة ففي الروضة وأصلها أن للشريك الشفعة إن كان منقسما . فإن قيل الممر من حريم الدار وهو لا يصح بيعه ولأنه يؤدي إلى بقاء الدار بلا ممر فهو كمن باع دارا واستثنى لنفسه منها بيتا والأصح في زيادة الروضة بطلانه . أجب بأن الدار متصلة بملكه أو شارع .

ولو اشترى من له دار لا ممر لها نصيب أحد الشريكين في ممر ثبتت الشفعة وإن لم يكن للمشتري تحصيل ثمر كما هو ظاهر كلام أصل الروضة لأن الممر ليس من حقوق الدار قبل البيع وبهذا فارقت مسألة الكتاب .

والشركة في صحن الحان دون بيوته وفي مجرى الماء دون الأرض وفي بئر المزرعة دون المزرعة كالشركة في الممر فيما مر .

ثم شرع في بيان الركن الثالث وهو المأخوذ بالشفعة فقال " وإنما تثبت " الشفعة للشريك

القديم " فيما ملك " أي في شيء ملكه الشريك الحادث " بمعاوضة " محضة كالبيع أو غير محضة كالمهر .

أما البيع فبالنص والباقي بالقياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر فلا تثبت الشفعة فيما ملك بغير معاوضة كإرث وهبة بلا ثواب ووصية وفسخ .
أما المملوك بالإرث فلأنه قهري فلم يضر بالشريك بخلاف المشتري فإنه كان من حقه أن لا يدخل على الشريك ضررا فلما لم يفعل تسلط الشريك عليه وأما ما ملك بالهبة والوصية والفسخ فلأنه لا عوض فيها فتؤخذ به .

وصورة مسألة الفسخ أن يعلم بالبيع فلم يأخذ ثم انفسخ بعيب أو إقالة أو فلس أو نحو ذلك .

أما إذا لم يعلم بالبيع إلا بعد صدور الفسخ فإن له رد الفسخ والأخذ بالعقد الأول .
وقوله " ملكا لازما " قيد مضر لا حاجة إليه لثبوت الشفعة في مدة خيار المشتري كما سيأتي .

وعدم ثبوتها في مدة خيار البائع أو خيارهما كما سيأتي إنما هو لعدم الملك الطارئ لا لعدم اللزوم نعم لو شرط الخيار في الثمن للبائع لم تثبت الشفعة إلا بعد لزومه لئلا يبطل خياره نبه عليه الإسنوي .

متأخرا .

سببه " عن " سبب " ملك الشفيع " .

ثم شرع في أمثلة المعاوضة المذكورة فقال " كمبيع ومهر وعوض خلع و " عوض " صلح دم " في جناية العمد فإن كانت خطأ أو شبه عمد فالواجب فيها إنما هو الإبل والمصالحة عنها باطلة على الأصح لجهالة صفاتها (2 / 299) .

تنبيه : .

تقييد الصلح بالدم ليس لإخراج الصلح عن المال فإنه تثبت الشفعة فيه قطعاً وإنما خصه ليكون منتظماً في سلك الخلع من حيث أنه معاوضة غير محضة .

وقوله " ونجوم " أي وعوض صلح عن نجوم كتابة كأن ملك المكاتب شقفاً فصالح سيده به عن النجوم التي عليه وإلا فالشقص لا يكون نجوم كتابة لأن عوضها لا يكون إلا ديناً والشقص لا يتصور ثبوته في الذمة .

وهذا مبني على صحة الاعتياض عن النجوم وهو وجه نص عليه في الأم وصححه السبكي والصحيح المنع كما صحاه في كتاب الكتابة لأنه غير مستقر كالمسلم فيه .

وقوله " وأجرة ورأس مال سلم " هما معطوفان على مبيع فلو جعلهما قبل المهر كان أولى لئلا يتوهم عطفهما على خلع فيصير المراد عوض أجرة وعوض رأس مال سلم وليس مراداً لأن رأس

مال السلم لا يصح الاعتياض عنه .

ولو قال المستولدة إن خدمت أولادي بعد موتي سنة فلك هذا الشقص فخدمتهم فلا شفعه فيه لأنه وصية .

ولو شرط في البيع الخيار لهما .

أي المتبايعين " أو " شرط " للبائع " وحده " لم يؤخذ " ذلك الشقص " بالشفعة حتى ينقطع الخيار " سواء أ قلنا الملك في زمنه للبائع أم للمشتري أم موقوف .
تنبيه : .

قوله لهما من زيادته ولا حاجة إليه فإن المانع ثبوته للبائع .

وإن شرط للمشتري وحده فالأظهر أنه يؤخذ .

بالشفعة " إن قلنا الملك " في زمن الخيار " للمشتري " وهو الراجح كما سبق في باب الخيار " وإلا " بأن قلنا الملك في زمنه للبائع أو موقوف " فلا " يؤخذ بالشفعة زمنه لأن ملك البائع غير زائل على التقدير الأول وغير معلوم الزوال على التقدير الثاني .
تنبيه : .

كلامه يشعر بأن الخلاف في هذا الشق قولان وليس مرادا بل هو وجهان .

وما ذكر في خيار الشرط يجري في خيار المجلس ويتصور انفراد أحدهما بإسقاط الآخر خيار نفسه فلو عبر بثبت الخيار لكان أولى .

وقد علم بما تقرر أن مجرد البيع ونحوه لا يكفي في ثبوت الشفعة بل لا بد فيه من ملك المشتري أو من في معناه كما أشار إليه المصنف بقوله فيما ملك .
ولو وجد المشتري بالشقص .

بكسر المعجمة اسم للقطعة من الشيء " عيبا وأراد " المشتري " رده بالعيب وأراد الشفيع أخذه ويرضى بالعيب فالأظهر إجابة الشفيع " حتى لا يبطل حقه من الشفعة لأن حقه سابق على حق المشتري فإنه ثابت بالبيع وحق المشتري في الرد ثابت بالإطلاع .

والثاني إجابة المشتري لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد وسلم عن الرد ويجري الخلاف إذا كان الثمن معيبا كعبد وأراد البائع رده .

وعلى الأول لو رد المشتري قبل مطالبة الشفيع كان للشفيع أن يرد الرد ويأخذه في الأصح وهل يفسخ الرد أو يتبين أنه كان باطلا وجهان صحح السبكي الأول وفائدتهما كما قال في المطلب الفوائد والزوائد من الرد إلى الأخذ ويلتحق بالرد بالعيب الرد بالإقالة .

ولو أصدقها شقما ثم طلقها قبل الدخول فللشفيع أخذ النصف الذي استقر لها وكذا العائد للزوج لثبوت حق الشفيع بالعقد والزوج إنما ثبت حقه بالطلاق ومثله ما لو أفلس المشتري قبل الأخذ .

تنبيه : .

جزم المصنف بأن الخلاف قولان وعبارة الروضة قولان وقيل وجهان .

ثم شرع في محترز قوله متأخرا عن ملك الشفيع فقال " ولو اشترى اثنان " معا " دارا أو بعضها فلا شفعة لأحدهما على الآخر " لاستوائهما في وقت حصول الملك .

تنبيه : .

أورد عليه ما لو باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار له فباع الآخر نصيبه في زمن الخيار بيع بت (2 / 300) فالشفعة للمشتري الأول إذا لم يشفع بئنه لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الثاني لا للثاني وإن تأخر عن ملكه ملك الأول لتأخر سبب ملكه عن سبب ملك الأول وكذا لو باعا مرتبا بشرط الخيار لهما دون المشتري سواء أجازا معا أم أحدهما قبل الآخر فلو عبر المصنف بسبب الملك كما قدرته كان أولى من تعبيره بالملك .

وتثبت الشفعة لكل من الشركاء وإن كان المشتري من جملتهم كما يشير إليه قوله " ولو كان للمشتري شرك " بكسر المعجمة بخط المصنف أي نصيب " في الأرض " كأن تكون بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم نصيبه لأحد شريكه " فالأصح أن الشريك لا يأخذ كل المبيع " وهو مثلث في هذا المثال " بل " يأخذ " حصته " أي نصيبه منه وهي في هذا المثال السدس لاستوائهما في الشركة .

والثاني يأخذ الجميع وهو الثلث ولا حق فيه للمشتري لأن الشفعة تستحق على المشتري فلا يستحقها على نفسه .

وأجاب الأول بأنا لا نقول استحقها على نفسه بل دفع الشريك عن أخذ نصيبه فلو قال المشتري خذ الكل أو اتركه وقد أسقطت حقي لك لم تلزمه الإجابة ولم يسقط حق المشتري من الشفعة .

تنبيه : .

قوله في الأرض مثال لا حاجة إليه .

ثم شرع في كيفية الأخذ بالشفعة فقال " ولا يشترط في التملك بالشفعة حكم حاكم " بها لثبوتها بالنص " ولا إحضار الثمن " كالبيع بجامع أنه تملك بعوض .

وكان ينبغي أن يقول ولا ذكر الثمن .

ولا حضور المشتري .

ولا رضاه كالرد بالعيب " و " لكن " يشترط لفظ من الشفيع كتملكت أو أخذت بالشفعة " ونحو ذلك كاخترت الأخذ بالشفعة ويقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس المفهمة ولا يكفي المعاطاة كما مر في البيع ولا أنا مطالب بالشفعة ونحو ذلك .

تنبيه : .

عدم اشتراط هذه الأمور الثلاثة قال ابن الرفعة مشكل بما سيذكره عقبه من أنه لا بد من أحد

هذه الأمور أو ما يلزم منه أحدها ثم قال وأقرب ما يمكن أن يحمل عليه أن مجموع الثلاثة لا تشتط .

قال الإسنوي وهذا الحمل لا يستقيم مع تكرار لا النافية بل الحمل الصحيح أن كل واحد بخصوصه لا يشتط .

قال الزركشي ما قاله ابن الرفعة عجيب منه لأن المراد هنا الأخذ بالشفعة وهو قوله أخذت بالشفعة وهو لا يشتط فيه شيء من ذلك لثبوتها بالنص وأما حصول الملك فيشتط فيه ما سيأتي .

قال ابن شهبة ويرد هذا قول المصنف ولا يشتط في التملك بالشفعة اه .

وهذا لا يردده لأنه قال لأن المراد ولذلك قال شيخنا في منهجه لا يشتط في ثبوتها قال في شرحه وهو مراد الأصل كغيره بقوله ولا يشتط في التملك .

ويشتط مع ذلك .

أي اللفظ المذكور " إما تسليم العوض إلى المشتري " أو التولية بينه وبينه إذا امتنع . فإذا تسلمه .

من الشفيع أو خلى بينه وبينه عند الامتناع " أو ألزمه القاضي التسلم " بضم اللام ثم امتنع منه أو قبضه القاضي عنه " ملك الشفيع الشقص " لأنه وصل إلى حقه في الحالة الأولى ومقصر فيما بعدها .

وإما رضي المشتري بكون العوض في ذمته .

أي الشفيع " بالشفعة " أي ثبوت حقه كما قاله في المطلب لا بالملك " إذا حضر مجلسه وأثبت حقه " في الشفعة واختار التملك " فيملك به " أي القضاء " في الأصح " لأن اختيار التملك قد تأكد بحكم الحاكم .

والثاني لا يملك بذلك لأنه لم يرض بذمته .

تنبيه : .

اشتراط المصنف أحد هذه الأمور يفهم أنه لا يكفي التملك عند الشهود وهو كذلك كما هو أظهر الوجهين (2 / 301) في الوجيز ورجحه ابن المقري ولو عند فقد القاضي كما هو ظاهر كلامهم وإن قال ابن الرفعة لا يبعد التفصيل كما في مسألة هرب الجمال حيث يقوم الإشهاد مقام القضاء لأن الضرر هناك أشد منه هنا .

ويشتط في التملك أيضا أن يكون الثمن معلوما للشفيع وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول وهو تسليم العوض لم يكن له أن يتسلم الشقص حتى يؤدي الثمن وإن تسلمه المشتري قبل أداء الثمن ولا يلزم المشتري أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه فإن غاب ماله أمهل ثلاثة أيام فإن مضت ولم يحضر الثمن فسخ الحاكم التملك وقيل يبطل بلا فسخ وليس

للشفيع خيار مجلس لما مر في بابه .

ولا يملك شقفا لم يره الشفيع على المذهب .

بناء على منع بيع الغائب وقيل يملكه قبل الرؤية بناء على صحة بيع الغائب وله الخيار عند الرؤية وليس للمشتري منعه من الرؤية .

والطريق الثاني القطع بالأول لأن الأخذ بالشفعة قهري لا يناسبه إثبات الخيار فيه .
تنبيه : .

أشعر اقتصاره على رؤية الشفيع أنه لا يشترط أن يراه المأخوذ منه وهو كذلك قال الإسنوي وسببه أنه قهري .

ويتصور ذلك في الشراء بالوكالة وفي الأخذ من الوارث .
فرع لا يتصرف الشفيع .

في الشقص قبل قبضه وإن سلم الثمن للمشتري وله الرد بالعيب عليه فإن قبضه بإذن المشتري وأفلس بالثمن رجع فيه المشتري كما في البيع في ذلك كله وللمشتري التصرف فيه بعد الطلب وقبل التملك لأنه ملكه بخلافه بعد التملك كما سيأتي