



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان  
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com  
WWW. **Ghaemiyeh** .org  
WWW. **Ghaemiyeh** .net  
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

# تذكرة الفقهاء

تأليف

الشيخ الامير الخليل

الحسين بن سعيد بن الحسين

الطبرستان سنة ٧٢٦ هـ

الجلد ١٢

مطبع

مكتبة دار الكتب العلمية بيروت لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# تذكره الفقهاء

كاتب:

حسن بن يوسف بن مطهر علامه حلي

نشرت في الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لآحياء التراث

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

- 5 ..... الفهرس
- 19 ..... تذكره الفقهاء المجلد 12
- 19 ..... اشارة
- 19 ..... اشارة
- 23 ..... تتمه القاعدة الثانية في العقود
- 23 ..... تتمه كتاب البيع
- 23 ..... المقصد الخامس: في تفريق الصفقة
- 23 ..... مسألة 550: إذا جمع بين الشئيين.
- 26 ..... مسألة 551: لا فرق عندنا بين أن يكون المضموم إلي ما يصحّ بيعه ما لا يصحّ بيعه بنصّ أو إجماع،
- 28 ..... مسألة 552: لو باع عبدا وحرًا، صحّ البيع في العبد خاصّة بقسطه من الثمن،
- 29 ..... مسألة 553: لو كان المشتري جاهلا بأنّ المضموم ملك الغير
- 29 ..... مسألة 554: لو باع خلاّ وخرما، أو مذكّاة و مينة، أو شاة وخنزيرا، صحّ البيع
- 30 ..... مسألة 555: إذا وقع تفريق الصفقة في الانتهاء، فهو علي قسمين:
- 35 ..... مسألة 556: لو باع شئنا يتوزّع الثمن علي أجزائه بعضه له، و بعضه لغيره،
- 37 ..... مسألة 557: لو باع عبده و عبد غيره و سمّي لكلّ منهما ثمنا،
- 37 ..... مسألة 558: إذا باع ماله و مال غيره صفقة واحدة، صحّ البيع في ماله،
- 41 ..... مسألة 559: لو كان الثمن يتوزّع علي الأجزاء كقفيزي حنطة أحدهما له و الآخر لغيره
- 42 ..... مسألة 560: لو باع مريض قفيز حنطة يساوي عشرين بقفيز حنطة يساوي عشرة،
- 48 ..... مسألة 561: كما تعتبر محاباة المريض في البيع من الثلث،
- 53 ..... مسألة 562: إذا جمع في صفقة واحدة بين شئيين،
- 55 ..... مسألة 563: إنّما يثبت الخلاف لو اتّحدت الصفقة،
- 56 ..... مسألة 564: من فوائد التعدّد و الاتّحاد:
- 56 ..... مسألة 565: هل الاعتبار في الوحدة و التعدّد بالعاقد الوكيل أو المعقود له الموكل،

- 59 ..... اشارة
- 59 ..... الأول: الأرض.
- 59 ..... مسألة 566: إذا قال: بعتك هذه الأرض أو العرصة أو الساحة أو البقعة.
- 61 ..... مسألة 567: لو قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها، ففي دخول البناء و الشجر إشكال
- 61 ..... مسألة 568: الزرع قسمان: .....
- 63 ..... مسألة 569: إذا باع الأرض و فيها زرع، كان المبيع صحيحا، .....
- 64 ..... مسألة 570: إذا ثبت أن البيع صحيح، و أن الزرع للبائع، .....
- 64 ..... مسألة 571: إذا كان المشتري جاهلا بالزرع .....
- 65 ..... مسألة 572: إذا كان في الأرض أصول لما يجزّ مرة بعد اخرى، .....
- 66 ..... مسألة 573: لو كان في الأرض بذر كامن لم يظهر، .....
- 67 ..... مسألة 574: إذا باع أرضا و فيها حجارة، فإمّا أن تكون مخلوقة فيها أو لا. ....
- 72 ..... البحث الثاني: في البستان. ....
- 73 ..... البحث الثالث: في القرية. ....
- 75 ..... البحث الرابع: الدار. ....
- 75 ..... مسألة 575: إذا قال: بعتك هذه الدار، دخل في المبيع الأرض .....
- 76 ..... مسألة 576: الآلات التي في الدار علي أقسام ثلاثة: .....
- 77 ..... مسألة 577: في دخول مسيل الماء في بيع الأرض و شربها من القناة و النهر المملوكين إشكال .....
- 78 ..... مسألة 578: إذا كان في الدار بئر الماء، دخلت في المبيع، .....
- 80 ..... مسألة 579: لو كان في الأرض أو الدار معدن ظاهر .....
- 80 ..... مسألة 580: لو باع دارا في طريق غير نافذ، دخل حريمها في البيع و طريقها. ....
- 80 ..... مسألة 581: لو باع دارا، دخل فيها الأعلى و الأسفل، .....
- 81 ..... البحث الخامس: العبد. ....
- 81 ..... مسألة 582: إذا باع عبده أو أمته، لم يتناول العقد مال العبد .....
- 82 ..... مسألة 583: الأقرب: عدم دخول الثياب التي للعبد في بيعه، .....

- 82 ..... مسألة 584: ولا يدخل حمل الجارية ولا الدابة في بيعهما إلا مع الشرط.
- 83 ..... البحث السادس: الشجر.
- 83 ..... مسألة 585: إذا باع شجرة، دخل أغصانها في البيع،
- 84 ..... مسألة 586: لو باع شجرة يابسة نابتة،
- 84 ..... مسألة 587: لو باع شجرة رطبة بشرط الإبقاء أو بشرط القلع،
- 85 ..... مسألة 588: لو باع شجرة أو نخلة ولها فراخ،
- 86 ..... مسألة 589: لو باع النخل وعليه ثمرة ظاهرة،
- 87 ..... مسألة 590: النخل إما فحول أو إناث،
- 88 ..... مسألة 591: لو أتر بعض النخلة، كان جميع طلعتها للبائع،
- 91 ..... مسألة 592: غير النخل من الأشجار لا تدخل ثمارها في البيع.
- 93 ..... مسألة 593: القطن ضربان:
- 94 ..... مسألة 594: إذا باع الثمرة ولم يشترط القطع،
- 95 ..... مسألة 595: لو انتقل النخل بغير عقد البيع، لم يثبت هذا الحكم فيه،
- 96 ..... مسألة 596: لو كانت الثمرة مؤترة، فهي للبائع،
- 99 ..... المقصد السابع: في التحالف.
- 99 ..... إشارة.
- 99 ..... الأول: في سببه.
- 99 ..... مسألة 597: إنما يقع التحالف إذا اختلفا.
- 99 ..... مسألة 598: ولو قال الزوج: أصدقتك أبك،
- 100 ..... مسألة 599: لو أقام مدعي بيع العبد البيبة علي دعواه،
- 101 ..... مسألة 600: لو اختلفا في قدر الثمن خاصة،
- 104 ..... مسألة 601: لو مات المتبايعان و اختلف ورثتهما في مقدار الثمن أو المثلثين
- 105 ..... مسألة 602: إذا اختلفا في المثلثين،
- 105 ..... مسألة 603: لو اختلفا في جنس الثمن بأن قال: بعتك بألف دينار،
- 106 ..... مسألة 604: لو اختلفا في شرط في العقد كالأجل،

- 106 ..... مسألة 605: قد بيّن أنّ التحالف يثبت في كلّ موضع يحصل لكلّ من المتنازعين
- 108 ..... مسألة 606: لو قال: بعتك هذا بألف، فقال: بل وهبته،
- 109 ..... مسألة 607: هذا كلّّه فيما إذا اتّفقا عليّ وقوع عقد صحيح بينهما،
- 110 ..... مسألة 608: لو اشتري عبداً وسلّمه إليّ المشتري،
- 112 ..... مسألة 609: لو قبض المبيع أو المسلم فيه بالكيل أو الوزن
- 112 ..... مسألة 610: لو باع عصيراً وأقبضه ثمّ وجد خمراً،
- 113 ..... المطلب الثاني: في كَيْفِيَّةِ اليمين.
- 113 ..... مسألة 611: التحالف عند الشافعي أن يحلف كلّ واحد من المتعاقدين عليّ إثبات ما يقوله
- 114 ..... مسألة 612: الأقرب: أنّه يبدأ بيمين من ادّعي عليه أولاً،
- 117 ..... مسألة 613: اليمين عندنا واحدة عليّ نفّي ما ادّعاه الآخر،
- 119 ..... مسألة 614: إذا حلف البائع أنّه لم يبع العبد،
- 121 ..... المطلب الثالث: في حكم التحالف.
- 121 ..... مسألة 615: إذا حلف كلّ من المتبايعين يمين النفّي،
- 122 ..... مسألة 616: لو رجح أحدهما إليّ قول الآخر،
- 126 ..... مسألة 617: إذا فسخ البيع، كان عليّ المشتري ردّ المبيع
- 127 ..... مسألة 618: لو زادت العين في يد المشتري، فإنّما زيادة متّصلة أو منفصلة.
- 128 ..... مسألة 619: لو اشتري عبدين وتلف أحدهما
- 129 ..... مسألة 620: التلف قد يكون حقيقياً،
- 130 ..... مسألة 621: لو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري،
- 132 ..... مسألة 622: لو اختلف المتبايعان، فادّعي أحدهما حرّيّة العبد المبيع وأنكر الآخر،
- 133 ..... مسألة 623: لو كان المبيع جارية ووطنها المشتري ثمّ اختلفا في قدر الثمن،
- 134 ..... مسألة 624: لو جري البيع بين الوكيلين واختلفا،
- 134 ..... مسألة 625: لو ادّعي الفسخ قبل التفرّق وأنكر الآخر،
- 135 ..... مسألة 626: الإقالة بعد البيع جائزة
- 135 ..... مسألة 627: الإقالة فسخ للعقد الأوّل،



- 136 ..... مسألة 628: و الإقالة فسخ في حقّ المتعاقدين وغيرهما، للأصل.
- 136 ..... مسألة 629: لا تثبت الشفعة عندنا بالإقالة
- 137 ..... مسألة 630: يشترط في الإقالة عدم الزيادة في الثمن.
- 138 ..... مسألة 631: تصحّ الإقالة في بعض المسلم فيه.
- 139 ..... مسألة 632: لو اشتري عيدين وتلف أحدهما، صحّت الإقالة عندنا،
- 141 ..... مسألة 633: لا تسقط اجرة الدالّ والوزان والناقذ بعد هذه الأفعال بالإقالة،
- 143 ..... المقصد الثامن: في اللواحق
- 143 ..... اشارة
- 143 ..... الأوّل: في أنواع المكاسب.
- 143 ..... مسألة 634: طلب الرزق للمحتاج واجب،
- 144 ..... مسألة 635: وفي طلب الرزق ثواب عظيم.
- 147 ..... مسألة 636: ولا ينبغي الإكثار في ذلك،
- 148 ..... مسألة 637: فقد ثبت من هذا أنّ التكبّب واجب
- 150 ..... مسألة 638: ويكره اتّخاذ الحياكة والنساجة صنعة،
- 151 ..... مسألة 639: يكره كسب الحجّام مع الشرط.
- 152 ..... مسألة 640: لا بأس بأجر النائحة بالحقّ،
- 152 ..... مسألة 641: يكره اجرة الضراب، لأنّه في معني بيع عسيب الفحل.
- 153 ..... مسألة 642: كسب الصبيان ومن لا يجتنب
- 154 ..... مسألة 643: يجوز أخذ الأجرة علي تعليم الحكم والآداب والأشعار،
- 155 ..... مسألة 644: ويكره خصا الحيوان،
- 156 ..... مسألة 645: من التجارة ما هو حرام،
- 159 ..... مسألة 646: القمار حرام
- 160 ..... مسألة 647: الغشّ والتدليس محرّمان،
- 161 ..... مسألة 648: وتحرم معونة الظالمين علي الظلم.
- 161 ..... مسألة 649: يحرم حفظ كتب الضلال ونسخها لغير التقصّ أو الحجّة

- 162 ..... مسألة 650: تعلّم السحر و تعليمه حرام. ....
- 163 ..... مسألة 651: يحرم بيع المصحف، .....
- 164 ..... مسألة 652: يحرم تعشير المصاحف بالذهب وزخرفتها. ....
- 165 ..... مسألة 653: السرقة و الخيانة حرام بالنصّ و الإجماع، .....
- 166 ..... مسألة 654: التطفيف في الكيل و الوزن حرام بالنصّ .....
- 166 ..... مسألة 655: لو دفع إنسان إلي غيره مالا ليصرفه في المحاويج .....
- 167 ..... مسألة 656: يجوز أكل ما ينثر في الأعراس .....
- 167 ..... مسألة 657: الولاية من قبل العادل مستحبة. ....
- 170 ..... مسألة 658: جوائز الجائر إن علمت حراما لغصب و ظلم و شبهه حرم أخذها، .....
- 171 ..... مسألة 659: ما يأخذ الجائر من الغلات باسم المقاسمة، .....
- 171 ..... مسألة 660: إذا كان له مال حلال و حرام، و جب عليه تمييزه منه، .....
- 172 ..... مسألة 661: تكره معاملة من لا يتحفّظ من الحرام، .....
- 172 ..... مسألة 662: الأجير إمّا عامّ أو خاصّ، .....
- 173 ..... مسألة 663: يجوز لمن مرّ بشيء من الثمرة في النخل .....
- 174 ..... مسألة 664: روي أنّ النبيّ صلّي الله عليه و آله نهى عن بيعتين في بيعة .....
- 175 ..... مسألة 665: النجش حرام، .....
- 177 ..... مسألة 666: نهى النبيّ صلّي الله عليه و آله عن بيع البعض علي البعض، .....
- 178 ..... مسألة 667: يكره السوم علي سوم المؤمن، .....
- 180 ..... مسألة 668: لا يجوز للرجل أن يأخذ من ولده البالغ شيئا إلاّ بإذنه .....
- 181 ..... مسألة 669: و الولد يحرم عليه مال والده، .....
- 182 ..... مسألة 670: لا يحلّ لكلّ من الزوجين أن يأخذ من مال الآخر شيئا، .....
- 183 ..... مسألة 671: في الاحتكار قولان لعلمائنا: .....
- 184 ..... مسألة 672: الاحتكار هو حبس الحنطة و الشعير .....
- 186 ..... مسألة 673: يجبر الإمام أو نائبه المحتكر علي البيع .....
- 188 ..... مسألة 674: تلقّي الركبان منهّي عنه إجماعا. ....

- 190 ..... مسألة 675: يكره أن يبيع حاضر لباد .....
- 192 ..... مسألة 676: روي العامة أنه قد نهى النبي صَلَّى الله عليه وآله عن بيع العربان .....
- 193 ..... مسألة 677: بيع التلجئة باطل عندنا، .....
- 194 ..... مسألة 678: قد ذكرنا أنّ التجارة مستحبة. ....
- 195 ..... مسألة 679: يكره الحلف علي البيع، .....
- 197 ..... مسألة 680: يستحبّ إنظار المعسر، وإقالة النادم، .....
- 197 ..... مسألة 681: لا يبيع المبيع في المواضع المظلمة .....
- 198 ..... مسألة 682: إذا قال له إنسان: اشتر لي، فلا يعطه .....
- 198 ..... مسألة 683: إذا قال التاجر لغيره: هلمّ أحسن إليك، .....
- 199 ..... مسألة 684: يستحبّ إذا دخل السوق الدعاء .....
- 200 ..... مسألة 685: ينبغي له إذا بورك له في شيء من أنواع التجارة .....
- 201 ..... مسألة 686: يجوز لوليّ اليتيم الناظر في أمره المصلح لماله أن يتناول اجرة المثل، .....
- 201 ..... مسألة 687: يجوز أن يواجر الإنسان نفسه. ....
- 202 ..... مسألة 688: يحرم بيع السلاح لأعداء الدين في وقت الحرب، .....
- 203 ..... مسألة 689: يجوز الأجر علي الختان وخفض الجواري. ....
- 204 ..... مسألة 690: يكره كسب الإماء والصبيان. ....
- 204 ..... مسألة 691: يجوز بيع عظام الفيل و اتخذ الأمشاط وغيرها منها، .....
- 205 ..... مسألة 692: لا بأس بأخذ الهدية. ....
- 206 ..... مسألة 693: لا يجوز عمل التماثيل والصور المجسّمة. ....
- 206 ..... مسألة 694: يجوز لمن أمره غيره بشراء شيء أن يأخذ منه .....
- 207 ..... مسألة 695: لا بأس بالزراعة، بل هي مستحبة. ....
- 207 ..... مسألة 696: يجوز أخذ أجر البذرقة من القوافل إذا رضوا بذلك، .....
- 208 ..... مسألة 697: يكره بيع العقار إلّا لضرورة. ....
- 208 ..... مسألة 698: يكره الاستحطاط من الثمن بعد العقد، .....
- 209 ..... مسألة 699: أصل الأشياء الإباحة إلّا أن يعلم التحريم في بعضها. ....

- 210 ..... مسألة 700: لا ينبغي التهوين في تحصيل قليل الرزق، .....
- 210 ..... مسألة 701: ينبغي الاقتصاد في المعيشة وترك الإسراف. ....
- 211 ..... الفصل الثاني: في الشفعة .....
- 211 ..... اشارة .....
- 211 ..... البحث الأول: المحلّ. ....
- 211 ..... اشارة .....
- 211 ..... واعلم أن أعيان الأموال علي أقسام ثلاثة: .....
- 211 ..... الأول: الأراضي. ....
- 212 ..... الثاني: المنقولات، .....
- 214 ..... الثالث: الأعيان التي كانت منقولة في الأصل ثم أثبتت في الأرض للدوام، .....
- 215 ..... مسألة 702: الأثمار علي الأشجار .....
- 216 ..... مسألة 703: قد بيّن أنّه لا تثبت الشفعة في المنقولات، .....
- 218 ..... مسألة 704: لو باع شقصا فيه زرع لا يجزّ مرارا و أدخله في البيع، .....
- 219 ..... مسألة 705: شرطنا في محلّ الشفعة من العقار كونه ثابتا. ....
- 219 ..... مسألة 706: يشترط كون المبيع مشتركا بين اثنين لا أزيد، .....
- 221 ..... مسألة 707: شرطنا في المأخوذ أن كان ممّا يقبل القسمة، .....
- 223 ..... مسألة 708: المراد من المنقسم ما يتجزأ. ....
- 223 ..... مسألة 709: إذا كانت الطاحونة أو الحمام كبيرين .....
- 225 ..... البحث الثاني: في الآخذ. ....
- 225 ..... مسألة 710: أخذ الشفعة يشترط أن يكون شريكا في المشفوع، .....
- 227 ..... مسألة 711: قد بيّن أنّه لا تثبت الشفعة بالحوار .....
- 228 ..... مسألة 712: الدار إما أن يكون بابها مفتوحا إلي درب نافذ، .....
- 230 ..... مسألة 713: لا تثبت الشفعة في المقسوم و الجوار بغير الشركة .....
- 230 ..... مسألة 714: يشترط في الآخذ بالشفعة الإسلام إن كان المشتري مسلما، .....
- 232 ..... مسألة 715: تثبت الشفعة للكافر علي الكافر و إن اختلفا في الدين، .....

- 233 ..... مسألة 716: هل تثبت الشفعة للوقوف على المساجد والربط
- 234 ..... مسألة 717: لا يستحقّ الشريك بالمنفعة شفعة،
- 235 ..... البحث الثالث: في المأخوذ منه.
- 235 ..... مسألة 718: إنّما تؤخذ الشفعة من المشتري الذي تجدد ملكه بعد ملك الأخذ،
- 237 ..... مسألة 719: لو باع أحد الشريكين حصّته بشرط الخيار ثمّ باع الثاني نصيبه
- 238 ..... مسألة 720: إذا اشتري شقفا فوجد به عيبا،
- 239 ..... مسألة 721: لو ردّه المشتري بالعيب قبل علم الشفيع ومطالبته ثمّ علم وجاء يطلب الشفعة،
- 240 ..... مسألة 722: لا تثبت الشفعة في عقد غير البيع،
- 242 ..... مسألة 723: إذا أصدقها شقفا ثمّ طلقها قبل الدخول،
- 243 ..... مسألة 724: لو اشتري شقفا وأفس بالثمن وأراد البائع الرجوع في الشقص
- 245 ..... مسألة 725: قد بيّن أنّ الشفعة إنّما تثبت بالبيع خاصّة.
- 247 ..... مسألة 726: لو كان بين اثنين دار،
- 248 ..... مسألة 727: لو اشتري شقفا فعفا الشريك عن الشفعة ثمّ تقايلا،
- 249 ..... مسألة 728: لو جعل الشقص اجرة في إجارة، أو جعلها في جمالة،
- 250 ..... مسألة 729: لو وليّ الصبي والمجنون أن يأخذ لهما بالشفعة ما بيع في شركتهما
- 252 ..... مسألة 730: إنّما يأخذ الوليّ لهما إذا كان الأخذ مصلحة.
- 253 ..... مسألة 731: العفو كالترك ليس للوليّ العفو عن الشفعة.
- 253 ..... مسألة 732: لو باع الوصي أو الوليّ شقفا للطفل وطفل آخر - هو وليّه أيضا - شريك،
- 255 ..... مسألة 733: إنّّه سيأتي
- 257 ..... مسألة 734: تبرعات المريض عندنا من الثلث،
- 262 ..... مسألة 735: من شرط الشفعة: تقدّم ملك الأخذ على ملك المأخوذ منه
- 264 ..... البحث الرابع: في كيفيّة الأخذ بالشفعة.
- 264 ..... مسألة 736: يملك الشفيع الأخذ بالعقد
- 266 ..... مسألة 737: لا يشترط في تملك الشفيع بالشفعة
- 266 ..... مسألة 738: يجب على الشفيع دفع الثمن معجّلا،

- 268 ..... مسألة 739: ولا يثبت في الشفعة خيار المجلس عند علمائنا، .....
- 269 ..... مسألة 740: يجوز للمشتري التصرف في الشقص قبل أن يأخذه الشفيع .....
- 270 ..... مسألة 741: إذا ملك الشفيع، امتنع تصرف المشتري. ....
- 271 ..... مسألة 742: لا يشترط علم الشفيع بالثمن ولا بالشقص في طلب الشفعة، .....
- 274 ..... مسألة 743: إذا كان الشقص في يد البائع، فقال الشفيع: لا أقبضه إلا من المشتري، .....
- 274 ..... مسألة 744: إنما يأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقد، .....
- 275 ..... مسألة 745: ولو لم يكن الثمن مثلياً بل مقوماً .....
- 277 ..... مسألة 746: لو جعل الشقص رأس مال سلم، أخذ الشفيع بمثل المسلم فيه .....
- 279 ..... مسألة 747: لو كان الثمن مؤجلاً، .....
- 281 ..... مسألة 748: لو ضمّ شقصا مشفوعا إلي ما لا شفعة فيه في البيع، .....
- 282 ..... مسألة 749: إذا اشترى شقصا من دار فاستهدمت .....
- 287 ..... مسألة 750: إذا بني المشتري أو غرس قبل القسمة، كان للشريك قلعها، .....
- 290 ..... مسألة 751: لو تصرف المشتري بوقف أو هبة وغيرهما، صحَّ، .....
- 292 ..... مسألة 752: النخل تتبع الأرض في الشفعة، .....
- 294 ..... مسألة 753: إذا تبايعا بثمن ثمّ زاده المشتري عليه زيادة .....
- 295 ..... مسألة 754: لو كان ثمن الشقص عبدا، ثبتت الشفعة عندنا، .....
- 299 ..... مسألة 755: تثبت الشفعة للمفلس، .....
- 300 ..... مسألة 756: للعامل في المضاربة الأخذ بالشفعة إذا بيع شقص في شركة المضاربة، .....
- 301 ..... مسألة 757: الشفعة تثبت للغائب كما تثبت للحاضر، .....
- 301 ..... مسألة 758: اختلفت علماءنا رحمهم الله في أنّ الشفعة هل تورث أم لا؟ .....
- 304 ..... مسألة 759: إذا خرج الشقص مستحقاً، .....
- 305 ..... مسألة 760: لو كان الثمن دنائير معيّنة، .....
- 306 ..... مسألة 761: لو كان الثمن عبداً وأخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد .....
- 306 ..... مسألة 762: قد بيّن أنّ الشفعة تتبع البيع دون غيره من العقود مطلقاً. ....
- 307 ..... مسألة 763: إذا ارتدّ المشتري فقتل أو مات قبل رجوعه .....

- 308 ..... مسألة 764: إذا اشترى شقصاً فيه شفعة ووصّى به .....
- 309 ..... البحث الخامس: في التنازع.
- 309 ..... مسألة 765: لو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن، .....
- 312 ..... مسألة 766: إذا اختلف المتبايعان في الثمن، .....
- 313 ..... مسألة 767: لو ادّعى علي رجل شفعة في شقص اشتراه، .....
- 314 ..... مسألة 768: دار بين اثنين فغاب أحدهما ورأينا نصيبه في يد ثالث، .....
- 316 ..... مسألة 769: إذا ادّعى أنه اشترى شقصاً في شركته .....
- 318 ..... مسألة 770: لو ادّعى عليه الشراء فصدّقه وقال: لم أشرته لنفسي، .....
- 320 ..... مسألة 771: لو قال المشتري: إنّي اشترت الشقص بألف، .....
- 320 ..... مسألة 772: لو ادّعى كلّ من الشريكين أنّ له الشفعة علي صاحبه فيما في يده، .....
- 321 ..... مسألة 773: لو ادّعى أحد الشريكين أنّه قد باع حصّته علي زيد فأنكر زيد، .....
- 323 ..... مسألة 774: لو أثبتنا الشفعة مع الكثرة .....
- 324 ..... مسألة 775: لو كان ملك بين اثنين أحدهما حاضر والآخر غائب، .....
- 325 ..... مسألة 776: دار بين أخوين وأجنبيّ أثلاثاً فباع الأجنبيّ نصيبه .....
- 326 ..... مسألة 777: لو كان في يد اثنين دار بالشركة بينهما، .....
- 327 ..... مسألة 778: لو مات شفيع وله وارثان، .....
- 327 ..... مسألة 779: لو ادّعى علي شريكه أنّه اشتراه وله عليه شفعة، .....
- 328 ..... مسألة 780: لو ادّعى الشفعة فأنكر المدّعي عليه ملكيّة المدّعي، .....
- 328 ..... مسألة 781: لو قال أحد الوارثين أو أحد الشريكين - إن أثبتنا الشفعة .....
- 329 ..... مسألة 782: لو أقام المشتري بيّنة علي الشفيع بأنّه قد عفا عن الشفعة، .....
- 329 ..... مسألة 783: لو خرج الشقص مستحقاً بعد بناء الشفيع فيه وغرسه، .....
- 330 ..... البحث السادس: في مسقطات الشفعة.
- 330 ..... مسألة 784: المشهور عند علمائنا أنّ الشفعة علي الفور، .....
- 333 ..... مسألة 785: إنّما يحكم بالفورية في الشفعة إذا علم الشفيع بالبيع، .....
- 335 ..... مسألة 786: إذا علم بالبيع وجعل استحقاقه للشفعة، لم تبطل شفيعته، .....

- 335 ..... مسألة 787: لو أقرّ الطلب لعذر، لم تسقط شفيعته.
- 338 ..... مسألة 788: إذا علم بالشفعة، مضى إلي المشتري،
- 339 ..... مسألة 789: ولو لم يمض الشفيع إلي المشتري و مشي إلي الحاكم و طلب الشفعة،
- 340 ..... مسألة 790: لا يجب الطلب في بلد المبايعه،
- 340 ..... مسألة 791: لو أظهر المتبايعان أنّهما تبايعا بألف فترك الشفيع الشفعة فعفا.
- 343 ..... مسألة 792: لو أقرّ الطلب و اعتذر بحصول مرض أو حبس أو غيبة، و أنكر المشتري،
- 343 ..... مسألة 793: لو ضمن الشفيع العهدة للمشتري أو ضمن الدرك للبايع عن المشتري،
- 344 ..... مسألة 794: لو أذن الشفيع في البيع، فقال: بع نصيبك و قد عفوت عن الشفعة،
- 346 ..... مسألة 795: لو باع أحد الشريكين نصيبه و لم يعلم شريكه حتى باع نصيبه.
- 348 ..... مسألة 796: إذا وجبت الشفعة و اصطلح الشفيع و المشتري علي تركها بعوض،
- 348 ..... مسألة 797: إذا وجبت الشفعة في شقص فقال صاحب الشفعة:
- 349 ..... البحث السابع: في تفاريع القول بالشفعة مع الكثرة.
- 349 ..... مسألة 798: اختلف القائلون بثبوت الشفعة مع الكثرة.
- 351 ..... مسألة 799: إذا تزاحم الشركاء، فالأقسام ثلاثة:
- 352 ..... مسألة 800: ليس للشفيع تشقيص الشفعة،
- 354 ..... مسألة 801: لو مات عن اثنين و له دار، فهي بينهما بالسوية،
- 357 ..... مسألة 802: قد ذكرنا أنّه إذا قدم واحد من الأربعة و تخلّف اثنان ..
- 359 ..... مسألة 803: لو قال الأول: لا آخذ الجميع و إنّما أنتظر مجيء الشركاء ليأخذوا أو يعفوا،
- 361 ..... مسألة 804: لو أخذ الأول الشقص بالشفعة.
- 361 ..... مسألة 805: لو حضر اثنان و أخذوا الشقص و اقتسماه،
- 362 ..... مسألة 806: لو كانت الدار بين ثلاثة فباع اثنان من رجل شقصا،
- 363 ..... مسألة 807: لو باع أحد الشريكين بعض
- 364 ..... مسألة 808: إذا باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة أنفس صفقة واحدة،
- 364 ..... مسألة 809: لو وكلّ أحد الشركاء الثلاثة ثانيهم،
- 365 ..... مسألة 810: لو كانت الدار لثلاثة نصفها لواحد و لكلّ واحد من الآخرين الربع،



- 366 ..... مسألة 811: لو اشترى بعيرا و شقصا بعبد و جارية، ..
- 366 ..... مسألة 812: لو كانت الدار بين أربعة بالسوية فأشترى اثنان منهم من واحد نصيبه .
- 367 ..... البحث الثامن: في الحيل المسقطه للشفعة. ....
- 367 ..... مسألة 813: يجوز استعمال الحيل بالمباح مطلقا عندنا .
- 368 ..... مسألة 814: لو أتلّف المشتري الثمن المعين قبل القبض .
- 369 ..... مسألة 815: لو نقل الشقص بهبة أو صلح أو يجعله مال إجارة .
- 369 ..... مسألة 816: و من الحيل أن يبيعه جزءا من الشقص بثمنه كله، .
- 370 ..... مسألة 817: لا يكره دفع الشفعة بالحيلة، .
- 371 ..... البحث التاسع: في اللواحق. ....
- 371 ..... مسألة 818: لو مات المديون و له شقص يستوعبه الدّين فيبيع شقص في شركته، .
- 372 ..... مسألة 819: لو كان لأحد الثلاثة نصف الدار و لكلّ من الآخرين ربع، .
- 373 ..... مسألة 820: لو بيع شقص و له شفيعان فعفا أحدهما و مات الآخر و كان وارثه هو العافي، .
- 374 ..... مسألة 821: قد سلف .
- 375 ..... مسألة 822: لو كان أحد الشريكين في الدار غائبا و له وكيل فيها، .
- 376 ..... مسألة 823: لو حكم حاكم شرع باعتقاده أنّ الشفعة تثبت مع الكثرة، .
- 376 ..... مسألة 824: لو اشترى الشقص بكفّ من الدراهم لا يعلم .
- 378 ..... مسألة 825: لو خرج بعض الثمن مستحقًا، بطل البيع في ذلك القدر، .
- 379 ..... مسألة 826: قد يبيّن أنّ الشفعة موروثه، ويشترك الورثة فيها .
- 379 ..... مسألة 827: لو كان بين اثنين دار بالسوية باع أحدهما نصف نصيبه لزيد .
- 379 ..... مسألة 828: لو كانت الدار لأربعة فباع أحدهم نصيبه و الثلاثة غيبا، .
- 380 ..... مسألة 829: لو وهب شقصا لعبد، لم يصح علي ما اخترناه نحن، .
- 381 ..... مسألة 830: لو كان بينهما دار فمات أحدهما عن حمل فباع الآخر نصيبه، .
- 382 ..... مسألة 831: قد يبيّن أنّ الأقرب ثبوت الشفعة في بيع الخيار، .
- 382 ..... مسألة 832: لو باع المكاتب شقصا بمال الكتابة ثمّ فسخ السيد الكتابة لعجزه، .
- 383 ..... مسألة 833: لو كان لأحد الثلاثة النصف و للآخر الثلث و للثالث السدس، .

383 ..... مسألة 834: لو باع شقصا من ثلاثة دفعة، فلا شفعة لأحدهم.

384 ..... مسألة 835: لو باع أحد الأربعة وعفا آخر، فللآخرين أخذ المبيع.

384 ..... مسألة 836: لو وهب المشتري الشقص - الذي اشتراه - لآخر،

386 ..... مسألة 837: لو ردّ البائع الثمن بالعيب، لم يمنع الشفيع، لسبق حقّه.

386 ..... مسألة 838: لو وصّى لإنسان بشقص، فباع الشريك بعد الموت

387 ..... مسألة 839: لو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه ثمّ باع المشتري علي أجنبيّ

389 ..... تعريف مركز

سرشناسه : علامه حلي حسن بن يوسف ق 726 - 648

عنوان و نام پديدآور : تذکره الفقهاء/ تاليف العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر؛ تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحياتاً التراث مشخصات نشر : قم مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحياتاً التراث 1400ق = 1300.

مشخصات ظاهري : ج 22

فروست : (مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحياتاً التراث 127؛ 129؛ 130134)

شابك : 964-33-5503-7 (دوره ؛ 964-44-5503-2-2900 ريال (ج 4) ؛ 964-46-5503-9 (ج 6) ؛ 964-007-319-2 (ج 7) ؛ 964-224-319-5-8000 ريال (ج 11)

يادداشت : عربي يادداشت : فهرست نويسي براساس جلد چهارم 1414ق = 1372

يادداشت : ج 1 (چاپ اول 1420ق = 1378)؛ 8000 ريال ج 1) ISBN 964-319-197-4

يادداشت : ج 8 (چاپ اول 1417ق = 1376)؛ 6500 ريال ج 8) ISBN 964-319-051-x

يادداشت : ج 9 (چاپ اول 1419ق = 1377)؛ 8000 ريال ج 9) ISBN 964-319-008-0

يادداشت : ج 13 (چاپ اول 1423ق = 1381)؛ 9500 ريال ISBN 964-319-389-6

يادداشت : کتابنامه مندرجات : (ج 7) ISBN 964-319-007-2 (ج 12) 1422ق = 8500 : 1380 ريال موضوع : فقه جعفري -- قرن 8

شناسه افزوده : مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحياتاً التراث رده بندي کنگره : BP182/3 / 8ت 4 1300 ي

رده بندي ديويي : 297/342

شماره کتابشناسي ملي : م 73-2721

ص : 1







## تمة القاعدة الثانية في العقود

### تمة كتاب البيع

#### المقصد الخامس: في تفريق الصفقة

#### مسألة 550: إذا جمع بين الشئين،

فإنما أن يجمع بينهما في عقد واحد أو في عقدين، فالأول إما أن يقع التفريق في الابتداء أو في الانتهاء.

والأول إن جمع بين شئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع، فالعقد باطل قطعا في الجميع، كما لو جمع بين أختين في النكاح.

وإن لم يكن كذلك، فإنما أن يجمع بين شئين كل واحد قابل لما أورده عليه من العقد، أو لا يكون كذلك، فالأول كما لو جمع بين عينين في البيع، صحّ العقد عليهما.

ثم إن كانا من جنسين - كعبد و ثوب - أو من جنس واحد لكن قيمتهما مختلفة - كعبدين - يورّع الثمن عليهما باعتبار القيمة.

وإن كانا من جنس واحد و اتّفقت قيمتهما - كقفيزي حنطة(1) واحدة - يورّع عليهما باعتبار الأجزاء.

وإن كان الثاني، فإنما أن لا يكون واحد منهما قابلا لذلك العقد - كما لو باع خمرا و ميتة - فهو باطل قطعا، وإما أن يكون أحدهما قابلا.

ص: 5

---

1- في الطبعة الحجرية: «قفيزين من حنطة».

أحدهما: أن يكون متقوماً، كما لو باع عبده و عبد غيره صفقة واحدة، صحّ البيع، ووقف البيع في عبد غيره، فإن أجازته الغير، وإلا بطل.

والثاني: أن لا يكون متقوماً، فإما أن يتأتى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير في الخلقة، كما لو باع عبدا و حراً، فإنّ الحرّ غير متقوم، لكن يمكن تقدير القيمة فيه بفرض العبوديّة من غير تعيّر في الخلقة، و يصحّ البيع في العبد. وإما أن لا يتأتى تقدير التقويم فيه من غير فرض تعيّر في الخلقة، كما لو باع خلاً و خمراً، أو مذكّاة و ميتة، أو شاة و خنزيراً، فإنّه يصحّ البيع في الخلّ و المذكّاة و الشاة.

إذا عرفت هذا، فنقول: إذا باع عبده و عبد غيره صفقة واحدة، صحّ البيع في عبده، و لا يقع البيع باطلاً فيه، و يقف العقد في عبد الغير، فإن أجاز البيع فيه، لزم. وإن فسخ، بطل، و يتخيّر المشتري حينئذ بين فسخ البيع في الجميع و بين أخذ عبده بقسطه من الثمن، ذهب إليه علماؤنا - و هو أحد قولي الشافعي، و به قال مالك و أبو حنيفة(1) - لأنّ كلّ واحد منهما لو انفرد بالعقد، ثبت له حكمه، فإذا جمع بينهما، وجب أن يثبت لكلّ منهما حكم الانفراد، لأنّ العدة لهذا الحكم هو الماهيّة، و هي باقية حالة الجمع، فثبت مقتضاها، كما لو باع شقصاً مشفوعاً و عبداً، ثبتت الشفعة في الشقص دون العبد، كما لو انفرد.

و لأنّ الصفقة اشتملت علي صحيح و فاسد، فانعقد التصحيح(2) في».

ص: 6

---

1- المهذب - للشيرازي - 1:276، المجموع 9:381، التهذيب - للبغوي - 3:495، حلية العلماء 4:138-140، العزيز شرح الوجيز 4:139 و 141، روضة الطالبين 3:88، المغني 4:315، الشرح الكبير 4:43.

2- كذا في «س، ي» و الطبعة الحجرية. و في نسخة من الكتاب - المحققة المطبوعة سنة 1375 هـ في النجف الأشرف - : «الصحيح».



الصحيح وقصر الفاسد علي الفاسد، كما إذا شهد عدل و فاسق، لا يقضي برّد الشهادتين ولا بقبولهما، بل تلك مقبولة و هذه مردودة. و لو أخبر بصدق و كذب في خبر واحد، لا يقضي بصدقهما و لا بكذبهما.

و لما رواه محمد بن الحسن الصفّار عن العسكري عليه السّلام: كتب إليه في رجل كانت له قطاع أرضين فحضره الخروج إلي مكّة، و القرية(1) علي مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، و عرّف حدود القرية الأربعة فقال للشهود: اشهدوا أنّي قد بعث من فلان - يعني المشتري - جميع القرية التي حدّ منها و الثاني و الثالث و الرابع، و إنّما له في هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك و إنّما له بعض القرية و قد أقرّ له بكلّها؟ فوَّع عليه السّلام «لا يجوز بيع ما ليس يملك، و قد وجب الشراء من البائع علي ما يملك»(2).

و القول الثاني للشافعي: أنّه يبطل البيع في الجميع(3).

و عن أحمد روايتان(4).

و اختلفت الشافعيّة في التعليل:

فقال بعضهم: لأنّ اللفظة واحدة لا يتأتّي تبويضها، فإمّا أن يغلب9.

ص: 7

1- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «و المدينة» بدل «و القرية». و ما أثبتناه من المصادر.

2- التهذيب 7: 150-151، 667، و في الكافي 7: 402، 4، و الفقيه 3: 153، 674 بتفاوت يسير.

3- المهذّب - للشيرازي - 1: 276، المجموع 9: 381، التهذيب - للبخاري - 3: 495-496، حلية العلماء 4: 138-140، العزيز شرح الوجيز 4: 140، روضة الطالبين 3: 88-89، المغني 4: 315، الشرح الكبير 4: 43.

4- المغني 4: 315، الشرح الكبير 4: 43، العزيز شرح الوجيز 4: 141، المجموع 9: 388.

حكم الحرام علي الحلال أو بالعكس، و الأول أولي، لأنّ تصحيح العقد في الحرام ممتنع، وإبطاله في الحلال غير ممتنع. ولو باع درهما بدرهمين أو تزوّج بأختين، حكم بالفساد، تغليباً للحرمة علي الحلّ.

وقال بعضهم: إنّ الثمن المسمّي يتوزّع عليهما باعتبار القيمة و لا يدري حصّة كلّ واحد منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً، و صار كما لو قال: بعثك عبدي هذا بما يقابله من الألف إذا وزّع عليه و علي عبد فلان، فإنّه لا يصحّ (1).

و نقلوا عن الشافعي قوله في أنّ العلة هذه أم تلك؟ (2).

و الجواب: الفرق بين الدرهمين و الأختين و بين صورة النزاع ظاهر، لأنّ أحد الدرهمين و إحدى الأختين ليست أولي بالفساد من الأخرى، فلهذا أفسدنا العقد فيهما، و هنا بخلافه، لأنّ الفساد تعيّن في إحدى الصورتين بعينها دون الأخرى. و العوض ليس مجهولاً، لأنّه جعل الجميع في مقابلة الجميع، فسقوط بعضه لا يجعله مجهولاً، كأرش العيب.

### **مسألة 551: لا فرق عندنا بين أن يكون المضموم إلي ما يصحّ بيعه ما لا يصحّ بيعه بنصّ أو إجماع،**

كما في العبد و الحرّ، أو ما ثبت التحريم فيه بغيرهما، كما لو اشترى أمة و أم ولد، و به قال الشافعي (3)، لكن عندنا يصحّ البيع فيما يصحّ فيه البيع، و يتخيّر المشتري بعد العلم، فيبطل في الباقي.

ص: 8

---

1- العزيز شرح الوجيز 4:140، المهذب - للشيرازي - 1:276، التهذيب - للبغوي - 3:496، حلية العلماء 4:140، روضة الطالبين 3:89.

2- العزيز شرح الوجيز 4:140.

3- العزيز شرح الوجيز 4:139 و 4:140، روضة الطالبين 3:89، المجموع 9:381.

و للشافعي القولان السابقان(1).

وقال أبو حنيفة: إن كان الفساد في أحدهما ثبت بنصّ أو إجماع كالحرّ والعبد، فسد في الكلّ. وإن كان قد ثبت بغير ذلك، فسد فيما لا يجوز، وصحّ فيما يجوز، كالأمة وأمّ الولد. وإذا باع ماله و مال غيره، صحّ في ماله، ووقف في مال غيره علي الإجازة(2).

وقال فيمن باع مذكّي و [ما](3) ترك عليه التسمية عمدا: إنّه لا يصحّ في الكلّ(4). و خالفه أبو يوسف و محمد(5).

وقالوا(6) فيمن باع عبدا بخمسائة نقدا، و خمسائة إلي العطاء، أو دينا علي غيره: فسد في الكلّ، لأنّ الفساد في الثمن، و الثمن كلّ جزء منه يقابل جميع المبيع(7). و هو ممنوع.

قال أبو حنيفة: إذا باع عبده و مكاتبه، فقد دخلا في العقد. و كذا الأمة و أمّ الولد، لأنّ بيع أمّ الولد تلحقه الإجازة، و هو أن يحكم حاكم بصحة بيعه، فإذا دخلا فيه ثمّ فسد في أحدهما، لعدم الإجازة، لم يفسد في الآخر، كما لو باع عبيد فتلف أحدهما، لم يفسد العقد في الآخر. و أمّا4.

ص: 9

1- في ص 6 و 7.

2- الهداية - للمرغيناني - 50:3، مختصر اختلاف العلماء 167:3، 1247، حلية العلماء 142:4، العزيز شرح الوجيز 141:4، المجموع 388:9.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «من». و الصحيح ما أثبتناه.

4- الهداية - للمرغيناني - 50:3، الاختيار لتعليل المختار 35:2، حلية العلماء 143:4، المجموع 388:9.

5- الهداية - للمرغيناني - 50:3، الاختيار لتعليل المختار 35:2، حلية العلماء 143:4.

6- كذا، و في المصدر: «قال» بدل «قالوا».

7- حلية العلماء 143:4.

إذا باع حرًا وعبدا، فسد فيهما، لأن الفساد في نفس العقد، وقبول أحدهما شرط في قبول الآخر، ألا ترى أنه لا يجوز أن يقبل في أحدهما، فإذا فسد في أحدهما، فسد في الآخر(1).

وهو ممنوع، لأنه لا يدخل في العقد، وحكم الحاكم إذا وجد حكم بصحة العقد من حين وجد، وقبل ذلك هو فاسد. ولا يقف العقد عند الشافعي علي الإجازة، والقبول لا يصح في بعض المعقود عليه، لإمكانه في الجميع، وهنا لا يصح الإيجاب إلا في أحدهما، ولهذا صحّ القبول فيه خاصة، ويبطل [بما](2) إذا باع المذكي وما لم يسم عليه.

### مسألة 552: لو باع عبدا وحرًا، صحّ البيع في العبد خاصة بقسطه من الثمن،

وذلك بأن يفرض الحرّ عبدا وينظر قيمتهما ثمّ يبسط المسمّي عليهما، ويبطل ما قابل الحرّ، ويتخير المشتري مع الجهل. وللشافعية في صحة البيع في العبد طريقان:

أحدهما: القطع بالفساد - وبه قال أبو حنيفة، كما تقدّم(3) - لأنّ المضموم إلي العبد ليس من جملة المبيعات. ولأنّ الحاجة تدعو إلي التوزيع، والتوزيع هنا يحوج إلي تقدير شيء في الموزع عليه، وهو غير موجود فيه. وأصحهما عندهم: طرد القولين(4).

قال الجويني: ولو قلنا في صحة البيع قولان مرتبان علي ما إذا باع عبدا مملوكا وآخر مغصوبا، لأفاد ما ذكرنا من نقل الطريقتين(5).

ص: 10

1- انظر: الهداية - للمرغيناني - 50:3، والاختيار لتعليل المختار 35:2 و 40.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «به». والظاهر ما أثبتناه.

3- في ص 9.

4- العزيز شرح الوجيز 140:4، روضة الطالبين 89:3، المجموع 381:9.

5- العزيز شرح الوجيز 140:4.

## مسألة 553: لو كان المشتري جاهلاً بأن المضموم ملك الغير

أو حرّاً أو مكاتباً (1) أو أمّ ولد ثمّ ظهر له، فقد قلنا: إنّ البيع يصحّ فيما هو ملكه، ويبطل في الآخر إن لم يجر المالك، ويكون للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء فيما يصحّ بيعه بقسطه من الثمن، لأنّه لم يسلم له المعقود عليه، فكان له الفسخ. ولو كان عالماً، صحّ البيع أيضاً ولا خيار له.

وقطع الشافعي بالبطان فيما إذا كان عالماً، كما لو قال: بعثك عبدي بما يخصّه من الألف إذا ورّع عليه وعلي عبد فلان، وليس كذلك لو كان المضموم إلى العبد مكاتباً أو أمّ ولد، لأنّ المكاتب وأمّ الولد يتقومان بالإتلاف، بخلاف الحرّ المضموم إلى العبد (2).

وليس بعيداً عندي من الصواب البطان فيما إذا علم المشتري حرّيّة الآخر أو كونه ممّا لا ينتقل إليه بالبيع، كالمكاتب وأمّ الولد، والصحة فيما إذا كان المضموم ملك الغير.

## مسألة 554: لو باع خلاً و خمراً، أو مذكاة و ميتة، أو شاة و خنزيراً، صحّ البيع

فيما يصحّ بيعه، وبطل في الآخر، ويقوم الخمر عند مستحليّه وكذا الخنزير، وبسط (3) الثمن عليهما.

وللشافعي في صحّة البيع في الخلّ والمذكاة والشاة خلاف مرتّب علي الخلاف في العبد والحرّ. والفساد هنا أولي، لأنّ تقدير القيمة غير ممكن هنا إلاّ بفرض تغيّر الخلقة، وحينئذ لا يكون المقوم هو المذكور في العقد (4).

ص: 11

1- في «س، ي» والطبعة الحجرية «أو حرّاً أو مكاتباً» والصحيح ما أثبتناه بالرفع في الكلمتين.

2- العزيز شرح الوجيز 4:140، روضة الطالبين 3:89، المجموع 9:381.

3- في الطبعة الحجرية: «وقسط» بدل «وبسط».

4- العزيز شرح الوجيز 4:140-141، روضة الطالبين 3:89، المجموع 9:381-382.

ولو رهن عبده و عبد غيره من إنسان أو وهبهما منه أو رهن عبدا و حرًا أو وهبهما، هل يصحّ الرهن و الهبة في المملوك؟.

أمّا عندنا: فنعم.

و أمّا عند الشافعي: فيترتب ذلك علي البيع إن صححنا ثمّ، فكذلك هنا، و إلاّ فقولان مبنيان علي العلتين إن قلنا بامتناع تجزئة العقد الواحد فإذا تطرّق الفساد إليه، وجب أن لا ينقسم إذا لم يبين علي الغلبة و السريان، كالعق و الطلاق، فلا يصحّ. و إن عللنا بجهالة العوض، صحّ، إذ لا عوض هنا حتي يفرض الجهل فيه (1).

و كذا لو تزوّج مسلمة و مجوسية أو أخته و أجنبية، لأنّ جهالة العوض لا تمنع صحّة النكاح.

### مسألة 555: إذا وقع تفريق الصفقة في الانتهاء، فهو علي قسمين:

الأول: أن لا يكون اختياريًا، كما لو اشترى عبيدين صفقة ثمّ مات أحدهما قبل القبض فيهما معا.

الثاني: أن يكون التفريق اختياريًا، كما لو اشترى عبيدين صفقة ثمّ وجد بأحدهما عيبا.

أمّا الأول: فإنّ العقد يفسخ في التالف قطعاً، و لا يفسخ في الباقي إلاّ أن يختار المشتري فسخه.

و للشافعي طريقتان:

أحدهما: أنّه علي القولين فيما لو جمع بين مملوك و غير مملوك تسوية بين الفساد المقرون بالعقد و بين الطارئ قبل القبض.

ص: 12

---

1- العزیز شرح الوجیز 4:141، روضة الطالبین 3:89، المجموع 9:382 - 383.

وأظهرهما: عدم الانفساخ في الثاني، لأنّ الانفساخ طرأ بعد العقد، فلا تأثير به للآخر، كما لو نكح أجنبيّتين دفعة واحدة ثمّ ارتفع نكاح إحداهما برودة أو رضاع، لا يرتفع نكاح الأخرى. ولأنّ عدّة الفساد إمّا الجمع بين الحلال والحرام، وإمّا جهالة الثمن، ولم يوجد الجمع بين الحلال والحرام، والثمن كلّه ثابت في الابتداء والسقوط طار، فلا يؤثر في الانفساخ، كما لو خرج المبيع معيباً وتعذّر الردّ لبعض الأسباب والثمن غير مقبوض، يسقط بعضه علي سبيل الأرش ولا يلزم فيه (1) فساد العقد.

والطريقان جاريان فيما إذا تفرّقا في السّلم وبعض رأس المال غير مقبوض، أو في الصرف وبعض العوض غير مقبوض وانفسخ العقد في غير المقبوض، هل ينفسخ في الباقي؟ (2).

هذا إذا تلف أحدهما في يد البائع قبل أن يقبضهما، فأما إذا قبض أحدهما وتلف الآخر في يد البائع، فالحكم عندنا كما تقدّم، للمشتري الخيار بين الفسخ في الجميع وأخذ الباقي بحصّته من الثمن. وعند الشافعي يترتب الخلاف في انفساخ العقد في المقبوض علي الصورة السابقة، وهذه أولي بعدم الانفساخ، لتأكّد (3) العقد في المقبوض بانتقال الضمان فيه إلي المشتري.

هذا إذا كان المقبوض باقياً في يد المشتري، فإن تلف في يده ثمّ تلف الآخر في يد البائع، فالقول بالانفساخ أضعف، لتلف المقبوض علي ضمانه (4).3.

ص: 13

1- كذا، وفي «العزیز شرح الوجیز»: «منه» بدل «فيه».

2- العزیز شرح الوجیز 4: 141-142، روضة الطالبین 3: 89-90.

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «لتأكيد» و الظاهر ما أثبتناه من «العزیز شرح الوجیز» و «روضة الطالبین».

4- العزیز شرح الوجیز 4: 142، روضة الطالبین 3: 90.

وإذا قلنا بعدم الانفساخ، فهل له الفسخ؟ فيه للشافعية وجهان، أحدهما: نعم، وتردّ قيمته. والثاني: لا، وعليه حصّته من الثمن(1).

ولو استأجر داراً مدّة وسكنها بعض المدّة ثمّ انهدمت الدار، انفسخ العقد في المستقبل.

وهل ينفسخ في الماضي؟ يخرج علي الخلاف في المقبوض التالف في يد المشتري، فإن قلنا: لا ينفسخ، فهل له الفسخ؟ فيه الوجهان. وإن قلنا: ليس له ذلك، فعليه من المسمّي ما يقابل الماضي. وإن قلنا: له الفسخ، فعليه أجره المثل للماضي.

ولو تلف بعض المسلم فيه عند المحلّ والباقي مقبوض أو غير مقبوض وقلنا: لو انقطع الكلّ، انفسخ العقد، انفسخ في المنقطع، وفي الباقي الخلاف المذكور فيما إذا تلف أحد الشئيين قبل قبضهما. وإذا قلنا:

لا ينفسخ، فله الفسخ، فإن أجاز، فعليه حصّته من رأس المال لا غير. وإن قلنا: إذا انقطع الكلّ، لم ينفسخ العقد، فالمسلم بالخيار إن شاء فسخ العقد في الكلّ، وإن شاء أجازة في الكلّ.

وهل ينفسخ في القدر المنقطع، والإجازة في الباقي؟ للشافعية(2) قولان مبنيان علي الخلاف الذي سيأتي.

وأما الثاني، وهو أن يكون اختيارياً، كما لو اشترى عبدين صفقة واحدة ثمّ وجد بأحدهما عيباً، فهل له إفراده بالردّ؟ ذهب علماؤنا إلي المنع.

وللشافعية قولان، أحدهما: هذا، والمشهور: أنّه علي قولين، وبنوهما علي جواز تفريق الصفقة، فإن جوّزناه يجوز الإفراد، وإلا فلا.3.

ص: 14

1- العزيز شرح الوجيز 4:142، روضة الطالبين 3:90.

2- العزيز شرح الوجيز 4:142، روضة الطالبين 3:90.



وقياس هذا البناء أن يكون قول التجويز أظهر، لكن صرح كثير من الصائرين إلي جواز التفريق بأن منع الأفراد أصح، لأن الصفقة وقعت مجتمعة، ولا ضرورة إلي تفريقها، فلا تفرّق (1). وهو ما اخترناه نحن.

والتولان مفروضان في العبدین وفي كلّ شيئين لا تصل منفعة أحدهما بالآخر، فأما في زوجي الخفّ و مصراعي الباب ونحوهما فلا سبيل إلي أفراد المعيب بالردّ قبل القبض، ويجوز بعده.

و الحقّ: المنع من الأفراد مطلقا.

وارتكب بعض الشافعية طرد القولين فيه (2).

ولا فرق علي القولين بين أن يتفق ذلك بعد القبض أو قبله.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أفراد المعيب بالردّ قبل القبض، ويجوز بعده إلا أن تتصل منفعة أحدهما بالآخر (3).

فإن لم نجوّز الأفراد، فلو قال: رددت المعيب، هل يكون هذا (4) ردّا لهما؟ لبعض الشافعية وجهان، أصحهما: لا (5). وهو أجود.

ولورضي البائع بإفراده، جاز في أصح الوجهين عندهم. فإن جوّزنا الأفراد فإذا رده، استردّ قسطه من الثمن، ولا يستردّ الجميع، وإلا لخلا بعض المبيع عن المقابل. وعلي هذا القول لو أراد ردّ السليم والمعيب معا، فله ذلك أيضا (6).3.

ص: 15

1- العزيز شرح الوجيز 4:142-143، روضة الطالبين 3:90-91.

2- العزيز شرح الوجيز 4:143، روضة الطالبين 3:90.

3- العزيز شرح الوجيز 4:143.

4- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «هنا» بدل «هذا». و الصحيح ما أثبتناه.

5- العزيز شرح الوجيز 4:143، روضة الطالبين 3:91.

6- العزيز شرح الوجيز 4:143، روضة الطالبين 3:91.

وفيه للشافعية وجه ضعيف (1).

ولو وجد العيب بالعبدین معا وأراد أفراد أحدهما بالردّ، لم يكن له ذلك عندنا.

ويجري القولان للشافعية (2) هنا.

ولو تلف أحد العبدین أو باعه و وجد بالباقي عيبا، ففي إفراده قولان للشافعية مرتبان، وهذه الصورة أولي بالجواز، لتعدّر ردهما جميعا. فإن قلنا: يجوز الإفرا، ردّ الباقي واستردّ من الثمن حصّته. و سبيل التوزيع تقدير العبدین سليمان وتقويمهما و بسط الثمن المسمّي علي القيمتين (3).

ولو اختلفا في قيمة التالف، فادّعي المشتري ما يقتضي زيادة للواجب علي ما اعترف به البائع، فقولان للشافعية:

أصحّهما: تقديم قول البائع مع يمينه، لأنّه ملك جميع الثمن بالبيع، فلا رجوع عليه إلا بما اعترف به.

و الثاني: أنّ القول قول المشتري، لأنّه تلف في يده، فأشبهه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة، كان القول قول الغاصب الذي حصل الهلاك في يده.

و إن قلنا: لا يجوز الإفرا، فقولان:

أحدهما: أنّه يضمّ قيمة التالف إلي الباقي ويردّهما و يفسخ العقد، لأنّ النبيّ عليه السّلام أمر في المصرة بردّ الشاة و بدل اللبن الهالك (4)، فعلي هذا.

ص: 16

1- العزيز شرح الوجيز 4:143، روضة الطالبين 3:91.

2- العزيز شرح الوجيز 4:143، روضة الطالبين 3:91.

3- العزيز شرح الوجيز 4:143-144، روضة الطالبين 3:91.

4- صحيح مسلم 3:1158، 1524، سنن أبي داود 3:270، 3443، سنن الترمذي 3:553، 1251.

لو اختلفا في قيمة التالف، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه حصل التلف في يده و هو الغارم(1).

و لهم في القيمة وجه آخر: أن القول قول البائع، لأن المشتري يريد إزالة ملكه عن الثمن المملوك له(2).

وأصحهما: أنه لا فسخ له، ولكنه يرجع بأرش العيب، لأن الهلاك أعظم من العيب(3).

و لو حدث عنده عيب و لم يتمكّن(4) من الردّ، فعلي هذا لو اختلفا في قيمة التالف، عاد القولان السابقان، لأنه في الصورتين يردّ بعض الثمن، إلا أن(5) علي ذلك القول يردّ حصّة الباقي، وعلي هذا القول يردّ أرش العيب(6).

و النظر في قيمة التالف إلي يوم العقد أو يوم القبض؟ فيه مثل الخلاف الذي سيأتي في اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم(7).

### مسألة 556: لو باع شيئاً يتوزّع الثمن علي أجزائه بعضه له، و بعضه لغيره،

كما لو باع عبدا له نصفه، أو صاع حنطة له نصفه و الباقي لغيره صفقة واحدة، صحّ فيما يملكه، و يتخيّر المشتري مع فسخ المالك الآخر البيع في قدر حصّته، و يبطل في الآخر مع الفسخ.

ص: 17

- 1- العزيز شرح الوجيز 144:4، روضة الطالبين 91:3.
- 2- العزيز شرح الوجيز 144:4.
- 3- العزيز شرح الوجيز 144:4، روضة الطالبين 91:3.
- 4- في «س» و الطبعة الحجرية: «لم يتمكّن» بدون الواو.
- 5- الظاهر: «أنّه» بدل «أن».
- 6- في «س» و الطبعة الحجرية: «المعيب» بدل «العيب».
- 7- العزيز شرح الوجيز 144:4، روضة الطالبين 91:3.

و الشافعي رتب ذلك علي ما لو باع عبدين أحدهما له و الآخر لغيره، إن صححنا فيما يملكه، فكذا هنا، و إلا فقولان، إن عللنا بالجمع بين الحلال و الحرام، لم يصح. و إن عللنا بجهالة الثمن، صح، لأن حصّة المملوك هنا معلومة(1).

و لو باع جميع الثمرة و فيها عشر الصدقة، ففي صحّة البيع في قدر الزكاة إشكال ينشأ من أنّه بالخيار بين إخراج العين و إخراج القيمة، فإذا باعه، كان قد اختار القيمة. و من أنّه باع مال غيره، و الضمان يثبت بعد التضمين.

و للشافعيّ قولان، فإن قلنا: لا يصحّ، فالترتيب في الباقي(2) كما ذكرنا فيما لو باع عبدا له نصفه، لأنّ توزيع الثمن علي ما له بيعه و ما ليس له معلوم علي التفصيل(3).

أمّا لو باع أربعين شاة و فيها قدر الزكاة، فالأقرب: أنّه كالأول.

و قال الشافعي: إن فرّعنا علي امتناع البيع في قدر الزكاة، فالترتيب في الباقي كما مرّ فيما لو باع عبده و عبد غيره(4).

و ممّا يتفرّع علي التعليين: لو باع زيد عبده و عمرو عبده صفقة بثمن واحد، فإنّه يصحّ عندنا، و يوزّع الثمن علي القيمتين.

و للشافعيّ في صحّة العقد قولان(5).

و كذا لو باع من رجلين عبدين له هذا من أحدهما و هذا من الآخر.

ص: 18

1- العزيز شرح الوجيز 4:145، روضة الطالبين 3:92، المجموع 9:382.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «الباب» بدل «الباقي». و ما أثبتناه من المصادر.

3- العزيز شرح الوجيز 4:145، روضة الطالبين 3:92، المجموع 9:382.

4- العزيز شرح الوجيز 4:145، روضة الطالبين 3:92، المجموع 9:382.

5- العزيز شرح الوجيز 4:145، روضة الطالبين 3:92.

بشمن واحد إن عللنا بالجمع بين الحلال و الحرام، صحّ. و إن عللنا بجهالة العوض، لم يصح، لأنّ حصّة كلّ واحد منهما مجهولة.

### مسألة 557: لو باع عبده و عبد غيره و سمّي لكلّ منهما ثمنًا،

فقال:

بعتك هذا بمائة و هذا بخمسين، فقال المشتري: قبلت، صحّ عندنا، و كان له ما سمّاه في مقابلة عبده.

و الشافعي بناه علي العلتين، فإن علل باجتماع الحلال و الحرام، فسد العقد. و إن علل بجهالة الثمن، صحّ في عبده (1).

و للمشتري هنا الخيار أيضا لو فسخ مالك الآخر البيع فيه، لتبعّض الصفقة عليه.

### مسألة 558: إذا باع ماله و مال غيره صفقة واحدة، صحّ البيع في ماله،

فإن كان المشتري جاهلا بالحال، فله الخيار، لأنّه دخل في العقد علي أن يسلم له العبدان و لم يسلم، فإن اختار الإمضاء، لزمه قسطه من الثمن، و سقط عنه ما انفسخ البيع فيه عند علمائنا - و هو أصحّ قولي الشافعي (2) - لأنّ الثمن يتقسّط (3) علي العينين علي قدر قيمتهما، فكان له أخذه بما استحقّه من الثمن، و لا يلزمه أخذه بأكثر من ذلك، فإنّ الثمن وقع في مقابلهما جميعا، فلا يلزم في مقابلة أحدهما إلّا قسطه.

و الثاني: أنّه يلزمه جميع الثمن - و به قال أبو حنيفة (4) - لأنّه لغا ذكر

ص: 19

1- العزيز شرح الوجيز 4:145، روضة الطالبين 3:92.

2- التهذيب - للبغوي - 3:496، العزيز شرح الوجيز 4:146، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:383.

3- في الطبعة الحجرية: «يقسّط».

4- الظاهر أنّ موضع قوله: «و به قال أبو حنيفة» بعد قوله قبل أسطر: «و هو أصحّ قولي الشافعي» لأنّه في بعض المصادر في الهامش التالي كالتهذيب و العزيز - و كذا في الهداية - للمرغيناني - 3:51، و الاختيار لتعليل المختار 2:40، نسب القول الأصحّ للشافعي إلي أبي حنيفة، لا الثاني.

المضموم إلي ماله، فيقع جميع الثمن في مقابلة ما صحّ العقد فيه(1). ولأنّ الإجازة ببعضه توّدي إلي جهالة العوض. ولأنّه لو تلف جزء من المبيع في يد البائع و صار معيبا، كان بالخيار بين الإجازة بجميع الثمن أو الردّ، كذا هنا.

و فسخ(2) البيع فيه لا- يوجب كون الكلام فيه لغوا، بل يسقط من الثمن ما قابله. و يمنع الجهالة. و يمنع الإجازة بالجميع في المعيب. سلّمنا، لكنّ العقد لا يقع متقسّطا علي الأجزاء.

و اختلفت الشافعيّة، فقال بعضهم: موضع القولين أن يكون المبيع ممّا يتقسّط الثمن علي قيمته، فإن كان ممّا يتقسّط علي أجزائه، فالواجب قسط المملوك من الثمن قولاً واحداً. و الفرق: أنّ التقسيط هنا لا يورث جهالة الثمن عند العقد، بخلاف ما يتقسّط علي القيمة.

و منهم من طرد القولين، و هو الأظهر، لأنّ الشافعي ذكر قولين فيما لو باع الثمرة بعد وجوب العشر فيها و أفسدنا البيع في قدر الزكاة دون غيره أنّ الواجب جميع الثمن أو حصّته؟ فإن قلنا: الواجب جميع الثمن، فلا خيار للبائع إذا ظفر بما ابتغاه(3). و إن قلنا: الواجب القسط، فوجهان:».

ص: 20

---

1- التهذيب - للبغوي - 496:3، العزيز شرح الوجيز 146:4، روضة الطالبين 93:3، المجموع 383:9.

2- قوله: «و فسخ» إلي آخره، كلام المصنّف قدّس سرّه في الجواب عن استدلال الشافعي علي قوله الثاني.

3- في الطبعة الحجرية: «بما ابتغاه» و في «س»: «ابتاعه». و كلاهما تصحيف، و الصحيح ما أثبتناه من «ي» و كما في «العزيز شرح الوجيز».

أحدهما: أن له الخيار إذا لم يسلم له جميع الثمن.

وأصحهما عندهم: أنه لا خيار له، لأن التفريط منه حيث باع ما لا يملكه وطمع في ثمنه(1).

وإن كان المشتري عالماً بالحال، فلا خيار له، كما لو اشترى معيماً يعلم بعيبه(2).

وكم يلزمه من الثمن؟ الوجه عندي أنه يلزمه القسط كالجاهل، لأنه قابل لجميع الثمن بجملة المبيع، وهو يقتضي توزيع الأجزاء علي الأجزاء، وهو أحد وجهي الشافعية(3).

وقطع جماعة منهم بوجوب الجميع، لأنه التزم بالثمن عالماً بأن بعض المذكور لا يقبل العقد(4).

ولو باع عبداً وحرّاً، أو خلاً وحمراً، أو شاةً وخنزيراً، أو مذكّاةً وميته، [و(5) صحّ العقد فيما يقبله، وكان المشتري جاهلاً بالحال فأجاز أو(6) عالماً، قسّط الثمن، ولزمه بالنسبة. والتقسيط بأن ينظر إلى قيمة هذه المحرّمات عند مستحليها، وهو قول الشافعية(7).

ولهم في قدر ما يلزمه من الثمن طريقان:9.

ص: 21

1- العزيز شرح الوجيز 4:146-147، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:383.

2- في «س، ي»: «عيبه».

3- العزيز شرح الوجيز 4:147، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:383.

4- العزيز شرح الوجيز 4:147، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:383.

5- ما بين المعقوفين أضفناه لاستقامة العبارة.

6- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «و» بدل «أو» والصحيح ما أثبتناه.

7- العزيز شرح الوجيز 4:147، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:383.

أحدهما: القطع بوجوب الجميع، لأنّ ما لا قيمة له لا يمكن التوزيع علي قيمته.

وأصحهما: طرد القولين.

فإن قلنا: الواجب قسط من الثمن، فكيف تعتبر هذه الأشياء؟ وجهان:

أحدهما: كما قلناه من النظر إلي القيمة عند مستحله.

و الثاني: أنّه يقدر الخمر خلا، و يوزّع عليهما باعتبار الأجزاء، و تقدّر الميئة مذكّاة، و الخنزير شاة، و يوزّع عليهما باعتبار القيمة(1).

و قال بعضهم: يقدر الخمر عصيرا، و الخنزير بقرة(2).

و لو نكح مسلمة و مجوسية في عقد واحد و صحّحنا العقد في المسلمة، لم يلزمه جميع المسمي للمسلمة إجماعا، لأنّ إذا أثبتنا الجميع في البيع - كما قاله الشافعي(3) - أثبتنا الخيار أيضا، و هنا لا خيار، فإيجاب الجميع إجحاف.

و قال بعض الشافعية: يلزم لها جميع المسمي، لكن له الخيار في ردّ المسمي، و الرجوع إلي مهر المثل(4).

و هذا لا يدفع الضرر، لأنّ مهر المثل قد يساوي المسمي أو يزيد عليه.

إذا ثبت هذا، فما الذي يلزمه؟ الأقوي عندي أنّه القسط من المسمي إذا وزّع علي مهر مثل المسلمة و مهر مثل المجوسية، و هو أحد قولي الشافعي. و أظهرهما: أنّه يلزمه مهر المثل(5).

و لو اشتري عبيد و تلف قبل القبض أحدهما، انفسخ العقد فيه، 9.

ص: 22

1- العزيز شرح الوجيز 4:147، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:383.

2- العزيز شرح الوجيز 4:147، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:383.

3- انظر: العزيز شرح الوجيز 4:147.

4- العزيز شرح الوجيز 4:147، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:384.

5- العزيز شرح الوجيز 4:147، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:384.



و يثبت له الخيار في الباقي، فإن أجاز، فالواجب قسطه من الثمن، لأن الثمن وجب في مقابلهما في الابتداء، فلا ينصرف إلي أحدهما في الدوام.

وقال بعض الشافعية بطرد القولين (1).

ولو باع شيئاً من مال الربا بجنسه ثم خرج بعض أحد العوضين مستحقاً وصححنا العقد في الباقي وأجاز، فالواجب حصته إجماعاً، لأن الفضل بينهما حرام.

ولو باع معلوماً ومجهولاً، لم يصح البيع في المجهول، وأما في المعلوم فيصح، لعدم المانع.

وعند الشافعي يبيني علي ما لو كانا معلومين وأحدهما لغيره، إن قلنا:

لا- يصح في ماله، لم يصح هنا في المعلوم. وإن قلنا: يصح، فقولان مبنيان علي أنه كم يلزمه في الثمن؟ فإن قلنا: الجميع - كما هو قول بعض الشافعية - صح، ولزم (2) هنا جميع الثمن. وإن قلنا: حصته من الثمن - كما اخترناه، وذهب إليه بعض الشافعية - لم يصح، لتعذر التوزيع (3).

و حكى بعضهم قولاً أنه يصح، وله الخيار، فإن أجاز، لزمه جميع الثمن (4). وليس شيئاً.

### مسألة 559: لو كان الثمن يتوزع علي الأجزاء كتفيزي حنطة أحدهما له و الآخر لغيره

وباعهما من شخص، فإنه يصح في المملوك دون غيره، وهو قول الشافعي (5).

وكذا إذا رهن ما يجوز رهنه وما لا يجوز.

ص: 23

1- العزيز شرح الوجيز 148:4، روضة الطالبين 94:3.

2- في المصادر: «لزمه».

3- العزيز شرح الوجيز 148:4، روضة الطالبين 94:3، المجموع 384:9.

4- العزيز شرح الوجيز 148:4، روضة الطالبين 94:3، المجموع 384:9.

5- العزيز شرح الوجيز 145:4، روضة الطالبين 92:3، المجموع 382:9.

وإذا وهب ما يجوز هبته و ما لا يجوز، أو تزوّج أخته و أجنبيّة، أو مسلمة و مجوسيّة، صحّ فيما يجوز قولاً واحداً عندنا و عند الشافعي (1)، لأنّ الرهن و الهبة لا عوض لهما، و النكاح لا يفسد بفساد العوض.

و يتخيّر المشتري إذا صحّ البيع في المملوك كما قلناه. و إذا أجاز بجميع الثمن، فلا خيار للبائع قطعاً.

و إن أخذه بقسطه، ففي خيار البائع للشافعي وجهان:

أحدهما: له الخيار، لتبعّض الثمن عليه.

و الثاني: لا خيار له، لأنّ التبعّض (2) من فعله حيث باع ما يجوز و ما لا يجوز (3).

و هنا مسائل دوريّة لا بدّ من التعرّض لها:

### مسألة 560: لو باع مريض قفيز حنطة يساوي عشرين بقفيز حنطة يساوي عشرة،

و مات و لا مال سواه، جاز البيع في ثلثي قفيز بثلثي قفيز، و بطل في الثلث، و هو أحد قولي الشافعي. و الثاني: أنّه يبطل البيع (4).

و الأصل فيه أنّ محاباة مرض الموت - كالهبة و سائر التبرّعات - في اعتبار الثلث، فإن زادت عليه و لم يجز الورثة ما زاد - كما لو باع عبداً يساوي ثلاثين بعشرة و لا شيء له سواه - ردّ البيع في بعض العبد، و في الباقي للشافعيّة طريقان:

أحدهما: القطع بصحّة البيع فيه، لأنّه نفذ في الكلّ ظاهراً، و الردّ في

ص: 24

1- العزيز شرح الوجيز 4:141، روضة الطالبين 3:89، المجموع 9:382.

2- في «س، ي»: «التبعيض».

3- العزيز شرح الوجيز 4:146، روضة الطالبين 3:93، المجموع 9:383.

4- العزيز شرح الوجيز 4:148، روضة الطالبين 3:95.

البعض تدارك حادث، لأنّ المحاباة في المرض وصيّة، والوصيّة تقبل من الغرر ما لا يقبله غيرها.

وأظهرهما عند أكثر الشافعيّة: أنه علي قولي تفريق الصنفقة.

وإذا قلنا: يصحّ البيع في الباقي، ففي كيفيّته قولان:

أحدهما: أنّ البيع يصحّ في القدر الذي يحتمله الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن، ويبطل في الباقي، لأنّه اجتمع للمشتري معاوضة و محاباة، فوجب أن يجمع بينهما، فعلي هذا يصحّ العقد في ثلثي العبد بالعشرة، ويبقى مع الورثة ثلث العبد و قيمته عشرة، و الثمن و هو عشرة، وذلك مثلاً المحاباة و هي عشرة.

و هذا اختيار الشيخ (1) رحمه الله و جماعة من الشافعيّة و غيرهم، و لا دور علي هذا القول.

و الثاني: أنّه إذا ارتدّ البيع في بعض المبيع، و جب أن يرتدّ إلي المشتري ما قابله من الثمن (2).

و هو الذي نختاره نحن، فحينئذ يلزم الدور، لأنّ ما ينفذ فيه البيع يخرج من التركة، و ما يقابله من الثمن يدخل فيها، و ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة و ينقص بنقصانها، فيزيد بحسب زيادة التركة، و تزيد التركة بحسب زيادة المقابل الداخل، و يزيد المقابل بحسب زيادة المبيع، و هذا دور.

و يتوصّل إلي معرفة المقصود بطرق: 0.

ص: 25

1- أنظر: المبسوط - للطوسي - 64:4.

2- العزيز شرح الوجيز 149:4، روضة الطالبين 94:3، المجموع 389:9 - 390.

منها: أن ينظر إلي ثلث المال و ينسبه إلي قدر المحاباة و يجيز البيع في المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة، فنقول: ثلث المال عشرة، و المحاباة عشرون، و العشرة نصفها، فيصحّ البيع في نصف العبد، و قيمته خمسة عشر بنصف الثمن، و هو خمسة، كأنه اشترى سدسه بخمسة، و ثلثه وصيّة له، يبقى مع الورثة نصف العبد، و هو خمسة عشر، و الثمن خمسة يبلغ عشرين، و هو مثلاً المحاباة.

و منها: طريقة الجبر، فنقول: صحّ البيع في شيء من العبد و قابله من الثمن مثل ثلث ذلك الشيء، لأنّ الثمن مثل ثلث العبد، و بقي في يد الورثة عبد إلا شيئاً، لكن بعض النقصان انجبر بثلث الشيء العائد، فالباقي عندهم عبد إلا ثلثي شيء، فثلثا شيء قدر المحاباة، و عبد إلا ثلثي شيء مثلاً، و إذا كان عبد إلا ثلثي شيء مثلي ثلثي شيء، كان عديلاً لشيء و ثلث شيء، فإذا جبرنا العبد بثلثي شيء زدنا علي عديله مثل ذلك، كان العبد عديلاً لشيئين، فعرفنا أنّ الشيء الذي نفذ فيه البيع نصف العبد.

إذا عرفت هذا، فإن قلنا بقول الشيخ، بطل البيع في صورة الربويين بلا خلاف، لأنّ مقتضاه صحّة البيع في قدر الثلث و هو ستّة و ثلثان، و في القدر الذي يقابل من قفيزه قفيز الصحيح (1)، و هو نصفه، فتكون خمسة أسداس قفيز في مقابلة قفيز، و ذلك ربا.

و علي ما اخترناه نحن يصحّ البيع في ثلثي قفيز المريض بثلثي قفيز الصحيح، و يبطل في الباقي.

و قطع بعض الشافعيّة بهذا القول - الذي اخترناه في الربوي - لئلاً.

ص: 26

---

1- في «س» و الطبعة الحجرية: «قفيزاً بصحيح». و ذلك خطأ.

يبطل غرض الميِّت في الوصية (1).

فعلي طريقة النسبة ثلث مال المريض ستة وثلثان، والمحابة عشرة، وستة وثلثان ثلثا عشرة فينفذ البيع في ثلثي القفيز.

وعلي طريقة الجبر نفذ البيع في شيء وقابله من الثمن مثل نصفه، فإن قفيز الصحيح نصف قفيز المريض، وبقي في يد الورثة قفيز إلا شيء، لكن حصل لهم نصف شيء، فالباقي عندهم قفيز إلا نصف شيء هو المحابة، وما في يدهم - وهو قفيز ناقص بنصف شيء - مثلاه، وإذا كان قفيز ناقص بنصف شيء مثلي (2) نصف شيء، كان عديلا للشيء الكامل، فإذا جبرنا وقابلنا، صار قفيز كامل عديل شيء ونصف شيء، فعرف أن الشيء ثلثا قفيز.

إذا عرفت هذا، فنقول: لا خيار هنا للورثة، لأننا لو أثبتنا لهم الخيار، لأبطلنا المحابة أصلا وأسا بفسخ البيع، ولا سبيل إليه، لأن الشرع سلطه علي ثلث ماله.

ولو كانت المسألة بحالها لكن قفيز المريض يساوي ثلاثين وقلنا بتقسيم الثمن، صحَّ البيع في نصف قفيز بنصف القفيز.

ولو كان قفيز المريض يساوي أربعين، صحَّ البيع في أربعة أتساع القفيز بأربعة أتساع القفيز.

ولو كان المريض قد أكل القفيز الذي أخذ، استوت المسائل كلها، فيجوز بيع ثلث قفيز بثلث قفيز.

ولو أ تلف المريض المحابي القفيز الذي أخذه ثم مات وفرعنا عليه.

ص: 27

1- العزيز شرح الوجيز 4:150، روضة الطالبين 3:95.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «مثل» و الصحيح ما أثبتناه.

الدور، صحّ البيع في ثلثه بثلث قفيز صاحبه، سواء كانت قيمة قفيز المريض عشرين أو ثلاثين أو أكثر، لأنّ ما أتلّفه قد نقص من ماله. أمّا ما صحّ فيه البيع فهو ملكه وقد أتلّفه. و أمّا ما بطل فيه البيع فعليه ضمانه، فينتقص قدر الغرم من ماله، و متي كثرت القيمة كان المصروف إلي الغرم أقلّ و المحاباة أكثر، و متي قلّت كان المصروف إلي الغرم أكثر و المحاباة أقلّ.

مثاله: إذا كانت قيمة قفيز المريض عشرين، و قيمة قفيز الصحيح عشرة، و قد أتلّفه المريض، فعلي طريقة النسبة مال المريض عشرون و قد أتلّف عشرة يحطّها من ماله، فيبقي عشرة كأنّها كلّ ماله، و المحاباة عشرة، فثلث ماله هو ثلث المحاباة، فيصحّ البيع في ثلث القفيز علي القياس الذي مرّ.

و علي طريقة الجبر صحّ البيع في شيء من قفيز المريض، و رجع إليه مثل نصفه، فعند ورثته عشرون إلاّ نصف شيء، لكن قد أتلّف عشرة، فالباقي في أيديهم عشرة إلاّ نصف شيء، و ذلك مثلا نصف شيء، فيكون مثل شيء، فإذا جبرنا و قابلنا، كانت عشرة مثل شيء و نصف شيء، فالعشرة نصف القفيز، فيكون القفيز الكامل مثل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث القفيز.

و امتحانه أن نقول: ثلث قفيز المريض ستّة و ثلثان، و ثلث قفيز الصحيح في مقابلة ثلاثة و ثلث، فتكون المحاباة بثلاثة و ثلث، و قد بقي في يد الورثة ثلثا قفيز، و هو ثلاثة عشر و ثلث يؤدّي منه قيمة ثلثي قفيز الصحيح، و هي ستّة و ثلثان، و يبقي في أيديهم ستّة و ثلثان، و هي مثلا المحاباة.

ولو كان قفيز المريض يساوي ثلاثين و باقي المسألة بحالها، فعلي طريقة النسبة نقول: مال المريض ثلاثون وقد أتلف عشرة يحطها من ماله يبقي عشرون كأنه كل ماله، و المحاباة عشرون، فثلث ماله هو ثلث المحاباة، فصحّ البيع في ثلث القفيز.

و بالجبر نقول: صحّ البيع في شيء من قفيز المريض، و رجع إليه مثل ثلثه، فالباقي ثلاثون إلا ثلثي شيء، لكنه أتلف عشرة، و الباقي عشرون إلا ثلثي شيء، و ذلك مثلا ثلثي شيء، فيكون مثل شيء و ثلث شيء، فإذا جبرنا و قابلنا، كان عشرون مثل شيئين، فعرفنا أن الشيء عشرة، و هي ثلث الثلاثين.

و امتحانه أن نقول: ثلث قفيز المريض عشرة، و ثلث قفيز الصحيح في مقابله ثلاثة و ثلث، فالمحاباة ستة و ثلثان، و قد بقي في يدي الورثة ثلثا قفيز، و هو عشرون يؤدي منه قيمة ثلثي قفيز الصحيح، و هي ستة و ثلثان يبقي في أيديهم ثلاثة عشر و ثلث، و هي مثلا المحاباة.

هذا إذا أتلف صاحب القفيز الجيد ما أخذه، أمّا إذا أتلف صاحب القفيز الرديء ما أخذه و لا مال له سوي قفيزه، ففي الصورة الأولى - و هي ما إذا كانت قيمة قفيزه عشرين و قيمة قفيز الآخر عشرة - يصحّ البيع في الحال في نصف القفيز الجيد و قيمته عشرة، و يحصل للورثة في مقابله نصف القفيز الرديء و قيمته خمسة تبقي المحاباة بخمسة، و لهم نصفه الآخر غرامة لما أتلف عليهم، فيحصل لهم عشرة و هي مثلا المحاباة، و الباقي في ذمة متلف القفيز الجيد، و لا تجوز المحاباة في شيء إلا بعد أن يحصل للورثة مثلاه.

و في الصورة الثانية - و هي ما إذا كانت قيمة قفيزه ثلاثين - قال بعض

الشافعية: يصحّ البيع في نصف الجيد، وهو خمسة عشر، والمحابة ثلثه، وهو خمسة، وقد حصل للورثة القفيز الرديء و قيمته عشرة، و هي ضعف المحابة، فيبقى في ذمة المشتري خمسة عشر كلما حصل منها شيء جازت المحابة في مثل ثلثه(1).

و غلّطه بعضهم، لأننا إذا صحّحنا البيع في نصف الجيد، فإنّما نصّحّحه بنصف الرديء، وهو خمسة، فتكون المحابة بعشرة لا بخمسة، وإذا كانت المحابة بعشرة، فالواجب أن يكون في يد الورثة عشرون، وليس في أيديهم إلاّ عشرة. فالصواب أن يقال: يصحّ البيع في ربع القفيز الجيد، وهو سبعة و نصف برقع الرديء، وهو درهمان و نصف، فتكون المحابة بخمسة و في يد الورثة ضعفها عشرة(2).

### مسألة 561: كما تعتبر محابة المريض في البيع من الثلث،

كذا تعتبر محاباته في الإقالة من الثلث، سواء قدرت الإقالة فسحاً كما هو مذهبنا، أو يبعها جديداً كما هو مذهب الشافعي(3).

إذا ثبت هذا، فنقول: إذا باع مريض قفيز حنطة يساوي عشرين من مريض بقفيز حنطة يساوي عشرة ثمّ تقايلا و ماتا في المرض و القفيزان بحالهما و لا مال لهما سواهما و لم تجز الورثة ما زاد من محابتهما علي الثلث، فإنّ منعنا من تفريق الصفقة - كما هو مذهب الشافعي(4) - و قلنا بالتصحيح بجميع الثمن، فلا بيع و لا إقالة.

ص: 30

1- العزيز شرح الوجيز 4:152.

2- العزيز شرح الوجيز 4:152.

3- الوسيط 3:492-493، العزيز شرح الوجيز 4:281-282، المجموع 9:269.

4- العزيز شرح الوجيز 4:153.



وإن قلنا بالتصحيح بالقسط، فيدور كل واحد - ممّا نفذ فيه البيع والإقالة - علي الآخر، لأنّ البيع لا ينفذ إلاّ في الثلث، وبالإقالة يزيد ماله فيزيد ما نفذ فيه البيع، وإذا زاد ذلك، زاد مال الثاني، فيزيد ما نفذ فيه الإقالة.

فالطريق أن نقول: صحّ البيع في شيء من القفيز الجيد، ورجع إليه من الثمن نصف ذلك، فبقي في يده عشرون إلاّ نصف شيء، وفي يد الآخر عشرة ونصف شيء، ثمّ إذا تقايلا، فالإقالة فيهما (1) تصحّ في ثلث مال المقيّل فيأخذ ثلث عشرة و [ثلث] (2) نصف شيء وهو ثلاثة و ثلث و سدس شيء، فيضّمه إلي مال الأول، وهو عشرون إلاّ نصف شيء يصير ثلاثة و عشرين و ثلثا إلاّ ثلث شيء، وهذا يجب أن يكون مثلي المحاباة أوّلا، وهو نصف شيء، فيكون ذلك كلّ مثل شيء، فإذا جبرنا وقابلنا، كان ثلاثة و عشرون و ثلث مثل شيء و ثلث شيء يبسط الشيء و الثلث أثلاثا يكون أربعة و الشيء ثلاثة أرباعه.

فإذا أردنا أن نعرف كم الشيء من ثلاثة و عشرين و ثلث، فسييله أن نصحّ السهام بأن نجعل كلّ عشرة ثلاثة، لأنّ الزائد علي العشرين ثلاثة و ثلث، وهو ثلث العشرة، فإذا جعلنا كلّ عشرة ثلاثة أسهم، صار عشرون و ثلاثة و ثلث سبعة أسهم، فتزيد قسمتها علي الأربعة، و السبعة لا تنقسم علي الأربعة، فتضرب سبعة في أربعة يكون ثمانية و عشرين، فالشيء ثلاثة أرباعها، وهي أحد و عشرون. فإذا عرفنا ذلك، رجعنا إلي الأصل و قلنا:

العشرون التي كانت قيمة القفيز صارت أربعة و عشرين، لأنّا ضربنا كلّ ثلاثة ق.

ص: 31

1- كذا، و الظاهر: «إتّما» بدل «فيهما».

2- أضفناها لأجل السياق.

- وهي سهام العشرة - في أربعة، فصارت اثني عشر، فتكون العشرون أربعة وعشرين وقد صحّ البيع في أحد وعشرين، وذلك سبعة أثمان أربعة وعشرين.

وإذا عرفنا ذلك وأردنا التصحيح من غير كسر، جعلنا القفيز الجيد ستة عشر، والقفيز الرديء ثمانية، وقلنا: صحّ البيع في سبعة أثمان الجيد - وهي أربعة عشر - بسبعة أثمان الرديء، وهي سبعة، فتكون المحاباة سبعة، ويبقى في يد بائع الجيد [تسعة] (1): سهمان بقيا عنده، و سبعة أخذها عوضاً، ويحصل في يد الآخر خمسة عشر، لأنه أخذ أربعة عشر وكان قد بقي في يده سهم، فلما تقايلا نفذت الإقالة في عشرة - وهي خمسة أثمان القفيز الجيد - بخمسة أثمان القفيز الرديء وهي خمسة، فقد أعطي عشرة وأخذ خمسة، فالمحاباة بخمسة. والحاصل من ذلك كله: المستقرّ في يد الأوّل أربعة عشر مثلاً محاباته سبعة، وفي يد الثاني عشرة مثلاً محاباته خمسة.

ولو كانت المسألة بحالها والقفيز الجيد يساوي ثلاثين، فنقول: صحّ البيع في شيء منه، ورجع إليه من الثمن مثل ثلث ذلك الشيء، فبقي في يده ثلاثون إلاّ ثلثي شيء، وفي يد الآخر عشرة وثلثا شيء، فإذا تقايلا، أخذنا ثلث عشرة وثلثي شيء، وذلك ثلاثة دراهم وثلث و تسعا شيء يضمّ إلي مال الأوّل، فيصير ثلاثة و ثلاثين و ثلثا إلاّ أربعة أتساع شيء، وهو مثلاً المحاباة، وهي ثلثا شيء، فيكون مثل شيء و ثلث شيء، فإذا جبرنا وقابلنا، صار ثلاثة و ثلاثون و ثلث مثل شيء و سبعة أتساع شيء، فعلمنا أنّ.

ص: 32

---

1- بدل ما بين المعقوفين في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «منه». و الظاهر ما أثبتناه بقرينة السياق.

ثلاثة و ثلاثين و ثلثا يجب أن تقسم علي شيء و سبعة أتساع شيء، فيسط هذا المبلغ أتساعا يكون ستة عشر الشيء منه تسعة، و العدد المذكور لا ينقسم علي ستة عشر، فنصح السهام بأن نجعل كل عشرة ثلاثة، لأن الزائد علي الثلاثين ثلاثة و ثلث، و ذلك ثلث العشرة، فإذا فعلنا ذلك، صارت ثلاثة و ثلاثون و ثلث عشرة أسهم يحتاج إلي قسمتهما علي ستة عشر، و عشرة لا تنقسم علي ستة عشر، لكن بينهما توافق بالنصف، فنضرب جميع أحدهما في نصف الآخر يكون ثمانين، فنرجع إلي الأصل و نقول:

الثلاثون التي كانت قيمة القفيز صارت اثنين و سبعين، و الشيء كان تسعة من ستة عشر صار مضروباً في نصف العشرة، و هو خمسة صارت خمسة و أربعين، و ذلك خمسة أثمان اثنين و سبعين، فعرفنا صحة البيع في خمسة أثمان القفيز الجيد.

فإن أردنا التصحيح علي الاختصار من غير كسر، جعل القفيز الجيد أربعة و عشرين ليكون للقفيز الرديء - الذي هو ثلثه - ثمن صحيح، فنقول:

صح البيع في خمسة أثمان الجيد - و هي خمسة عشر - بخمسة أثمان الرديء، و هي خمسة، فتكون المحاباة بعشرة، و يبقي في يد بائع الجيد أربعة عشر: تسعة بقيت عنده، و خمسة أخذها عوضاً، و يحصل في يد الآخر ثمانية عشر، لأنه أخذ خمسة عشر، و كان قد بقي عنده ثلاثة، فلما تقايلا نفذت الإقالة في تسعة، و هي ثلاثة أثمان الجيد بثلاثة أثمان الرديء، و هي ثلاثة، فقد أعطي تسعة و أخذ ثلاثة تكون المحاباة بستة، و يستقر في يد الأول عشرون: تسعة أخذها بحكم الإقالة، و أحد عشر هي التي بقيت عنده من أربعة عشر بعد رد الثلاثة، و ذلك مثلاً محاباته عشرة، و في يد الثاني اثنا عشر: ثلاثة أخذها بحكم الإقالة، و تسعة بقيت عنده من ثمانية

عشر بعد ردّ التسعة، وذلك مثلاً محاباته.

وهنا طريقة سهلة المأخذ مبنية علي أصول ظاهرة:

منها: أنّ القفيز الجيّد في هذه المسائل يعتبر بالأثمان، فيقدّر ثمانية أسهم، وينسب الرديّ إليه باعتبار الأثمان.

ومنها: أنّ محاباة صاحب الجيّد لا تبلغ أربعة أثمان أبداً ولا تنقص عن ثلاثة أثمان أبداً، بل تكون بينهما، فإذا أردت أن تعرف قدرها، فانسب القفيز الرديء إلي الجيّد، وخذ مثل تلك النسبة من الثمن الرابع.

وإذا أردت أن تعرف ما يصحّ البيع فيه من القفيز، فانسب الرديء إلي المحاباة في الأصل وزد مثل تلك النسبة علي التبرّع، فالمبلغ هو الذي يصحّ فيه البيع.

وإذا أردت أن تعرف ما يصحّ فيه تبرّع المقيّل، فانظر إلي تبرّع بائع الجيّد واضربه في ثلاثة أثمان وقابل الحاصل من الضرب بالقفيز الجيّد، فما زاد علي القفيز فهو تبرّعه.

فإن أردت أن تعرف ما صحّت فيه الإقالة، فزد علي تبرّعه بمثل نسبة زيادتك علي تبرّع صاحبه، فالمبلغ هو الذي صحّت الإقالة فيه.

مثاله في الصورة الأولى: نقول: القفيز الجيّد ثمانية و الرديء أربعة، فالرديء نصف الجيّد، فالتبرّع في ثلاثة أثمان ونصف ثمن، وإذا نسبنا الرديء إلي أصل المحاباة، وجدناه مثله، لأنّ المحاباة عشرة من عشرين، فنزيد علي المتبرّع مثله يبلغ سبعة أثمان، فهو الذي صحّ البيع فيه.

فإذا أردنا أن نعرف تبرّع المقيّل، ضربنا تبرّع الأوّل في ثلاثة يكون عشرة ونصفاً، وزيادة هذا المبلغ علي الثمانية اثنان ونصف، فعرّفنا أنّ تبرّعه في ثمينين ونصف.

فإذا أردنا أن نعرف ما تصحّ فيه الإقالة، زدنا علي الثمنين و النصف مثله يكون خمسة أثمان.

و لا يخفي تخريج الصورة الأخرى ونحوها علي هذه الطريقة.

### مسألة 562: إذا جمع في صفقة واحدة بين شيئين،

فإنّما أن يكون في عقد واحد، وقد تقدّم (1) حكمه. وإنّما أن يكون في عقدين مختلفي الحكم، كما إذا جمع في صفقة واحدة بين إجارة و سلم، أو نكاح و بيع، أو إجارة و بيع.

و هو عندنا جائز، للأصل، وقوله تعالي أوْفُوا بِالْعُقُودِ (2).

و لأنّهما عقدان يصحّان منفردين، فجاز جمعهما في عقد واحد، كما لو تماثلا، و يقسّط المسمّي علي اجرة المثل و ثمن المثل، أو مهر المثل و ثمن المثل، و هو أصحّ قولي الشافعي (3).

و في الآخر: أنّ العقدین معا يبطلان، لأنّهما مختلفا الحكم، فإنّ الإجارة و السلم يختلفان (4) في أسباب الفسخ و الانفساخ. و كذا النكاح و البيع، و الإجارة و البيع يختلفان في الحكم أيضا، فإنّ التأكّيت يشترط في الإجارة و يبطل البيع، و كمال القبض في الإجارة لا يتحقّق إلاّ بانقضاء المدّة، لأنّه قبل ذلك معرض للانفساخ، بخلاف البيع، و إذا اختلفت الأحكام، فربما يعرض ما يوجب فسخ أحدهما، فيحتاج إلي التوزيع، و تلزم الجهالة (5).

ص: 35

1- في ص 5، المسألة 550.

2- المائدة: 1.

3- العزيز شرح الوجيز 4:156، روضة الطالبين 3:96.

4- في «ي» و الطبعة الحجرية: مختلفان.

5- نفس المصدر في الهامش (3).

و هو غلط، فإنّ اختلاف الحكم لا أثر له، كما لو باع شقص دار و ثوبا، فإنّهما اختلفا في حكم الشفعة واحتجنا إلي التوزيع فيه(1).

وصورة الإجارة والسلم أن يقول: آجرتك هذه الدار سنة، وبعثك العبد سلما بكذا. والإجارة والبيع: أن يقول: بعثك هذا الثوب و آجرتك داري سنة بكذا. والنكاح والبيع: بعثك هذه الجارية وزوّجتك ابنتي بكذا.

وعلي قولي الشافعي ما إذا جمع بين [بيع] (2) عين و سلم، أو بيع صرف وغيره بأن باع ديناراً و ثوبا بدراهم، لاختلاف الحكم، فإنّ قبض رأس المال شرط في السلم، و التقابض شرط في الصرف، ولا يشترط ذلك في سائر البيوع(3).

ولو قال: زوّجتك ابنتي وبعثك عبدها بكذا، فهو جمع بين بيع و نكاح، ولا خلاف في صحّة النكاح، أمّا البيع و المسمّي في النكاح فإنّهما عندنا صحيحان أيضا.

وللشافعي القولان: إن صحّ، و زّع المسمّي علي قيمة المبيع و مهر مثل المرأة، و إلاّ و جب في النكاح مهر المثل عنده(4).

ولو جمع بين بيع و كتابة بأن قال لعبده: كاتبك علي نجمين، وبعثك عبدي بألف، صحّا عندنا.

و أمّا الشافعي: فإن حكم بالبطان في صورة النكاح، فهنا أولي، و إلاّ فالبيع باطل، إذ ليس للسيد البيع منه قبل أداء النجوم. وفي الكتابة(3).

ص: 36

1- كذا، و الظاهر: «بسببه» بدل «فيه».

2- إضافة من المصدر.

3- العزيز شرح الوجيز 4:156.

4- العزيز شرح الوجيز 4:157، روضة الطالبين 3:97.

وقال بعض الشافعية: هذا لا يعدّ من صور تفريق الصفقة، لأنّ في قول نبطل العقدين جميعا، وفي قول نصّحهما جميعا، فلا تفريق(2).

### مسألة 563: إنّما يثبت الخلاف لو اتّحدت الصفقة،

أمّا إذا تعدّدت، فلا، بل يصحّ الصحيح، ويبطل الباطل، فلو باع ماله في صفقة و مال غيره في أخرى، صحّت الأولى إجماعا، ويتعدّد العقد إذا عيّن لكلّ شيء ثمنا مفضّلا، فيقول: بعتك هذا بكذا، وهذا بكذا، فيقول المشتري: قبلت ذلك عليّ التفصيل.

و لو جمع المشتري بينهما في القبول، فقال: قبلت فيهما، فكذلك - وبه قال الشافعي(3) - لأنّ القبول ترتّب عليّ الإيجاب، فإذا وقع مفرّقا، فكذا القبول.

وقال بعض الشافعية: إن لم نجوّز تفريق الصفقة، لم يجز الجمع في القبول(4).

و لو تعدّد البائع، تعدّدت الصفقة أيضا و إن اتّحد المشتري و المعقود عليه، كما لو باع اثنان عبدا من رجل صفقة واحدة، و به قال الشافعي(5).

و هل تعدّد الصفقة بتعدّد المشتري خاصّة، كما لو اشترى اثنان عبدا من رجل؟ المشهور عند علمائنا: عدم التعدّد، فليس لهما الافتراق في الردّ بالعيب و عدمه، لأنّ المشتري بأن عليّ الإيجاب السابق، فالنظر إليّ من صدر منه الإيجاب، و هو أحد قولي الشافعي. و أصحّهما عنده: التعدّد، كما

ص: 37

1- العزيز شرح الوجيز 157:4، روضة الطالبين 97:3.

2- العزيز شرح الوجيز 157:4.

3- العزيز شرح الوجيز 157:4، روضة الطالبين 98:3، المجموع 385:9.

4- العزيز شرح الوجيز 157:4، روضة الطالبين 98:3، المجموع 385:9.

5- العزيز شرح الوجيز 157:4، روضة الطالبين 98:3، المجموع 385:9.

في طرف البائع (1).

### مسألة 564: من فوائد التعدّد و الاتّحاد:

أتا إذا حكمنا بالتعدّد فوقّي أحد المشتريين نصيبه من الثمن، وجب علي البائع تسليم قسطه من المبيع، كما يسلم المشاع. وإن حكمنا بالاتّحاد، لم يجب تسليم شيء إلي أحدهما وإن وقّي جميع ما عليه حتي يوفي الآخر، لثبوت حقّ الحبس للبائع، كما لو اتّحد المشتري و وقّي بعض الثمن، لا يسلم إليه قسطه من المبيع.

وفيه وجه للشافعيّة: أنّه يسلم إليه قسطه إذا كان المبيع ممّا يقبل القسمة (2).

ومنها: أتا إذا قلنا بالتعدّد، فلو خاطب واحد رجلين، فقال: بعث منكما هذا العبد بألف، فقبل أحدهما نصفه بخمسمائة، ففي صحّته للشافعيّة وجهان: الصحّة، لأنّه في حكم صفقتين. وأصحّهما: البطلان، لأنّ الإيجاب وقع عليهما، وأنّه يقتضي جوابهما جميعا (3).

ويجري الوجهان فيما لو قال مالكا عبد لرجل: بعنا منك هذا العبد بألف، فقبل نصيب أحدهما بعينه بخمسمائة (4).

ولو باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من إنسان، هل لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء من الثمن؟ وجهان للشافعيّة، أحدهما: لا. والثاني: نعم (5).

والأول مذهبنا مع اتّحاد الصفقة.

### مسألة 565: هل الاعتبار في الوحدة و التعدّد بالعائد الوكيل أو المعقود له الموكل،

كما لو وّكل رجلان رجلا بالبيع أو بالشراء و قلنا: إنّ الصفقة

ص: 38

1- العزيز شرح الوجيز 4:157، روضة الطالبين 3:98، المجموع 9:385.

2- العزيز شرح الوجيز 4:157، روضة الطالبين 3:98، المجموع 9:385.

3- العزيز شرح الوجيز 4:157، روضة الطالبين 3:98، المجموع 9:385.

4- العزيز شرح الوجيز 4:157، روضة الطالبين 3:98، المجموع 9:385.

5- العزيز شرح الوجيز 4:158.



تعدّد بتعدّد المشتري، أو وُكِّل رجل رجلين بالبيع أو الشراء؟ فيه للشافعية وجوه:

أحدها: أنّ الاعتبار بالعاقِد، لأنّ أحكام العقد تتعلّق به، ولهذا يعتبر رأيه دون رؤية الموكِّل، وخيار المجلس يتعلّق به دون الموكِّل.

والثاني: أنّ الاعتبار بالمعقود له، لأنّ الملك يثبت له.

والثالث: أنّ الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له، وفي طرف الشراء بالعاقِد.

والفرق: أنّ العقد يتمّ في جانب الشراء بالمباشر دون المعقود له، وفي جانب البيع لا يتمّ بالمباشر حتى لو أنكر المعقود له الإذن، بطل البيع.

وهذا الفرق إنّما يتمّ فيما إذا كان الشراء بثمان في الذمّة، أمّا إذا وُكِّل في الشراء بمعيّن، فهو كالوكيل بالبيع.

والرابع: أنّ الاعتبار في جانب الشراء بالموكِّل، وفي البيع بهما جميعا، فأيهما تعدّد تعدّد العقد، لأنّ العقد يتعدّد بتعدّد الموكِّل في حقّ الشفيع، ولا يتعدّد بتعدّد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصا لاثنين، كان للشفيع أن يأخذ حصّة أحدهما، وبالعكس لو اشترى وكيلان شقصا لواحد، لم يجز للشفيع أخذ بعضه، وفي جانب البيع حكم تعدّد الوكيل والموكِّل واحد حتى لو باع وكيل رجلين شقصا من رجل، ليس للشفيع أخذ بعضه، وإذا ثبت ما ذكرناه في حكم الشفيع، فكذا في سائر الأحكام (1).

ويتفرّع علي هذه الوجوه فروع:

أ- لو اشترى شيئا بوكالة رجلين، فخرج معييا، وقلنا: الاعتبار 6.

ص: 39

---

1- العزيز شرح الوجيز 4: 158-159، روضة الطالبين 3: 98-99، المجموع 9: 385-386.

بالعاقده، فليس لأحد الموكّلين ردّ نصيبه خاصّة، كما لو اشترى ومات عن ابنين وخرج معيبا، لم يكن لأحدهما ردّ نصيبه خاصّة.

وهل لأحد الموكّلين والابنين أخذ الأرش؟ أمّا عندنا: فنعم.

وأما عند الشافعي: فكذلك إن وقع اليأس عن ردّ الآخر بأن رضي به. وإن لم يقع، فكذلك علي أصحّ الوجهين(1).

ب - لو وكّلا - واحدا ببيع عبد لهما، أو وكّل أحد الشريكين صاحبه، فباع الكلّ ثمّ ظهر عيب، فعلي الأوّل لا يجوز للمشتري ردّ نصيب أحدهما. وعلي الوجوه الباقية يجوز.

و لو وكّل رجل اثنين ببيع عبده، فباعه من رجل، فعلي الأوّل يجوز للمشتري ردّ نصيب أحدهما. وعلي الوجوه الباقية لا يجوز.

و لو وكّلا رجلا بشراء عبد أو وكّل رجلا رجلا بشراء عبد له ولنفسه، ففعل وظهر العيب، فعلي الأوّل والثالث ليس لأحد الموكّلين أفراد نصيبه بالردّ. وعلي الثاني والرابع يجوز.

وقال القفال: إنّه إن علم البائع أنّه يشتري لاثنين، فلا أحدهما ردّ نصيبه، لرضا البائع بالتبعض. وإن جهله البائع، فلا(2). ولا بأس به عندي.

ج - لو وكّل اثنان رجلا ببيع عبد، ورجلان رجلا بشرائه، فتبايع الوكيلان وخرج معيبا، فعلي الأوّل لا يجوز التفريق. وعلي الوجوه الباقية يجوز.

و لو وكّل رجل رجلين ببيع عبد ورجل رجلين بشرائه، وتبايع الوكلاء، فعلي الأوّل يجوز التفريق، ولا يجوز علي الوجوه الباقية.9.

ص: 40

1- العزيز شرح الوجيز 4:159، روضة الطالبين 3:99، المجموع 9:386.

2- العزيز شرح الوجيز 4:159، روضة الطالبين 3:99، المجموع 9:386.

إشارة

وضابطه الاقتصار علي ما يتناوله اللفظ لغة و عرفا.

والألفاظ التي تمس الحاجة إليها ستّة تشمل عليها مباحث ستّة:

الأول: الأرض.

مسألة 566: إذا قال: بعتك هذه الأرض أو العرصة أو الساحة أو البقعة،

تناول اللفظ ما دلّ عليه حقيقة، وهو نفس الأرض، فلو كان فيها ما هو متّصل بها كالأشجار والأبنية، أو منفصل كالأمتعة وشبهها، لم يدخل.

ولا خلاف في الثاني إلا فيما يستثني من المفتاح وشبهه، وإنّما اختلفوا في الأول.

فإذا قال: بعتك هذه الأرض دون ما فيها من البناء والشجر، لم يدخل إجماعاً.

وإن قال: بعتكها بما فيها أو بما اشتملت عليه حدودها، دخلا قطعاً.

وإن أطلق، لم تدخل عندنا، لخروجها عن مسمّي الأرض.

وقال الشافعي هنا: إنّه يدخل في البيع. وقال في الرهن: إذا قال:

رهنتك هذه الأرض، ولم يقل: بحقوقها، لم يدخل الشجر والبناء في الرهن (1).

ص: 41

---

1- المهذب - للشيرازي - 285:1، التهذيب - للبخاري - 375:3، الوسيط 3:169، الحاوي الكبير 5:176، حلية العلماء 4:196-197، العزيز شرح الوجيز 4:328، روضة الطالبين 3:194، المغني 4:215، الشرح الكبير 4:203.

و اختلف أصحابه علي طرق ثلاثة:

أحدها: أنّ البناء والغراس لا يدخل في بيع الأرض إذا كان مطلقا، وكذلك في الرهن، والذي قال هنا أراد به إذا قال: بحقوقها، لأنّ الأرض اسم لا يتناول البناء والشجر، وهما ينفردان عنها في البيع، فلم يدخل في البيع باسم الأرض.

الثاني: أنّ جوابه مختلف، ولا فرق بين البيع والرهن، فتكون المسألتان علي قولين، أحدهما: لا يدخل فيهما البناء والشجر. والثاني:

يدخلان، لأنّهما للدوام والثبات في الأرض، فأشبهت أجزاء الأرض، ولهذا يلحق بها في الأخذ بالشفعة.

الثالث: الفرق بين البيع والرهن، فإنّ البيع يزيل الملك، فهو أقوى من الرهن الذي لا يزيله. ويفيد البيع ملك ما يحدث في الأرض من الشجر، بخلاف الرهن، فليست تبع البيع البناء والشجر، ولهذا كان النماء الحادث في الأصل المبيع للمشتري، ولم يكن النماء الحادث في الأصل المرهون مرهونا. وهذا الثالث عندهم أوضح الطرق(1).

لا يقال: لو باع النخل، لم تدخل فيه الثمرة وإن كانت متّصلة.

لأنّ نقول: الثمرة لا تتراد للبقاء، فليست من حقوقها، بخلاف البناء والشجر.3.

ص: 42

---

1- المهذب - للشيرازي - 1:285، التهذيب - للبغوي - 3:375، الوسيط 3:169، حلية العلماء 4:197، الحاوي الكبير 5:177، العزيز شرح الوجيز 4:328-329، روضة الطالبين 3:194-195، المغني 4:215، الشرح الكبير 4:203.

و الوجه ما قلناه أولاً.

### مسألة 567: لو قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها، ففي دخول البناء و الشجر إشكال

عندي أقربيه: عدم الدخول، لأنّ ذلك ليس من حقوق الأرض، بل حقوقها الممرّ و مجري الماء و أشباه ذلك.

و قال الشيخ رحمه الله: يدخل (1). و به قال الشافعي (2).

و حكى الجويني في وجه أنّه لا يدخل (3)، كما قلناه.

و قد روي محمد بن الحسن الصفّار عن العسكري عليه السّلام في رجل اشترى من رجل أرضاً بحدودها الأربعة فيها زرع و نخل و غيرهما من الشجر، و لم يذكر النخل و لا الزرع و لا الشجر في كتابه، و ذكر فيه أنّه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها و الخارجة عنها أ تدخل النخل و الأشجار و الزرع في حقوق الأرض أم لا؟ فوَّع عليه السّلام «إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها» (4).

و هذا الخبر صحيح لا-ريب فيه، إنّما المشكل صورة النزاع، فإنّه فرق بين أن يبيع الأرض بحقوقها و هو المتنازع، و بين أن يبيعها بما أغلق (5) عليه بابها الذي هو الجواب، فإنّ الشجر و البناء و الزرع و البذر و أصل البقل تدخل في الصورة الثانية.

و كذا لو قال: بعتك الأرض بما فيها أو ما اشتملت عليه حدودها.

### مسألة 568: الزرع قسمان:

ص: 43

1- المبسوط - للطوسي - 105:2، الخلاف 3:82، المسألة 132.

2- المهذب - للشيرازي - 1:285، التهذيب - للبعوي - 3:375، العزيز شرح الوجيز 4:328، روضة الطالبين 3:194.

3- العزيز شرح الوجيز 4:328.

4- التهذيب 7:138، 613.

5- في الطبعة الحجرية: «يغلق».

أ - ما لا تتعدّد فائدته و ثمرته، بل توجد(1) مرّة واحدة، كالحنطة و الشعير و الدخن و غيرها. و هذا لا يدخل في الأرض لوقال: بعتك هذه الأرض، لأنّه ليس للدوام و الثبات، فكان كالأمتعة في الدار.

و كذا لا يدخل في الأرض الجزر الثابت و لا الفجل و لا السلق و لا الثوم، كالحنطة و الشعير، و به قال الشافعي(2).

أمّا لوقال: بعتك هذه الأرض بحقوقها، فإنّ هذا القسم من الزرع لا يدخل عندنا، لأنّ الثابت المستمرّ - كالبناء و الغرس - لا يدخل، فغيره أولى بعدم الدخول، و به قال الشافعي(3).

ب - ما تتعدّد فائدته و توجد(4) ثمرته مرّة بعد أخرى في سنتين و أكثر، كالقطن و الباذنجان و النرجس و البنفسج، و لا تدخل في الأرض أصولها عندنا و إن قال: بحقوقها.

و للشافعي قولان كالأشجار(5).

و أمّا الظاهر من ثمارها عند العقد فهو للبائع.

و في النرجس و البنفسج وجه للشافعيّة: أنّهما من قبيل الزرع لا يدخلان(6).

و أمّا ما يجزّ مرارا كالقثّ و القصب و الهندباء و الكراث و النعناع و الكرفس و الطرخون فلا تدخل في الأرض عندنا و إن قال: بحقوقها، لا ما ظهر منها و لا أصولها.3.

ص: 44

1- الظاهر: «تؤخذ» بدل «توجد».

2- الحاوي الكبير 5:185، التهذيب - للبغوي - 3:376، العزيز شرح الوجيز 4:329، روضة الطالبين 3:195.

3- العزيز شرح الوجيز 4:329، روضة الطالبين 3:196.

4- الظاهر: «تؤخذ» بدل «توجد».

5- العزيز شرح الوجيز 4:330، روضة الطالبين 3:196.

6- العزيز شرح الوجيز 4:330، روضة الطالبين 3:196.

وقال الشافعي: لا تدخل الجزة الظاهرة عند البيع، بل هي للبائع، وفي دخول الأصول الخلاف(1).

وعند بعضهم أنها تدخل قطعاً في بيع الأرض، لأنها كامنة فيها بمنزلة أجزائها(2).

وبالجملة، كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل وإن قال: بعث الأرض بحقوقها عند الشافعي(3).

### مسألة 569: إذا باع الأرض وفيها زرع، كان البيع صحيحاً،

عملاً بالأصل، كما لو باع داراً مشغولة بامتعة البائع، وبه قال الشافعي(4).

وقال أبو إسحاق من الشافعية: إن للشافعي فيها قولين، كما لو باع العين المستأجرة، فإن فيها قولين باعتبار استثناء المنفعة، والمعتدة إذا استحققت السكنى في الدار، لم يحز بيعها عندهم قولاً واحداً(5).

وأنكر باقي أصحاب الشافعي عليه، وفرقوا بينهما، لأن بقاء الزرع في الأرض لا يحول بين يدي المشتري وبين الأرض، وإنما للبائع ترك الزرع والدخول للحاجة إلى ذلك، بخلاف المستأجر والمعتدة، فإن يدهما حائلة، وفرق بينهما، ولهذا لو زوج أمته وباعها، يصح البيع قولاً واحداً، لأن يد الزوج ليست حائلة، وإنما ينتفع ببعض منافعها.

قالوا: ولو كان الأمر علي ما قاله أبو إسحاق، لكان البيع هنا باطلاً قولاً واحداً، لأن مدة إكمال الزرع مجهولة(6).

ص: 45

1- العزیز شرح الوجیز 4:330، روضة الطالبین 3:196.

2- العزیز شرح الوجیز 4:330، روضة الطالبین 3:196.

3- العزیز شرح الوجیز 4:329، روضة الطالبین 3:196.

4- الوجیز 1:148، العزیز شرح الوجیز 4:329، روضة الطالبین 3:195.

5- لم نعثر عليه فيما بين أيدينا من المصادر.

6- لم نعثر عليه فيما بين أيدينا من المصادر.

## مسألة 570: إذا ثبت أن البيع صحيح، وأن الزرع للبائع،

فإن له تبقيته إلي أوان الحصاد بغير اجرة عليه في المدّة - وبه قال الشافعي(1) - لأن تبقية الزرع مستثناة من بيعه، فكأنه باع العين دون المنفعة.

وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك، لأنه بالبائع ملك المشتري المنافع(2).

وهو ممنوع.

إذا ثبت هذا، فإنه إذا حضر وقت الحصاد، أمر بالقطع وتفرغ الأرض، وعليه تسويتها وقلع العروق التي يضرّ بقاؤها بالأرض، كعروق الذرة، كما لو كان في الدار دابة لا يتسع لها الباب، فإنها تنقض، وعلي البائع ضمانه.

ولو قطع البائع الزرع قبل أوان حصاده، لم يكن له الانتفاع بالأرض، وكانت المنفعة للمشتري، لأنه إنمّا استحقّ تبقية هذا الزرع قضاء للعادة بالتبقية، ولئلا يتضرّر بقطعه، وهذه الضرورة قد زالت، فإذا أزاله، لم يكن له الانتفاع بمكانه، كما لو باع دارا فيها قماش له، فإن عليه نقله بمجري العادة، فإن جمع الحمالين ونقله في ساعة واحدة، لم يكن له حبس الدار إلي أن يمضي زمان العادة في النقل والتفريغ، كذا هنا.

وإذا ترك الزرع حتى استحصده، وجب عليه نقله بحسب الإمكان، فإن أراد تبقيته، لأنه أنفع له، لم يترك، فإذا حصده، فإن بقي له أصول لا تضرّ بالأرض، لم يكن عليه نقلها، وإلاّ وجب.

## مسألة 571: إذا كان المشتري جاهلا بالزرع

بأن تقدّمت رؤيته للأرض قبل البيع وقبل الزرع، ثمّ باعها بعده، كان له الخيار في فسخ البيع، لنقص

ص: 46

1- حلية العلماء 4:207، العزيز شرح الوجيز 4:330، روضة الطالبين 3:196.

2- حلية العلماء 4:207، العزيز شرح الوجيز 4:330.



المبيع عادة، وعدم تمكنه من الانتفاع به عقيب العقد و هو مقتضاه. وإن شاء أجاز البيع مجاناً بغير أرش ولا اجرة.

وإن كان عالماً، لزمه البيع، وسقط خياره، كعالم العيب قبل البيع.

وإذا خلى البائع بينه وبين الأرض المشغولة بزراعته، كان إقباضاً له.

و هل يدخل في ضمان المشتري بذلك؟ الأقرب: ذلك وإن تعدد انتفاعه بها، لشغل الزرع المتقدم - وهو أظهر قولي الشافعية (1) - لحصول التسليم في الرقبة، وهي المبيعة.

والثاني: لا يدخل في ضمان المشتري، لأنها مشغولة بملك البائع، كما ذكرنا فيما إذا كانت الدار مشحونة بامتعة البائع (2).

والمعتمد: الأول، والفرق أن التفريغ في الامتعة متأت في الحال، علي أن الجويني أورد فيها وجهها (3) أيضاً.

### مسألة 572: إذا كان في الأرض أصول لما يجز مرة بعد اخرى،

فقد قلنا: إنها لا تدخل في بيع الأرض.

وقال الشافعي: تدخل. فعلي قوله يشترط المشتري علي البائع قطع الجزة الظاهرة، لأنها تزيد، ويشته المبيع بغيره (4).

وكذا عندنا لو شرط دخول أصولها في العقد.

ولا فرق بين أن يكون ما ظهر بالغاً أو أن الجز أو لا يكون.

قال بعض الشافعية: إلا القصب، فإنه لا يكلف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدراً ينتفع به. ولو كان في الأرض أشجار خلاف تقطع من وجه

ص: 47

1- العزيز شرح الوجيز 329:4، روضة الطالبين 3:195.

2- العزيز شرح الوجيز 329:4، روضة الطالبين 3:195.

3- العزيز شرح الوجيز 329:4.

4- العزيز شرح الوجيز 330:4، روضة الطالبين 3:196.

الأرض، فهي كالتصويب(1).

### مسألة 573: لو كان في الأرض بذر كامن لم يظهر،

لم يدخل في بيع الأرض وإن قال: بحقوقها، علي ما تقدّم.

وقال الشافعيّ هنا بالتفصيل الذي ذكره في الزرع، فالبذر(2) الذي لا ثبات لنباته و يؤخذ(3) دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض المبيعة، ويبقى إلي أوان الحصاد، و للمشتري الخيار مع جهله، فإن تركه البائع له، سقطه خياره، و عليه القبول، قاله الشافعي(4).

وعندي فيه إشكال.

ولو قال البائع: أنا آخذه و أفرغ الأرض، فلا خيار للمشتري أيضا إن قصر الزمان، و إلاّ فله الخيار.

و أمّا البذر الذي يدوم(5) نباته، كنوي النخل و الجوز و اللوز و بذر الكراث و نحوه من البقول فإنّ حكمها في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار، لأنّ هذه الأصول تركت في الأرض للتبعية، فهي كأصول الشجر إذا غرست(6).

و الحقّ ما قلناه نحن من عدم الدخول في القسمين، عملا بالأصل،

ص: 48

1- العزيز شرح الوجيز 4:330، روضة الطالبين 3:196.

2- في «س» و الطبعة الحجرية: «فالقدر» بدل «البذر». و الكلمتان ساقطتان في «ي» و الظاهر ما أثبتناه لأجل السياق و كما هو في المصدر أيضا.

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «يوجد» بدل «يؤخذ». و الظاهر ما أثبتناه و كما هو في المصدر أيضا.

4- العزيز شرح الوجيز 4:330، روضة الطالبين 3:196-197.

5- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «تقدّم» بدل «يدوم». و الصحيح ما أثبتناه كما هو في المصدر أيضا.

6- العزيز شرح الوجيز 4:330، روضة الطالبين 3:197.

### مسألة 574: إذا باع أرضاً وفيها حجارة، فإمّا أن تكون مخلوقة فيها أو لا.

فإن كانت مخلوقة، دخلت في بيع الأرض مع الإطلاق، لأنها من جملة الأرض.

ثم إن كانت مضرّة بالغراس وتمنع عروقه من النفوذ، فإن كان المشتري عالماً بذلك، فلا خيار له. وإن لم يكن عالماً، ثبت له الخيار، لأنّ ذلك عيب، وبه قال الشافعي (1).

وفيه وجه (2) آخر له: أنّه ليس بعيب، وإنّما هو فوات فضيلة (3).

وإن لم تضرّ بالأرض ولا بالشجر بأن تكون بعيدة من وجه الأرض لا تصل إليها عروق الشجر، فلا خيار للمشتري، لأنّ ذلك ليس بعيب.

وأما إن لم تكن مخلوقة في الأرض، فإمّا أن تكون مبنية فيها مدرجة في البناء، فإنّها أيضاً تدخل في الأرض إن قلنا بدخول البناء، أو اشترط دخوله. وإمّا أن تكون مودعة فيها مدفونة للنقل [فإنّها] لم تدخل في البيع - وبه قال الشافعي (4) - لأنها بمنزلة الكنوز والأقمشة في الدار وقد تركت في الأرض للنقل والتحويل.

وإذا كانت للبائع عند الإطلاق، فإمّا أن يكون المشتري عالماً بالحال من كونها في الأرض وضررها، أو جاهلاً.

فإن كان عالماً، فلا خيار له في فسخ العقد وإن تضرّر بقلع البائع،

ص: 49

1- العزيز شرح الوجيز 4:331، روضة الطالبين 3:197.

2- في الطبعة الحجرية: «وفي وجه».

3- العزيز شرح الوجيز 4:331، روضة الطالبين 3:197.

4- العزيز شرح الوجيز 4:331، روضة الطالبين 3:197.

وله إجبار البائع علي القلع والنقل تفریغا لملكه، لأنه لا عرف في تبقيتها، بخلاف الزرع، فإن له أمدا ينتظر.

ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وإن طالت، كما لو اشترى دارا فيها أقمشة وهو عالم بها، لا أجرة له في مدة النقل والتفريغ.

وعلي البائع - إذا نقل - تسوية الأرض، لأن الحفر حصل بنقل ملكه من غير تعدد من صاحب الأرض، فكان عليه تسويتها.

وإن كان جاهلا بالحجارة أو علمها و جهل ضررها، فالأحوال أربعة:

أ- أن لا يكون في ترك الحجارة و لا في قلعها ضرر، فإن لم يحوج النقل و تسوية الأرض إلي مدة لمثلها أجرة و لم تنقص الأرض بها، فللبائع النقل، لأنها ملكه، و عليه تسوية الأرض، و لا خيار للمشتري إن كان الزمان يسيرا. و إن كان كثيرا يضر بمنفعة الأرض، فله الخيار، فإن فسخ، فلا كلام. و إن أجاز، فهل له الأجرة؟ وجهان.

وله إجبار البائع علي النقل.

و حكي الجويني و جها أنه لا يجبر، و الخيرة للبائع (1). و المذهب عندهم الأول (2).

ب- أن لا يكون في قلعها ضرر و يكون في تركها ضرر، فيؤمر البائع بالنقل، و لا خيار للمشتري، كما لو اشترى دارا فله حق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال، أو كانت البالوعة مفسدة، فقال البائع: أنا أصلحه و أنقيها، لا خيار للمشتري.

ج- أن يكون الترك و القلع معا مضرين، فيتخير المشتري، سواء (3).

ص: 50

1- العزيز شرح الوجيز 4:331، روضة الطالبين 3:197.

2- العزيز شرح الوجيز 4:331، روضة الطالبين 3:197.

جهل أصل الأحجار أو يكون قلعها مضرًا. ولا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار، لما في بقائها من الضرر.

ولو قال البائع للمشتري: لا تفسخ وأنا أغرم لك اجرة المثل مدّة النقل، لم يسقط خياره أيضا، كما لو قال البائع: لا تفسخ بالعيب لأغرم لك أرشه، وهو أصحّ وجهي الشافعيّة. والثاني: السقوط (1). وليس بجيد.

ثم إن اختار المشتري البيع، فعلي البائع النقل و تسوية الأرض، سواء كان النقل قبل القبض أو بعده.

وهل تجب اجرة المثل لمدّة النقل إن كان النقل قبل القبض؟ قال الشافعي: يبني علي أنّ جناية البائع قبل القبض كافة سماوية أو كجناية الأجنبيّ؟ إن قلنا بالأول، لم تجب، لأنّ المبيع قبل القبض مضمون بالثمن، فلا يضمن البائع إلا ما يتسّط عليه الثمن. وإن قلنا بالثاني، فهو كما لو نقل بعد القبض (2).

وإن كان النقل بعد القبض، فوجهان للشافعيّة: عدم الوجوب، لأنّ إجازته رضا بتلف المنفعة في مدّة النقل. وأصحّهما عند أكثرهم: أنّها تجب، لأنّ البيع قد استقرّ و المنافع مضمونة علي المتلف، كضمن أجزاءه علي المتلف وإن كان البائع، وكما لو جني علي المبيع بعد القبض، عليه ضمانه.

والحاصل أنّ في وجوب الأجرة ثلاثة أوجه، ثالثها - وهو الأظهر عندهم - الفرق بين أن يكون (3) النقل قبل القبض، فلا تجب، أو بعده.

ص: 51

1- العزيز شرح الوجيز 4:331، روضة الطالبين 3:198.

2- التهذيب - للبخاري - 3:378، العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:198.

3- في الطبعة الحجرية: «بين كون».

ويجري مثل هذا الخلاف في وجوب الأرش لوبقي في الأرض بعد التسوية نقصان و عيب(2).

د - أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر، فللمشتري الخيار، فإن أجاز، ففي الأجرة والأرش ما مرّ. ولا يسقط خياره بأن يقول:

أقلع وأغرم الأجرة أو أرش النقص. ولورضي بترك الأحجار في الأرض، سقط خيار المشتري إبقاء للعقد.

ثم ينظر في الترك، فإن اقتصر البائع علي قوله: تركتها للمشتري، كان ذلك إعراضاً لا تمليكا - وهو أظهر وجهي الشافعية(3) - فتكون باقية علي ملك البائع، والترك أفاد قطع الخصومة.

فإن أراد الرجوع، فله ذلك - وبه قال أكثر الشافعية(4) - ويعود خيار المشتري.

وقال الجويني: لا رجوع له، ويلزمه الوفاء بالترك(5).

والثاني للشافعية: أنه تمليك ليكون سقوط الخيار في مقابلة ملك حاصل(6).

ولو قال: وهبتها منك وحصلت شرائط الهبة، حصل الملك. ومنهم من طرد الخلاف، لأنه لا يقصد حقيقة الهبة، إنما قصد دفع الفسخ.

وإن لم تجمع شرائط الهبة، بطلت.

وللشافعية في صححتها للضرورة وجهان، إن صححناها، ففي إفادة3.

ص: 52

1- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:198.

2- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:198.

3- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:198.

4- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:198.

5- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:198-199.

6- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:198.

الملك ما ذكرنا في لفظ الترك(1).

هذا كله إذا كانت الأرض بيضاء، أما إذا كان فيها غرس، نظر إن كانت حاصلة يوم البيع و اشتراها مع الأرض، فنقصان الأشجار و تعييبها بالأحجار كعيب(2) الأرض في إثبات الخيار و سائر الأحكام.

وإن أحدثها المشتري بعد الشراء، فإن كان قد أحدثها عالما بالأحجار، فللبائع قلعها، و ليس عليه ضمان نقصان الغراس.

وإن أحدثها جاهلا، فله الأرض عندنا، لأنه عيب تعقبه تصرف المشتري، فسقط رده.

و للشافعية في ثبوت الخيار للمشتري وجهان: الثبوت، لأن الضرر ناش من إيداعه الأحجار في الأرض. و الأصح عندهم: عدمه، لرجوع الضرر إلي غير المبيع(3).

فإن كانت الأرض تنقص بالأحجار أيضا، نظر فإن لم يورث الغرس و قلع الغروس نقصانا في الأرض، فله القلع و الفسخ عند الشافعي(4) لا عندنا.

وإن أورث الغرس أو القلع نقصانا، فلا خيار في الفسخ، إذ لا يجوز له رد المبيع ناقصا، و لكن يأخذ الأرض.

وإذا قلع البائع الأحجار فانتقص الغراس، فعليه أرش النقص بلا خلاف.

و لو كان فوق الأحجار زرع إما للبائع أو للمشتري، ترك إلي أوان3.

ص: 53

---

1- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:199.

2- كذا، و الظاهر: «كتعيب».

3- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:199.

4- العزيز شرح الوجيز 4:332، روضة الطالبين 3:199.

الحصاد، لأنَّ له غاية منتظرة، بخلاف الغراس، وهو قول بعض الشافعية(1).

وقال بعضهم: لا فرق بينه وبين الغراس(2).

تذنيب: إنّما وجب علي البائع والغاصب تسوية الحفر إذا حفر في الأرض المغصوبة، ولم يوجبوا علي هادم الجدار أن يعيده، بل أوجبوا الأرض، لأنَّ [طم] (3) الحفر لا يتفاوت، وهيئات البناء تختلف و تتفاوت، فيشبهه(4) [طم] (5) الحفر بذوات الأمثال، والهدم بذوات القيم حتي لو رفع لبنة أو اثنتين(6) من رأس الجدار وأمكن الردّ من غير اختلاف في الهيئة، لزمه الردّ إلي تلك الهيئة.

## البحث الثاني: في البستان.

إذا قال: بعتك هذا الباغ أو البستان، دخل فيه الأرض والأشجار والحائط الدائر عليه، لأنَّ لفظ «البستان» يدلّ علي مجموع هذه الأشياء بالمطابقة، لتبادر الذهن إليه.

ولو كان فيه بناء - كبيت أو دار - ففي دخوله في البستان ما مرّ في لفظة «الأرض» فعندنا لا يدخل. وعند الشافعي قولان(7).

ص: 54

1- التهذيب - للبخاري - 379:3، العزيز شرح الوجيز 4:333، روضة الطالبين 3:199.

2- العزيز شرح الوجيز 4:333، روضة الطالبين 3:199.

3- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

4- في «س، ي»: «فشبه».

5- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

6- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «حتي لو وقع لبنة أو اثنتان». وما أثبتناه يقتضيه السياق.

7- الحاوي الكبير 5:179، الوجيز 1:148، العزيز شرح الوجيز 4:334، الوسيط 3:173، روضة الطالبين 3:200.



و هل يدخل العريش الذي توضع عليه القضبان ؟ الظاهر عند الجويني (1) دخوله.

و الأقرب عندي: عدم الدخول.

قالت الشافعية: لفظ «الكرم» كلفظ «الباستان» (2).

و ليس جيداً، فإنّ العادة و العرف و الاستعمال تقتضي عدم دخول الحائط في مسمي الكرم، و دخوله في البستان.

و لو قال: هذه الدار بستان، دخلت الأبنية و الأشجار معا.

و لو قال: هذا الحائط بستان، أو هذه المحوطة، دخل الحائط المحيط و ما فيه من الأشجار، و أمّا البناء ففيه (3) ما سبق، كذا قال بعض الشافعية (4).

و لا يظهر فرق بين الأبنية و الأشجار في المحوطة، فإمّا أن يدخلها معا أو يخرجها معا.

و يدخل المجاز و الشرب في لفظ «الباستان» و «الباغ» و إن لم يقل:

«بحقوقه» علي إشكال.

### البحث الثالث: في القرية.

إذا قال: بعتك هذه القرية أو الدسكرة، دخل في المبيع الأبنية

ص: 55

---

1- العزيز شرح الوجيز 4:334، روضة الطالبين 3:200.

2- الوسيط 3:173، العزيز شرح الوجيز 4:334، روضة الطالبين 3:200.

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «و أمّا الشافعية» بدل «و أمّا البناء ففيه». و الصحيح ما أثبتناه.

4- التهذيب - للبغوي - 3:376، العزيز شرح الوجيز 4:334، روضة الطالبين 3:200.

و الساحات الداخلة في السور و سور المحيط بها، لأنّ القرية اسم لذلك، لأنّها مأخوذة من الجمع.

و لا تدخل المزارع فيها - و به قال الشافعي (1) - لأنّه لو حلف أن لا يدخل القرية، لم يحنث بدخول المزارع.

و لو قال: بعثتها بحقوقها، لم تدخل أيضا، لأنّها ليست من حقوق القرية، فلا بدّ من النصّ علي المزارع، و به قال أكثر الشافعيّة (2).

و قال بعضهم: إنّها تدخل (3). و بعضهم قال: إن قال: بحقوقها، دخلت، و إلا فلا (4).

و كلاهما ضعيف.

أمّا الأشجار التي في وسط القرية فإنّها علي الخلاف السابق فيما لو باع أرضا و فيها شجر.

و الأولى عندي عدم دخولها في القرية.

و قال بعض الشافعيّة: إنّها تدخل في لفظ القرية، و لا تدخل في لفظ الأرض (5).

و قال الشافعي: إذا قال: بحقوقها، دخلت الأشجار قولا واحدا (6). 3.

ص: 56

---

1- الحاوي الكبير 5:179، الوسيط 3:174، التهذيب - للبخاري - 3:376، العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:200، منهاج الطالبين: 106.

2- التهذيب - للبخاري - 3:376، العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:200.

3- العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:200.

4- فتح العزيز بهامش المجموع 9:31، روضة الطالبين 3:200، وفي العزيز شرح الوجيز 4:335 قد سقط بعض القول فلاحظ.

5- العزيز شرح الوجيز 4:334.

6- أنظر: العزيز شرح الوجيز 4:334، و روضة الطالبين 3:200.

و تدخل فيها البيوت و حيطانها و السقوف و الطرق المسلوكة فيها.

و لو وجدت قرينة تدلّ علي إرادة المزارع، دخلت، و إلا فلا، كما لو ساومه علي القرية و مزارعها و اتفقا علي ثمن معيّن ثم اشترى القرية بذلك الثمن، فإنّ المزارع تدخل هنا، للقرينة الدالة علي الدخول.

و كذا لو بذل ثمنا لا يصلح إلا للجميع، دخلت، عملا بشاهد الحال.

## البحث الرابع: الدار.

### مسألة 575: إذا قال: بعتك هذه الدار، دخل في المبيع الأرض

و الأبنية علي تنوعها حتي الحمام المعدود من مرافقها، لتناول اسم الدار لذلك كلّه.

و عن الشافعي أنّ الحمام لا يدخل (1).

و حملة أصحابه علي حمامات الحجاز، و هي بيوت من خشب تنقل (2).

و لو كان في وسطها أشجار، لم تدخل عندنا.

و قال الشافعي: إن قال: بحقوقها، دخلت قطعاً. و إن أطلق، فعلي الطرق المذكورة في لفظ الأرض (3).

و نقل الجويني في دخولها ثلاثة أوجه، ثالثها: الفرق بين أن تكثر بحيث يجوز تسمية الدار بستانا، فلا تدخل في لفظ الدار، و بين أن لا تكون كذلك فتدخل (4).

ص: 57

1- العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:200.

2- العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:200.

3- العزيز شرح الوجيز 4:335 و 328، روضة الطالبين 3:200 و 194.

4- العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:200-201.

## مسألة 576: الآلات التي في الدار علي أقسام ثلاثة:

أ- المنقولات، كالدلو والبكرة والرشا والمجارف(1) و السّرر و الرفوف الموضوعة علي الأوتاد من غير تسّمّر و السلالم التي لم تسّمّر و لم تطيّن و الأقفال و الكنوز و الدفائن.

و هذه لا تدخل في البيع، و به قال الشافعي(2).

و أمّا المفاتيح للأغلاق المثبتة فالأقرب: دخولها - و هو أصحّ وجهي الشافعيّة(3) - لأنّها من توابع المغلاق المثبت.

و الآخر: لا تدخل كسائر المنقولات(4).

و كذا الأقرب في ألواح الدكاكين الموضوعة في أبوابها الدخول، لأنّها أبواب لها، فأشبهه الباب المثبت.

و يحتمل عدم الدخول، لأنّها تنقل و تحوّل، فكانت كالفرش.

و للشافعيّة وجهان(5).

ب - ما أثبت في الدار تتمّة لها ليدوم فيها و يبقي، كالسقوف

ص: 58

---

1- في الطبعة الحجرية: «المخارق». و في «س، ي»: «المخارف». و الظاهر ما أثبتناه.

2- المهذب - للشيرازي - 285:1، الحاوي الكبير 179:5، التهذيب - للبعوي - 379:3 و 380، العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:201.

3- المهذب - للشيرازي - 285:1، التهذيب - للبعوي - 380:3، العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:201.

4- المهذب - للشيرازي - 285:1، التهذيب - للبعوي - 380:3، العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:201.

5- الحاوي الكبير 5:180، التهذيب - للبعوي - 380:3، العزيز شرح الوجيز 4:335، روضة الطالبين 3:201.

و الأبواب المنصوبة و ما عليها من التعاليق (1) و الحلق و السلاسل و الضباب (2).

و هذه تدخل في البيع، لأنّها معدودة من أجزاء الدار.

ج - ما أثبت علي غير هذا الوجه، كالرفوف و الدنان و الإجانّات المثبتة و السلاسل المسمّرة و الأوتاد المثبتة في الأرض و الجدران و التحتاني من حجري الرحي و خشب القصّار و معجن الخبّاز.

و الأقرب: عدم الدخول، لأنّها ليست من أجزاء الدار، و إنّما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع و تتحرّك عند الاستعمال.

و للشافعي في الفوقاني من حجري الرحي و جهان إن أدخلنا التحتاني، و الأصحّ: الدخول عندهم (3).

و قطع الجويني بدخول الحجرين في بيع الطاحونة، و بدخول الإجانّات المثبتة إذا باع باسم المدبغة (4).

### مسألة 577: في دخول مسيل الماء في بيع الأرض و شربها من القناة و النهر المملوكين إشكال

أقربه: عدم الدخول، إلاّ أن يشترطها و يقول:

«بحقوقها».

و عن بعض الشافعيّة أنّه لا يكفي ذكر الحقوق (5).

ص: 59

1- الظاهر: «المغاليق» بدل «التعاليق».

2- في «س، ي»: «الضبّات». و في الطبعة الحجرية: «و الضباط». و هو غلط، و الظاهر ما أثبتناه. و الضبّة: حديدة عريضة يضبّب بها الباب و الخشب. و الجمع: ضباب. لسان العرب 1: 541 «ضبب».

3- المهذّب - للشيرازي - 1: 285، حلية العلماء 4: 179-180، التهذيب - للبخاري - 3: 380، العزيز شرح الوجيز 4: 335، روضة الطالبين 3: 201.

4- العزيز شرح الوجيز 4: 336، روضة الطالبين 3: 201.

5- فتح العزيز بهامش المجموع 9: 34، و في العزيز شرح الوجيز 4: 336 قد سقط حرف «لا» في قوله: «لا يكفي»، روضة الطالبين 3: 202.

ولا تدخل الحجارة المدفونة ولا الآجر المدفون، لأنه مودع فيها، إلا أن تكون الحجارة والآجر مثبتين فيها.

### مسألة 578: إذا كان في الدار بئر الماء، دخلت في المبيع،

لأنها من أجزاء الدار، وبه قال الشافعي (1).

وأما الماء الحاصل في البئر فالأقرب دخوله.

وللشافعي وجهان:

أحدهما: أنه مملوك لصاحب الدار، لأنه نماء ملكه، فكان داخلا في ملكه كلبن الشاة، وبه قال ابن أبي هريرة.

والثاني: أنه غير مملوك، لأنه يجري تحت الأرض ويجيء إلي ملكه، فهو بمنزلة الماء يجري من النهر إلي ملكه لا يملكه بذلك. ولأنه لو كان ملكا لصاحب الدار، لم يجز للمستأجر إتلافه، لأن الإجارة لا تستحق إتلاف الأعيان، فعلي هذا لو دخل داخل فاستقي ماء بغير إذن صاحب الدار، ملك الماء وإن كان متعديا بالدخول (2).

وإذا باع الماء الذي في البئر، لم يصح البيع علي الوجهين عند الشافعي (3)، لأنه في أحد الوجهين لا يملك الماء، فلا يصح. وفي الآخر:

يكون الماء مجهولا- فيها، ولا- يمكن تسليمه، لأنه إلي أن يسلمه يختلط به غيره، فإذا باع الدار، لم يدخل الماء في البيع المطلق علي الوجهين.

ص: 60

1- التهذيب - للبخاري - 380:3، العزيز شرح الوجيز 4:336، روضة الطالبين 3:202.

2- المهذب - للشيرازي - 1:285، حلية العلماء 4:198، التهذيب - للبخاري - 3:380، العزيز شرح الوجيز 4:336، و 6:239-240، روضة الطالبين 3:202، و 4:373، المغني 4:217، الشرح الكبير 4:203.

3- أنظر: العزيز شرح الوجيز 6:242، و روضة الطالبين 4:375.

وأما عندنا فإنه يجوز بيعه منضمًا إلي الدار، والجهالة لا تنصّر، لأنها تابعة، كأساسات الحيطان.

وإن شرط دخول الماء في البيع، صحّ عندنا وعنده علي قوله: إن الماء مملوك (1).

وأما العيون المستنبطة فإنها مملوكة.

وهل يملك الذي فيها؟ أمّا عندنا: فنعم. وأمّا عند الشافعي:

فوجهان (2).

ولا يمكن بيع الماء الذي فيها منفردًا، للجهالة. ويجوز بيع العين وجزء منها.

وأما المياه التي في الأنهار - كالفرات ودجلة وما دونها من المياه في الجبال والعيون - فليست مملوكة، ومن أخذ منها شيئًا وحازه (3) ملكه، وجاز له بيعه.

وإذا جري من هذه المياه شيء إلي ملك إنسان، لم يملكه بذلك، كما لو توخّل ظبي في أرضه أو نزل ثلج إلي ساحته.

وكذا إذا حفر نهرًا فجري الماء إليه من هذه الأنهار، لم يملكه بذلك، فيجوز لغيره الشرب منه.

أما لو حفر النهر وقصد بذلك إجراء الماء و كان النهر مملوكًا له، فالأولي أنه يملكه، لأنه قد حازه (4) حيث أجراه في نهره، فكان كما لو أخذ في آنيته.ه.

ص: 61

---

1- العزيز شرح الوجيز 4:336، روضة الطالبين 3:202.

2- انظر: العزيز شرح الوجيز 6:240، وروضة الطالبين 4:373، والمغني 4:217، والشرح الكبير 4:203.

3- في الطبعة الحجرية و «س، ي»: «أحازه». والصحيح ما أثبتناه.

4- في الطبعة الحجرية و «س، ي»: «أحازه». والصحيح ما أثبتناه.

## مسألة 579: لو كان في الأرض أو الدار معدن ظاهر

- كالنفط و الملح و الغاز و الكبريت - فهو كالماء هل يملكه صاحب الأرض ؟ للشافعية وجهان(1).  
و عندنا أنه مملوك له إذا كان في ملكه.

و إن كان باطنا كالذهب و الفضة و غيرهما من الجامدات، فهي مملوكة تتبع الأرض في الملك و في البيع، لأنها جزء منها - و به قال الشافعي(2) - إلا أنه لا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب.

و لو بيع بالفضة، جاز عندنا، و عنده قولان(3) سبقا في الجمع بين البيع و الصرف.

## مسألة 580: لو باع دارا في طريق غير نافذ، دخل حريمها في البيع و طريقها.

و في دخول الأشجار فيه ما سبق. و إن كانت في طريق نافذ، لم يدخل الحريم و الأشجار في البيع، بل لا حريم لمثل هذه الدار، قاله الشافعي(4).

## مسألة 581: لو باع دارا، دخل فيها الأعلى و الأسفل،

لأن اسم الدار يشملهما، إلا أن تشهد العادة باستقلال الأعلى بالسكني، فلا يدخل. و كذا الخان.

ص: 62

1- المهذب - للشيرازي - 285:1، حلية العلماء 4:199، التهذيب - للبخاري - 3:380، العزيز شرح الوجيز 4:336، روضة الطالبين 3:202.

2- المهذب - للشيرازي - 285:1، التهذيب - للبخاري - 3:380، العزيز شرح الوجيز 4:336، روضة الطالبين 3:202.

3- العزيز شرح الوجيز 4:336، روضة الطالبين 3:202.

4- التهذيب - للبخاري - 3:380-381، العزيز شرح الوجيز 4:337، روضة الطالبين 3:202-203.



مسألة 582: إذا باع عبده أو أمته، لم يتناول العقد مال العبد

إن كان له مال وقلنا: إنه يملك بالتمليك، اقتصارا علي ما يتناوله اللفظ وإبقاء لغيره علي أصله.

و لو شرط البائع المال لنفسه، فلا بحث في أنه له، لأن ملك العبد ناقص، و للمولي انتزاعه منه دائما.

و إن باعه مع المال، فإن قلنا: إنه لا يملك ما ملكه مولاه، اعتبر فيه شرائط البيع، فلو كان مجهولا، لم يصح. وكذا لو كان دينا و الثمن دين، أو كان ذهبا و الثمن منه.

و لو كان ذهبا و الثمن فضة أو بالعكس، جاز عندنا.

و للشافعي قولان (1).

و إن قلنا: إنه يملك، انتقل المال إلي المشتري مع العبد، و لا تضرّ الجهالة عند الشافعي (2)، لأنّ المال هنا تابع و جهالة التابع محتملة كجهالة الأساسات و الحمل و اللبن و حقوق الدار، بخلاف الأصل، فإنه لا يحتمل الجهالة.

و قال بعض الشافعية: إنّ المال ليس بمبيع لا أصلا و لا تبعا و لكن شرطه للمبتاع تبقية له علي العبد كما كان، فللمشتري انتزاعه، كما كان للبائع الانتزاع، فلو كان المال ربويا و الثمن من جنسه، فلا بأس. و علي الأول لا يجوز ذلك، و لا يحتمل الربا في التابع كما في الأصل (3).

ص: 63

1- العزيز شرح الوجيز 4:337، روضة الطالبين 3:203.

2- العزيز شرح الوجيز 4:337، روضة الطالبين 3:203.

3- العزيز شرح الوجيز 4:337، روضة الطالبين 3:203.

والتحقيق أن نقول: إن باعه العبد و ماله بحيث كان المال جزءا من المبيع، شرط فيه ما شرط في المبيع. وإن باعه العبد و شرط له المال، كان المال للمشتري، و اشترط فيه شرائط البيع.

### مسألة 583: الأقرب: عدم دخول الثياب التي للعبد في بيعه،

اقتصارا علي ما تناوله حقيقة اللفظ، كالسرح لا يدخل في بيع الدابة، و هو أحد وجهي الشافعية. وفي الثاني: تدخل، وفيه وجهان:

أحدهما: أن ما عليه من الثياب يدخل اعتبارا بالعرف، و به قال أبو حنيفة(1).

و لا بأس بهذا القول عندي، و هو الذي اخترناه في كتاب القواعد(2).

و الثاني: يدخل سائر العورة دون غيره(3).

و لا وجه له، لأنّ العرف يقضي بالثاني و اللغة بالأول، فهذا لا اعتبار به.

و لو جرّده من الثياب و باعه، لم تدخل قطعا.

و كذا البحث في عذار الدابة و مفقودها.

و يدخل نعلها، لأنّه متّصل بها، فصار كالجزة منها.

### مسألة 584: و لا يدخل حمل الجارية و لا الدابة في بيعهما إلا مع الشرط،

و لا ثمرة شيء من الأشجار إلا النخل إذا لم يؤبر. و لو شرط خلاف ذلك، جاز. و قد تقدّم(4) البحث في هذا كلّه.

ص: 64

---

1- الحاوي الكبير 5:181، التهذيب - للبعوي - 3:468، العزيز شرح الوجيز 4:337-338، روضة الطالبين 3:203.

2- قواعد الأحكام 2:85.

3- الحاوي الكبير 5:181، التهذيب - للبعوي - 3:468، العزيز شرح الوجيز 4:337-338، روضة الطالبين 3:203.

4- في ج 10 ص 275 و 315-316 و 384، المسائل 125 و 140 و 183.

مسألة 585: إذا باع شجرة، دخل أغصانها في البيع،

لأنها معدودة من أجزائها.

أمّا الغصن اليابس فالأقرب: دخوله، ولهذا يحنث لو حلف لا يمسّ جزءاً منها، فلمسه. والقطع لا يخرج عن الجزئية، والدخول في مسمي الشجرة كالصوف علي الغنم.

وللشافعية وجهان، هذا أحدهما. والثاني: أنه لا يدخل، لأنّ العادة فيه القطع، كما في الثمار(1).

ولو كانت الشجرة يابسة، دخلت أغصانها اليابسة قطعاً.

وتدخل العروق أيضاً في مسمي الشجرة، لأنّها جزء منها. وكذا الأوراق، لأنّها جزء من الشجرة.

وفي أوراق التوت، الخارجة(2) في زمن الربيع نظر ينشأ: من أنّها كثمار سائر الأشجار، فلا تدخل. ومن أنّها جزء من الشجرة(3) فتدخل، كما في غير الربيع. وهو الأقوي عندي.

وللشافعية وجهان(4).

وكذا شجر النبق يدخل فيه ورقه.

ص: 65

- 
- 1- التهذيب - للبخاري - 370:3، العزيز شرح الوجيز 4:338، روضة الطالبين 3: 204.
  - 2- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «وفي ورق التوت الخارج». وما أثبتناه يقتضيه السياق.
  - 3- في الطبعة الحجرية: «الشجر».
  - 4- راجع المصادر في الهامش 1.

و للشافعية طريقان، هذا(1) أحدهما، كأوراق سائر الأشجار. و الثاني:

عدم الدخول، لأنها تلتقط ليغسل بها الرأس(2).

### مسألة 586: لو باع شجرة يابسة نابثة،

فعلي المشتري تفريغ الأرض منها. و لو(3) شرط إبقاءها، فإن عيّن المدّة، صحّ. و إن أبهم، بطل، إذ لا حدّ لها ينتهي إليه.

و أطلق الشافعي البطلان لو شرط الإبقاء، كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير، و شرط عدم القطع عند الجذاذ(4). و الفرق ظاهر.

و لو باعها بشرط القطع أو القلع، جاز.

و تدخل العروق في البيع عند شرط القلع، و لا تدخل عند شرط القطع، بل تقطع عن وجه الأرض.

و هل له الحفر إلي أن يصل إلي منبت العروق؟ إشكال.

### مسألة 587: لو باع شجرة رطبة بشرط الإبقاء أو بشرط القلع،

اتبّع الشرط، فإن أطلق، فالأقرب أنّه يجب الإبقاء، تبعاً للعادة، كما لو اشترى ما يستحقّ إبقاءه.

و لا يدخل المغرس في البيع عندنا، لأنّ اسم الشجرة لا يتناوله، و هو أحد قولي الشافعي. و في الثاني: أنّه يدخل - و به قال أبو حنيفة - لأنّه

يستحقّ منفعة المغرس لا إلي غاية، و ذلك لا يكون إلاّ علي سبيل الملك، و لا وجه لتملّكه إلاّ دخوله في البيع(5).

ص: 66

1- في الطبعة الحجرية: «و هذا».

2- العزيز شرح الوجيز 4:338، روضة الطالبين 3:204.

3- في «س، ي»: «فلو».

4- العزيز شرح الوجيز 4:339، روضة الطالبين 3:204.

5- العزيز شرح الوجيز 4:339، روضة الطالبين 3:204، منهاج الطالبين: 106.

والمقدمتان ممنوعتان، لأن الغاية انتهاء حياة الشجرة وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلي غاية، كما لو أعار جداره ليضع غيره الجذع عليه.

فعلي الأول - الذي اخترناه - لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك، لم يكن له أن يغرس بدلها، وليس له أن يبيع المغرس، وعلي الثاني له أن يغرس بدلها و يبيع المغرس.

و كذا لو باع بستانا و استثنى منه البائع نخلة.

و لو اشترى النخلة أو الشجرة بحقوقها، لم يدخل المغرس، بل الإبقاء، و ليس له الإبقاء في المغرس مئته إلا أن يستخلف عوضا من فراخها المشترطة.

### مسألة 588: لو باع شجرة أو نخلة و لها فراخ،

لم تدخل الفراخ في النخلة و الشجرة، لأنها خارجة عن المسمي، فلا يتناولها العقد إلا مع الشرط.

و لو تجددت الفراخ بعد البيع، فهي لمشتري النخلة. و لا يستحق المشتري إبقاءها في الأرض إلا مع الشرط، فإن لم يشرط، كان له قلعها عن أرضه عند صلاحية الأخذ لا قبله، كما في الزرع، و يرجع في ذلك إلي العادة.

و لو اشترى النخلة بحقوقها، لم تدخل الفراخ.

و لو استثنى شجرة أو نخلة من البستان الذي باعه، أو اشترى نخلة أو شجرة من جملة البستان الذي للبائع، كان له الممر إليها و المخرج منها و مد (1) جرائدها من الأرض.

ص: 67

---

1- في «س»: «مدي» بدل «مدّ».

ولو انقلعت، لم يكن له غرس اخري، سواء كان مشتريا للنخلة أو بائعا لها، إلا أن يستثنى الأرض.

### مسألة 589: لو باع النخل و عليه ثمرة ظاهرة،

فإن كانت مؤبّرة، فهي للبائع إجماعاً، إلا أن يشترطها المشتري، فتكون له، عملاً بمفهوم قوله عليه السّلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(1)</sup>.

وإن لم تكن مؤبّرة، فهي للمشتري، إلا أن يشترطها البائع، فتكون له.

ومع الإطلاق للمشتري عندنا - وبه قال الشافعي و مالك و أحمد بن حنبل<sup>(2)</sup> - لما رواه العامّة أنّ رسول الله صلّي الله عليه وآله قال:

«من باع نخلاً بعد أن تؤبّر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»<sup>(3)</sup>.

و من طريق الخاصّة: قول الصادق عليه السّلام: «من باع نخلاً قد لقح فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها»<sup>(4)</sup> المبتاع، قضى رسول الله صلّي الله

عليه وآله بذلك»<sup>(5)</sup>.

وعن الصادق عليه السّلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من باع نخلاً قد أبره فثمره للذي باع إلا أن يشترط المبتاع» ثم قال: «إنّ عليّاً

عليه السّلام قال:

ص: 68

1- التهذيب 371:7، 1503، الاستبصار 3:232، 835، الجامع لأحكام القرآن 6:33.

2- الوسيط 3:177، حلية العلماء 4:201، التهذيب - للبعوي - 3:367، العزيز شرح الوجيز 4:340، روضة الطالبين 3:205، المنتقى

- للباقي - 4:215، التفریح 2:146، الذخيرة 5:157، مختصر اختلاف العلماء 3:95، 1173، المغني و الشرح الكبير 4:206.

3- سنن البيهقي 5:297، معرفة السنن و الآثار 8:68، 11147.

4- في المصدر: «يشترط».

5- الكافي 5:177، 12، التهذيب 7:87، 369.

قضي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِذَلِكَ»(1).

و هو يدلّ علي أنّ النخل إذا لم تؤبّر، تكون الثمرة للمشتري، لأنّه عليه السّلام جعل الإبار حدّاً لملك البائع، و هو يدلّ علي أنّه جعل ما قبله حدّاً لملك المشتري. و لأنّها قبل التأبير كالجزم من النخلة لا يعلم حالها من صحّة الثمرة و فسادها.

و قال ابن أبي ليلى: إنّها للمشتري بكلّ حال، لأنّها متّصلة بالأصل اتّصال الخلقة، فكانت تابعة له، كالأغصان(2).

و نمنع المساواة، فإنّ الغصن يطلب بقاؤه، بخلاف الثمرة، و هو جزء من النخلة داخل في اسمها، بخلاف الثمرة. و لأنّه نماء كامن لظهوره غاية، فلم يتبع أصله بعد ظهوره، كالحمل.

و قال أبو حنيفة: تكون للبائع أثرت أولاً، لأنّه نماء جزاء انتهى إليه الحدّ، فلم يتبع أصله، كالزرع(3).

و يبطل بأنّه نماء كامن لظهوره غاية، فكان تابعا لأصله قبل ظهوره، كالحمل عنده(4)، و الزرع ليس من نماء الأرض و لا متّصلا بها، بل هو مودع فيها.

### مسألة 590: النخل إما فحول أو إناث،

و أكثر المقصود من طلع

ص: 69

1- التهذيب 87:7، 370.

2- مختصر اختلاف العلماء 95:3، 1173، حلية العلماء 201:4، شرح السنّة - للبعوي - 77:5، المغني و الشرح الكبير 206:4.

3- مختصر اختلاف العلماء 95:3-96، 1173، الوسيط 178:3، حلية العلماء 201:4، شرح السنّة - للبعوي - 77:5، العزيز شرح

الوجيز 340:4، المغني و الشرح الكبير 206:4.

4- الاستذكار 14:19، 27911 و 27912.

الفحول استصلاح ثمرة الإناث به.

والذي يبدأ(1) أولاً منها أكمة صغيرة ثم تكبر و تطول حتي تصير كأذان الحمار، فإذا كبرت تشققت فتظهر العناقيد في أوساطها فيذّر فيها طلع الفحول ليكون الحاصل من رطبها أجود، فالتشقيق و ذّر طلع الفحول فيها هو التأيير و التلقيح.

و لا- فرق بين أن يؤبرها الملقح أو يؤبرها اللواقح، فإذا كانت الفحول في ناحية الصبا فهبّ الصبا وقت التأيير فأثرت الإناث برائحة طلع الفحول و كذا إذا تأثرت من نفسها، الحكم في الجميع واحد، لظهور المقصود.

إذا ثبت هذا، فالتأيير إنّما يعتبر في إناث النخل لا فحولها، فلو باع فحولاً بعد تشقيق طلعتها، لم يندرج في البيع إجماعاً. و كذا إن لم يتشقق عندنا - وهو أضعف وجهي الشافعية(2) - عملاً بالأصل، و عدم تناول اسم النخلة له، السالم عن معارضة نصّ التأيير، لأنّنا قد بيّنا أنّ جزءه ذرّ طلع الفحل فيه، و إنّما يتحقّق ذلك في الإناث. و لأنّ طلع الفحل يؤكل علي هيئته، و يطلب لتلقيح الإناث به، و ليس له غاية منتظرة بعد ذلك، فكان ظهوره كظهور ثمرة لا قشر لها، بخلاف طلع الإناث.

و الثاني: الاندراج، كما في طلع الإناث(3). و ليس معتمداً.

### مسألة 591: لو أتر بعض النخلة، كان جميع طلعتها للبائع،

و لا يشترط لبقاء الثمرة علي ملكه تأيير جميع طلعتها، لما فيه من العسر، و عدم

ص: 70

1- كذا، و الظاهر: «بيدو» بدل «بيدأ».

2- المهذب - للشيرازي - 1: 286، حلية العلماء 4: 202، العزيز شرح الوجيز 4: 340، روضة الطالبين 3: 205.

3- المهذب - للشيرازي - 1: 286، حلية العلماء 4: 202، العزيز شرح الوجيز 4: 340، روضة الطالبين 3: 205.



الضبط، ولأنه يصدق عليه أنه قد باع نخلا قد أبر، فيدخل تحت نصّ أنه للبائع، وكان غير المؤبّر تابعا للمؤبّر، وهو أولي من العكس، كما أنّ باطن الصبرة تبع لظاهرها في الرؤية. ولأنّ الباطن صائر إلي الظهور، بخلاف العكس.

ولو باع نخلات أبر بعض نخلها وبعضه غير مؤبّر، فالوجه عندي: أنّ النخلة المؤبّرة ثمرتها للبائع، وغير المؤبّرة للمشتري، سواء كانت النخلات من نوع واحد أو من أنواع مختلفة، وسواء كانت في بستان واحد أو بساتين.

وقال الشافعي: إن كانت في بستان واحد و اتّحد النوع و باعها صفقة واحدة، فالحكم كما في النخلة الواحدة إذا أبر بعض ثمرها دون بعض. وإن أفرد ما لم يؤبّر طلعة، فوجهان:

أحدهما: أنّه يبقى للبائع أيضا، لدخول وقت التأبير، والاكتفاء به عن نفس التأبير.

وأصحهما عندهم: أنّه يكون للمشتري، لأنه ليس في المبيع شيء مؤبّر حتي يجعل غير المؤبّر تبعا له، فيبقي تبعا للأصل.

وإن اختلف النوع، فوجهان:

أحدهما - وبه قال ابن خيران - : أنّ غير المؤبّر يكون للمشتري، والمؤبّر للبائع، لأنّ لاختلاف النوع تأثيرا بينا في اختلاف [الأيدي] (1) وقت التأبير.

وأصحهما: أنّ الكلّ يبقى للبائع كما لو اتّحد النوع، دفعا لضرر).

ص: 71

---

1- ما بين المعقوفين من «العزیز شرح الوجیز».

اختلاف الأيدي و سوء المشاركة.

وإن كانت في بساتين، فحيث قلنا في البستان الواحد: إنَّ كلَّ واحد من المؤبّر وغير المؤبّر يفرد بحكمه، فهنا أولي. وحيث قلنا بأنَّ غير المؤبّر يتبع المؤبّر، فهنا وجهان، أصحهما: أنَّ كلَّ بستان يفرد بحكمه.

والفرق أنَّ لاختلاف البقاع تأثيرا في وقت التأبير، وأيضا فإنَّه يلزم في البستان الواحد ضرر اختلاف الأيدي و سوء المشاركة. ولأنَّ للخطة الواحدة من التأثير في الجميع (1) ما ليس في الخطتين، فإنَّ خطة المسجد تجمع بين المأموم و الإمام و إن اختلف البناء و تباعدت المسافة بينهما.

و لا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين (2).

فروع:

أ - لو باع نخلة و بقيت الشمرة له ثمَّ خرج طلع آخر من تلك النخلة أو من نخلة أخرى حيث يقتضي الحال اشتراكهما في الحكم - كما هو عند الشافعي - احتمل أن يكون الطلع الجديد للبائع أيضا، لأنَّه من ثمرة العام، و لأنَّه يصدق علي تلك النخلة أنَّها مؤبّرة. و أن يكون للمشتري، لأنَّه نماء ملكه بعد البيع.

و للشافعية وجهان (3) كهذين.

ب - لو جمع في صفقة واحدة بين فحول النخل و إناثها، كان كما لو جمع بين نوعين من الإناث، عند الشافعية (4).

و الوجه: أنَّ طلع الفحول للبائع، و طلع الإناث للمشتري إن لم يكن 3.

ص: 72

1- في العزيز شرح الوجيز: «الجمع».

2- العزيز شرح الوجيز 4:342-343، روضة الطالبين 3:207.

3- العزيز شرح الوجيز 4:343، روضة الطالبين 3:208.

4- العزيز شرح الوجيز 4:343، روضة الطالبين 3:208.

ج - لو تشقق الطلع من قبل نفسه، فقد يبتأ أنه كما لو أبره.

و للشافعية قولان، هذا أحدهما.

وقال بعضهم: لا يندرج تحت البيع وإن لم يؤبر (1).

### مسألة 592: غير النخل من الأشجار لا تدخل ثمارها في البيع

- للأصل - إذا كانت قد خرجت، سواء بدا صلاحها أو لا، و سواء كانت بارزة أو مستترة في كمام، و سواء تشقق الكمام عنها أو لا. و كذا ورد ما يقصد ورده، سواء تفتح أو لا، عند علمائنا. و كذا القطن وغيره.

و بالجملة، كل ما عدا النخل فإن ثمرته باقية علي ملك البائع إذا كانت قد وجدت عند العقد، عملاً بالأصل السالم عن معارضة النص، لتخصيصه بالنخل.

وقالت الشافعية: ما عدا النخل أقسام:

أولها: ما يقصد منه الورق، كشجر التوت. و قد سبق حكمه.

و شجر الحنّاء و نحوه يجوز أن يلحق بالتوت. و يجوز أن يقال: إذا ظهر [ورقه، فهي] (2) للبائع بلا خلاف، لأنّه لا ثمر له سوي الورق، و للتوت ثمرة مأكولة.

و ثانيها: ما يقصد منها الورد، و هو ضربان:

أحدهما: ما يخرج في كمام ثم يتفتح كالورد الأحمر، فإذا بيع أصله بعد خروجه و تفتح، فهو للبائع، كطلع النخل المؤبر. فإن بيع بعد خروجه و قبل تفتح، فهو للمشتري، كالطلع قبل التأبير.

ص: 73

1- العزيز شرح الوجيز 4:343.

2- ما بين المعقوفين أضفناه من «العزيز شرح الوجيز» و «روضه الطالبين».

وقال بعضهم: إنه يكون للبائع أيضا.

والثاني: ما يخرج ورده ظاهرا، كالياسمين، فإن خرج ورده، فهو للبائع، وإلا فللمشتري.

وثالثها: ما يقصد منه الثمرة، وهو ضربان:

أحدهما: ما تخرج ثمرته بارزة بلا قشر ولا كام، كالتين، فهو كالياسمين، والحق العنب بالتين وإن كان لكل حبة منه قشر لطيف ويشقق ويخرج منها نور لطيف، لأن مثل ذلك موجود في ثمرة النخل بعد التأبير، ولا عبرة به.

والثاني: ما [لا] (1) يكون كذلك، وهو ضربان:

أحدهما: ما تخرج ثمرته في نور ثم يتناثر النور فتبرز الثمرة بغير حائل، كالتفاح والمشمس والكمثري وأشباهها، فإن باع الأصل قبل انعقاد الثمرة، فإنها تنعقد علي ملك المشتري وإن كان الثور قد خرج. وإن باعه بعد الانعقاد وتناثر الثور، فهي للبائع.

وإن باع بعد الانعقاد وقبل تناثر الثور، فوجهان:

أحدهما: أنها للمشتري تنزيلا للاستتار بالنور منزلة استتار ثمر الشجر بالكام.

والثاني: أنها للبائع، تنزيلا لها منزلة استتارها بعد التأبير بالقشر الأبيض. وهو أرجح عند الكرخي.

والثاني: ما يبقى له حائل علي الثمرة المقصودة، وهو قسمان:

أحدهما: ما له قشر واحد، كالرمان، فإذا بيع أصله وقد ظهر الرمان.

ص: 74

---

1- ما بين المعقوفين من «العزیز شرح الوجیز».

بقشره، فهو للبائع، ولا اعتبار بقشره، لأن إبقاءه من مصلحته، والذي لم يظهر يكون للمشتري.

والثاني ما له قشران، كالجوز واللوز والفسستق والرانج(1)، فإن باعها قبل خروجها، فإنها تخرج علي ملك المشتري. وإن باعها بعد الخروج، تبقى علي ملك البائع، ولا يعتبر في ذلك تشقق القشر الأعلى علي أصح الوجهين. والثاني: يعتبر.

واعلم أن أشجار الضربين الأخيرين منها: ما تخرج ثمرته في قشره من غير نور، كالجوز والفسستق. ومنها: ما تخرج في نور ثم يتناثر الثور عنه، كالرمان واللوز، وما ذكرنا من الحكم فيما إذا بيع الأصل بعد تناثر الثور عنه، فإن بيع قبله، عاد الكلام السابق(2).

### مسألة 593: القطن ضربان:

أحدهما: له ساق يبقى سنين، ويثمر كل سنة، وهو قطن الحجاز والشام والبصرة.

والثاني: ما لا يبقى أكثر من سنة واحدة.

[وفي كليهما(3) لا يدخل الجوزق(4) الظاهر في بيع الأصل، سواء

ص: 75

1- الرانج: النارجيل، وهو جوز الهند. لسان العرب 2:284 «رنج». وفي «س، ي» والطبعة الحجرية: «النارنج». وهو غلط. والصحيح ما أثبتناه كما في المصدر أيضا.

2- العزيز شرح الوجيز 4:340-342، روضة الطالبين 3:205-207.

3- بدل ما بين المعقوفين في «س، ي» والطبعة الحجرية: «وكلاهما». والظاهر ما أثبتناه.

4- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «الجوز» وكذا في المواضع الآتية في هذه المسألة، ولم نعثر في اللغة علي كلمة «الجوز» بهذا المعني. والصحيح ما أثبتناه.

تفتّح أو لا.

وقال الشافعي: القسم الأوّل كالنخل إن بيع الأصل قبل خروج الجوزق أو بعده قبل تشقّقه، فالحاصل للمشتري. وإن بيع بعد التشقّق، فهو للبائع. والثاني كالزرع، فإن باعه قبل خروج الجوزق أو بعده قبل تكامل القطن، فلا بدّ من شرط القطع. ثم إن لم يتفق القطع حتى خرج الجوزق، فهو للمشتري، لحدوثه من عين ملكه(1).

وقال بعضهم: إن باعه بعد تكامل القطن، فإن تشقّق الجوزق، صحّ البيع مطلقاً، ودخل القطن في البيع، بخلاف الثمرة المؤبّرة، لا تدخل في بيع الشجرة، لأنّ الشجرة مقصودة لثمار سائر الأعوام، ولا مقصود هنا سوي الثمرة الموجودة. وإن لم يتشقّق، لم يجز البيع في أصحّ الوجهين، لأنّ المقصود مستور بما ليس من صلاحه، بخلاف الجوز واللوز في القشر الأسفل(2).

### مسألة 594: إذا باع الثمرة و لم يشترط القطع،

استحقّق المشتري الإبقاء إلي القطاف بمجري العادة، فإن جري عرف قوم بقطع الثمار، فالأقرب:

إلحاق العرف الخاصّ بالعامّ، وذلك كما يوجد في البلاد الشديدة البرد كروم لا تنتهي ثمارها إلي الحلاوة واعتاد أهلها قطع الحصرم.

إذا عرفت هذا، فالثمار يختلف زمان أخذها، فما يؤخذ في العادة بسراً يؤخذ إذا تناهت حلاوته، وما يؤخذ رطباً إذا تناهي ترطيبه، وليس له إلزامه بقطعه منصفاً، و ما يؤخذ تمراً إذا انتهى نشافه.

وكذا يرجع إلي العادة في ثمرة غير النخل من سائر الأشجار.

ص: 76

1- العزيز شرح الوجيز 4:342، روضة الطالبين 3:207.

2- العزيز شرح الوجيز 4:342، روضة الطالبين 3:207.

تذنب: لو خيف علي الأصل الضرر لو بقيت الثمرة، لم يجب القطع وإن كان الضرر كثيرا علي إشكال.

### مسألة 595: لو انتقل النخل بغير عقد البيع، لم يثبت هذا الحكم فيه،

بل الثمرة الظاهرة للناقل إذا وجدت قبل النقل، سواء كانت مؤبّرة أو غير مؤبّرة، عند علمائنا.

ولا فرق بين أن يكون العقد الناقل عقد معاوضة، كالنكاح والإجارة والصلح، أو غير عقد معاوضة، كما لو أصدقها نخلا فأثمر ثمّ طلقها و قد ظهر طلع غير مؤبّر، فإنّه يرجع بنصف النخل دون الثمرة، للأصل المانع من نقل الملك عن صاحبه إلاّ بسبب شرعيّ، السالم عن معارضة البيع.

وقال الشافعي: إنّ عقود المعاوضات تتبع البيع، فلو أصدقها نخلا بعد الطلع وقبل التأبير أو جعله مال إجارة أو عوض صلح، دخلت الثمرة في العقد أيضا، قياسا علي البيع(1).

وليس بشيء، لأنّا نعارضه بقياس ما قبل التأبير علي ما بعده.

ولو ملكها بغير عقد معاوضة، كما إذا أصدقها نخلا ثمّ طلقها بعد الطلع وقبل التأبير، فإنّه يرجع بنصف النخل خاصّة دون الثمرة، لأنّ الزيادة المتصلة لا تتبع في الطلاق فالثمرة أولي.

ولو باع نخلا فأثمر عند المشتري ثمّ أفلس بالثمن، رجع البائع بالنخل، ولم تتبعه الثمرة عندنا، لانتفاء موجهه، وهو عقد البيع.

وللشافعي قولان:

أحدهما: أنّها تتبع، لأنّ ملكه زال عن الأصل، فوجب أن تتبعه

ص: 77

---

1- نقله السبكي أيضا في تكملة المجموع 11:345.

الثمرة، كما لو زال بالبيع.

و الثاني: لا تتبعه، لأنه رجع إليه بغير عقد معاوضة، فلم يتبعه الطلع، كما لو طلق امرأته (1)(2).

وكذا لو وهب نخلة فيها طلع غير مؤبّر، لم يتبع الطلع الأصل، وكان باقيا علي ملك الواهب، سواء كان بمعاوضة أو لا.

و للشافعي القولان (3) السابقان.

و لو رجع في الهبة بعد الطلع قبل التأبير، لم يدخل الطلع في الرجوع.

و للشافعي القولان (4).

و لو رهن نخلا قد أطلع قبل أن يؤبّر، لم يدخل في الرهن، اقتصارا علي ما يتناوله اللفظ. ولأنّ الرهن لا يزيل الملك، فلا يستتبع الثمرة.

و هو جديد الشافعي. وقال في القديم: يدخل (5).

### مسألة 596: لو كانت الثمرة مؤبّرة، فهي للبائع،

فإن تجددت أخرى في تلك النخلة، فهي له أيضا، وإن كان في غيرها، فللمشتري، فإن لم تميّزا، فهما شريكان، فإن لم يعلما قدر ما لكلّ منهما، اصطلاحا، ولا فسخ، لإمكان التسليم.

وكذا لو اشترى طعاما فامتزج بطعام البائع قبل القبض، وله الفسخ.

و لو باع أرضا وفيها زرع أو بذر، فهو للبائع، فإن شرطه المشتري

ص: 78

1- نقله السبكي أيضا في تكملة المجموع 345:11.

2- وردت العبارة في «س، ي» والطبعة الحجرية هكذا: «ولو باع نخلا فأثمرت.. ولم تتبعها الثمرة.. أنه يتبع.. فوجب أن تتبعها الثمرة.. و الثاني: لا تتبعها..» والصحيح ما أثبتناه.

3- كما في تكملة المجموع 345:11.

4- كما في تكملة المجموع 345:11.

5- كما في تكملة المجموع 345:11.



لنفسه، صحّ، ولا تضرّ الجهالة، لأنّه بائع.

وللبائع التبقية إلي حين الحصاد مجاناً. فإن قلعه ليزرع غيره، لم يكن له ذلك، سواء قصرت مدّة الثاني عن الأوّل أو لا.  
ولو كان للزرع أصل ثابت يجزّ مرّة بعد اخري، فعلي البائع تفريغ الأرض منه بعد الجزّة الأولي. ويحتمل الصبر حتي يستقلع.  
ولا تدخل المعادن في البيع إلاّ مع الشرط.

ولو (1) لم يعلم بها البائع وقلنا بالدخول مع الإطلاق، تخيّر بين الفسخ والإمضاء في الجميع.

ويدخل في الأرض البئر والعين وماؤهما علي ما قلناه.».

ص: 79

---

1- في الطبعة الحجرية: «فلو».



إشارة

و مطالبه ثلاثة:

الأول: في سببه.

مسألة 597: إذا يقع التحالف إذا اختلفا

واشتمل كلام كل من المتبايعين علي دعوي ينفیها صاحبه ولا بینة هناك، وذلك مثل أن يدعی أنه باع علیه هذا العبد بألف، فيقول المشتري: ما بعنتي العبد، بل بعنتي هذه الجارية بألف، فكل واحد منهما مدّع لما ينكره الآخر، وكل منهما منكر لما يدّعيه الآخر، والمنكر يتوجه (1) علیه اليمين، فيحلف كل منهما بيمينه (2) علي نفي ما ادّعاه الآخر، فيحلف المشتري أنه ما باعه هذا العبد، ويحلف البائع أنه لم يبعه هذه الجارية، ويحكم بطلان العقدین معا.

ولا فرق بين أن يكون الثمن معينا أو في الذمة.

وقال الشافعي: إن كان الثمن معينا، تحالفا، كما لو اختلفا في جنس الثمن. وإن كان في الذمة، فوجهان، أحدهما: أنهما يتحالفا أيضا، كما لو كان معينا. والثاني: أنه لا تحالف، لأن المبيع مختلف فيه، والثمن ليس بمعين حتي يربط به العقد (3).

مسألة 598: ولو قال الزوج: أصدقتك أباك،

فقلت: بل أمي، حلف

ص: 81

1- في الطبعة الحجرية: «لما يتوجه».

2- في «س، ي»: «يمينه».

3- العزيز شرح الوجيز 4: 376، روضة الطالبين 3: 231.

كلّ واحد منهما(1) علي نفي ما يدّعيه صاحبه، ولم يجمع أحدهما في اليمين بين النفي والإثبات، ولا يتعلّق بيمينهما فسخ ولا انفساخ، بل يثبت مهر المثل.

وللشافعي قولان:

أحدهما: التحالف، فيجمع كلّ منهما في يمينه بين النفي والإثبات.

والآخر: لا تحالف، بل يحلف كلّ منهما علي نفي ما يدّعيه الآخر، ولا يجمع بين النفي والإثبات في يمينه، ولا يتعلّق بيمينهما فسخ ولا انفساخ(2).

### مسألة 599: لو أقام مدّعي بيع العبد البيّنة علي دعواه،

وأقام مشتري الجارية البيّنة علي دعواه، فإن أمكن الجمع بينهما بأن يكون الثمن مطلقاً غير معيّن والزمان متعدّد، حكم بهما معاً، و يثبت(3) العقدان، ولا يمين هنا.

وإن لم يمكن إمّا بأن يكون الثمن واحداً معيّنًا، أو اتّحد الزمان بحيث لا يمكن الجمع بين العقدين، تعارضتا، وسيأتي حكم تعارض البيّنتين.

وقال الشافعي: إذا أقام كلّ منهما بيّنة علي ما ذكره، سلّمت الجارية للمشتري، وأمّا العبد فقد أقرّ البائع ببيعه، وقامت البيّنة عليه، فإن كان في يد المشتري، أقرّ عنده. وإن كان في يد البائع، فوجهان:

ص: 82

1- في «س»: «حلف كلّ منهما».

2- العزيز شرح الوجيز 4:376.

3- في «س، ي»: «ثبت».

أحدهما: أنه يسلم إلي المشتري، ويجبر علي قبوله.

والثاني: لا يجبر، لأنه ينكر ملكه فيه، فعلي هذا يقبضه الحاكم، وينفق عليه من كسبه. وإن لم يكن له كسب ورأي الحظ في بيعه و حفظ ثمنه، فعلى (1).

### مسألة 600: لو اختلفا في قدر الثمن خاصة،

فقال البائع: بعتك هذا بمائة، فيقول المشتري: بخمسين، فإن كان لأحدهما بيّنة، قضى بها.

وإن أقام كل واحد منهما بيّنة علي ما يقوله، سمعنا بيّنة من لا يكون القول قوله مع اليمين وعدم البيّنة.

وعند الشافعي تسمع البيّتان معا من حيث إن كل واحد منهما مدّع.

وحينئذ قولان: إمّا التساقط، فكأنه لا بيّنة، وإمّا التوقّف إلي ظهور الحال (2).

فإن لم يكن لواحد منهما بيّنة، قال أكثر علمائنا (3): إن كانت السلعة قائمة، فالقول قول البائع مع يمينه. وإن كانت تالفة، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنّ المشتري مع قيام السلعة يكون مدّعيا لتملّكها وانتقالها إليه بما ادّعاه من العوض، والبائع ينكره، وأمّا بعد التلف فالبايع يدّعي علي المشتري مالا في ذمته، والمشتري ينكره، فيقدّم قوله.

ولما روي عن الصادق عليه السلام أنّه قال في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري: هو بكذا وكذا بأقلّ ممّا قال البائع، قال: «القول قول البائع مع

ص: 83

1- العزيز شرح الوجيز 4:376، روضة الطالبين 3:231.

2- العزيز شرح الوجيز 4:375-376، روضة الطالبين 3:230-231.

3- منهم: الشيخ الطوسي في الخلاف 3:147، المسألة 236، والمبسوط 2:146، والنهاية و نكتها 2:142-144، والقاضي ابن البرّاج في جواهر الفقه: 57، المسألة 209.

يمينه إذا كان الشيء قائما بعينه»(1) وهو يدلّ بالمفهوم علي أنّه إذا لم يكن قائما بعينه، يكون القول قول المشتري.

وقال بعض (2) علمائنا - ولا بأس به - : القول قول البائع إن كانت السلعة في يده، وقول المشتري إن كانت السلعة في يده.

وقال الشافعي: يتحالفان، سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة - وبه قال محمد بن الحسن وأحمد في إحدَي الروايتين - لما روي ابن مسعود أنّ النبيّ صلّي الله عليه وآله قال: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع، و المبتاع بالخيار»(3) ومعني ذلك أنّ القول قوله مع يمينه، و المبتاع بالخيار إن شاء أخذ بما قال، وإن شاء حلف، وإّما ذكر البائع، لأنّه يبدأ بيمينه.

ولأنّهما اختلفا في العقد القائم بينهما، وليس معهما بيّنة، فتحالفا، كما لو كانت السلعة قائمة. ولأنّ البائع مدّع زيادة الثمن، و مدّعي عليه في تملك السلعة بالأقلّ، و المشتري بالعكس، فكّل منهما مدّع منكر(4).

و نمنع دلالة الخبر علي المطلوب و العموم، إذ ليس كلّ اختلاف يقع من المتبايعين يكون هذا حكمه، فلم قلت: إنّ صورة النزاع منه؟ و لم قلت: إنّ المبتاع يتخيّر بين الأخذ بقوله و الحلف؟ و لم لا- يجوز أن يكون الخيار له في أن يحلفه أو يعفو عنه؟ و لا نسلم اختلافهما في العقد،4.

ص: 84

1- الكافي 174:5 (باب إذا اختلف البائع و المشتري) الحديث 1، الفقيه 171:3، 765، التهذيب 230:7، 1001.

2- كابن الجنيد و أبي الصلاح الحلبي و ابن إدريس، انظر: السرائر 282-283.

3- سنن الترمذي 3:570، 1270، العزيز شرح الوجيز 4:375.

4- التهذيب - للبخاري - 3:503، العزيز شرح الوجيز 4:376، روضة الطالبين 3:231، مختصر اختلاف العلماء 3:126، 1203،

المبسوط - للسرخسي - 13:30، بداية المجتهد 2:192، المغني 4:288، الشرح الكبير 4:118.

و نمنع ثبوت حكم الأصل، فإننا قد بيّنا أنّ مع قيام السلعة يكون القول قول البائع مع يمينه من غير تحالف.

وقال أبو حنيفة و أبو يوسف: إن كانت السلعة قائمة بحالها، تحالفا.

وإن كانت تالفة، لم يتحالفا - وهو الرواية الأخرى عن أحمد - لأنّ القياس يقتضي أن يكون القول قول المشتري، لا تتفاهما علي عقد صحيح، ثمّ البائع يدّعي زيادة ينكرها المشتري، فيقدّم قوله مع اليمين، إلا أنّ تركناه في حال قيام السلعة، لما روي ابن مسعود عن النبيّ صلّي الله عليه وآله قال: «إذا اختلف المتبايعان و السلعة قائمة و لا بيّنة لأحدهما تحالفا»<sup>(1)</sup> و بقي الباقي علي حكم القياس، و هو أنّهما قد اتّفقا علي انتقال الملك إلي المشتري و اختلفا فيما يجب عليه، فالبايع يدّعي زيادة ينكرها المشتري<sup>(2)</sup>.

أجاب الشافعيّة بمنع اقتضاء القياس تقديم قول المشتري، لأنّ كلّ واحد منهما مدّع و مدّعي عليه، لأنّ البائع يدّعي العقد بالّفين، و المشتري يدّعي العقد بالّف، و هنا عقدان مختلفان، و الخبر لم يذكر فيه التحالف و لا في شيء من الأخبار. و علي أنّ التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة، يمكن معرفة ثمنها في العرف، و يتعدّر ذلك إذا تلفت، و كان البيّنة مقدّما علي الدليل<sup>(3)</sup>.4.

ص: 85

1- أورده ابن اقدمة في المغني 4:288، و الشرح الكبير 4:118.

2- المبسوط - للسرخسي - 13:29 و 30، مختصر اختلاف العلماء 3:126، 1203، التهذيب - للبخاري - 3:504، حلية العلماء 4:329، العزيز شرح الوجيز 4:376، بداية المجتهد 2:192، المغني 4:289-290، الشرح الكبير 4:119-120.

3- انظر: العزيز شرح الوجيز 4:376.

وعن مالك ثلاث روايات: إحداهما كقول الشافعي. والثانية كقول أبي حنيفة. والثالثة: إن كان قبل القبض، تحالفا. وإن كان بعد القبض، فالقول قول المشتري، لأنَّ بعد القبض صار جانب المشتري أقوى من جانب البائع، لأنَّه لمَّا دفع إليه السلعة اتَّمنه عليها ولم يتوثَّق منه، فكان القول قوله(1).

وليس بصحيح، لأنَّ اليد لا تقويه مع اتِّفاقهم علي البيع. والتسليم باليد ليس استئمانا، وإنَّما يقبل قول الأمين إذا أقامه مقام نفسه، بخلاف صورة النزاع.

وقال زفر وأبو ثور: القول قول المشتري بكلِّ حال، لأنَّه منكر(2).

وفيه قوَّة.

### مسألة 601: لو مات المتبايعان و اختلف ورثتهما في مقدار الثمن أو المثل

ي، فهو كاختلاف المتبايعين عندنا، فإن كانت السلعة قائمة، حلف ورثة البائع. وإن كانت تالفة، حلف ورثة المشتري.

وكذا قال الشافعي بأنَّهما يتحالفا كالمتبايعين، لأنَّ ما كان للمورث ينتقل إلي وارثه(3).

وقال أبو حنيفة: إن كان المبيع في يد وارث البائع، تحالفا. وإن كان

ص: 86

---

1- بداية المجتهد 2:192، حلية العلماء 4:328-329، العزيز شرح الوجيز 4:376، المغني 4:288 و 289، الشرح الكبير 4:118 و 119.

2- التهذيب - للبغوي - 3:504، حلية العلماء 4:329، بداية المجتهد 2:192، المغني 4:288، الشرح الكبير 4:118.

3- التهذيب - للبغوي - 3:504، حلية العلماء 4:330، العزيز شرح الوجيز 4:376، روضة الطالبين 3:231، مختصر اختلاف العلماء 3:127، 1204.



في يد وارث المشتري، فالقول قوله مع يمينه، لأنّ القياس عدم التحالف، فأجزناه مع بقاء السلعة(1).

### مسألة 602: إذا اختلفا في المثمن،

فقال البائع: بعتك هذا العبد بألف، فقال المشتري: بل بعته هذا العبد وهذه الجارية بألف، فالأقرب عندي هنا: تقديم قول البائع، لأنّ المشتري سلم له استحقاق الألف في ذمته، ويدّعي بيع شيئين، والبائع ينكر أحدهما، فيقدم(2) قوله.  
وقال الشافعي: يتحالفان(3)، كما تقدّم في مذهبه.

ولو اختلفا في قدر الثمن والمثمن معا بأن يقول البائع: بعتك هذا العبد بألف، ويقول المشتري بعته وهذه الجارية بألفين، فالأقوي عندي هنا: أنّهما يتحالفان - وبه قال الشافعي(4) - لأنّ هنا دعويان مختلفتان(5)، فإذا حلف البائع أنّه ما باعه العبد والجارية بألفين وحلف المشتري أنّه ما باعه العبد وحده بألف، انفسخ العقدان، أو فسّخه الحاكم.

### مسألة 603: لو اختلفا في جنس الثمن بأن قال: بعتك بألف دينار،

فيقول المشتري: بل بألف درهم، مع اتّفاقهما علي عين المبيع، فالأقرب عندي هنا: التحالف أيضا، لاتّفاقهما علي نقل المبيع، واختلافهما في جنس العوض، وأحدهما غير الآخر وغير داخل فيه، فكلّ منهما منكر

ص: 87

---

1- حلية العلماء 4:330، فتح العزيز بهامش المجموع 9:155، وفي العزيز شرح الوجيز 4:376 قد سقط في المنقول عنه بعض ما يغيّر المعنى.

2- في «س، ي»: «فقدّم».

3- التهذيب - للبعوي - 3:503، حلية العلماء 4:331، العزيز شرح الوجيز 4:376، روضة الطالبين 3:231، المغني 4:290، الشرح الكبير 4:122.

4- العزيز شرح الوجيز 4:376، روضة الطالبين 3:231.

5- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «مختلفان». والصحيح ما أثبتناه.

مدّع، فيتحالفان، كما قلناه، فيحلف البائع: ما بعته بألف درهم، ويحلف المشتري: ما ابتاعه بألف دينار، وبه قال الشافعي(1).

ولو اختلفا في بعض صفاته، قدّم قول منكر زيادة الصفة.

ولو اختلفا في وصفين مختلفين، تحالفا، وبه قال الشافعي(2).

### مسألة 604: لو اختلفا في شرط في العقد كالأجل،

أو اختلفا في قدر الأجل، أو اختلفا في الخيار وعدمه، أو قدر مدّته، أو اختلفا في اشتراط الرهن أو قدره، أو في الضمان بالمال أو بالعهد، قدّم قول منكر ذلك كلّه - وبه قال أبو حنيفة وأحمد(3) - لأنّ المشتري تمسّك بأصالة العدم، فيقدّم قوله، عملا بأصالة النفي. ولأنّه اختلاف في شرط يلحق بالعقد، فلم يتحالفا، كما لو اختلفا في العيب أو شرط البراءة.

وقال الشافعي: يتحالفا في جميع ذلك، عملا- بالقياس، وهو أنّهما اختلفا في صفة العقد القائم بينهما، وليس معهما بيّنة، فيقضي بالتحالف، كما لو اختلفا في الثمن(4).

والقياس عندنا باطل لا يجوز التعويل عليه، مع أنّ الحكم في الأصل ممنوع علي ما تقدّم.

### مسألة 605: قد بيّنا أنّ التحالف يثبت في كلّ موضع يحصل لكلّ من المتنازعين

أن يكون مدّعيا علي الآخر و منكرا لدعوي الآخر.

ص: 88

1- التهذيب - للبغوي - 503:3، العزيز شرح الوجيز 4:376، روضة الطالبين 3:230-231.

2- التهذيب - للبغوي - 503:3، العزيز شرح الوجيز 4:376، روضة الطالبين 3:230-231.

3- حلية العلماء 4:331، المغني 4:291، الشرح الكبير 4:121.

4- الوجيز 1:152-153، التهذيب - للبغوي - 503:3، حلية العلماء 4:331، روضة الطالبين 3:230-231، المغني 4:291، الشرح

الكبير 4:121.

وقال الشافعي: يجري التحالف في كل عقود المعاوضات، ولا يختص بالبيع، كالمساقاة والإجارة والمساقاة والقراض والجعالة والصلح عن دم العمدة والخلع والصداق والكتابة، طردا للمعني. ثم في البيع ونحوه يفسخ العقد بعد التحالف أو يفسخ ويترادان، كما سيأتي. أما الصلح عن الدم فلا يعود الاستحقاق، بل أثر التحالف الرجوع إلى الدية [و كذلك لا يرتد] (1) البضع، ولكن في النكاح ترجع المرأة إلى مهر المثل، وفي الخلع الزوج (2)(3).

قال الجويني: أي معنى للتحالف في القراض؟ مع أنه جائز وكل واحد منهما بسبيل من فسخه بكل حال. وأي ذلك بأن بعض الشافعية منع من التحالف في البيع في زمن الخيار، لإمكان الفسخ بسبب الخيار.

ثم أجاب بأن التحالف ما وضع للفسخ، ولكن عرضت الأيمان رجاء أن ينكل الكاذب، ويتقرر العقد بيمين الصادق، فإذا لم يتفق ذلك وأصر، فسخ العقد للضرورة.

و الوجه: أن في القراض تفصيلا، وهو: أن التحالف قبل الخوض في العمل لا معنى له، وأما بعده فالنزاع يؤول إلى مقصود من ربح أو اجرة مثل، فيتحالفان. والجعالة كالقراض (4).

والأصل عندنا ما قدّمناه من الضابط، وهو التحالف مع ادعاء كل منهما 3.

ص: 89

---

1- بدل ما بين المعقوفين في «س»: «ولذلك لا يزيل». وفي «ي»: «ولذلك يريد». وفي الطبعة الحجرية: «وذلك لا يزيد». والكل غلط، والصحيح ما أثبتناه.

2- أي: وفي الخلع يرجع الزوج إلى مهر المثل.

3- الوسيط 3: 207، التهذيب - للبعوي - 3: 503، العزيز شرح الوجيز 4: 377، روضة الطالبين 3: 231-232.

4- العزيز شرح الوجيز 4: 377، روضة الطالبين 3: 232.

علي صاحبه ما ينفيه الآخر. وإن كان الادعاء من طرف واحد، حلف المنكر.

### مسألة 606: لو قال: بعتك هذا بألف، فقال: بل وهبتيه،

حلف كل واحد منهما علي نفي ما يدعيه صاحبه، وبه قال الشافعي، وقال: إنه لا تحالف هنا(1)، لأن التحالف عنده ليس أن يحلف كل منهما علي نفي دعوي الآخر، كما قلناه نحن، بل ما يأتي(2).

إذا ثبت هذا، فإذا حلفا، كان علي مدعي الهبة ردّه بزوائده، لأنّ البائع إنّما ملكه العين بزوائدها لو سلم له الثمن.

وقال بعض الشافعية: القول قول مدعي الهبة، لأنّه مالك باتفاقهما، وصاحبه يدعي عليه مالا، والأصل براءة ذمته(3).

وقال بعضهم: إنّهما يتحالفان(4).

ولو قال: بعتك هذا بألف، فقال: بل وهبتيه علي الألف، حلف كل منهما علي نفي ما يدعيه صاحبه، وردّ الألف واستردّ العين.

ولو قال: رهنتك(5) علي ألف استقرضتها منك، فقال: بل بعته بألف، قدّم قول المالك مع يمينه، وتردّ الألف، ولا يمين علي الآخر، ولا يكون رهنا، لأنّه لا يدعيه، وبذلك قال الشافعي(6).

ص: 90

1- العزيز شرح الوجيز 4:378، روضة الطالبين 3:232.

2- في ص 95، المسألة 611.

3- العزيز شرح الوجيز 4:378، روضة الطالبين 3:232.

4- العزيز شرح الوجيز 4:378، روضة الطالبين 3:232.

5- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «وهبتك» بدل «رهنتك». والصحيح ما أثبتناه.

6- التهذيب - للبغوي - 3:507، العزيز شرح الوجيز 4:378، روضة الطالبين 3:232.

## مسألة 607: هذا كله فيما إذا اتفقا علي وقوع عقد صحيح بينهما،

أما لو اختلفا من غير الاتفاق علي عقد صحيح بأن يدعي أحدهما صحّة العقد و الآخر فساده - كما لو قال: بعثك بألف، فقال المشتري: بل بألف و زق(1) خمر، أو قال أحدهما: شرطنا في العقد خيارا مجهولا أو غيره من الشروط المبطلّة، وأنكر الآخر - فلا تحالف، و يقدم قول مدّعي الصحّة - وهو أحد قولي الشافعي(2) - لأنّ الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحّة، و لهذا يحكم بصحّة البيع لو ادّعي المشتري حرّيّة العبد المبيع، و قال المالك: بل هو عبد، تصحيحا للعقد.

و كذا من شكّ بعد الصلاة هل ترك ركنا منها أم لا، فإنّه يحكم بصحّة صلاته بناء علي أصالة الصحّة.

و القول الثاني: أنّه يقدم قول من يدّعي فساد العقد مع يمينه، لأنّ الأصل عدم العقد الصحيح و بقاء الملك للمالك، فصار كما لو اختلفا في أصل البيع(3).

و يعارض بأنّ الأصل عدم العقد الفاسد أيضا، لكن قد وقع العقد بينهما قطعا، و الأصل الصحّة.

قال القفال: الأصل المأخوذ فيمن قال: لفلان علي ألف من ثمن خمر، هل يؤخذ بأول كلامه أم يقبل قوله: من ثمن خمر؟ إن قلنا بالثاني،

ص: 91

1- الرّق: السقاء، أو الذي تنقل فيه الخمر. لسان العرب 10: 143 «زقق».

2- التهذيب - للبغوي - 3: 504، حلية العلماء 4: 332، العزيز شرح الوجيز 4: 378، روضة الطالبين 3: 232.

3- التهذيب - للبغوي - 3: 504، حلية العلماء 4: 334، العزيز شرح الوجيز 4: 378، روضة الطالبين 3: 232.

فالقول قول مدعي الفساد. وإن قلنا بالأول، فالقول قول مدعي الصحة(1).

ولو قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمر، أو بثمان مجهول، فالقول قول مدعي الصحة كما قلنا.

وبعض الشافعية قال: إن فيه طريقتين، أحدهما: طرد الوجهين.

والثاني: القطع بالفساد، لأنه لم يقر بشيء ملزم(2)(3).

و علي قول مدعي الصحة لو قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمسائة وزق خمر، و حلف البائع علي نفي سبب الفساد، صدق فيه، و يبقي التنازع في قدر الثمن، فيكون القول قول البائع مع يمينه إن كانت السلعة باقية، و قول المشتري إن كانت تالفة.

و عند الشافعي يتحالفان(4).

### مسألة 608: لو اشترى عبدا و سلمه إلي المشتري،

ثم جاءه بعبد و يريد ردّه بعيب فيه، فقال البائع: هذا ليس عبدي الذي ابتعته و قبضته مني، و ادّعي المشتري أنّه هو، قدّم قول البائع، لأصالة براءة الذمّة، و الرادّ يريد الفسخ، و الأصل مضيّه علي السلامة.

و لو فرض ذلك في السلم أو قال: ليس هذا علي الوصف الذي أسلمت إليك، فيه وجهان للشافعية:

أحدهما: أنّ القول قول المسلم إليه مع يمينه، كما أنّ القول قول

ص: 92

1- العزیز شرح الوجیز 4:379.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «لأنّه لم يفسد بشيء يلتزم». و الظاهر ما أثبتناه من «العزیز شرح الوجیز» و نحوه في «التهذيب» للبعوي.

3- العزیز شرح الوجیز 4:379، و انظر: التهذيب - للبعوي - 3:505، و روضة الطالبين 3:233.

4- العزیز شرح الوجیز 4:379، روضة الطالبين 3:233.

وأصحهما: أنّ القول قول المسلم، لأنّ اشتغال الذمّة بمال السّلم معلوم، والبراءة غير معلومة.

ويفارق صورة البيع، لأنّهما اتّفقا علي قبض ما ورد عليه الشراء، وتنازعا في سبب الفسخ، والأصل استمرار العقد.

ووجهان جاريان في الثمن في الذمّة أنّ القول قول الدافع أو القابض؟ (1) وعن ابن سريج وجه ثالث: الفرق بين ما يمنع صحّة القبض، وبين العيب الذي لا يمنعها، فإذا كان الثمن دراهم في الذمّة وفرض هذا النزاع وكان ما أراد البائع ردّه زيوفا ولم يكن ورقا، فالقول قول البائع، لإنكار أصل القبض الصحيح. وإن كانت ورقا لكنّها رديئة كخشونة الجوهر أو اضطراب السكّة، فالقول قول المشتري، لأنّ أصل القبض قد تحقّق، ولورضي به، لوقع المقبوض عن الاستحقاق (2).

ولا يخفي مثل هذا التفصيل في المسلم فيه.

ويمكن أن يقال: المعني الفارق في المسلم فيه ظاهر، لأنّ الاعتياض عنه غير جائز، لكن في الثمن لورضي بالمقبوض، لوقع عن الاستحقاق وإن لم يكن ورقا إذا كانت له قيمة، لأنّ الاستبدال عن الثمن جائز.

ولو كان الثمن معيّنا، فهو كالمبيع، فإذا وقع فيه هذا الاختلاف، قدّم قول المشتري مع يمينه.

لكن لو كان المعين نحاسا لا قيمة له، فالقول قول الرادّ، لأنّه يدّعي 3.

1- العزيز شرح الوجيز 4:379، روضة الطالبين 3:233.

2- العزيز شرح الوجيز 4:379، روضة الطالبين 3:233.

بقاء ملكه وفساد العقد، قاله بعض الشافعية (1).

### مسألة 609: لو قبض المبيع أو المسلم فيه بالكيل أو الوزن

ثم ادّعي النقصان، قال أصحابنا: إن كان حاضرا عند الكيل أو الوزن، لم يلتفت إليه، وقدّم قول الآخر مع اليمين، إذ العادة تقضي باستظهاره واحتياطه في القبض. وإن لم يحضرهما، قدّم قوله مع اليمين، لأصالة عدم القبض.

وقال الشافعي: إن كان النقصان قدر ما يقع مثله في الكيل والوزن، قبل، وإلا فقولان:

أحدهما: أن القول قول القابض مع يمينه، لأصالة بقاء حقه، وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: أن القول قول الدافع مع يمينه، لأنهما اتفقا علي القبض، والقابض يدّعي الخطأ فيه، فيحتاج إلي البيّنة، كما لو اقتسما ثم ادّعي أحدهما الخطأ، يحتاج إلي البيّنة، وبه قال مالك (2).

ويحتمل عندي التفصيل، وهو أن يقال: إن كان العقد يبطل بعدم القبض، فالقول قول من يدّعي التمام، وإلا قدّم قول مدّعي النقصان.

ولو اختلف المتبايعان في القبض، فالقول قول المشتري.

### مسألة 610: لو باع عصيرا وأقبضه ثم وجد خمرا،

فقال البائع: تخمّر في يدك والقبض صحيح، وقال المشتري: بل سلّمته خمرا والقبض فاسد، وأمكن الأمران جميعا، احتمل تقديم قول البائع، لأصالة عدم الخمرية، وبقاء الحلاوة، وصحة البيع والقبض، وبراءة الذمة. وتقديم قول المشتري، لأصالة عدم القبض الصحيح.

ص: 94

1- العزيز شرح الوجيز 4:380، روضة الطالبين 3:233.

2- العزيز شرح الوجيز 4:380، روضة الطالبين 3:234.



و للشافعي قولان (1) كهذين الاحتمالين.

و الأقوي عندي الأول.

و لو قال أحدهما: إنّه كان خمرا عند البيع، فهو يدّعي فساد العقد و الآخر يدّعي صحّته. وقد تقدّم حكمه.

و لو باعه لبنا أو دهنا في ظرف ثمّ وجد فيه فأرة و تنازعا في نجاسته عند القبض أو عند البيع أو بعدهما، فعندنا قدّم قول البائع، لأصالة الطهارة.

و للشافعي الوجهان (2).

و لو قال المشتري: بعث العبد بشرط أنّه كاتب، و أنكر البائع، قدّم قول البائع، لأصالة عدم الاشتراط، و براءة الذمّة، كما لو اختلفا في العيب، و هو أحد وجهي الشافعيّة.

و الثاني: أنّهما يتحالفان كما لو اختلفا في الأجل أو الخيار (3)(4).

و الأصل ممنوع علي ما مرّ.

و لو كان الثمن مؤجّلا فاختلفا في انقضاء الأجل، فالأصل بقاؤه.

**المطلب الثاني: في كيفة اليمين.**

**مسألة 611: التحالف عند الشافعي أن يحلف كلّ واحد من المتعاقدين علي إثبات ما يقوله**

و نفي ما يقوله صاحبه (5).

ص: 95

1- العزيز شرح الوجيز 380:4، روضة الطالبين 234:3.

2- العزيز شرح الوجيز 380:4، روضة الطالبين 234:3.

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «الجيد» بدل «الخيار» و الظاهر ما أثبتناه من «العزيز شرح الوجيز».

4- العزيز شرح الوجيز 380:4، روضة الطالبين 234:3.

5- الوسيط 210:3، التهذيب - للبعوي - 505:3، العزيز شرح الوجيز 381:4، روضة الطالبين 234:3.

وأما نحن فلا- نشترط الحلف علي الإثبات، بل يحلف كلّ منهما علي نفي ما يدّعيه الآخر، فإذا قال: بعتك هذا العبد بألف، وقال المشتري: بل بعته الجارية بألف ولم تبني العبد، ولا بيّنة، حلف البائع أنّه ما باع الجارية، وحلف المشتري أنّه ما اشترى العبد. ولا يجب علي واحد منهما الجمع بين النفي والإثبات كما قلناه، خلافاً للشافعي(1)، ولا يكون هذا تحالفاً، بل يحلف كلّ منهما علي النفي.

فإذا حلف البائع: أنّه ما باع الجارية، بقيت علي ملكه كما كانت، وانتزعتها من يد المشتري إن كانت في يده، و جاز له التصرف فيها. وإذا حلف المشتري أنّه ما اشترى العبد، فإن كان العبد في يده، لم يكن للبائع مطالبته به، لأنّه لا يدّعيه. وإن كان في يد البائع، فإنّه لا يجوز له التصرف فيه، لأنّه معترف بأنّه للمشتري، وأنّ ثمنه في ذمّته. إذا تقرّر هذا، فإن كان البائع قد قبض الثمن، فإنّه يرده علي المشتري، ويأخذ العبد قصاصاً، ويجوز له بيعه بقدر الثمن. وإن لم يكن قبضه، أخذ العبد قصاصاً أيضاً، أو باعه بذلك الثمن. ولو زاد الثمن، فهو مال لا يدّعيه الآن أحد.

### مسألة 612: الأقرب: أنّه يبدأ بيمين من ادّعي عليه أولاً،

فإن كان البائع قد ادّعي بيع العبد منه وأنكر المشتري وقال: إنّما اشتريت الجارية، حلف المشتري علي نفي شراء العبد، ثم حلف البائع علي نفي شراء الجارية.

وإن كان المشتري قد ادّعي أولاً، فقال: إنّني اشتريت هذه الجارية،

ص: 96

---

1- الوسيط 3:211، التهذيب - للبخاري - 3:505، العزيز شرح الوجيز 4:381، روضة الطالبين 3:235.

فقال البائع: لم أبعه الجارية، بل العبد، قدّم يمين البائع، فإذا حلف علي أنه ما باع الجارية، حلف المشتري أنه لم يشتر العبد.

وللشافعي قولان: قال في البيع: إنه يبدأ بيمين البائع. وفي السلم:

بالمسلم إليه. وفي الكتابة: بالسيد(1). وهذه الأقوال متوافقة.

وقال في الصداق: إنه يبدأ بالزوج(2). وهو يخالف سائر الأقوال السابقة، لأنّ الزوج يشبه المشتري.

وقال في الدعاوي: إنه إن بدئ بيمين البائع، خير المشتري. وإن بدئ بيمين المشتري، خير البائع(3). وهذا يشعر بالتسوية والتخيير.

فقال أصحابه: إن في ذلك طريقين أظهرهما: أنّ المسألة علي ثلاثة أقوال:

أظهرها: أنّ البداءة بالبائع - وبه قال أحمد بن حنبل - لما رووه من قوله عليه السّلام: «فالقول ما قال البائع و المبتاع بالخيار، أو يتتاركان، أو يتراذان»(4).

ولأنّ جانب البائع أقوى، فإنّهما إذا تحالفا، عاد المبيع إليه، فكان أقوى، كما أنّ صاحب اليد أقوى من غيره. ولأنّ ملك البائع علي الثمن يتمّ5.

ص: 97

---

1- الحاوي الكبير 300:5، المهذب - للشيرازي - 300:1، الوسيط 209:3، حلية العلماء 322:4، التهذيب - للبغوي - 505:3، العزيز شرح الوجيز 4: 381.

2- الحاوي الكبير 300:5، المهذب - للشيرازي - 300:1، الوسيط 209:3، حلية العلماء 322:4، التهذيب - للبغوي - 505:3، العزيز شرح الوجيز 4: 381.

3- الحاوي الكبير 300:5، المهذب - للشيرازي - 300:1، حلية العلماء 322:4، العزيز شرح الوجيز 4: 381.

4- سنن ابن ماجه 2: 737، 2186، سنن أبي داود 3: 285، 3511، سنن الترمذي 3: 570، 1270، سنن الدارقطني 3: 20، 63 و 65، سنن البيهقي 5: 332، سنن الدارمي 2: 250، مسند أحمد 2: 56، 4433-4430، المصنّف - لابن أبي شيبة - 6: 227، 896 و 897، المعجم الكبير - للطبراني - 2: 215، 10365.

بالعقد، و ملك المشتري علي المبيع لا يتم بالعقد.

و الثاني: أنه يبدأ بالمشتري - و به قال أبو حنيفة - لأنه مدعي عليه زيادة ثمن، و الأصل براءة ذمته عنها، فاليمين في جنبه أقوى. و لأنه إذا نكل، و جب الثمن الذي ادّعه البائع، و انفصل الحكم، و ما كان أقرب إلي فصل الحكم بدئ به.

و الثالث: أنه لا يبدأ بيمين أحدهما، بل يتساويان، فإن كل واحد منهما مدّع و مدّعي عليه، فقد تساويا، فلا ترجيح. و علي هذا فوجهان:

أظهرهما: أنه يتخير الحاكم في ذلك، فيبدأ بيمين من اتفق.

و الثاني: أنه يقرع بينهما، كما يقرع بين المتسابقين إلي المباح.

و الطريق الثاني: القطع بأنّ البداءة بالبائع قولاً واحداً.

و الذي قاله الشافعي في الصداق بأنّ الزوج يجري مجري البائع، لأنّ البضع يكون ملكه بعد فسخ الصداق، كما يكون المبيع ملك البائع بعد فسخ البيع بالتحالف.

و الذي قاله في الدعاوي و البيّنات فإنّما أراد أنّ الحاكم إذا كان يري ذلك بفعله، لا أنّه خيرّه.

و من قال بالثاني قطع بأنّ البداءة في اختلاف الزوجين بالزوج، ل [وجهين]:

أحدهما: [1] أنّ أثر تحالف الزوجين إنّما يظهر في الصداق دون البضع، و الزوج هو الذي ينزل عن الصداق، فكان كالبايع له.

و الثاني: أنّ تقدّم البائع إنّما كان لقوّة جانبه، لحصول المبيع له بعدق.

ص: 98

---

1- ما بين المعقوفين أضفناه من «العزیز شرح الوجيز» من حيث السياق.

التحالف، وفي النكاح يبقى البضع للزوج.

وإذا قَدّمنا طريقة إثبات الخلاف، فإن قَدّمنا البائع، لم يخف من ينزل منزلته في سائر العقود، وفي الصداق يأتي وجهان:

أحدهما: أنّ البداءة بالمرأة.

والثاني: أنّ البداءة بالزوج.

وإن قَدّمنا المشتري، فالقياس انعكاس الوجهين(1).

إذا ثبت هذا، فإنّ جميع ما ذكرناه للاستحباب - عندهم(2) - دون الإيجاب.

وأيضا تقدّم أحد الجانبين مخصوص بما إذا باع عرضا بثمن في الذمّة، فأما إذا تبادلا عرضا بعرض، فلا وجه إلاّ التسوية.

وينبغي أن يخرج ذلك علي أنّ الثمن ما ذا؟ وقد سبق(3) أنّه الذي تدخل عليه الباء وغير ذلك علي ما مضى من الخلاف.

### مسألة 613: اليمين عندنا واحدة علي نفي ما ادّعاه الآخر،

فيحلف البائع أنّه لم يبع بخمسمائة، ويحلف المشتري أنّه لم يشتري بألف، لأنّ المدّعي لا يمين عليه، فكلّ مدّع منهما لا يحلف علي ما ادّعاه، ويحلف علي نفي ما ادّعاه الآخر ثمّ يفسخ العقدان.

وظاهر قول الشافعي الاكتفاء بيمين واحدة من كلّ واحد من المتعاقدين جامعة بين النفي والإثبات، فيقول البائع: ما بعت بخمسمائة وإتّما

ص: 99

1- الحاوي الكبير 5:300-301، حلية العلماء 4:322-323، العزيز شرح الوجيز 4:381-382، روضة الطالبين 3:235، المغني 4:288، الشرح الكبير 4:118.

2- العزيز شرح الوجيز 4:382، روضة الطالبين 3:235.

3- في ج 10 ص 123-124، الفرع «د» من المسألة 66، وج 11 ص 390، المسألة 544.

بعت بألف، و يقول المشتري: ما اشترت بألف وإتّما اشترت بخمسمائة(1).

وقال الشافعي: لو تداعيا دارا في أيديهما فادّعي كلّ منهما أنّ جميعها له، حلف كلّ واحد علي مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده، و لو حلف أحدهما و نكل الآخر، حلف الحالف يمينا اخري للإثبات(2).

قال أصحابه: ففي القولين طريقان:

أحدهما: تقرير القولين.

و الفرق بينهما: أنّ في مسألة التداعي يحلف أحدهما علي نفي دعوي صاحبه في النصف الذي في يده، و يكون القول قول الآخر في النصف الآخر، فإذا نكل، رددنا اليمين علي الأول، و هنا يحلف علي صفة عقد تضمّن إثباتا و نفيًا، فلهذا كفي يمين واحدة، لأنّ العقد واحد اتّفاقا و التنازع في صفته، فكانّ الدعوي واحدة، فجاز التعرّض في اليمين الواحدة للنفي و الإثبات، فمفنيّ كلّ واحد منهما في ضمن مثبتة، و منفّيّ كلّ واحد منهما في صورة الدار ممتاز عن مثبتة، فلا معني ليمينه علي الإثبات قبل نكول صاحبه.

الثاني: التصرّف بتخريج قول من مسألة الدار فيما نحن فيه.

و وجهه: الجري علي قياس الخصومات، فإنّ يمين الإثبات لا يبدأ بها في غير القسامة.

و هل يتصرّف بتخريج قول فيما(3) نحن فيه من مسألة الدار أيضا؟».

ص: 100

- 
- 1- الحاوي الكبير 5:301، الوسيط 3:210، حلية العلماء 4:324-325، التهذيب - للبخاري - 3:505-506، العزيز شرح الوجيز 4:382، روضة الطالبين 3:235.
  - 2- العزيز شرح الوجيز 4:382.
  - 3- كذا، و في المصدر: «ما» بدل «فيما».

قال كثير منهم: نعم، حتي يكون قولان بالنقل و التخريج(1).

وقال الجويني وغيره: لا، لأن كل واحد لا يحتاج فيما في يده إلي الإثبات، و اليمين علي الإثبات يمين الردّ، فكيف يحلف الأول يمين الردّ و صاحبه لم ينكل بعد؟! و كيف يحلفها الثاني و قد حلف صاحبه؟! (2).

### مسألة 614: إذا حلف البائع أنه لم يبع العبد،

و حلف المشتري أنه لم يشتر الجارية، انفسخ العقدان. و إن نكل المشتري عن يمين النفي، حلف البائع يميناً اخري علي إثبات دعواه، و حكم علي المشتري. و من قضى بالنكول لم يكلف البائع يمين الإثبات، بل يحكم له بمجرد النكول.

و عند الشافعي: إذا اكتفينا بيمين واحدة، يجمع بين النفي و الإثبات، لأنه أفضل للحكم و أسهل علي الحاكم، و جوّزنا(3) الإثبات قبل نكول.

الخصم، لأنه تبع للنفي. و لأنهما يتحالفان علي الإثبات من غير نكول و إن كانت يمينين(4)، فإذا حلف أحدهما و نكل الثاني، قضى للحالف، سواء نكل عن النفي و الإثبات جميعاً أو عن أحدهما. و النكول عن البعض كهو عن الكل(5).

و ينبغي أن يقدّم النفي - سواء حلف يميناً واحدة أو اثنتين، لأصلته في الأيمان - علي الإثبات(6).

ص: 101

1- العزيز شرح الوجيز 4:382-383.

2- العزيز شرح الوجيز 4:383.

3- في «ي»: «جوّز».

4- قوله: «لأنه أفضل للحكم.. و إن كانت يمينين» لم يرد في المصدر.

5- العزيز شرح الوجيز 4:383.

6- في «س، ي» و الطبعة الحجرية زيادة: «و قال بعض الشافعية: يقدّم الإثبات، لأنه المقصود». و حذفناها لزيادتها.

وقال أبو سعيد: يقدّم الإثبات، لأنّ الله تعالى قدّمه في اللعان علي النفي، فقال في اليمين وَ الْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (1) ولأنّ المقصود من الحالف (2).

وليس بصحيح، لأنّ الأصل في الأيمان إنّما هو النفي، و أمّا الإثبات فإتّما يكون فيها بالنكول أو تبعاً للنفي، فيجب أن يقدّم النفي، وكلّ أيمان اللعان إثبات، وليس فيها نفي. وقوله إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ إثبات للصدق، مثل قوله إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (3).

وهل الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق؟ الأظهر عندهم: الأوّل (4).

ونقل الجويني الثاني (5).

فإذا قلنا: يحلف أوّلاً علي مجرد النفي، فلو أضاف إليه الإثبات، كان لغوا.

وإذا حلف من وقعت البداءة به علي النفي، عرضت اليمين علي الثاني، فإن نكل، حلف الأوّل علي الإثبات، وقضي له.

وإن نكل عن الإثبات، لم يقض له، لاحتمال صدقه فيما يدّعيه (6) صاحبه وكذبه فيما يدّعيه.

وقال بعض الشافعيّة: إنّ كما لو تحالفا، لأنّ نكول المردود عليه عن.

ص: 102

1- النور: 7.

2- المهذب - للشيرازي - 1:300، الوسيط 3:210، حلية العلماء 4:324، العزيز شرح الوجيز 4:383، روضة الطالبين 3:235.

3- النور: 6.

4- العزيز شرح الوجيز 4:383، روضة الطالبين 3:235.

5- العزيز شرح الوجيز 4:383، وانظر: روضة الطالبين 3:235.

6- في العزيز شرح الوجيز 4:383: «في نفي ما يدّعيه».



يمين الردّ ينزل في الدعوي منزلة حلف الناكل أولاً(1).

ولو نكل الأؤل عن اليمين، حلف الآخر علي النفي و الإثبات، وقضي له.

ولو حلفا(2) علي النفي، فوجهان:

أصحهما عندهم أنه يكفي ذلك، و لا حاجة بعده إلي يمين الإثبات، لأنّ المحوج إلي الفسخ جهالة الثمن و قد حصلت.

و الثاني: أنه تعرض يمين الإثبات عليهما، فإن حلفا، تمّ التحالف، وإن نكل أحدهما، قضي للتحالف(3).

و القول في أنه تقدّم يمين النفي أو الإثبات كما ذكرنا علي تقدير الاكتفاء بيمين واحدة.

و لو عرض اليمين عليهما فنكلا جميعا، فوجهان:

قال(4) الجويني: إن تناكلهما كتتحالفهما، فإنه إذا تداعي رجلان مولودا، كان ذلك كتتحالفهما.

و الثاني: أنه يوقف الأمر كأنهما تركا الخصومة(5).

### المطلب الثالث: في حكم التحالف.

#### مسألة 615: إذا حلف كل من المتبايعين يمين النفي،

سقطت الدعويان عندنا، كما لو ادّعي علي الغير بيع شيء أو شراءه، فأنكر و حلف،

ص: 103

1- العزيز شرح الوجيز 4:383، روضة الطالبين 3:236.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «حلف». و الظاهر ما أثبتناه من المصدر.

3- العزيز شرح الوجيز 4:383، روضة الطالبين 3:236.

4- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «وقال». و الظاهر ما أثبتناه.

5- العزيز شرح الوجيز 4:383، روضة الطالبين 3:236. و لا يخفي أنّ في المصدرين نسب الوجه الثاني إلي الجويني أيضا.

سقطت الدعوي، وكان الملك باقيا علي حاله، ولم يحكم بثبوت عقد حتي يحكم بانفساخه.

وأما الشافعي القائل بالتحالف فقال: إذا تحالف المتعاقدان، ففي العقد وجهان:

أحدهما: أنه لا يفسخ بنفس التحالف.

وفيه وجه آخر: أنه يفسخ بالتحالف، كما يفسخ النكاح بتحالف المتلاعنين. ولأنّ التحالف يحقّق ما قالاه، ولو قال البائع: بعت بألف، فقال المشتري: اشتريت بخمسائة، لم ينعقد، فكذا هنا(1).

قال القاضي أبو الطيّب: الأول هو المنصوص للشافعي في كتبه القديمة و الجديدة لا أعرف له غير ذلك، لأنّ البيّنة أقوى من اليمين، ولو أقام كلّ منهما بيّنة علي ما يقوله، لا يفسخ العقد، فاليمين أولى بعدم الفسخ. ولا يشبه اللعان، لأنّ قول الزوج يقطع النكاح، فقامت يمينه مقام طلاقه، بخلاف المتنازع(2).

### مسألة 616: لو رجع أحدهما إلي قول الآخر،

فإن كان قبل التحالف، حكم بمقتضي عقده. وإن كان بعد التحالف، فكذلك، فلو حلف أنّه لم يبع الجارية و حلف المشتري أنّه لم يشتر العبد ثمّ اعترف المشتري بصدق البائع، كان حكمه حكم ما لو حلف المنكر ثمّ كذب بيمينه. قال علماؤنا: اليمين قاطعة للدعوي، فإن جاء الحالف تائباً إلي الله تعالى و دفع ما حلف عليه، كان لصاحبه أخذه، فكذا يتأتّى هنا.

ص: 104

---

1- المهذّب - للشيرازي - 1:300، حلية العلماء 4:325-326، العزيز شرح الوجيز 4:384، روضة الطالبين 3:236.  
2- انظر: العزيز شرح الوجيز 4:384، وفيه بعض المقصود.

وَأَمَّا الشافعي فله قولان:

أحدهما: فسخ العقد بمجرد التحالف من غير حاجة إلي حكم الحاكم بالفسخ.

والثاني: أنه لا يفسخ إلا بحكم الحاكم (1).

فعلي الأول فإنهما يترادان.

ولو تقارنا علي أحد اليمينين (2)، لم يعد نافذا، بل لا بدّ من تجديد عقد.

وهل يفسخ في الحال أو يتبين ارتفاعه من أصله؟ للشافعية وجهان، أظهرهما: الأول، لنفوذ تصرفات المشتري قبل الاختلاف.

وعلي هذا فالحاكم يدعوهما بعد التحالف إلي الموافقة، فينظر هل يعطي المشتري ما يقوله البائع من الثمن؟ فإن فعل، اجبر البائع عليه، وإلا نظر هل يقنع البائع بما يقوله المشتري؟ فإن فعل فذاك، وإلا فحينئذ يحتاج إلي فسخ العقد.

ومن الذي يفسخه؟ وجهان:

أحدهما: الحاكم، لتعدّر إمضائه في الحكم، وكالفسخ في العتّة، لأنه فسخ مجتهد فيه.

وأظهرهما عندهم: أنّ للمتعاقدين أيضا أن يفسخا، ولأحدهما (3) أن.

ص: 105

---

1- المهذب - للشيرازي - 1:300، حلية العلماء 4:326، العزيز شرح الوجيز 4:384، روضة الطالبين 3:236.

2- في «س، ي»: «الثنين».

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «وأحدهما». و ما أثبتناه من «العزيز شرح الوجيز» و «روضة الطالبين».

ينفرد به، كالفسخ بالعيب(1).

قال الجويني: إذا قلنا: الحاكم هو الذي يفسخ، فذلك إذا استمرّ علي النزاع ولم يفسخا أو التمسا الفسخ، فأما إذا عرضنا عن الخصومة ولم يتوافقا علي شيء ولا فسخا، ففيه نظر(2).

وإذا فسخ العقد إمّا بفسخهما أو بفسخ الحاكم، وقع الفسخ ظاهرا.

و هل يقع باطنا؟ فيه للشافعية(3) ثلاثة أوجه:

أحدها: لا، لأنّ سبب الفسخ تعذر إمضائه، لعدم الوقوف علي الثمن، وأنّه أمر يتعلّق بالظاهر، والعقد وقع صحيحا في نفسه، وإمّا تعذر إمضائه في الظاهر، فكان الفسخ في الظاهر دون الباطن.

و الثاني: أنّه يقع ظاهرا و باطنا، لأنّه فسخ لاستدراك الظلامة، فأشبه الردّ بالعيب.

و الثالث: أنّ البائع إن كان ظالما، فالفسخ يقع ظاهرا لا باطنا، لأنّه يمكنه استيفاء الثمن و تسليم المبيع، فإذا امتنع، كان عاصيا، فلا يقع الفسخ بذلك. و إن كان المشتري ظالما، وقع الفسخ ظاهرا و باطنا، لأنّ البائع لا يصل إلي حقّه من الثمن، فاستحقّ الفسخ، كما لو أفلس المشتري(4).

و هل يجري مثل هذا الخلاف إذا فرّعا علي انفساخ العقد بنفس7.

ص: 106

1- المهذب - للشيرازي - 300:1، التهذيب - للبخاري - 508:3، العزيز شرح الوجيز 384:4، روضة الطالبين 236:3.

2- العزيز شرح الوجيز 384:4، روضة الطالبين 236:3.

3- في الطبعة الحجرية: «لشافعي».

4- المهذب - للشيرازي - 300:1-301، حلية العلماء 326-327، العزيز شرح الوجيز 384:4-385، روضة الطالبين 236:3-237.

التحالف أم يجزم بالارتفاع باطنا أيضا؟ اختلفوا فيه(1).

وإذا قلنا بالارتفاع باطنا، تراذًا، وتصرف كل منهما فيما عاد إليه. وإن منعناه، لم يجز لهما التصرف، لكن لو كان البائع صادقًا، فهو ظافر بمال من ظلمه لما استرد المبيع، فله يبيعه بالحاكم في أحد الوجهين، أو بنفسه في أصحهما عندهم(2)، واستيفاء حقه من ثمنه.

إذا تقرر هذا، فكل موضع قلنا: إن الفسخ يقع ظاهرًا وباطنًا، فإن للبائع التصرف في المبيع بجميع أنواع التصرف حتى بالوطني. وإن قلنا:

يقع ظاهرًا دون الباطن، فإن كان البائع ظالمًا، لم يجز له التصرف في المبيع بوجه، ووجب عليه ردّه علي المشتري بالثمن المسمي، لأنّه لا يجوز له أن يستييع ملك غيره بظلمه. وإن كان المشتري ظالمًا، فإن البائع قد حصل في يده ملك المشتري، وله عليه الثمن، وهو من غير جنسه، فله أن يبيع جميعه أو مقدار حقه.

و هل يبيعه بنفسه أو يتولاه الحاكم؟ وجهان(3):

أحدهما: أنّه يرفعه إلي الحاكم ليبيعه، لأنّ الولاية للحاكم علي صاحبه دون هذا البائع.

و الثاني: يبيعه بنفسه - وهو منصوب الشافعي - لأنّه يتعدّر عليه رفعه إلي الحاكم وإثبات حقه عنده، فجوّز ذلك للضرورة، كما جوّز إمساك ملك المشتري للحاجة.

وعندنا إن تمكّن من الحاكم، ووجب، وإلاّ تولاه بنفسه، فإذا باعه فإن 7.

ص: 107

1- العزيز شرح الوجيز 4:385، روضة الطالبين 3:237.

2- حلية العلماء 4:327، العزيز شرح الوجيز 4:385، روضة الطالبين 3:237.

3- حلية العلماء 4:327، العزيز شرح الوجيز 4:385، روضة الطالبين 3:237.

كان الثمن وفق حقه، فقد استوفاه. وإن نقص، فالباقي في ذمة المشتري.

وإن فضل، فللمشتري. وإن تلف هذا في يده، كان من ضمانه. وإن تحالفا بعد تلف السلعة، وجب رد قيمة المبيع.

ومتى تعتبر قيمته؟ علي وجهين:

أحدهما: أكثر ما كانت من حين القبض.

و الثاني: حال التلف، كالمقبوض علي وجه السوم(1).

وهذه الفروع مبنية علي ما إذا اختلفا في قدر الثمن. وذكر الجويني عبارة نحو(2) هذه الصورة وغيرها، وهي: أن الفسخ إن صدر من المحق، فالوجه: تنفيذه باطنا. وإن صدر من المبطل، فالوجه: منعه. وإن صدر منهما جميعا، قال: لا شك في الانفساخ، وليس ذلك موضع الخلاف، وكان كما لو تقايلا. وإذا صدر من المبطل، لم ينفذ باطنا. وطريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه. وإن صدر الفسخ من الحاكم، فالظاهر الانفساخ باطنا لينتفع به المحق(3).

واعلم أن هذا لا يتأتى علي مذهبنا فيما إذا كان الاختلاف في كميّة الثمن، وإّما يقع فيما إذا اختلفا في تعيين المبيع، كالعبد أو الجارية، أو في تعيين الثمن، كالذهب أو الفضة، وهنا نقول: إن المبطل لا يباح له التصرف فيما صار إليه، والمحق له التصرف.

### مسألة 617: إذا فسخ البيع، كان علي المشتري رد المبيع

إن كان قائما

ص: 108

1- الوسيط 3:216، التهذيب - للبعوي - 3:509، العزيز شرح الوجيز 4:385 - 386، روضة الطالبين 3:237.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «تجري» بدل «نحو». والصحيح ما أثبتناه.

3- العزيز شرح الوجيز 4:385، روضة الطالبين 3:237، و العبارة فيهما هكذا: «.. وإذا صدر من المبطل ولم ينفذه باطنا، فطريق الصادق..».

بحاله، لقوله عليه السّلام: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا و ترادّا» رواه العامة(1).

و هذا عندنا صحيح فيما إذا كان الاختلاف في الأعيان المتعدّدة، لا في قدر الثمن، فإذا كان المشتري قد أخذ ما ادّعه و سقطت دعواه بيمين البائع، وجب عليه ردّ ما أخذه، لظهور بطلان الأخذ بيمين البائع.

و إن تلف في يد المشتري، فعليه قيمته، سواء كانت أكثر من الثمن أو أقلّ.

و هل يعتبر وقت التلف، لأنّ مورد الفسخ العين لو بقيت، و القيمة خلف عنها، فإذا فات الأصل، فحينئذ ينظر إليها، أو يوم القبض، لأنّه وقت دخول المبيع في ضمانه، أو الأقلّ، لأنّها إن كانت يوم العقد أقلّ، فالزيادة حدثت في ملك المشتري، و إن كان يوم القبض أقلّ، فهو يوم دخوله في ضمانه، أو بأعلي القيم من يوم القبض إلي يوم التلف، لأنّ يده يد ضمان، فتعيّن أعلي القيم؟ و للشافعيّة هذه الاحتمالات الأربعة أقوال(2) فيما قلناه(3) و فيما إذا اختلفا في قدر الثمن أو الأجل أو الضمين أو غير ذلك(4) علي ما تقدّم.

### مسألة 618: لو زادت العين في يد المشتري، فأما زيادة متّصلة أو منفصلة.

فإن كانت متّصلة، فهي للبائع يردها المشتري مع العين.

و إن كانت منفصلة، كالولد و الثمرة و الكسب و المهر، فإن قلنا: العقد

ص: 109

1- الوجيز 1:153، العزيز شرح الوجيز 4:385.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «أقوالا». و الظاهر ما أثبتناه.

3- في الطبعة الحجرية: «نقلناه».

4- العزيز شرح الوجيز 4:385-386، روضة الطالبين 3:237.

يرتفع من أصله - وهو الظاهر عندنا إذا وقع التنازع في تعيين المبيع أو تعيين الثمن أيّ العينين هو؟ - فالنماء للبائع، ويجب أقصى القيم لو تلف المبيع.

وإن قلنا: من حينه، فالنماء للمشتري، وعليه القيمة يوم التلف.

وعند الشافعي يتأتّى ذلك في هذه الصورة وفيما إذا اختلفا في قدر الثمن وغيره علي ما سلف (1).

وقال بعض الشافعيّة: هذا الخلاف السابق في القيمة متي تعتبر؟ نظرا إلي أنّ العقد يرتفع من أصله أو من حينه؟ إن قلنا بالأول، فالواجب أقصى القيم. وإن قلنا بالثاني، اعتبرنا قيمته يوم التلف (2).

### مسألة 619: لو اشتري عبدين و تلف أحدهما

ثمّ اختلفا في قدر الثمن، قدّم قول المشتري مع يمينه، كما ذهبنا إليه.

وقال الشافعي: يتحالفان، بناء علي أصله (3).

و هل يردّ الباقي؟ فيه الخلاف المذكور في مثله إذا وجد الباقي معيبا.

وإن قلنا: يردّ، فيضمّ قيمة التالف إليه، وفي القيمة المعتبرة الوجوه الأربعة (4).

اعترض: بأنّه لم كان الأصحّ هنا غير الأصحّ في القيمة المعتبرة لمعرفة الأرش؟ أجيب: يجوز أن يكون السبب فيه أنّ النظر إلي القيمة ثمّ ليس ليغرم، ولكن ليعرف منها الأرش الذي هو جزء من الثمن، وكذلك

ص: 110

1- في ذيل المسألة السابقة.

2- العزيز شرح الوجيز 4:386.

3- العزيز شرح الوجيز 4:386، روضة الطالبين 3:237.

4- العزيز شرح الوجيز 4:386، روضة الطالبين 3:237.



العوض (1) فيما إذا تلف أحد العبدین و وجدنا عیبا بالباقي و جوّزنا إفراده بالردّ، یوزّع (2) الثمن علی قيمة التالف و الباقي، و هاهنا المغروم القيمة، فكان النظر إلی حالة الإتلاف ألیق (3).

و لو كان المبیع قائما إلاّ أنّه قد تعیّب، ردّه مع الأرش، و هو قدر ما نقص من القيمة، لأنّ الكلّ مضمون علی المشتري بالقيمة، فیکون البعض مضمونا ببعض القيمة.

أمّا المبیع لو تعیّب فی ید البائع و أفضی الأمر إلی الأرش، و جب جزء من الثمن، لأنّ الكلّ مضمون علی البائع بالثمن، فكذا البعض.

و هذا أصل مطّرد فی المسائل أنّ كلّ موضع لو تلف الكلّ، كان مضمونا علی الشخص بالقيمة، فإذا تلف البعض، كان مضمونا علیه ببعض القيمة، كالمغصوب و غیره، إلاّ فی صورة واحدة، و هی: ما إذا عجلّ زکاته ثمّ تلف ماله قبل الحول و كان ما عجلّ تالفا، یغرم المسکین القيمة، و لو تعیّب، ففي الأرش و جهان للشافعیّة (4).

تذنیب: لو اختلفا فی القيمة الواجبة علیه أو الأرش، قدّم قول المشتري مع الیمین، لأنّه الغارم.

### مسألة 620: التلف قد يكون حقیقیا،

كما لو هلكت العین، و قد یكون حکمیّا، كما لو أعتق المشتري أو وقف أو باع أو وهب و أقبض و تعوّض،

ص: 111

1- فی «س» و الطبعة الحجریّة: «الفرض» و فی «ی»: «العرض» بدل «العوض». و ما أثبتناه من المصدر.

2- فی «س» و الطبعة الحجریّة: «بالردّ توزیع» و فی «ی»: «بالردّ و توزیع». و ما أثبتناه من المصدر.

3- العزیز شرح الوجیز 386:4.

4- العزیز شرح الوجیز 386:4، روضة الطالبین 3:238.

و هنا يكون للبائع انتزاع العين، و يحكم ببطلان هذه العقود، و هو قول بعض الشافعية(1).

وقال بعضهم: إن هذه التصرفات بمنزلة الإتلاف، فتجب القيمة، و تبقى هذه التصرفات علي الصحة(2). و ليس جيّداً.

و التعيب أيضا قد يكون حقيقياً، كما لو تلف جزء من المبيع أو نقصت صفة من صفاته، و قد يكون حكماً، كما لو زوج الجارية المبيعة أو العبد المبيع، فعندنا يبطل النكاح إن لم يجز البائع، و هو أحد قولي الشافعية(3).

وقال بعضهم: علي المشتري ما بين قيمتها مزوجة و خلية، و تعود إلي البائع و النكاح بحاله(4).

### مسألة 621: لو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري،

كان عليه قيمته للبائع إذا حلف أنّه لم يبعه، لتعذر الوصول إليه.

وقال الشافعي: إذا تحالفا، لم يمتنع الفسخ، فإنّ الإباق لا يزيد علي التلف، و يغرم المشتري القيمة(5) كما قلناه.

و لو كاتبه المشتري كتابة صحيحة، كان للبائع فسخها.

وقال الشافعي: يتم مكاتبها، ثمّ يغرم المشتري القيمة، كالإباق(6).

و لو رهنه، كان للبائع انتزاعه و قال الشافعي: تخيير البائع بين أخذ القيمة و الصبر إلي انفكاك

ص: 112

---

1- التهذيب - للبغوي - 3:509، العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:238.

2- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:238.

3- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:238.

4- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:238.

5- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:238.

6- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:238.

الرهن(1).

ولو أجره، كان للبائع أخذه وفسخ الإجارة.

وقال الشافعي: يبني علي أن بيع المستأجر هل يجوز؟ إن قلنا: لا، فهو كما لو رهنه. وإن قلنا: نعم، فللبائع أخذه، لكنّه يترك عند المستأجر إلي انقضاء المدّة، والأجرة المسّماة للمشتري، وعليه للبائع أجره للمدّة الباقية. وإن كان قد أجره من البائع، فله أخذه لا محالة.

وفي انفساخ الإجارة وجهان، كما لو باع الدار المستأجرة من المستأجر إن قلنا: لا يفسخ، فعلي البائع المسّمي للمشتري، وعلي المشتري أجره مثل المدّة الباقية للبائع.

وإذا غرم القيمة في هذه الصورة ثم ارتفع السبب الحائل وأمكن الردّ، هل تستردّ القيمة وتردّ العين؟ يبني ذلك علي أنه قبل ارتفاع الحائل ملك من هو؟(2).

أمّا الأبق ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبقى للمشتري، والفسخ لا يرد علي الأبق، وإنّما هو وارد علي القيمة.

وأصحّهما عندنا وعندهم(3) أنه في إباقه ملك البائع، والفسخ وارد عليه، وإنّما وجبت القيمة، للحيلولة.

وأمّا المرهون والمكاتب ففيهما طريقتان:3.

ص: 113

1- التهذيب - للبغوي - 3:509، العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:238.

2- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:238-239.

3- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:239.

أحدهما: طرد الوجهين.

وأظهرهما عندهم: القطع ببقاء الملك للمشتري، كما أنّ المشتري إذا أفلس بالثمن والعبد آبق، يجوز للبائع الفسخ والرجوع إليه. ولو كان مرهونا أو مكاتبا، ليس له ذلك(1).

و الوجه عندنا بطلان الكتابة والرهن كما قلنا.

وأما المكثري إذا منعنا بيعه، فهو كالمرهون والمكاتب، أو كالأبق، لأنّ حقّ المكثري لا يتعلّق بمورد البيع والفسخ، وهو الرقبة؟ فيه للشافعية احتمالات(2).

قال الجويني: وإذا قلنا ببقاء الملك للمشتري، فالفسخ وارد علي القيمة، كما في صورة التلف، فلا ردّ ولا استرداد. وإذا قلنا بانقلابه إلي البائع، ثبت الردّ والاسترداد عند ارتقاء الحيلولة(3).

### مسألة 622: لو اختلف المتبايعان، فادّعي أحدهما حرّية العبد المبيع وأنكر الآخر،

فالقول قول المنكر مع يمينه.

قال الشافعي: إذا حلف كلّ منهما، فبعد التحالف أو قبله لم يحكم بحرّية العبد المبيع إن لم يكن الأمر كما قال، فلا يعتق العبد في الحال، لأنّه ملك المشتري، وهو صادق بزعمه(4).

ثمّ إن فسخ العقد أو عاد العبد إلي البائع بسبب آخر، عتق عليه، لأنّ المشتري كاذب بزعمه، والعبد قد عتق عليه، فهو بمنزلة من أقرّ بحرّية العبد ثمّ اشتراه، ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذبا، ويعتق علي

ص: 114

1- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:239.

2- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:239.

3- العزيز شرح الوجيز 4:387، روضة الطالبين 3:239.

4- العزيز شرح الوجيز 4:388، روضة الطالبين 3:239.

المشتري إن كان صادقاً، وولاء هذا العبد موقوف لا يدعيه البائع ولا المشتري.

ولو صدق المشتري البائع، حكم بعثته عليه، ويرد الفسخ إن تفاسخا، كما لورد العبد بعيب ثم قال: كنت أعتقته، يرد الفسخ، ويحكم بعثته.

ولو صدق البائع المشتري، نظر إن حلف البائع بالحرية أولاً ثم المشتري، فإذا صدقه البائع عقيب يمينه ثم عاد العبد إليه، لم يعتق، لأنه لم يكذب المشتري بعد ما حلف بالحرية حتى يجعل مقرّاً بعثته. وإن حلف المشتري بحرّيته أولاً ثم حلف البائع وصدقته، عتق إذا عاد إليه، لأنّ حلفه بعد حلف المشتري تكذيب له وإقرار بالحرية عليه.

ولو كان المبيع بعض العبد، فإذا عاد إلي ملك البائع، عتق ذلك القدر عليه، ولم يقوم عليه الباقي، لأنه لم يحصل العتق بمباشرته (1)، بل بإقراره علي غيره، فصار كما لو خلف ابنين وعبداً، وقال أحدهما: إن أبي أعتق هذا العبد، وأنكره الآخر، فعتق (2) نصيب المقرّ، ولا يقوم عليه الباقي.

### مسألة 623: لو كان المبيع جارية ووطئها المشتري ثم اختلفا في قدر الثمن،

حلف المشتري، عندنا إن كانت السلعة تالفة. وإن كانت باقية، حلف البائع.

وعند الشافعي يتحالفان، ثم إن كانت ثيباً، فلا أرش عليه مع ردّها.

وإن كانت بكراً، ردّها مع أرش البكارة، لأنه نقصان جزء (3).

ص: 115

1- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «لمباشرته». و الظاهر ما أثبتناه.

2- كذا، و الظاهر: «فيعتق».

3- العزيز شرح الوجيز 4:388، روضة الطالبين 3:240.

ولو ترفعا إلي مجلس الحكم ولم يتحالفا بعد، فأصحّ وجهي الشافعيّة: أنّ للمشتري وطء الجارية، لبقاء ملكه(1). و بعد التحالف وقبل الفسخ وجهان مرتّبان(2)، وأولي بالتحريم، لإشرافه علي الزوال(3).

### مسألة 624: لو جري البيع بين الوكيلين و اختلفا،

لشافعي في تحالفهما وجهان، وجه المنع: أنّ غرض اليمين ليخاف الظالم فيقرّ، وإقرار الوكيل علي موكله غير مقبول(4).

ولو تقايل المتبايعان أو ردّ المشتري المبيع بالعيب بعد قبض البائع الثمن و اختلفا في قدر الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه - قاله الشافعي(5) - لأنّ العقد قد ارتفع، و المشتري يدّعي زيادة، و الأصل عدمها.

### مسألة 625: لو ادّعي الفسخ قبل التفريق و أنكر الآخر،

قدّم قول المنكر مع اليمين، لأصالة البقاء.

ولو قلنا بالتحالف فيما إذا اختلفا في قدر الثمن فاختلفا في قيمة السلعة التالفة، رجع إلي قيمة مثلها موصوفا بصفاتهما، فإن اختلفا في الصفة، قدّم قول المشتري، لأصالة براءته.

ولو تقايل البيع أو ردّ بيع بعد قبض الثمن ثمّ اختلفا في قدره، قدّم قول البائع مع يمينه، لأنّه منكر لما يدّعيه المشتري بعد الفسخ(6).

ولو قال: بعتك و أنا صبي، فقال: بل كنت بالغا، قدّم قول مدّعي الصحّة.

و يحتمل تقديم قول البائع، لأصالة البقاء.

ص: 116

1- العزيز شرح الوجيز 4:388، روضة الطالبين 3:240.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «قريبان» بدل «مرتّبان». و ما أثبتناه من المصدر.

3- العزيز شرح الوجيز 4:388، روضة الطالبين 3:240.

4- العزيز شرح الوجيز 4:388، روضة الطالبين 3:240.

5- العزيز شرح الوجيز 4:389، روضة الطالبين 3:240.

6- مرّ هذا الفرع في ذيل المسألة 624.

ولو قال: بعث وأنا مجنون، ولم يعلم له سبقه، قدّم قول المشتري مع يمينه، وإلا فكالصبي.

خاتمة تشتمل علي الإقالة:

### مسألة 626: الإقالة بعد البيع جائزة

بل تستحب إذا ندم أحد المتعاقدين علي البيع.

قال رسول الله صلّي الله عليه وآله: «من أقال أخاه المسلم صفقة يكرهها أقاله الله عشرته يوم القيامة»<sup>(1)</sup>.

إذا عرفت هذا، فالإقالة أن يقول المتبايعان: تقايلنا، أو: تفاسخنا، أو يقول أحدهما: أقلتك، فيقبل الآخر.

ولو تقايلنا بلفظ البيع، فإن قصدا الإقالة المحضنة، لم يلحقها لواحق البيع حيث لم يقصدها.

### مسألة 627: الإقالة فسخ للعقد الأول،

ولست يبيعا عندنا - وهو أصحّ قولي الشافعي<sup>(2)</sup> - لأنها لو كانت يبيعا لصحّت مع غير البائع وبغير الثمن الأول.

وقال في القديم: إنها بيع - وبه قال مالك - لأنها نقل ملك بعوض بإيجاب وقبول، فأشبهت التولية<sup>(3)</sup>.

ص: 117

1- شرح السنّة - للبعوي - 5:120، 2117، العزيز شرح الوجيز 4:280.

2- الوسيط 3:140، الوجيز 1:145، العزيز شرح الوجيز 4:281، حلية العلماء 4:385، التهذيب - للبعوي - 3:493، روضة الطالبين 3:153، المجموع 9:200، المغني 4:244، الشرح الكبير 4:132.

3- الوسيط 3:140، حلية العلماء 4:386، التهذيب - للبعوي - 3:393، العزيز شرح الوجيز 4:281، روضة الطالبين 3:153، مختصر اختلاف العلماء 3:103، 1179، المغني 4:244، الشرح الكبير 4:132.

والمشابهة لا تستلزم الاتّحاد، وتعارض بما تقدّم، وبأنّ المبيع رجع إليه بلفظ لا ينعقد به البيع ابتداءً، فلم يكن بيعاً، كالردّ بالعيب.  
إذا عرفت هذا، فالإقالة إذا ذكرت بلفظ الإقالة، فيه الخلاف السابق، أمّا إذا ذكرت بلفظ الفسخ، فلا خلاف في أنّها فسخ، وليست بيعاً، قاله بعض الشافعيّة (1).

### مسألة 628: و الإقالة فسخ في حق المتعاقدين و غيرهما، للأصل.

ولأنّ الصيغة ليست لفظ بيع. ولأنّ ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حقّ غيرهما، كالردّ بالعيب.  
وقال أبو حنيفة: إنّها فسخ في حقّ المتعاقدين، وهي بمنزلة البيع في حقّ غيرهما، فيثبت فيها الشفعة للشفيع، لأنّ الإقالة نقل ملك بعوض هو مال، فيثبت فيه الشفعة، كالبيع (2).

ونمنع كونها نقل ملك، بل إعادة للملك الأوّل، فيها يعود الملك الأوّل إذا فسخ العقد.

وقال أبو يوسف: هي بيع بعد القبض، وفسخ قبله، إلّا في العقار، فإنّها بيع فيه قبل القبض وبعده (3).

### مسألة 629: لا تثبت الشفعة عندنا بالإقالة

وإنّ أتى بها قاصداً لها بلفظ البيع، لأنّ القصد المعني.

ص: 118

1- العزيز شرح الوجيز 4:281، روضة الطالبين 3:153.

2- الهداية - للمرغيناني - 3:54-55، الاختيار لتعليل المختار 2:16، تحفة الفقهاء 2:110-111، بدائع الصنائع 5:306 و 308، حلية العلماء 4:385، العزيز شرح الوجيز 4:282، المغني 4:244، الشرح الكبير 4:132.

3- حلية العلماء 4:386.



وقال أبو حنيفة: يثبت فيها الشفعة وإن كان بلفظ الإقالة(1).

ولو تقايلا في الصرف، لم يجب التقابض في المجلس، لأنها ليست بيعا. ومن جعلها بيعا أوجب التقابض فيه.

وتجوز الإقالة قبل قبض المبيع، لأنها ليست بيعا. ومن جعلها بيعا منع.

وتجوز في السلم قبل القبض إن كانت فسخا، وإن كانت بيعا، فلا.

ولا تجوز الإقالة بعد تلف المبيع إن كانت بيعا، وتجوز إن كانت فسخا.

وللشافعية علي تقدير كونها فسخا وجهان:

أحدهما: المنع، كالردّ بالعيب.

وأصحهما عندهم: الجواز، كالفسخ بالتحالف، فعلي هذا يردّ المشتري علي البائع مثل المبيع إن كان مثليا، وقيمه إن كان متقوما(2).

### مسألة 630: يشترط في الإقالة عدم الزيادة في الثمن

والنقصان فيه لا قدرا ولا وصفا، فلو أقاله بأكثر أو أقل، فسدت الإقالة، وكان المبيع باقيا علي ملك المشتري - وبه قال الشافعي(3) - لأنها فسوخ في الحقيقة، ومقتضاه عود كلّ عوض إلي مالكة، وليست من الألفاظ الناقلة، كالبيع وشبهه بحيث يحصل ملك الزيادة بها.

ص: 119

---

1- تحفة الفقهاء 2:110-111، بدائع الصنائع 5:308، الاختيار لتعليل المختار 2:17، حلية العلماء 4:385، العزيز شرح الوجيز 4:282.

2- التهذيب - للبخاري - 3:493-494، العزيز شرح الوجيز 4:282، روضة الطالبين 3:154.

3- حلية العلماء 4:386، التهذيب - للبخاري - 3:491، العزيز شرح الوجيز 4:282، روضة الطالبين 3:154.

وقال أبو حنيفة: تصحّ الإقالة، ويبطل الشرط، ويجب ردّ الثمن، لأنّ الإقالة تصحّ بغير ذكر بدل، فإذا ذكره فاسدا، لم تبطل، كالنكاح(1).

ونحن نقول: إنّه أسقط حقّه من المبيع بشرط أن يحصل له العوض الذي شرطه، فإذا لم يسلم له الذي شرطه ولا بذل له، لم يزل ملكه عنه، بخلاف النكاح، فإنّه يثبت فيه عوض آخر. ولأنّ شرط الزيادة يخرج الإقالة عن موضوعها، فلم تصحّ، بخلاف النكاح.

### مسألة 631: تصحّ الإقالة في بعض المسلم فيه

- وبه قال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحكم بن عيينة، وإليه ذهب أبو حنيفة والشافعي والثوري، وروي عن عبد الله بن عباس أنّه قال: لا بأس به(2) - وهو المعروف، لأنّ الإقالة مستحبة، وهي من المعروف، وكلّ معروف جاز في جميع العوض جاز في بعضه، كالإبراء والإنظار.

وقال مالك وربيعة والليث بن سعد وابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك.

وكرهه أحمد وإسحاق، ورواه ابن المنذر عن ابن عمر والحسن وابن سيرين والنخعي، لأنّه إذا أقاله في بعضه فقد صار بيعا و سلفا، وقد نهى النبيّ عليه السّلام عن البيع والسلف(3). [و(4) لأنّه إذا أقاله في بعضه وردّ بعض

ص: 120

- 
- 1- تحفة الفقهاء 111:2، الهداية - للمرغيناني - 55:3، الاختيار لتعليل المختار 16:2، حلية العلماء 386:4، التهذيب - للبغوي - 492:3.
  - 2- المغني والشرح الكبير 372:4، مختصر اختلاف العلماء 26:3، 1096، حلية العلماء 387:4، التهذيب - للبغوي - 493:3، العزيز شرح الوجيز 283:4، روضة الطالبين 155:3، بداية المجتهد 206:2.
  - 3- سنن البيهقي 5:348، شرح معاني الآثار 46:4.
  - 4- زيادة يقتضيها السياق.

رأس المال، يصير في معني القرض، لأنه ردّ مثله، و يصير الباقي بيعاً(1).

و هو منقوض بالرجوع بأرش العيب، فإنه في معني ما ذكره.

و كذلك ينتقض باليسير، فإن بعضهم كان يسلم جواز الإقالة في اليسير منه.

علي أنّا نمنع من كونه قرضاً. و ردّ المثل لا يوجب كونه قرضاً، و إلّا لزم أن يكون البيع إذا أقبل منه قرضاً، لوجب ردّ المثل، و ليس كذلك.

سألنا، لكن نمنع استحالة اجتماعهما في البيع، لكن منع الاجتماع إنّما يكون إذا كان شرطاً في البيع، و أمّا لو أسلفه شيئاً و باعه شيئاً، جاز إذا لم يشترط أحدهما في الآخر عندهم(2).

### مسألة 632: لو اشترى عديد و تلف أحدهما، صحّت الإقالة عندنا،

لأنّها فسخ.

و من قال: إنّها بيع فوجهان في الإقالة في التالف بالترتيب، إذ القائم تصادفه الإقالة فيستتبع التالف(3).

و إذا تقايلا و المبيع في يد المشتري، نفذ تصرف البائع فيه، لأنّها فسخ.

و من جعلها بيعاً منع، إذ لا يصحّ التصرف في المبيع قبل قبضه.

و لو تلف في يده، انفسخت الإقالة عند من قال: إنّها بيع، و بقي البيع كما كان.

ص: 121

---

1- بداية المجتهد 2:206، المغني و الشرح الكبير 4:372، حلية العلماء 4:387، التهذيب - للبخاري - 3:493، مختصر اختلاف

العلماء 3:26، 1096.

2- لم نعثر عليه في مظانّه.

3- العزيز شرح الوجيز 4:282، روضة الطالبين 3:154.

و من قال: إنَّها فسخ صحّت الإقالة، و كان علي المشتري الضمان، لأنّه مقبوض علي حكم العوض، كالمأخوذ قرضا و سوما. و الواجب فيه إن كان متقوماً أقلّ القيمتين من يوم العقد و القبض.

و لو تعيّب في يده، فإن كانت بيعا، تحيّر البائع بين إجازة الإقالة مجّانا، و بين أن يفسخ و يأخذ الثمن. و إن كانت فسخا، غرم أرش العيب.

و لو استعمله بعد الإقالة، فإن جعلناها بيعا، فهو كالمبيع يستعمله البائع. و إن جعلناها فسخا، فعليه الأجرة.

و لو عرف البائع بالمبيع عيبا كان قد حدث في يد المشتري قبل الإقالة، فلا ردّ له إن كانت فسخا. و إن كانت بيعا، فله ردّه (1).

و يجوز للمشتري حبس المبيع لاسترداد الثمن علي القولين.

و لا يشترط [ذكر] (2) الثمن في الإقالة.

و لو أقاله علي أن ينظره بالثمن أو علي أن يأخذ الصحاح عوض المكسّرة، لم يجز.

و يجوز للورثة الإقالة بعد موت المتبايعين.

و تجوز الإقالة في بعض المبيع - كما تقدّم - إذا لم تستلزم الجهالة.

قال الجويني: لو اشتري عبيدين و تقايلا في أحدهما، لم تجز علي قول [إنّها] (3) بيع، للجهل بحصّة كلّ واحد منهما (4).

و تجوز الإقالة في بعض المسلم فيه، لكن لو أقاله في البعض ليعجّل 5.

ص: 122

1- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «ردّها». و الصحيح ما أثبتناه.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «فك». و الظاهر ما أثبتناه.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «إنّه». و الظاهر ما أثبتناه.

4- العزيز شرح الوجيز 4: 282-283، روضة الطالبين 3: 154-155.

الباقى أو عجل المسلم إليه البعض ليقيله فى الباقى، فهى فاسدة.

نعم، لوقال للمسلم إليه: عجل لى حقى، وأخذ دون ما استحقه بطيبة من نفسه، كان جائزا، لأنه نوع صلح و تراض، وهو جائز.

وقال الشافعى: لا يجوز(1).

### مسألة 633: لا تسقط اجرة الدال و الوزان و الناقد بعد هذه الأفعال بالإقالة،

لأن سبب الاستحقاق ثابت، فلا يبطل بالطارئ.

ولو اختلفا فى قيمة التالف من العبدین، فالقول قول من ينكر الزيادة مع اليمين.

ص: 123

---

1- لم نعر عليه فى مظانّه.



إشارة

وفيه فصلان:

الأول: في أنواع المكاسب.

مسألة 634: طلب الرزق للمحتاج واجب،

وإذا لم يكن له وجه التحصيل إلا من المعيشة، وجب عليه.

قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: «ملعون من ألقى كَلِّه علي الناس»<sup>(1)</sup>.

وهو أفضل من التخلّي للعبادة.

روي عليّ بن عبد العزيز عن الصادق عليه السلام قال: «ما فعل عمر بن مسلم؟» قال: جعلت فداك أقبل علي العبادة وترك التجارة، فقال: «ويحه أما علم أنّ تارك الطلب لا يستجاب له، إنّ قوما من أصحاب رسول الله صَلَّى الله عليه وآله لما نزلت وَ مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا. وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ (2) أغلقوا الأبواب وأقبلوا علي العبادة، وقالوا: قد كفيينا، فبلغ ذلك النبي صَلَّى الله عليه وآله، فأرسل إليهم فقال: ما حملكم علي ما صنعتم؟ فقالوا:

يا رسول الله تكفل لنا بأرزاقنا فأقبلنا علي العبادة، فقال: إنّ من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب»<sup>(3)</sup>.

وسأل عمر بن زيد الصادق عليه السلام: رجل قال: لأقعدنّ في بيتي

ص: 125

1- الكافي 5:72، 7، التهذيب 7:327، 902.

2- الطلاق: 2 و 3.

3- الكافي 5:84، 5، الفقيه 3:119-120، 509، التهذيب 6:323، 885.

و لأصليّن ولأصومنّ ولأعبدنّ ربّي عزّ وجلّ، فأما رزقي فسيأتيني، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «هذا أحد الثلاثة الذين لا يستجاب لهم» (1).

وسأل العلاء بن كامل الصادق عليه السلام أن يدعو له الله تعالى أن يرزقه في دعة، فقال: «لا أدعو لك، اطلب كما أمرك الله» (2).

وسأل الصادق عليه السلام عن رجل، فقيل: أصابته حاجة، قال: «فما يصنع اليوم؟» قيل (3): في البيت يعبد ربه عزّ وجلّ، قال: «فمن أين قوته؟» قيل: من عند بعض إخوانه، فقال الصادق عليه السلام: «والله للذي (4) يقوته أشدّ عبادة منه» (5).

وقال الباقر عليه السلام: «من طلب الدنيا استعفافا عن الناس وسعيا علي أهله وتعطفا علي جاره لقي الله عزّ وجلّ يوم القيامة ووجهه مثل القمر ليلة البدر» (6).

### مسألة 635: وفي طلب الرزق ثواب عظيم.

قال الله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه (7).

وقال الباقر عليه السلام: «قال رسول الله صلّي الله عليه وآله: العبادة سبعون جزءا أفضلها طلب الحلال» (8).

ص: 126

1- الكافي 5:77، 1، التهذيب 6:323، 887.

2- الكافي 5:78، 3، التهذيب 6:324، 888.

3- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «قال» بدل «قيل». و ما أثبتناه من المصدر.

4- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «بالله الذي». و ما أثبتناه من المصدر.

5- الكافي 5:78، 4، التهذيب 6:324، 889.

6- الكافي 5:78، 5، التهذيب 6:324، 890.

7- الملك: 15.

8- الكافي 5:78، 6، التهذيب 6:324، 891.



وقال الصادق عليه السّلام: «يا هشام إن رأيت الصّفيين قد التقيا فلا تدع طلب الرزق في ذلك اليوم»(1).

وقال الصادق عليه السّلام: «إنّ محمّد بن المنكدر كان يقول: ما كنت أري أنّ عليّ بن الحسين عليهما السّلام يدع خلفا أفضل من عليّ بن الحسين حتي رأيت ابنه محمّد بن عليّ عليهما السّلام فأردت أن أعظه فوعظني، فقال له أصحابه: بأيّ شيء وعظك؟ قال: خرجت إلي بعض نواحي المدينة في ساعة حارّة، فلقيني أبو جعفر محمّد بن عليّ عليهما السّلام وكان رجلا- بادنا ثقيلًا وهو متكئ علي غلامين أسودين أو موليين، فقلت في نفسي: سبحان الله شيخ من أشياخ قريش في هذه الساعة علي هذه الحال في طلب الدنيا، أما لأعظّته، فدنوت منه فسلمت عليه، فردّ عليّ بنهر وهو يتصابّ عرقًا، فقلت:

أصلحك الله شيخ من أشياخ قريش في هذه الساعة علي هذه الحال في طلب الدنيا، أ رأيت لو جاء أجلك وأنت علي هذه الحال ما كنت تصنع؟ فقال عليه السّلام: لو جاءني الموت وأنا علي هذه الحال جاءني وأنا في طاعة من طاعات الله عزّ وجلّ، أكف بها نفسي و عيالي عنك وعن الناس، وإنّما كنت أخاف أن لو جاءني(2) الموت وأنا علي معصية من معاصي الله عزّ وجلّ، فقلت: صدقت يرحمك الله، أردت أن أعظك فوعظتني»(3).

وأعتق أمير المؤمنين عليّ بن أبي طالب عليه السّلام ألف مملوك من كدّ يده(4).5.

ص: 127

1- الكافي 5:78، 7، التهذيب 6:324، 892.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «جاء» بدل «جاءني». و ما أثبتناه من المصدر.

3- الكافي 5:73-74، 1، التهذيب 6:325، 894.

4- الكافي 5:74، 4، التهذيب 6:325-326، 895.

وقال الصادق عليه السلام: «أوحى الله عزّ وجلّ إليّ داود عليه السلام أنك نعم العبد لو لا أنك تأكل من بيت المال ولا تعمل بيدك شيئا» قال: «فبكي داود عليه السلام أربعين صباحا، فأوحى الله عزّ وجلّ إليّ الحديد أن لن لعبدي داود، فألأن الله تعالى له الحديد، فكان يعمل كلّ يوم درعا فيبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة وستين درعا، فباعها بثلاثمائة وستين ألفا، واستغني عن بيت المال»(1).

وقال محمّد بن عذافر عن أبيه، قال: أعطني أبو عبد الله عليه السلام أبي ألفا وسبعمائة دينار، فقال له: «أتجر لي بها» ثمّ قال: «أما إنّه ليس لي رغبة في ربحها وإن كان الربح مرغوبا فيه، ولكن أحببت أن يراني الله عزّ وجلّ متعرّضا لفوائده» قال: فربحت فيها مائة دينار، ثمّ لقيته فقلت: قد ربحت لك فيها مائة دينار، قال: ففرح أبو عبد الله عليه السلام بذلك فرحا شديدا، ثمّ قال: «أثبتها لي في رأس مالي»(2).

وقال الصادق عليه السلام في تفسير قوله تعالى رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً(3): «رضوان الله والجنّة في الآخرة، والمعاش وحسن الخلق في الدنيا»(4).

وقال رجل للصادق عليه السلام: و الله إنّنا لنطلب الدنيا ونحبّ أن نوتّي بها، فقال: «تحبّ أن تصنع بها ما ذا؟» قال: أعود بها علي نفسي و عيالي و أصل منها و أتصدّق و أحجّ و أعتمر، فقال الصادق عليه السلام: «ليس هذا طلب الدنيا، 0.

ص: 128

1- التهذيب 5:326، 896.

2- الكافي 5:76، 12، التهذيب 6:326-327، 898.

3- البقرة: 201.

4- الكافي 5:71، 2، التهذيب 6:327، 900.

هذا طلب الآخرة»(1).

وقال معاذ بن كثير - صاحب الأكسية - للصادق عليه السلام: قد هممت أن أدع السوق وفي يدي شيء، قال: «إذن يسقط رأيك، ولا يستعان بك علي شيء»(2).

### مسألة 636: ولا ينبغي الإكثار في ذلك،

بل ينبغي الاقتصاد علي ما يمّون نفسه وعياله وجيرانه ويتصدق به.

قال الباقر عليه السلام: «قال رسول الله صلّي الله عليه وآله في حجة الوداع: ألا إنّ الروح الأمين نفث في روعي أنّه لا تموت نفس حتي تستكمل رزقها، فاتّقوا الله عزّ وجلّ، وأجملوا في الطلب، ولا يحملنكم استبطاء شيء من الرزق أن تطلبوه بشيء من معصية الله، فإنّ الله تعالي قسّم الأرزاق بين خلقه حلّالاً، ولم يقسّمها حراماً، فمن اتقى الله عزّ وجلّ وصبر أتاه الله برزقه من حلّه، ومن هتك حجاب الستر وعجّل فأخذه من غير حلّه قصّ به من رزقه الحلال، وحوسب عليه يوم القيامة»(3).

وقال الصادق عليه السلام: «ليكن طلبك المعيشة فوق كسب المضئّ ودون طلب الحريص الراضي بدنياه المطمئنّ إليها، ولكن أنزل نفسك(4) من ذلك بمنزلة النصف(5) المتعفف، ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف، وتكتسب ما لا بدّ للمؤمن منه، إنّ الذين أعطوا المال ثمّ لم يشكروا لا مال

ص: 129

1- الكافي 5:72، 10 بتفاوت يسير فيه، التهذيب 6:327-328، 903.

2- الكافي 5:149، 10، التهذيب 6:329، 908.

3- الكافي 5:80، 1، التهذيب 6:321، 880.

4- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «و لكن اترك لنفسك». و ما أثبتناه من المصدر.

5- في الكافي و «ي»: «المنصف» بدل «النصف». والنصف: العدل. القاموس المحيط 3:200.

وقال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: «منهومان لا يشبعان: منهوم دنيا، ومنهوم علم، فمن اقتصر من الدنيا علي ما أحلَّ الله له سلم، ومن تناولها من غير حلِّها هلك إلا أن يتوب ويراجع، و من أخذ العلم من أهله وعمل به نجا، و من أراد به الدنيا فهي حظُّه»(2).

وقال الصادق عليه السَّلام: «ما أعطي الله عبدا ثلاثين ألفا وهو يريد به خيرا» وقال: «ما جمع رجل قَطَّ عشرة آلاف درهم من حلِّ(3) و قد يجمعها لأقوام، إذا أعطي القوت و رزق العمل، فقد جمع الله له الدنيا والآخرة»(4).

### مسألة 637: فقد ثبت من هذا أن التكبُّ واجب

إذا احتاج إليه الإنسان لقوت نفسه وقوت من تجب نفقته عليه، و لا وجه له سواه، و أمَّا إذا قصد التوسعة علي العيال و نفع المحاوِيج و إعانة من لا تجب عليه نفقته مع حصول قدر الحاجة بغيره، فإنَّه مندوب إليه، لما تقدّم من الأحاديث.

و أمَّا ما يقصد به الزيادة في المال لا غير مع الغناء عنه، فإنَّه مباح.

وقد يكون مكروها إذا اشتمل علي وجه نهى الشارع عنه نهى تنزيه، كالصرف، فإنَّه لا- يسلم من الربا، و بيع الأكفان، فإنَّه يتمني موت الأحياء، و الرقيق و اتِّخاذ الذبيح و النحر صنعة، لما في ذلك من سلب الرحمة من القلب، و قد قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: «من قسا قلبه بعد من رحمة ربِّه»(5).

ص: 130

1- الكافي 5: 81، 8، التهذيب 6: 322، 882.

2- الكافي 1: 36، 1، التهذيب 6: 328، 906.

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «عشرة ألف من حلِّ». و ما أثبتناه من المصدر.

4- التهذيب 6: 328، 907.

5- وجدنا الحديث من دون «رحمه» في الكافي 3: 199، 5، و التهذيب 1: 319، 928 عن الإمام الصادق عليه السَّلام.

قال إسحاق بن عمّار: دخلت علي الصادق عليه السّلام فخبّرتّه أنّه ولد لي غلام، فقال: «ألا سمّيته محمّدا؟» قال: قد فعلت، فقال: «لا تضرب محمّدا ولا تشتمه، جعله الله قوّة عين لك في حياتك و خلف صدق من بعدك» قلت: جعلت فداك فأيّ الأعمال(1) أضعه؟ قال: «إذا عدلته [عن](2) خمسة أشياء فضعه حيث شئت، لا تسلّمه صيرفيّا، فإنّ الصيرفيّ لا يسلم من الربا، ولا تسلّمه بيّاع الأكفان، فإنّ صاحب الأكفان يسره الربا إذا كان، ولا تسلّمه بيّاع طعام، فإنّه لا يسلم من الاحتكار، ولا تسلّمه جرّارا فإنّ الجرّار تسلب [منه](3) الرحمة، ولا تسلّمه نخّاسا، فإنّ رسول الله صلي الله عليه وآله قال: شرّ الناس من باع الناس»(4).

وقال الكاظم عليه السّلام: «جاء رجل إلي النبي صلي الله عليه وآله، فقال: يا رسول الله قد علّمت ابني هذا الكتابة ففي أيّ شيء أسلمه؟ فقال: أسلمه - لله أبوك - ولا تسلّمه في خمسة أشياء: لا تسلّمه سبّاء(5) ولا صائغا ولا قصّابا ولا حنّاطا ولا نخّاسا قال: فقلت: يا رسول الله ما السبّاء؟ فقال: الذي يبيع الأكفان ويتمني موت أمّتي، و للمولود من أمّتي أحبّ إليّ ممّا طلعت عليه الشمس، و أمّا الصائغ فإنّه يعالج زين أمّتي، و أمّا القصّاب فإنّه يذبح حتى تذهب الرحمة من قلبه، و أمّا الحنّاط فإنّه يحتكر الطعام علي أمّتي، ولأنّ يلقي الله العبد سارقا أحبّ إليّ من أن يلقاه قد احتكر طعاما أربعين يوما، و أمّا النخّاس فإنّه أتاني جبرئيل عليه السّلام فقال: يا محمّد إنّ شرّ أمّتك الذينة.

ص: 131

1- في المصدر: «في أيّ الأعمال».

2- ما بين المعقوفين من المصدر.

3- ما بين المعقوفين من التهذيب.

4- التهذيب 6: 361-362، 1037، الإستبصار 3: 62-63، 208.

5- في النهاية - لابن الأثير - 2: 430: «سيّء» بالياء المثناة التحتانية.

## مسألة 638: ويكره اتّخاذ الحياكة و النساجة صنعة،

لما فيهما من الضعة و الرذالة.

قال الله تعالى في قصة نوح عليه السلام قالوا أئؤمنُ لك و اتَّبَعَكَ الْأَرْذَلُونَ (2).

وقال أمير المؤمنين عليه السلام للأشعث بن قيس: «حائك بن حائك، منافق بن كافر»(3).

قيل: إته كان ينسج الإبراد(4).

وقيل: إن قومه كانوا كذلك(5).

وقال أبو إسماعيل الصيقل الرازي(6): دخلت علي الصادق عليه السلام و معي ثوبان، فقال لي: «يا أبا إسماعيل تجيئني من قبلكم أثواب كثيرة و ليس يجيئني مثل هذين الثوبين اللذين تحملهما أنت» فقلت: جعلت فداك تغزلهما أم إسماعيل و أنسجهما أنا، فقال لي: «حائك؟» قلت: نعم، قال: «لا تكن حائكا» قلت: فما أكون؟ قال: «كن صيقلا» و كان معي مائتا دينار(7) فاشتريت بها سيوفا و مرايا عتقا و قدمت بها الري، و بعتهما بريح

ص: 132

1- الفقيه 3:96، 369، التهذيب 6:362، 1038، الاستبصار 3:63، 209.

2- الشعراء: 111.

3- نهج البلاغة - بشرح محمد عبده - 1:51-52، 18.

4- شرح نهج البلاغة - لابن ميشم البحراني - 1:324، حدائق الحقائق 1:212.

5- انظر: شرح نهج البلاغة - لابن أبي الحديد - 1:297.

6- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «المرادي» بدل «الرازي». و ما أثبتناه من المصدر.

7- في المصدر: «درهم» بدل «دينار».

**مسألة 639: يكره كسب الحجاج مع الشرط.**

قال الصادق عليه السلام: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: إِنِّي أُعْطِيتُ خالتي غلاماً ونهيتها أن تجعله قصاباً أو حجّاماً أو صائغاً»(2).

وسأل أبو بصير الباقر عليه السلام عن كسب الحجاج، فقال: «لا بأس به إذا لم يشارط»(3).

إذا ثبت هذا، فإنّ الأجرة ليست حراماً، للأصل.

وقال الباقر عليه السلام: «احتجم رسول الله صَلَّى الله عليه وآله، حجّمه مولي لبني بياضة وأعطاه(4)، ولو كان حراماً، ما أعطاه، فلمّا فرغ قال له رسول الله صَلَّى الله عليه وآله:

أين الدم؟ قال: شربته يا رسول الله، فقال: ما كان ينبغي لك أن تفعل، وقد جعله الله عزّ وجلّ حجاباً لك من النار، فلا تعد»(5).

تذنيب: إذا شارط، كره له الكسب مع الشرط، ولم يكره الشرط لمن يشارطه.

قال زرارة: سألت الباقر عليه السلام عن كسب الحجاج، فقال: «مكروه له أن يشارط، ولا بأس عليك أن تشارطه و تماكسه، وإنّما يكره له، ولا بأس(6) عليك»(7).

ص: 133

1- الكافي 5:115، 6، التهذيب 6:363-364، 1042، الإستبصار 3:64، 213.

2- الكافي 5:114، 5، التهذيب 6:363، 1041، الإستبصار 3:64، 212.

3- الكافي 5:115، 1، التهذيب 6:354، 1008، الإستبصار 3:58، 190.

4- في التهذيب: «وأعطاه الأجر».

5- الكافي 5:116، 3، الفقيه 3:97، 372، التهذيب 6:355، 1010، الإستبصار 3:59، 192.

6- في «س، ي»: «فلا بأس». و ما أثبتناه من المصدر.

7- الكافي 5:116، 4، التهذيب 6:355، 1011، الاستبصار 3:59، 193.

وقال الصادق عليه السلام: «إن رجلاً سأل رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْ كَسْبِ الْحَبَّامِ، فَقَالَ: لَكَ نَاضِحٌ؟ فَقَالَ لَهُ: نَعَمْ، فَقَالَ: اَعْلَفَهُ إِيَّاهُ وَلَا تَأْكُلْهُ»<sup>(1)</sup>.

وهذا يدلُّ علي حكمين: الكراهة حيث نهاه عن أكله، وعلي الإباحة حيث أمره أن <sup>(2)</sup> يعلف الناضح به.

وكذا القابلة كسبها مكروه مع الشرط، ولا معه طلق.

### مسألة 640: لا بأس بأجر النائحة بالحق،

ويكره مع الشرط، ويحرم بالباطل.

قال حنان بن سدير: كانت امرأة معنا في الحي ولها جارية نائحة فجاءت إلي أبي، فقالت: يا عم أنت تعلم معيشتي من الله وهذه الجارية النائحة، وقد أحببت أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فإن كان حلالاً، وإلا بيعتها وأكلت من ثمنها حتى يأتي الله عز وجل بالفرج، فقال لها أبي:

والله إنني لأعظم أبا عبد الله عليه السلام أن أسأله عن هذه المسألة، قال: فلما قدمنا عليه أخبرته أنا بذلك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أ تشارط؟» قلت: والله ما أدري أ تشارط أم لا، قال: «قل لها: لا تشارط وتقبل كلما أعطيت»<sup>(3)</sup>.

وقال الصادق عليه السلام: «لا بأس بأجر النائحة التي تنوح علي الميت»<sup>(4)</sup>.

### مسألة 641: يكره اجرة الضراب، لأنه في معني بيع عسيب الفحل.

ويكره إنزاء الحمير علي الخيل، لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ نَهَى أَنْ يَنْزِيَ حِمَارَ عَلِيٍّ

ص: 134

1- التهذيب 6:356، 1014، الاستبصار 3:60، 196.

2- في «س، ي»: «بأن».

3- الكافي 5:117-118، 3، التهذيب 6:358، 1026، الاستبصار 3:60-61، 200.

4- الفقيه 3:98، 376، التهذيب 6:359، 1028، الاستبصار 3:60، 199.



عتيق، رواه السكوني عن الصادق (1) عليه السّلام. وفي السند ضعف.

وليس محرّماً، للأصل.

ولما رواه هشام بن إبراهيم عن الرضا عليه السّلام، قال: سألته عن الحمير تنزيها علي الرّمك (2) لتنتج البغال أ يحلّ ذلك؟ قال: «نعم، أنزها» (3).

ولا تنافي بين الروايتين، لأنّ الإمام عليه السّلام سئل عن الحلّ، فأجاب بثبوته، وقوله: «أنزها» علي سبيل الإباحة، والنهي الوارد عن النبي صليّ الله عليه وآله إنّما هو علي سبيل التنزيه.

### مسألة 642: كسب الصبيان و من لا يجتنب

مسألة 642: كسب الصبيان و من لا يجتنب (4) المحارم مكروه،

لعدم تحفّظهم من المحارم، و عدم الوثوق بإباحة ما حصلوه.

و كذا تكره الصياغة و القصابة، و قد تقدّم بيانه في الرواية (5).

و يكره ركوب البحر للتجارة، لرواية محمّد بن مسلم عن الباقر و الصادق عليهما السّلام أنّهما كرها ركوب البحر للتجارة (6).

و لو حصل الخوف - كما في وقت اضطرابه و تكاثر الأهوية المختلفة - فإنّه يكون حراماً.

قال الباقر عليه السّلام في ركوب البحر للتجارة: «يغرّر الرجل بدينه» (7).

ص: 135

1- التهذيب 6: 377-378، 1105، الاستبصار 3: 57، 184.

2- الرّمكة: البرذونة التي تتخذ للنسل. و الجمع: رمك. لسان العرب 10: 434 «رمك».

3- التهذيب 6: 384، 1137، الإستبصار 3: 57، 185.

4- في «س، ي»: «لا يتجنّب».

5- و هي حديث الإمام الكاظم عليه السّلام، المتقدّم في ص 131.

6- الكافي 5: 256، 1، التهذيب 6: 388، 1158.

7- الكافي 5: 257، 4، التهذيب 6: 388، 1159.

و سأل معلي بن خنيس الصادق عليه السلام: عن الرجل يسافر فيركب البحر، فقال: «إنَّ أبي كان يقول: إنَّه يضربُ بدينك هو ذا الناس يصيبون أرزاقهم و معاشهم»(1).

### مسألة 643: يجوز أخذ الأجرة علي تعليم الحكمة و الآداب و الأشعار،

و يكره علي تعليم القرآن، لأنَّ أمير المؤمنين عليه السلام جاءه رجل فقال:

يا أمير المؤمنين و الله إنِّي لأحبك لله، فقال له: «و لكنِّي أبغضك لله» قال:

و لم؟ قال: «لأنَّك تبغي في الأذان، و تأخذ علي تعليم القرآن أجرا، و سمعت رسول الله صلِّي الله عليه و آله يقول: من أخذ علي تعليم القرآن أجرا كان حظُّه يوم القيامة»(2).

و عن إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام، قال: قلت: إنَّ لنا جارا يكتب و قد سألتني أن أسألك عن عمله، فقال: «مره إذا دفع إليه الغلام أن يقول لأهله: إنِّي إنَّما أعلمه الكتاب و الحساب و أتجر عليه بتعليم القرآن، حتي يطيب له كسبه»(3).

و عن حسان المعلّم قال: سألت الصادق عليه السلام عن التعليم، فقال:

«لا تأخذ علي التعليم أجرا» قلت: الشعر و الرسائل و ما أشبه ذلك أشارط عليه؟ قال: «نعم، بعد أن يكون الصبيان عندك سواء في التعليم لا تفضّل بعضهم علي بعض»(4).

ص: 136

1- الكافي 5:257، 5، التهذيب 6:388، 1160.

2- التهذيب 6:376، 1099.

3- التهذيب 6:364، 1044، الإستبصار 3:66، 217.

4- الكافي 5:121 (باب كسب المعلّم) الحديث 1، التهذيب 6:364، 1045، الاستبصار 3:65، 214.

و سأل الفضل بن أبي قرّة الصادق عليه السّلام: إنّ هؤلاء يقولون: إنّ كسب المعلّم سحت، فقال: «كذبوا أعداء الله، إنّما أرادوا أن لا يعلموا القرآن، و لو أنّ المعلّم أعطاه رجل دية ولده كان للمعلّم مباحاً»(1).

قال الشيخ رحمه الله: لا تنافي بين هذين الخبرين، لأنّ الخبر الأوّل محمول عليّ أنّه لا يجوز له أن يشارط في تعليم القرآن أجراً معلوماً، و الثاني عليّ أنّه إن اهدي إليه شيء و أكرم بتحفة، جاز له أخذه، لرواية جرّاح المدائني عن الصادق عليه السّلام قال: «المعلّم لا يعلم بالأجر، و يقبل الهدية إذا اهدي إليه»(2).

قال قتيبة الأعشي للصادق عليه السّلام: إنّني أقرأ القرآن فتهدي إليّ الهدية فأقبلها؟ قال: «لا» قال: قلت: إن لم أشرطه؟ قال: «أرأيت لو لم تقرأه أكان يهدي لك؟» قال: قلت: لا، قال: «فلا تقبله»(3).

و هو محمول عليّ الكراهة، جمعاً بين الأدلّة.

### مسألة 644: و يكره خصا الحيوان،

لما فيه من الإيلاام، و معاملة الظالمين، لعدم تحرّزهم عن المحرّمات.

و كذا تكره معاملة السفلة و الأذنين و المحارفين، لأنّ أمير المؤمنين عليه السّلام قال: «شاركوا من أقبل عليه الرزق فإنّه أجلب للرزق»(4).

ص: 137

1- الكافي 5:121 (باب كسب المعلّم) الحديث 2، الفقيه 3:99، 384، التهذيب 6:365، 1046، الاستبصار 3:65، 216.

2- التهذيب 6:365، و الحديث رقم 1047.

3- التهذيب 6:365، 1048، الاستبصار 3:66، 219.

4- نهج البلاغة - بشرح محمّد عبده - 3:204، 230 بتفاوت في بعض الألفاظ.

و كذا تكره معاملة ذوي العاهات و الأكراد و مجالستهم و مناكحتهم، لما روي من أنهم حيّ من الجن (1).

و كذا تكره معاملة أهل الذمة.

### مسألة 645: من التجارة ما هو حرام،

و هو أقسام:

الأول: كلّ نجس لا يقبل التطهير، سواء كانت نجاسته ذاتية، كالخمر و النبيذ و الفقّاع و الميتة و الدم و أبوال ما لا يؤكل لحمه و أروائه و الكلب و الخنزير و أجزاءهما، أو عرضية، كالمائعات النجسة التي لا تقبل التطهير، إلاّ الدهن النجس بالعرض لفائدة الاستصباح تحت السماء خاصة، لا تحت الأظلة، لأنّ البخار الصاعد بالاشتعال لا بدّ أن يستصحب شيئاً من أجزاء الدهن.

و لو كانت نجاسة الدهن ذاتية - كالألية المقطوعة من الميتة أو الحية - لم يجز الاستصباح بها تحت السماء أيضاً.

و الماء النجس يجوز بيعه، لقبوله التطهير.

و أبوال ما يؤكل لحمه و إن كانت طاهرة إلاّ أنّ بيعها حرام، لاستنباثها، إلاّ بول الإبل للاستشفاء بها.

و يجوز بيع كلب الصيد و الزرع و الماشية و الحائط، و إجارتها و اقتناؤها و إن هلكت الماشية، و تربيتها.

و يحرم اقتناء الأعيان النجسة إلاّ لفائدة، كالكلب و السرجين لتربية الزرع، و الخمر للتخليل.

و يحرم أيضاً اقتناء المؤذيات، كالحيّات و العقارب و السباع.

ص: 138

الثاني: كلّ ما يكون المقصود منه حراماً، كآلات اللهو، كالعود، وآلات القمار، كالنرد و الشطرنج، و هياكل العبادة، كالصنم، و بيع السلاح لأعداء الدين و إن كانوا مسلمين، لما فيه من الإعانة علي الظلم، و إجارة السفن و المساكن للمحرّمات، و بيع العنب ليعمل خمراً، و الخشب ليعمل صنماً و آلة قمار، و يكره بيعهما علي من يعمل ذلك من غير شرط، و التوكيل في بيع الخمر و إن كان الوكيل ذمّياً.

و ليس للمسلم منع الذمّي المستأجر داره من بيع الخمر فيها سرّاً. و لو أجره لذلك، حرم.

و لو أجر دابةً لحمل خمر، جاز إن كان للتخليل و الإراقة، و إلا فلا.

و لا بأس ببيع ما يكتنّ من آلة السلاح علي أعداء الدين و إن كان وقت الحرب.

الثالث: بيع ما لا ينتفع به، كالحشرات، مثل: الفأر و الحيات و الخنافس و العقارب و السباع ممّا لا يصلح للصيد، كالأسد و الذئب و الرّخم و الحدأة و الغراب و بيوضها، و المسوخ البريّة، كالقرد و إن قصد به حفظ المتاع، و الدبّ، أو بحريّة، كالجرّي و السلاحف و التمساح.

و لو قيل بجواز [بيع] [\(1\)](#) السباع كلّها، لفائدة الانتفاع بجلودها، كان حسناً.

و يجوز بيع الفيل و الهرّ، و ما يصلح للصيد، كالفهد، و بيع دود القرّ و النحل مع المشاهدة و إمكان التسليم.

و كذا يجوز بيع عامّ الوجود، كالماء و التراب و الحجارة.ق.

ص: 139

---

1- الزيادة يقتضيها السياق.

و يحرم بيع الترياق، لاشتماله علي الخمر و لحوم الأفاعي. و لا يجوز شربه للتداوي إلا مع خوف التلف، و السمّ من الحشائش.

و النبات يجوز بيعه إن كان ممّا ينتفع به، كالسقمونيا، و إلا فلا.

و الأقرب: المنع من بيع لبن الأدميّات.

و لو باعه دارا لا طريق لها مع علم المشتري، جاز، و مع جهله يتخيّر.

الرابع: ما نصّ الشارع علي تحريمه عينا، كعمل الصّور المجسّمة، و الغناء و تعليمه و استماعه، و أجر المغنّية.

قال الصادق عليه السّلام و قد سأله رجل عن بيع الجوّاري المغنّيات، فقال:

«شراؤهنّ حرام، و بيعهنّ حرام، و تعليمهنّ كفر، و استماعهنّ نفاق»(1).

و قال الصادق عليه السّلام: «المغنّية ملعونة، ملعون من أكل كسبها»(2).

و أوصي إسحاق بن عمر عند وفاته بجوار له مغنّيات أن يبعن و يحمل ثمنهنّ إلي أبي الحسن عليه السّلام، قال إبراهيم بن أبي البلاد: فبعت الجوّاري بثلاثمائة ألف درهم، و حملت الثمن إليه، فقلت له: إنّ مولّي لك يقال له:

إسحاق بن عمر أوصي عند وفاته ببيع جوار له مغنّيات و حمل الثمن إليك، و قد بعتهنّ و هذا الثمن ثلاثمائة ألف درهم، فقال: «لا حاجة لي فيه، إنّ هذا سحت، و تعليمهنّ كفر، و الاستماع منهنّ نفاق، و ثمنهنّ سحت»(3).

أمّا المغنّية في الأعراس فقد ورد رخصة بجواز كسبها إذا لم تتكلّم بالباطل و لم تلعب بالملاهي و لم يدخل الرجال عليها.4.

ص: 140

1- الكافي 5:120، 5، التهذيب 6:356، 1018، الإستبصار 3:61، 201.

2- الكافي 5:120، 6، التهذيب 6:357، 1020، الإستبصار 3:61، 203.

3- الكافي 5:120، 7، التهذيب 6:357، 1021، الاستبصار 3:61، 204.

روي عن الصادق عليه السلام أنه قال: «أجر المغنّية التي تزفّ العرائس ليس به بأس و ليست بالتي يدخل عليها الرجال»(1).

إذا ثبت هذا، فإن أدخلت الرجال أو غنّت بالكذب، كان حراماً، لما تقدّم.

ولما رواه أبو بصير عن الباقر عليه السلام، قال: سألته عن كسب المغنّيات، فقال: «التي يدخل عليها الرجال حرام، والتي تدعي إلي الأعراس ليس به بأس، وهو قول الله عزّ وجلّ وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ (2)»(3).

### مسألة 646: القمار حرام

وتعلّمه واستعماله وأخذ الكسب به حتى لعب الصبيان بالجوز والخاتم.

قال الله تعالى وَ أَنْ تَسْتَفْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ (4) وقال تعالى:

وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ (5).

قال الباقر عليه السلام: «لما أنزل الله تعالى علي رسوله إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ (6) قيل:

يا رسول الله ما الميسر؟ قال: كل ما يقيموا به حتى الكعب والجوز، فليل: و ما الأنصاب؟ قال: ما ذبحوا لألهتهم، قيل: و الأزلام؟ قال: قداحهم

ص: 141

1- الكافي 5:120، 3، الفقيه 3:98، 376، التهذيب 6:357، 1022، الإستبصار 3:62، 205.

2- سورة لقمان: 6.

3- الكافي 5:119، 1، التهذيب 6:358، 1024، الإستبصار 3:62، 207.

4- المائدة: 3.

5- المائدة: 90.

6- المائدة: 90.

التي كانوا يستقسمون بها»(1).

و سأل إسحاق بن عمّار الصادق عليه السّلام: الصبيان يلعبون بالجوز والبيض ويقامرون، فقال: «لا تأكل منه فإنّه حرام»(2).

و كان الصادق عليه السّلام ينهي عن الجوز يجيء به الصبيان من القمار أن يؤكل، وقال: «هو سحت»(3).

### مسألة 647: الغشّ و التدليس محرّمان،

كشوب اللبن بالماء، و تدليس الماشطة، و تزيين الرجل بالحرام.

قال الصادق عليه السّلام: «ليس منّا من غشّنا»(4).

و قال رسول الله صلّي الله عليه و آله لرجل يبيع التمر: «يا فلان أما علمت أنّه ليس من المسلمين من غشّهم»(5).

و نهي رسول الله صلّي الله عليه و آله أن يشاب اللبن بالماء للبيع(6).

و لا بأس بكسب الماشطة إذا لم تفعل التدليس.

قال [عليّ] (7): سألت عن امرأة مسلمة تمشط العرائس ليس لها معيشة غير ذلك و قد دخلها تضيّق، قال: «لا بأس، و لكن لا تصل الشعر بالشعر»(8).

ص: 142

1- الكافي 5:122-123، 2، الفقيه 3:97، 374، التهذيب 6:371، 1075، بتفاوت يسير في بعض الألفاظ.

2- الكافي 5:124، 10، التهذيب 6:370، 1069.

3- الكافي 5:123، 6، التهذيب 6:370، 1070.

4- الكافي 5:160، 1، التهذيب 7:12، 48.

5- الكافي 5:160، 2، التهذيب 7:12، 49.

6- الكافي 5:160، 5، الفقيه 3:173، 771، التهذيب 7:13، 53.

7- بدل ما بين المعقوفين في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «سماعة». و لقد ورد في المصدر لفظ «سماعة» في الحديث السابق بسطر واحد. و ما أثبتناه من المصدر.

8- التهذيب 6:359، 1030، وفيه: «و قد دخلها ضيق...».



وإذا لم يحصل تدليس بالوصل، لم يكن به بأس.

سئل [الباقر] (1) عليه السلام عن القرامل التي يضعها النساء في رؤوسهن يصلنه بشعورهن، فقال: «لا بأس به علي المرأة ما تزيت به لزوجها» فقيل له: بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وآله لعن الواصلة و الموصولة، فقال: «ليس هناك، إنما لعن رسول الله صلى الله عليه وآله آله [الواصلة] (2) التي تزني في شبابها، فإذا كبرت قادت النساء إلي الرجال، فتلك الواصلة و الموصولة» (3).

### مسألة 648: و تحرم معونة الظالمين علي الظلم.

قال ابن أبي يعفور: كنت عند الصادق عليه السلام إذ دخل عليه رجل من أصحابنا، فقال له: أصلحك الله إنه ربما أصاب الرجل منّا الضيق أو (4) الشدة فيدعي إلي البناء بينيه، أو النهز يكرهه، أو المستاة يصلحها، فما تقول في ذلك؟ فقال الصادق عليه السلام: «ما أحبّ أتّي (5) عقدت لهم عقدة أو وكيت لهم وكاء وإنّ لي ما بين لايتها لا ولا مدّة بقلم، إنّ أعوان الظلمة يوم القيامة في سرادق من نار حتي يحكم الله بين العباد» (6).

### مسألة 649: يحرم حفظ كتب الضلال و نسخها لغير النقض أو الحجّة

و تعلمها، و نسخ التوراة و الإنجيل، لأنّهما منسوخان محرّفان، و تعليمهما و تعلمهما حرام، و أخذ الأجرة علي ذلك.

ص: 143

- 1- بدل ما بين المعقوفين في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «الصادق». و ما أثبتناه هو الموافق لما في المصدر، وفيه: «أبو جعفر».
- 2- ما بين المعقوفين من المصدر.
- 3- الكافي 5: 119، 3، التهذيب 6: 360، 1032.
- 4- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «و الشدة.. إن عقدت». و ما أثبتناه كما في المصدر.
- 5- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «و الشدة.. إن عقدت». و ما أثبتناه كما في المصدر.
- 6- الكافي 5: 107، 7، التهذيب 6: 331، 919.

و كذا يحرم هجاء المؤمنين و الغيبة.

قال الله تعالى وَ لَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا (1).

و يحرم سبّ المؤمنين و الكذب عليهم و النميمة (2) و مدح من يستحقّ الذمّ و بالعكس، و التشييب بالمرأة المعروفة المؤمنة، بلا خلاف في ذلك كلّه.

### مسألة 650: تعلّم السحر و تعليمه حرام.

و هو كلام يتكلّم به أو يكتبه أو (3) رقية أو يعمل شيئاً [يؤثر] (4) في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة.

و هل له حقيقة؟ قال الشيخ: لا، و إنّما هو تخيل (5).

و علي كلّ تقدير لو استحلّه قتل.

و يجوز حلّ السحر بشيء من القرآن أو الذكر و الأقسام، لا بشيء منه.

روي إبراهيم بن هاشم قال: حدّثني شيخ من أصحابنا الكوفيّين، قال: دخل عيسى بن سيفي (6) علي الصادق عليه السّلام - و كان ساحرا يأتيه الناس

ص: 144

1- الحجرات: 12.

2- في الطبعة الحجرية: «التهمة» بدل «النميمة».

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «و» بدل «أو». و الظاهر ما أثبتناه.

4- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

5- الخلاف 5: 327-328، المسألة 14 من كتاب كفارة القتل، المبسوط - للطوسي - 7: 260.

6- في الكافي: «شقيقي» بدل «سيفي». و في التهذيب - تحقيق السيّد حسن الخراسان - و كذا الفقيه: «شقيقي». و في التهذيب - تحقيق علي أكبر الغفاري - كما في المتن.

و يأخذ علي ذلك الأجر - فقال له: جعلت فداك أنا رجل كانت صناعتني السحر و كنت آخذ عليه الأجرة و كان معاشي، و قد حججت و منّ الله عليّ بقلانك و قد تبت إلي الله تعالي، فهل لي في شيء منه مخرج؟ قال: فقال:

الصادق عليه السلام: «حلّ ولا تعقد»(1).

و كذا يحرم تعلّم الكهانة و تعليمها، و الكاهن هو الذي له رئي(2) من الجنّ يأتيه بالأخبار. و يقتل ما لم يتب.

و التنجيم حرام، و كذا تعلّم النجوم مع اعتقاد تأثيرها في عالم العنصريّات علي ما يقوله الفلاسفة.

و الشعبة حرام. و هي الحركات السريعة جدّا بحيث يخفي علي الحسّ الفرق بين الشيء و شبهه لسرعة(3) انتقاله من الشيء إلي شبهه.

و القيافة حرام عندنا.

### مسألة 651: يحرم بيع المصحف،

لما فيه من الابتدال له و انتفاء التعظيم، بل ينبغي أن يبيع الجلد و الورق.

قال سماعة: سألته عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: «لا تشتري كتاب الله، و لكن اشتر الحديد و الجلود(4) و الدفتين(5)، و قل: أشتري هذا منك بكذا و كذا»(6).

ص: 145

1- الكافي 5: 115، 7، التهذيب 6: 364، 1043، و انظر: الفقيه 3: 110، 463.

2- يقال للتابع من الجنّ: رئي، بوزن كمّي، سمّي به لأنّه يتراءى لمتبوعه. النهاية - لابن الأثير - 2: 178 «رأي».

3- في الطبعة الحجرية: «بسرعة».

4- في المصدر: «و الورق» بدل «و الجلود».

5- في الطبعة الحجرية: «و الدفين». و في «س، ي»: «و الدفتر». و ما أثبتناه من المصدر.

6- الكافي 5: 121 (باب بيع المصاحف) الحديث 2.

وسأل جرّاح المدائني الصادق عليه السّلام: عن بيع المصاحف، فقال(1):

«لا تبع الكتاب ولا تشتره، وبع الورق والأديم والحديد»(2).

ولا بأس بأخذ الأجرة علي كتابة القرآن.

قال الصادق عليه السّلام وقد سأله روح بن عبد الرحيم(3)، فقال له: ما تري أن أعطي علي كتابته أجرا؟ قال: «لا بأس»(4).

### مسألة 652: يحرم تعشير المصاحف بالذهب و زخرفتها.

قال سماعة: سألته عن رجل يعشّر المصاحف بالذهب، فقال:

«لا يصلح» فقال: إنّها معيشتي، فقال: «إنك إن تركته لله جعل الله لك مخرجا»(5).

والأولي عندي الكراهة دون التحريم، عملا بالأصل، واستضعافا للرواية، لأنّها غير مستندة إلي إمام، والرواة ضعفاء.

ويكره كتابة القرآن بالذهب.

قال محمّد الوردّاق(6): عرضت علي الصادق عليه السّلام كتابا فيه قرآن مختّم معشّر بالذهب، وكتب في آخره سورة بالذهب، فأريته إيّاه، فلم يعب منه شيئا إلاّ كتابة القرآن بالذهب، فإنّه قال: «لا يعجبني أن يكتب القرآن إلاّ بالسواد كما كتب أول مرّة»(7).

ص: 146

1- في «س، ي»: «قال».

2- التهذيب 6:366، 1051.

3- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «عبد الرحمن». وما أثبتناه من المصدر.

4- الكافي 5:121-122، 3، التهذيب 6:366، 1053.

5- التهذيب 6:366، 1055.

6- في الكافي: «محمّد بن الوردّاق».

7- الكافي 2:460، 8، التهذيب 6:367، 1056.

و كذا بيعهما.

و لو وجد عنده سرقة، ضمنها، إلا أن يقيم البيّنة بشرائها، فيرجع عليّ بائعها مع جهله.

روي جرّاح عن الصادق عليه السّلام قال: «لا يصلح شراء السرقة و الخيانة إذا عرفت» (1).

وقال الصادق عليه السّلام: «من اشترى سرقة و هو يعلم فقد شرك في عارها و إثمها» (2).

وقال الصادق عليه السّلام في الرجل يوجد عنده سرقة، فقال: «هو غارم إذا لم يأت عليّ بائعها بشهود (3)» (4).

و لو اشترى بمال السرقة جارية أو ضيعة، فإن كان بالعين، بطل البيع، و إلا حلّ له وطؤ الجارية، و عليه وزر المال.

روي السكوني عن الصادق عن الباقر عن آبائه عليهم السّلام «لو أن رجلا سرق ألف درهم فاشترى بها جارية أو أصدقها امرأة فإنّ الزوجة (5) له حلال، و عليه تبعة المال» (6).

و لو حجّ به مع وجوب الحجّ بدونه، برئت ذمّته إلا في الهدي.

و لو طاف أو سعي في الثوب المغصوب أو عليّ الدابة المغصوبة،

ص: 147

1- الكافي 5:228، 4، التهذيب 6:374، 1089.

2- الكافي 5:229، 6، التهذيب 6:374، 1090.

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «شهود». و في التهذيب: «شهودا». و ما أثبتناه من الكافي.

4- الكافي 5:229، 7، التهذيب 6:374، 1091.

5- في المصدر: «الفرج» بدل «الزوجة».

6- التهذيب 6:386، 1147، و 8:215، 767.

### مسألة 654: التطيف في الكيل و الوزن حرام بالنص

و الإجماع.

قال الله تعالى وَيَلِّ لِّلْمُطَفِّينَ. الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ. وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ (1).

ويحرم الرشا في الحكم و إن حكم علي باذله بحق أو باطل.

الخامس: ما يجب علي الإنسان فعله يحرم أخذ الأجر عليه، كتغسيل الموتى و تكفينهم و دفنهم.

نعم، لو أخذ الأجر علي المستحب منها (2)، فالأقرب: الجواز.

و تحرم الأجرة علي الأذان، و قد سبق (3)، و علي القضاء، لأنه واجب.

و يجوز أخذ الرزق عليهما من بيت المال.

و يجوز أخذ الأجرة علي عقد النكاح و الخطبة في الإملاك (4).

و يحرم الأجر علي الإمامة و الشهادة و قيامها.

### مسألة 655: لو دفع إنسان إلي غيره مالا ليصرفه في المحايج

أو في قبيل و كان هو منهم، فإن عيّن، اقتصر علي ما عيّنه، و لا يجوز له إعطاء غيره، فإن فعل، ضمن.

و إن أطلق، فالأقرب: تحريم أخذه منه، لأنّ الظاهر أنّ الشخص هنا لا يتولّي طرفي القبض و الإقباض.

و لما رواه عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق عليه السّلام في رجل أعطاه

ص: 148

1- المطفّفين: 1-3.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «منهما» بدل «منها». و الصحيح ما أثبتناه.

3- في ج 3 ص 81، المسألة 184.

4- الإملاك: التزويج. الصحاح 4: 1610 «ملك».

رجل مالا ليقسمه في المساكين و له عيال محتاجون، أ يعطيهم منه من غير أن يستأذن(1) صاحبه ؟ قال: «نعم»(2).

وقال بعض علمائنا: يجوز له أن يأخذ مثل ما يعطي غيره، و لا يفضل نفسه عليهم(3).

و هو عندي جيّد إن علم بقريئة الحال تسويغ ذلك.

إذا عرفت هذا، فإن كان الأمر بالدفع إلي قوم معيّنين، لم تشترط عدالة المأمور، و إلا اشترطت.

### مسألة 656: يجوز أكل ما ينثر في الأعراس

مع علم الإباحة إمّا لفظاً أو بشاهد الحال. و يكره انتهابه.

فإن لم يعلم قصد الإباحة، حرم، لأنّ الأصل عصمة مال المسلم.

قال إسحاق بن عمّار: قلت للصادق عليه السّلام: الإملاك يكون و العرس فينثر علي القوم، فقال: «حرام، و لكن كل ما أعطوك منه»(4).

وقال أمير المؤمنين عليه السّلام: «لا بأس بنثر الجوز و السّكر»(5).

و عن الكاظم عليه السّلام، قال: سألته عن النثار من السّكر و اللوز و أشباهه أ يحلّ أكله ؟ قال: «يكره أكل ما انتهب»(6).

### مسألة 657: الولاية من قبل العادل مستحبة.

و قد تجب إذا ألزمه بها، أو كان الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر لا يتمّ إلاّ بولايته.

ص: 149

1- في المصدر: «يستأمر» بدل «يستأذن».

2- التهذيب 6:352-353، 1001.

3- المحقق الحلّي في شرائع الإسلام 2:12.

4- التهذيب 6:370، 1071، الاستبصار 3:66، 220.

5- التهذيب 6:370، 1073، الاستبصار 3:66-67، 222.

6- الكافي 5:123، 7، التهذيب 6:370، 1072.

و تحرم من الجائر، إلاّ مع التمكن من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، أو مع الإكراه بالخوف علي النفس أو المال أو الأهل أو بعض المؤمنين، فيجوز حينئذ اعتماد ما يأمره إلاّ القتل الظلم، فإنّه لا يجوز له فعله وإن قتل.

ولو خاف ضررا يسيرا بترك الولاية، استحَبَّ له تحمّله، و كرهت له الولاية.

روي عمّار قال: سئل الصادق عليه السّلام: عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل، قال: «لا، إلاّ أن لا يقدر علي شيء [و لا] (1) يأكل و لا يشرب و لا يقدر علي حيلة، فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلي أهل البيت» (2).

و عن الوليد بن صبيح قال: دخلت علي الصادق عليه السّلام فاستقبلني زرارة خارجا من عنده، فقال لي الصادق عليه السّلام: «يا وليد أما تعجب من زرارة سألني عن أعمال هؤلاء أيّ شيء كان يريد؟ [أ يريد] (3) أن أقول له:

لا، فيروي ذلك عليّ؟» ثمّ قال: «يا وليد متي كانت الشيعة تسأل عن أعمالهم؟ إنّما كانت الشيعة تقول: يؤكل من طعامهم، و يشرب من شرابهم، و يستظلّ بظلّهم، متي كانت الشيعة تسأل عن هذا؟» (4).

و روي حمّاد عن حميد قال: قلت للصادق عليه السّلام: إنّي (5) وليت عملا.

ص: 150

1- ما بين المعقوفين من المصدر.

2- التهذيب 6:330، 915.

3- ما بين المعقوفين من الكافي.

4- الكافي 5:105، 2، التهذيب 6:330-331، 917.

5- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «أن» بدل «إنّي». و ما أثبتناه كما في المصدر.



فهل لي من ذلك مخرج؟ فقال: «ما أكثر من طلب [من] (1) ذلك المخرج ففسر عليه» قلت: فما تري؟ قال: «أري أن تتقي الله عز وجل ولا تعود» (2).

وكان النجاشي - وهو رجل من الدهاقين - عاملاً علي الأهواز وفارس، فقال بعض أهل عمله للصادق عليه السلام: إن في ديوان النجاشي علي خراجا وهو ممن يدين بطاعتك، فإن رأيت أن تكتب إليه كتابا، قال:

فكتب إليه كتابا: بسم الله الرحمن الرحيم، سر أخاك يسرّك الله» فلما ورد عليه الكتاب وهو في مجلسه وخلا ناوله الكتاب وقال: هذا كتاب الصادق عليه السلام، فقبله ووضع علي عينيه وقال: ما حاجتك؟ فقال: علي خراج في ديوانك، قال له: كم هو؟ قال: عشرة آلاف درهم، قال: فدعا كاتبه فأمره بأدائها عنه، ثم أخرج مثله فأمره أن يثبتها له لقابل، ثم قال: هل سررتك؟ قال: نعم، قال: فأمر له بعشرة آلاف درهم أخرى، فقال: هل سررتك؟ فقال: نعم، جعلت فداك، قال: فأمر له بمركب ثم أمر له بجارية و غلام وتخت ثياب في كل ذلك يقول: هل سررتك؟ فكلما قال: نعم، زاده حتي فرغ قال له: احمل فرش هذا البيت الذي كنت جالسا فيه حين دفعت إلي كتاب مولاي فيه، و ارفع إلي جميع حوائجك، قال: ففعل، و خرج الرجل فصار إلي الصادق عليه السلام بعد ذلك، فحدثه بالحديث علي جهته، فجعل يستبشر بما فعله، قال له الرجل: يا بن رسول الله فإنه قد سرّك ما فعل بي؟ قال: «إي والله لقد سرّ الله ورسوله» (3).5.

ص: 151

1- ما بين المعقوفين من التهذيب. وفي الكافي: «من طلب المخرج من ذلك».

2- الكافي 5: 109، 15، التهذيب 6: 332، 922.

3- الكافي 2: 152 (باب إدخال السرور علي المؤمنين) الحديث 9، التهذيب 6: 333-334، 925.

## مسألة 658: جوائز الجائر إن علمت حراما لغصب و ظلم و شبهه حرم أخذها،

فإن أخذها، وجب عليه ردّها علي المالك إن عرفه. وإن لم يعرفه، تصدّق بها عنه و يضمن، أو احتفظها أمانة في يده، أو دفعها إلي الحاكم. ولا يجوز له إعادتها إلي الظالم، فإن أعادها، ضمن، إلا أن يقهره الظالم علي أخذها، فيزول التحريم.

أمّا الضمان فإن كان قد قبضها اختيارا، لم يزل عنه بأخذ الظالم لها كرها. وإن كان قد قبضها مكرها، زال الضمان أيضا.

وإن لم يعلم تحريمها، كانت حلالا بناء علي الأصل.

قال محمّد بن مسلم و زرارة: سمعناه يقول: «جوائز العمّال ليس بها بأس»(1).

وقال الباقر عليه السّلام: «إنّ الحسن و الحسين عليهما السّلام كانا يقبلان جوائز معاوية»(2).

و لو علم أنّ العامل يظلم و لم يعلم أنّ المبيع بعينه ظلم، جاز شراؤه.

قال معاوية بن وهب: قلت للصادق عليه السّلام: أشتري من العامل الشيء و أنا أعلم أنّه يظلم، فقال: «اشتر منه»(3).

قال أبو المغراء: سألت رجل الصادق عليه السّلام و أنا عنده، فقال:

أصلحك الله أمرّ بالعامل فيجيزني بالدرهم آخذها؟ قال: «نعم» قلت:

و أحجّ بها؟ قال: «نعم»(4).

ص: 152

---

1- التهذيب 6:336، 931.

2- التهذيب 6:337، 935.

3- التهذيب 6:338، 938.

4- الفقيه 3:108، 450، التهذيب 6:338، 942.

## مسألة 659: ما يأخذ الجائر من الغلات باسم المقاسمة،

و من الأموال باسم الخراج عن حق الأرض، و من الأنعام باسم الزكاة يجوز شراؤه و آتھابه، و لا تجب إعادته علي أصحابه و إن عرفوا، لأنّ هذا مال لا يملكه الزارع و صاحب الأنعام و الأرض، فإنّ حقّ لله أخذه غير مستحقّه، فبرئت ذمّته، و جاز شراؤه.

و لأنّ أبا عبيدة سأل الباقر عليه السّلام: عن الرجل منّا يشتري من السلطان من إبل الصدقة و غنمها و هو يعلم أنّهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذي يجب عليهم، فقال: «ما الإبل و الغنم إلّا مثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به حتي تعرف الحرام بعينه» قيل له: فما تري في مصدّق يجيئنا فيأخذ صدقات أغنامنا(1)، نقول: بعناها، فيبيعناها، فما تري في شرائها منه؟ قال: «إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس» قيل له: فما تري في الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظّنا و يأخذ حظّه فيعزله بكييل، فما تري في شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: «إن كان قبضه بكييل و أنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه بغير كيل»(2).

روي عبد الرحمن بن الحجّاج - في الصحيح - عن أبي الحسن عليه السّلام، قال: قال لي: «ما لك لا تدخل مع عليّ في شراء الطعام؟ إنّي أظنّك ضيقاً» قال: قلت: نعم، فإن شئت و سّعت عليّ، قال: «اشتره»(3).

## مسألة 660: إذا كان له مال حلال و حرام، و جب عليه تمييزه منه،

و دفع الحرام إلي أربابه، فإن امتزجا، أخرج بقدر الحرام، فإن جهل أربابه،

ص: 153

1- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «أغنيائنا» بدل «أغنامنا». و ما أثبتناه من المصدر.

2- الكافي 5: 228، 2، التهذيب 6: 375، 1094.

3- التهذيب 6: 336، 932.

تصدّق به عنهم، فإن جهل المقدار، صالح أربابه عليه، فإن جهل أربابه و مقداره، أخرج خمسه، و حلّ له الباقي.

قال الصادق عليه السّلام: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السّلام فقال: إنّي كسبت مالا أغمضت في مطالبه حلالا و حراما و قد أردت التوبة و لا- أدري الحلال منه و الحرام و قد اختلط عليّ، فقال أمير المؤمنين عليه السّلام: تصدّق بخمس مالك، فإنّ الله عزّ و جلّ رضي من الأشياء بالخمس، و سائر المال لك»(1).

### مسألة 661: تكره معاملة من لا يتحفّظ من الحرام،

فإن دفع إليه من الحرام، لم يجز له أخذه و لا شراؤه، فإن أخذه، ردّه علي صاحبه. و إن بايعه بمال يعلم أنّه حلال، جاز. و إن اشتبه، كان مكروها.

قال النبيّ صلّي الله عليه و آله: «الحلال بيّن، و الحرام بيّن، و بين ذلك أمور متشابها لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه و عرضه، و من وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي حول الحمي يوشك أن يقع فيه، ألا- إنّ لكلّ ملك حمي، و حمي الله محارمه»(2).

و روي الحسن بن عليّ عليهما السّلام عن النبيّ صلّي الله عليه و آله أنّه كان يقول: «دع ما يريبك إلي ما لا يريبك»(3).

### مسألة 662: الأجير إمّا عامّ أو خاصّ،

فالعامّ هو الذي يستأجر للعمل

ص: 154

1- الكافي 5:125، 5، التهذيب 6:368-369، 1065.

2- صحيح البخاري 1:20، صحيح مسلم 3:1219، 1599، سنن الترمذي 3:511، 1205، سنن الدارمي 2:245، سنن البيهقي 5:264 باختلاف في بعض الألفاظ.

3- سنن الترمذي 4:668، 2518، سنن النسائي 8:327-328، سنن البيهقي 5:335، مسند أحمد 1:329، 1724، المستدرک - للحاكم - 2:13، المعجم الكبير - للطبراني - 3:75، 2708، شرح السنّة - للبغوي - 5:13، 2032.

المطلق، فيجوز له فعله مباشرة و تسيبياً. و الخاص هو الذي يشترط عليه العمل مباشرة مدّة معيّنة، فلا يجوز أن يعمل لغير من استأجره إلا بإذنه.

(1) لما رواه إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السّلام، قال: سألته عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيعيّنه في صنّعه (2) فيعطيه رجل آخر دراهم فيقول: اشتر لي كذا و كذا، فما ربحت فبيني و بينك، قال: «إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس» (3).

و يجوز للمطلق.

و ثمن الكفن حلال، و كذا ماء تغسيل الميّت و اجرة البدرقة.

### مسألة 663: يجوز لمن مرّ بشيء من الثمرة في النخل

أو الفواكه الأكل منها إن لم يقصد، بل وقع المرور اتّفاقاً. و لا يجوز له الإفساد و لا الأخذ و الخروج به، و لا يحلّ له الأكل أيضاً مع القصد. و لو أذن المالك مطلقاً، جاز.

روي محمّد بن مروان قال: قلت للصادق عليه السّلام: أمرّ بالثمرة فأخذ (4) منها، قال: «كل و لا تحمل» قلت: فإنّهم قد اشتروها، قال: «كل و لا تحمل» قلت: جعلت فداك إنّ التجّار قد اشتروها و نقدوا أموالهم، قال: «اشتروا ما ليس لهم» (5).

و عن يونس عن بعض رجاله عن الصادق عليه السّلام، قال: سألته عن

ص: 155

1- كذا، و الظاهر زيادة الواو حيث إنّها غير مسبوقه بذكر دليل حتي يتمّ العطف عليه.

2- كذا في النسخ الخطيّة و الحصريّة المعتمدة في التحقيق، و في المصدر: «فبيعه في ضيعته» بدل «فيعينه في صنّعه».

3- التهذيب 6: 381-382، 1125.

4- في المصدر: «فأكل» بدل «فأخذ».

5- التهذيب 6: 383، 1134.

الرجل يمرّ بالبستان وقد حيط عليه أو لم يحط، هل يجوز له أن يأكل من ثمره وليس يحمله علي الأكل من ثمره إلا الشهوة وله ما يغنيه عن الأكل من ثمره؟ وهل له أن يأكل منه من جوع؟ قال: «لا بأس أن يأكل، ولا يحمله ولا يفسده»<sup>(1)</sup>.

وهل حكم الزرع ذلك؟ إشكال أقربه: المنع، لما رواه مروك بن عبيد عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يمرّ علي قراح الزرع يأخذ منه السنبله، قال: «لا» قلت: أي شيء سنبله؟ قال: «لو كان كلّ من يمرّ به يأخذ سنبله كان لا يبقى منه شيء»<sup>(2)</sup>.

وكذا الخضراوات والبقول.

ولو منعه المالك، فالوجه: أنّه يحرم عليه تناول مطلقا إلا مع خوف التلف.

**مسألة 664: روي أنّ النبيّ صلّي الله عليه وآله نهى عن بيعتين في بيعة**

<sup>(3)</sup>.

وفسّر بأمرين:

أحدهما: أن يبيع الشيء بثمان نقدا وبآخر نسيئة. وقد بيّنّا بطلان هذا البيع.

والثاني: أن يكون المراد به أن يقول: بعتك بكذا علي أن تبيعني أنت كذا بكذا.

والثاني عندنا صحيح، خلافا للشافعي، لأنّه شرط بيع ماله، وذلك

ص: 156

1- التهذيب 6: 383-384، 1135.

2- التهذيب 6: 385، 1140.

3- سنن الترمذي 3: 533، 1231، سنن النسائي 7: 296، سنن البيهقي 5: 343، مسند أحمد 2: 366، 6591، و 3: 246، 9795، و 297، 10157، الموطأ 2: 663، 72.

غير واجب بالشرط(1).

و هو ممنوع، لقوله عليه السّلام: «المؤمنون عند شروطهم»(2) وقد تقدّم(3).

### مسألة 665: النجش حرام،

لأنّه عليه السّلام نهى عنه(4)، وهو خديعة، وليس من أخلاق أهل الدين.

ومعناه أن يزيد الرجل في ثمن سلعة لا يريد شراءها ليقتدي به المشترون بمواطاة البائع.

وروي أنّه عليه السّلام قال: «لا تناجشوا ولا تباغضوا ولا تحاسدوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا»(5).

إذا ثبت هذا، فإذا اشترى(6) المشتري مع النجش، كان البيع صحيحاً - وبه قال الشافعي(7) - لأصالة صحّة البيع. وقوله تعالى:

ص: 157

- 
- 1- مختصر المزني: 88، الحاوي الكبير 5:341، المهذب - للشيرازي - 1:274، الوسيط 3:72، التهذيب - للبغوي - 3:537، العزيز شرح الوجيز 4:104، روضة الطالبين 3:64، المجموع 9:338.
  - 2- التهذيب 7:371، 1503، الاستبصار 3:232، 835، الجامع لأحكام القرآن 6:33.
  - 3- في ج 10 ص 224 و 250، المسألتان 112 و 118.
  - 4- صحيح البخاري 3:91، سنن ابن ماجه 2:734، 2173، مسند أحمد 2:171، 5282، و 249، 5828، و 334، 6415.
  - 5- المعجم الصغير - للطبراني - 2:89، تاريخ بغداد 2:273، وبتفاوت في المعجم الأوسط - للطبراني - 7:157، 7021، والمصنّف - لابن أبي شيبة - 6:571، 2074، و سنن البيهقي 6:92، و مسند أحمد 2:541، 7670.
  - 6- في «س، ي»: «اشتراه».
  - 7- الحاوي الكبير 5:343، المهذب - للشيرازي - 1:298، حلية العلماء 4:306، التهذيب - للبغوي - 3:538، العزيز شرح الوجيز 4:131، روضة الطالبين 3:82، بداية المجتهد 2:167، المغني 4:300، الشرح الكبير 4:88.

وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (1) السالم عن معارضة النهي، لأنه لمعني في غير البيع، وإنما هو الخديعة.

وقال مالك: يكون مفسوخا لأجل النهي عنه (2).

ويثبت للمشتري الخيار إذا علم بالنجش، سواء كان ذلك بمواطاة البائع وعلمه أو لا إن اشتمل علي الغبن، وإلا فلا.

وقال الشافعي: إذا علم أنه كان نجشا، فإن لم يكن بمواطاة البائع وعلم، فلا خيار. وإن كان، فقولان.

أظهرهما: عدم الخيار، لأنه ليس فيه أكثر من الغبن، وذلك لا يوجب (3) الخيار، لأن التفريط من المشتري حيث اشترى ما لا يعرف قيمته، فهو بمنزلة من اشترى ما لا يعرف قيمته، وغبنه بائعه.

و نحن لما أثبتنا الخيار بالغبن سقط هذا الكلام بالكليّة.

و الثاني: أنه يثبت الخيار - كما قلناه - لأنه تدليس من جهة البائع، فأشبهه التصرية (4).

و لو قال البائع: أعطيت في هذه السلعة كذا وكذا، فصدّقه المشتري فاشتراها بذلك، ثم ظهر له كذبه، فإنّ البيع صحيح، و الخيار علي هذين 4.

ص: 158

1- البقرة: 275.

2- بداية المجتهد 2: 167، حلية العلماء 4: 307، العزيز شرح الوجيز 4: 131، المغني 4: 300، الشرح الكبير 4: 88.

3- ظاهر الطبعة الحجرية: «لا-يجيز» بدل «لا-يوجب». و ظاهر «س، ي»: «لا يعين». و ما أثبتناه من نسخة بدل في هامش الطبعة الحجرية.

4- المهذب - للشيرازي - 1: 298، حلية العلماء 4: 307، التهذيب - للبخاري - 3: 538، العزيز شرح الوجيز 4: 131، روضة الطالبين

3: 82، المغني 4: 301، الشرح الكبير 4: 88.



و الأقرب عندي: انتفاء الخيار هنا، لأنّ التفريط من المشتري.

### مسألة 666: نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْ بَيْعِ الْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ،

فقال:

«لا يبيع (2) بعضكم على بيع بعض»(3).

و معناه أنّ المتبايعين إذا عقدا البيع و هما في مجلس الخيار، فجاء آخر إلي المشتري فقال له: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون ثمنها الذي اشتريت به، أو أنا أبيعك خيرا منها بثمنها، أو عرض عليه سلعة حسب ما ذكره.

و الأقرب: أنّه مكروه.

و قال الشافعي: إنّ محرّم، عملا بظاهر النهي، لأنّ الحديث وإن كان ظاهره ظاهر الخبر إلا أنّ المراد به النهي. و لأنّه إضرار بالمسلم(4) و إفساد عليه، فكان حراما(5).

و يمنع ذلك.

فإن خالف و فعل ذلك و باع المشتري، صحّ البيع، لأنّ النهي لمعني في غير البيع، فأشبهه البيع حالة النداء.

ص: 159

1- العزيز شرح الوجيز 4:131، روضة الطالبين 3:82.

2- كذا، و في بعض المصادر: «لا يبيع».

3- صحيح البخاري 3:92، صحيح مسلم 3:1154، 1412، سنن ابن ماجة 2:733، 2171، سنن الترمذي 3:587، 1292، سنن النسائي 7:256، سنن البيهقي 5:344، مسند أحمد 2:171، 5282، و 249، 5828.

4- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «بالمسلمين». و ما أثبتناه يقتضيه السياق.

5- الحاوي الكبير 5:343-344، المهذب - للشيرازي - 1:298، الوسيط 3:65، العزيز شرح الوجيز 4:130-131، روضة الطالبين 3:81، المغني 4:301، الشرح الكبير 4:48.

و كذا إذا اشترى رجل سلعة بثمن فجاء آخر قبل لزوم العقد، فقال للبائع: أنا أشتريها بأكثر من الثمن الذي اشتراها هذا، فإنه مكروه عندنا، و حرام عند الشافعي، لأنه في معنى نهيه عليه السلام. و لأنّ اللفظ مشتمل عليه، لأنّ اسم البائع يقع عليهما، و لهذا يسميان متبايعين. و لأنه عليه السلام نهى عن أن يخطب الرجل علي خطبة أخيه(1)، و المشتري في معنى الخاطب(2).

### مسألة 667: يكره السوم علي سوم المؤمن،

لأنّ النبيّ صلّي الله عليه و آله قال:

«لا يسوم الرجل علي سوم أخيه»(3).

فإن وجد من البائع تصرّح بالرضا بالبيع و لم يعقد أو أذن فيه لوكيله، كره السوم.

و قال الشافعي: يحرم، كما تحرم الخطبة(4).

و الأصل عندنا مكروه.

و أمّا إن لم يوجد ذلك و لا ما يدلّ عليه بل سكت و لم(5) يجب إلي البيع، لم يحرم السوم، و به قال الشافعي(6).

و أمّا أن يكون لم يصرّح بالرضا، بل ظهر منه ما يدلّ علي الرضا بالبيع، فهو عند الشافعي مبنيّ علي القولين في الخطبة.

ص: 160

1- سنن البيهقي 7:180، سنن النسائي 7:258، مسند أحمد 2:287، 6100.

2- الحاوي الكبير 5:344، العزيز شرح الوجيز 4:130-131، روضة الطالبين 3:81، المغني 4:301، الشرح الكبير 4:48.

3- سنن الترمذي 3:587، 1292، سنن البيهقي 5:344، شرح معاني الآثار 3:3.

4- الحاوي الكبير 5:344، المهذب - للشيرازي - 1:298، الوسيط 3:65-66، حلية العلماء 4:308، التهذيب - للبغوي - 3:538-

539، العزيز شرح الوجيز 4:130، روضة الطالبين 3:80.

5- في الطبعة الحجرية: «فلم».

6- المهذب - للشيرازي - 1:298، الوسيط 3:66، العزيز شرح الوجيز 4:130، روضة الطالبين 3:81.

قال في القديم: تحرم الخطبة، لعموم النهي.

وقال في الجديد: لا تحرم، لحديث فاطمة بنت قيس، وقوله [صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ] لها: «انكحي أسامة» وقد خطبها معاوية وأبو جهم (1) ، فالبيع مثل ذلك (2).

هذا إذا تساوما بينهما، فأما إذا كانت السلعة في النداء، فإنه يجوز أن يستامها واحد بعد واحد، لأن صاحبها لم يرض بأن يبيعهما أو يسومها مع واحد، بل سامها للكُلِّ ولم يخصَّ واحدا.

وأصله أن رجلا من الأنصار شكَا إلي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ الشدَّة والجهد، فقال له: «ما بقي لك شيء؟» فقال: بلي قدح وحلس، قال: «فأنتي بهما» فأتاه بهما، فقال: «من يبتاعهما؟» فقال رجل: أنا أبتاعهما بدرهم، وقال (3) رجل آخر: عليّ درهمين، فقال النبي: «هما لك بالدرهمين» (4).

ولأنه قد يبيعهما من واحد ويقصد إرفاقه ويخصَّصه (5) ، فإذا سامها آخر، فسد غرضه، وإذا نادى عليها، فلم يقصد إلا طلب الثمن، فافترقا.

تذنيب: يكره السوم ما بين طلوع الفجر إلي طلوع الشمس، لدلالته علي شدة الحرص في طلب الدنيا، لأنه وقت طلب الرزق من الله تعالى.

ولما رواه علي بن أسباط رفعه، قال: «نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عن السوم ما بين طلوع الفجر إلي طلوع الشمس» (6). 2.

ص: 161

1- صحيح مسلم 2:1114، 1480، سنن البيهقي 7:177-178، 181، 471، شرح معاني الآثار 3:5 و6.

2- الحاوي الكبير 5:345، العزيز شرح الوجيز 4:130.

3- في «س، ي»: «فقال».

4- سنن ابن ماجة 2:740، 2198، سنن أبي داود 2:120، 1641، مسند أحمد 3:558-559، 11724 بتفاوت.

5- في الطبعة الحجرية: «أو تخصيصه».

6- الكافي 5:152، 12.

و تكره الزيادة وقت النداء، بل إذا سكت المنادي، زاد، لقول الصادق عليه السّلام: «كان أمير المؤمنين عليّ عليه السّلام يقول: إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد، وإّما يحرمّ الزيادة النداء، ويحلّها السكوت»(1).

### مسألة 668: لا يجوز للرجل أن يأخذ من ولده البالغ شيئاً إلاّ بإذنه

- إلاّ مع خوف التلف - إن كان غنيّاً، أو كان الولد ينفق عليه، لأصالة عصمة مال الغير.

ولو كان الولد صغيراً أو مجنوناً، فالولاية للأب، فله الاقتراض مع العسر واليسر.

و يجوز له أن يشتري من مال ولده الصغير لنفسه بثمان المثل، ويكون موجبا قابلاً، وأن يقوم جاريته عليه، و يطأها حينئذ.

ولو كان الأب معسراً، جاز أن يتناول من مال ولده الموسر قدر مئونة نفسه خاصّة إذا منعه الولد.

روي محمّد بن مسلم - في الصحيح - عن الصادق عليه السّلام، قال: سألته عن الرجل يحتاج إليّ مال ابنه، قال: «يأكل منه ما شاء من غير سرف» وقال: «وفي كتاب عليّ عليه السّلام أنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلاّ بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، وله أن يقع عليّ جارية ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها، وذكر أنّ رسول الله صلّي الله عليه وآله قال لرجل: أنت و مالك لأبيك»(2).

وعن الباقر عليه السّلام قال: «قال رسول الله صلّي الله عليه وآله لرجل: أنت و مالك لأبيك» ثمّ قال الباقر عليه السّلام: «لا نحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلاّ ما احتاج إليه

ص: 162

1- الكافي 5: 305-306، 8، وبتفاوت يسير في التهذيب 7: 227-228، 994.

2- التهذيب 6: 343، 961، وفي الاستبصار 3: 48، 157 عن الإمام الباقر عليه السّلام.

مِمَّا لَا بَدَّ مِنْهُ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»(1).

وعن عليّ بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السّلام، قال: سألته عن الرجل يأكل من مال ولده، قال: «لا، إلاّ أن يضطرّ إليه، فليأكل منه بالمعروف، ولا يصلح للولد أن يأخذ من مال والده شيئاً إلاّ بإذن والده»(2).

### مسألة 669: و الولد يحرم عليه مال والده،

فلا يحلّ له أن يأخذ منه شيئاً إلاّ بإذنه، فلو اضطرّ الولد المعسر إلي النفقة و منعه الأب، كان للولد أن يأخذ قدر مؤنته، لأنّه كالدين علي الأب.

و يحرم علي الأم أن تأخذ من مال ولدها شيئاً إلاّ إذا منعها النفقة الواجبة عليه.

وكذا يحرم علي الولد أخذ مال الأم إلاّ إذا وجب نفقته عليها و منعته.

و ليس لها أن تقترض من مال ولدها الصغير كما سوّغنا ذلك للأب، لأنّ الولاية له دونها، لما رواه - في الحسن - محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السّلام، قال: سألته عن رجل لابنه مال فيحتاج الأب إليه، قال: «يأكل منه، فأما الأمّ فلا تأكل منه إلاّ قرضاً علي نفسها»(3).

و يجوز للأب أن يقترض من مال ابنه الصغير و يحجّ عنه، للولاية.

و لما رواه سعيد بن يسار قال: قلت للصادق عليه السّلام: أ يحجّ الرجل من مال ابنه و هو صغير؟ قال: «نعم» قلت: أ يحجّ حجّة الإسلام و ينفق منه؟ قال: «نعم بالمعروف» ثمّ قال: «نعم، يحجّ منه و ينفق منه، إنّ مال الولد

ص: 163

1- الكافي 5:135، 3، التهذيب 6:343، 962، الاستبصار 3:48، 158.

2- الكافي 5:135، 2، التهذيب 6:344، 963، الاستبصار 3:48-49، 159، وفيها: «فيأكل» بدل «فليأكل».

3- الكافي 5:135، 1، التهذيب 6:344، 964، الاستبصار 3:49، 160.

للوالد، وليس للولد أن ينفق من مال والده إلا بإذنه»(1).

وسأل ابن سنان - في الصحيح - الصادق عليه السلام: ما ذا يحلّ للوالد من مال ولده؟ قال: «أمّا إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من ماله شيئاً، فإن كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها إلا أن يقومها قيمة تصير لولده قيمتها عليه» قال: «ويعلن ذلك.. فإن كان للرجل ولد صغار لهم جارية، فأحبّ أن يفتصدّها فليقومها علي نفسه قيمة ثم يصنع بها ما شاء، إن شاء وطئ، وإن شاء باع»(2).

و علي هذا تحمل الأحاديث المطلقة.

### مسألة 670: لا يحلّ لكلّ من الزوجين أن يأخذ من مال الآخر شيئاً،

لأصالة عصمة مال الغير، إلا بإذنه، فإن سوّغت له ذلك، حلّ.

ولو دفعت إليه مالا وقالت له: اصنع به ما شئت، كره له أن يشتري به جارية ويطأها، لأنّ ذلك يرجع بالغمّ عليها.

روي هشام عن الصادق عليه السلام في الرجل تدفع إليه امرأته المال فتقول: اعمل به و اصنع به ما شئت، أله أن يشتري الجارية ثمّ(3) يطأها؟ قال: «ليس له ذلك»(4) ومقصود الإمام عليه السلام الكراهة، لأصالة الإباحة.

روي الحسين بن المنذر قال: قلت للصادق عليه السلام: دفعت إليّ امرأتي مالا أعمل به، فأشتري من ماله الجارية أطأها؟ قال: فقال: «أرادت أن تقرّ

ص: 164

1- التهذيب 6:345، 967، الاستبصار 3:50، 165.

2- التهذيب 6:345، 968، الاستبصار 3:50، 163.

3- كلمة «ثمّ» لم ترد في المصدر.

4- التهذيب 6:346-347، 975.

عينك و تسخن عينها»(1).

وقد وردت رخصة في أنّ المرأة لها أن تتصدّق بالمأدوم إذا لم تجحف به، إلا أن يمنعها فيحرم.

قال ابن بكير: سألت الصادق عليه السلام عما يحلّ للمرأة أن تتصدّق به من مال زوجها بغير إذنه؟ قال: «المأدوم»(2).

وسأل عليّ بن جعفر أخاه (موسي بن جعفر عليهما السلام)(3): عن المرأة لها أن تعطي من بيت زوجها بغير إذنه؟ قال: «لا، إلا أن يحلّها»(4).

### مسألة 671: في الاحتكار قولان لعلمائنا:

التحريم، وهو أصحّ قولي الشافعي(5)، لما رواه العامّة عن النبيّ صلّي الله عليه وآله أنّه قال: «لا يحتكر إلاّ خاطئ»(6) أي آثم.

وقال عليه السلام: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»(7).

وقال عليه السلام: «من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه»(8).

ص: 165

1- التهذيب 6:347، 976.

2- الكافي 5:137 (باب الرجل يأخذ من مال امرأته..) الحديث 2، التهذيب 6:346، 973.

3- بدل ما بين القوسين في «س، ي»: «الكاظم عليه السلام».

4- التهذيب 6:346، 974.

5- المهذب - للشيرازي - 1:299، حلية العلماء 4:318، العزيز شرح الوجيز 4:126، روضة الطالبين 3:78.

6- صحيح مسلم 3:1228، 130، سنن ابن ماجه 2:728، 2154، سنن أبي داود 3:271، 3447، سنن الترمذي 3:567، 1267، سنن الدارمي 2:248.

7- سنن ابن ماجه 2:728، 2153، سنن البيهقي 6:30، سنن الدارمي 2:249.

8- المستدرک - للحاكم - 2:11-12، مسند أحمد 2:116، 4865.

و من طريق الخاصة: قول الباقر عليه السلام: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله:

لا يحتكر الطعام إلا خاطئ»(1).

وعن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: الجالب مرزوق، و المحتكر ملعون»(2).

وقال الصادق عليه السلام: «الحكرة في الخصب أربعون يوما، وفي الشدة و البلاء ثلاثة أيام، فما زاد علي الأربعين يوما في الخصب فصاحبه ملعون، و ما زاد في العسرة علي ثلاثة أيام فصاحبه ملعون»(3).

وروي عن النبي صَلَّى الله عليه وآله «من احتكر علي المسلمين لم يمت حتي يضربه الله بالجذام و الإفلاس»(4).

و الكراهة، للأصل.

و لقول الصادق عليه السلام: «وإن كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام»(5).

### مسألة 672: الاحتكار هو حبس الحنطة و الشعير

و التمر و الزبيب و السمن و الملح بشرطين: الاستبقاء للزيادة، و تعدد غيره، فلو استبقاها لحاجته أو وجد غيره، لم يمنع.

وقيل: أن يستبقيا في الغلاء ثلاثة أيام، و في الرخص أربعين

ص: 166

1- التهذيب 7:159، 701، الإستبصار 3:114، 403.

2- الكافي 5:165، 7، الفقيه 3:169، 751، التهذيب 7:159، 702، الإستبصار 3:114، 404.

3- الكافي 5:165، 7، التهذيب 7:159، 703، الاستبصار 3:114، 405.

4- سنن ابن ماجه 2:729، 2155، الترغيب و الترهيب 2:583، 4 بتفاوت.

5- الكافي 5:165، 5، التهذيب 7:160، 708، الاستبصار 3:115-116، 411.



يوماً(1).

وفسر الشافعية الاحتكار: أن يشتري ذو الثروة من الطعام ما لا يحتاج إليه في حال ضيقه و غلاة علي الناس فحبسه عنهم(2).

فأما إذا اشترى في حال سعته، و حبسه ليزيد نفعه(3)، أو كان له طعام في زرعه فحبسه، جاز ما لم يكن بالناس ضرورة، فأما إذا كان بهم ضرورة، وجب عليه بذله لهم لأحيائهم، و به قال الشافعي(4) أيضا.

و لا بأس أن يشتري في وقت الغلاء لنفقة نفسه و عياله ثم يفضل شيء فيبيعه في وقت الغلاء.

و لا بأس أن يشتري في وقت الرخص ليربح في وقت الغلاء.

و لا بأس أن يمسك غلة ضيعته لبيع في وقت الغلاء، و لكن الأولي أن يبيع ما فضل عن كفايته.

و هل يكره إمساكه ؟ للشافعية وجهان(5).

و تحريم الاحتكار مختص بالأقوات، و منها: التمر و الزبيب، و لا يعم جميع الأطعمة، قاله الشافعي(6).

و قال الصادق عليه السلام: «الحكرة في الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن»(7).6.

ص: 167

1- القائل بذلك من أصحابنا الإمامية هو الشيخ الطوسي في النهاية: 374-375.

2- العزيز شرح الوجيز 4:126، روضة الطالبين 3:78.

3- في «س» و الطبعة الحجرية: «ليريد منعه». و في «ي»: «ليزيد منعه». و الظاهر ما أثبتناه.

4- العزيز شرح الوجيز 4:126، روضة الطالبين 3:78.

5- العزيز شرح الوجيز 4:126، روضة الطالبين 3:78-79.

6- العزيز شرح الوجيز 4:126، روضة الطالبين 3:79.

7- الكافي 5:164، 1، التهذيب 7:159، 704، الاستبصار 3:114، 406.

وسأل الحلبي الصادق عليه السلام: عن الزيت، فقال: «إذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه»(1).

وقال الصادق عليه السلام: «الحكرة أن يشتري طعاما ليس في المصر غيره فيحتكره، فإن كان في المصر طعام أو يباع غيره فلا بأس أن يلمس بسلعته الفضل»(2).

### مسألة 673: يجبر الإمام أو نائبه المحتكر علي البيع.

وهل يسعّر عليه؟ قولان لعلمائنا المشهور: العدم، لما رواه العامة أنّ السعر غلا علي عهد رسول الله صلّي الله عليه وآله، فقالوا: يا رسول الله سعّر لنا، فقال: «إنّ الله هو المسعّر القابض الباسط، وإني لأرجو أن ألقى ربّي وليس أحد(3) منكم يطلبني بمظلمة بدم ولا مال»(4).

ومن طريق الخاصّة: قول الصادق عليه السلام: «فقد الطعام علي عهد رسول الله صلّي الله عليه وآله، فأتي المسلمون فقالوا: يا رسول الله فقد الطعام ولم يبق منه شيء إلاّ عند فلان، فمره يبع، قال: فحمد الله وأثنى عليه، ثمّ قال:

يا فلان إنّ المسلمين ذكروا أنّ الطعام قد فقد إلاّ شيئا عندك، فأخرجه وبعه كيف شئت ولا تحبسه»(5) ففوّض السعر إليه.

وعن أمير المؤمنين عليّ عليه السلام قال: «إنّ رسول الله صلّي الله عليه وآله مرّ بالمحتكرين فأمر بحكرتهم أن تخرج إلي بطون الأسواق وحيث تنظر

ص: 168

1- الكافي 5: 164-165، 3، التهذيب 7: 160، 706، الإستبصار 3: 115، 409.

2- الكافي 5: 164-165، 3، التهذيب 7: 160، 706، الإستبصار 3: 115، 409.

3- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «لأحد». وما أثبتناه من المصادر.

4- سنن ابن ماجه 2: 741، 2200، سنن أبي داود 3: 272، 3451، سنن الدارمي 2: 249، مسند أحمد 3: 629، 12181، العزيز شرح الوجيز 4: 127.

5- الكافي 5: 164، 2، التهذيب 7: 159، 705، الإستبصار 3: 114، 407.

الأبصار إليها، فقبل لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: لَوْ قَوِّمْتَ عَلَيْهِمْ، فغضب عليه السلام حتى عرف الغضب من وجهه، فقال: أنا أقوم عليهم؟! إنما السعر إلي الله يرفعه إذا شاء، و يخفضه إذا شاء»(1).

إذا ثبت هذا، فإنه لا يجوز أن يسعر حالة الرخص عندنا وعند الشافعي(2).

و أما حالة الغلاء فكذلك عندنا.

وللشافعي وجهان:

أحدهما: يجوز له أن يسعر - وبه قال مالك - رفقا بالضعفاء.

وأصحهما: أنه لا يجوز تمكيننا للناس من التصرف في أموالهم.

ولأنهم قد يمتنعون بسبب ذلك عن البيع، فيشتد الأمر(3).

وقال بعض الشافعية: إن كان الطعام يجلب إلي البلدة، فالتسعير حرام. وإن كان يزرع بها ويكون عند التناه(4) فيها، فلا يحرم(5).

و حيث جوزنا التسعير فإنما هو في الأطعمة خاصة دون سائر الأقمشة والعقارات.

و يلحق بها علف الدواب، وهو أظهر وجهي الشافعية(6).

و إذا قلنا بالتسعير فسعر الإمام فخالف واحد، عزّر، وصح البيع.3.

ص: 169

1- التهذيب 7:161-162، 713، الاستبصار 3:114-115، 408.

2- العزيز شرح الوجيز 4:127، روضة الطالبين 3:79.

3- العزيز شرح الوجيز 4:127، روضة الطالبين 3:79.

4- في «العزيز شرح الوجيز»: «الغلاء» بدل «التناه». وفي «ي»: «التناه». و الظاهر أنّ كلمة «التناه» مأخوذة من ناه الشيء ينوه: ارتفع و علا. انظر: لسان العرب 13: 550 «نوه».

5- العزيز شرح الوجيز 4:127، روضة الطالبين 3:79.

6- العزيز شرح الوجيز 4:127، روضة الطالبين 3:79.

### مسألة 674: تلقي الركبان منهّي عنه إجماعاً.

و هل هو حرام أو مكروه؟ الأقرب: الثاني، لأنّ العامّة روت أنّ النبيّ صلّي الله عليه وآله قال: «لا تتلقّوا الركبان للبيع»(2).

و من طريق الخاصّة: قول الباقر عليه السّلام قال: «قال رسول الله صلّي الله عليه وآله:

لا يتلقّي أحدكم تجارة خارجاً من المصر، ولا يبيع حاضر لباد، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض»(3).

و صورته أن ترد طائفة إلى بلد بقمماش ليبيعوا فيه، فيخرج الإنسان يتلقّاهم فيشتره منهم قبل قدوم البلد و معرفة سعره. فإن اشترى منهم من غير معرفة منهم بسعر البلد، صحّ البيع، لأنّ النهي لا يعود إلي معني في البيع، و إنّما يعود إلي ضرب من الخديعة و الإضرار، لأنّ في الحديث «فإن تلقاه متلقّ فاشتره فصاحبه بالخيار إذا قدم السوق»(4) فأثبت البيع مع ذلك.

إذا ثبت هذا، فإنّه لا خيار لهم قبل أن يقدموا البلد و يعرفوا السعر، و بعده يثبت لهم الخيار مع الغبن، سواء أخبر كاذباً أو لم يخبر. و لو انتفي الغبن، فلا خيار.

و قال الشافعي: إذا كان الشراء بسعر البلد أو زائداً، ففي ثبوت الخيار(5) وجهان:

أحدهما: يثبت، لظاهر الخبر.

ص: 170

1- العزيز شرح الوجيز 4:127، روضة الطالبين 3:79.

2- سنن البيهقي 5:348، مسند أحمد 3:294، 10138.

3- الكافي 5:168 (باب التلقّي) الحديث 1، التهذيب 7:158، 697.

4- صحيح مسلم 3:1157، 17، سنن البيهقي 5:348.

5- في «س»: «ثبوته» بدل «ثبوت الخيار».

وأصحهما: العدم، لأنه لم يوجد تغرير و خيانة(1).

ولا فرق بين أن يكون مشتريا منهم أو بائعا عليهم.

ولو ابتدأ الباعة و التمسوا منه الشراء مع علم منهم بسعر البلد أو غير علم، فالأقرب: ثبوت الخيار مع الغبن كما قلنا.

و للشافعي(2) القولان السابقان.

و لو خرج اتفاقا لا بقصد التلقي، بل خرج لشغل(3) آخر من اصطياد وغيره فرآهم مقبلين فاشتري منهم شيئا، لم يكن قد فعل مكروها.

و للشافعية وجهان:

أحدهما: أنه يعصي، لشمول المعني.

و الثاني: لا يعصي، لأنه لم يتلق.

و الأظهر عندهم: الأول(4).

فعلي الثاني لا خيار لهم وإن كانوا مغبونين، عند الشافعي(5).

و عندنا يثبت الخيار للمغبون مطلقا.

و قال بعض الشافعية: إن أخبر بالسعر كاذبا، ثبت(6) الخيار.

و حيث ثبت الخيار فهو علي الفور، كخيار العيب.

و للشافعي قولان، هذا أحدهما، وهو أصحهما. و الثاني: أنه يمتد ثلاثة أيام، كخيار التصرية(7).

و لو تلقى الركبان و باع منهم ما يقصدون شراءه في البلد، فهو3.

ص: 171

1- العزيز شرح الوجيز 4:129، روضة الطالبين 3:80.

2- العزيز شرح الوجيز 4:129، روضة الطالبين 3:80.

3- في «س» و الطبعة الحجرية: «بشغل».

4- العزيز شرح الوجيز 4:129، روضة الطالبين 3:80.

5- العزيز شرح الوجيز 4:129، روضة الطالبين 3:80.

6- في الطبعة الحجرية: «يثبت».

7- العزيز شرح الوجيز 4:129، روضة الطالبين 3:80.

كالتلقي.

و للشافعي وجهان:

أحدهما: لا يثبت فيه حكمه، لأنّ النهي ورد عن الشراء.

و الثاني: نعم، لما فيه من الاستبداد بالرفق الحاصل منهم (1).

و قال مالك: البيع باطل (2).

و حدّ التلقي عندنا أربعة فراسخ، فإن زاد علي ذلك، لم يكره و لم يكن تلقيا، بل كان تجارة و جلبا، لما رواه منهال عن الصادق عليه السلام قال: قال: «لا تلق فإن رسول الله صلي الله عليه و آله نهى عن التلقي» قلت: و ما حدّ التلقي؟ قال: «ما دون غدوة أو روحة» قلت: و كم الغدوة و الروحة؟ قال:

«أربعة فراسخ» قال ابن أبي عمير: و ما فوق ذلك فليس بتلق (3).

### مسألة 675: يكره أن يبيع حاضر لباد

فيكون الحاضر وكيلا للبادي.

قال رسول الله صلي الله عليه و آله: «لا يبيع حاضر لباد» (4).

و صورته أن يجلب أهل البادية متاعا إلي بلد أو قرية فيجيء إليه الحاضر في البلد فيقول: لا تبعه فأنا أبيعك لك بعد أيام بأكثر من ثمنه الآن. و ليس محرّما، للأصل.

و قال الشافعي: إنّه محرّم، للنهي (5).

و يحصل له الإثم بشروط أربعة:

ص: 172

1- العزيز شرح الوجيز 4:129، روضة الطالبين 3:80.

2- العزيز شرح الوجيز 4:129.

3- الكافي 5:169، 4، التهذيب 7:158، 699.

4- صحيح مسلم 3:1155، 11، سنن ابن ماجة 2:734، 2176، سنن الترمذي 3:525، 1222، سنن النسائي 7:256، سنن البيهقي 5:346.

5- الحاوي الكبير 5:347، العزيز شرح الوجيز 4:127، روضة الطالبين 3:79.

أ - أن يكون البدوي يريد البيع.

ب - أن يريد بيعه في الحال.

ج - أن يكون بالناس حاجة إلي المتاع وهم في ضيق.

د - أن يكون الحاضر استدعي منه ذلك.

روي ابن عباس أنّ النبيّ صلّي الله عليه وآله قال: «لا يبيع حاضر لباد» قال طاوس:

و كيف لا يبيع؟ فقال: لا يكون له سمسار(1).

و الأصل في المنع أنّ فيه إدخال الضرر علي أهل الحضرة و تضيقا عليهم، فلهذا نهى عنه.

فإن لم توجد هذه الشرائط أو شرط منها، جاز ذلك، لأنّه إذا لم يكن بأهل البلد حاجة، فلا ضرر في تأخير بيع ذلك.

و كذا إذا لم يرد صاحبه بيعه أو لم يرد بيعه في الحال، فإنّه يجوز للحضري أن يتولّى له البيع.

و لو وجدت الشرائط و خالف الحاضر و باع، صحّ البيع، لأنّ النهي لا لمعني يعود إلي البيع.

و شرط بعض الشافعيّة أن يكون الحاضر عالما بورود النهي فيه، و هذا شرط يعمّ جميع المناهي. و أن يظهر من ذلك المتاع سعة في البلد، فإن لم تظهر إمّا لكبر البلد و قلّة ذلك الطعام أو لعموم وجوده و رخص السعر، ففيه عندهم وجهان، أوقفهما لمطلق الخبر: أنّه يحرم. و الثاني: لا، لأنّ المعني المحرّم تقويت الرزق، و الربح علي الناس، و هذا المعني لم يوجد هنا. و أن يكون المتاع المجلوب إليه ممّا تعمّ الحاجة إليه، كالصوف و الأقط5.

ص: 173

---

1- صحيح البخاري 3:94، صحيح مسلم 3:1157، 1521، سنن أبي داود 3:269، 3439، سنن البيهقي 5:346.

وسائر أطعمة القرى، وأما ما لا يحتاج إليه إلا نادرا فلا يدخل تحت النهي (1).

ولو استشار البدوي بالحضري فيما فيه حظّه، قال بعض الشافعية: إذا كان الرشد في الأذخار والبيع علي التدرّيج، وجب عليه إرشاده إليه بذلا للنصيحة (2).

وقال بعضهم: لا يرشده إليه توسّعا علي الناس (3).

### مسألة 676: روي العامة أنّه قد نهى النبيّ صليّ الله عليه وآله عن بيع العربان

(4).

ويقال: عربون، وأربان وأربون. والعامة يقولون: ربون.

وهو أن يشتري السلعة فيدفع درهما أو دينارا علي أنّه إن أخذ السلعة، كان المدفوع من الثمن. وإن لم يدفع الثمن وردّ السلعة، لم يسترجع ذلك المدفوع - وبه قال الشافعي (5) - للنهي الذي رواه العامة.

ومن طريق الخاصّة: قول الصادق عليه السّلام: «كان أمير المؤمنين عليه السّلام يقول: لا يجوز بيع العربون إلاّ - أن يكون نقدا من الثمن» (6).

وقال أحمد: لا بأس به، لما روي أنّ نافع بن عبد الحارث اشترى لعمر دار السجن من صفوان، فإن رضي عمر، وإلاّ له كذا وكذا. وضعّف

ص: 174

1- الحاوي الكبير 5:347-348، العزيز شرح الوجيز 4:127-128، روضة الطالبين 3:79.

2- العزيز شرح الوجيز 4:128، روضة الطالبين 3:79-80.

3- العزيز شرح الوجيز 4:128، روضة الطالبين 3:79-80.

4- سنن ابن ماجة 2:738، 2192، سنن أبي داود 3:283، 3502، سنن البيهقي 5:342.

5- حلية العلماء 4:313، العزيز شرح الوجيز 4:134، المغني 4:313، الشرح الكبير 4:66.

6- الكافي 5:233 (باب العربون) الحديث 1، التهذيب 7:234، 1021.



حديث النهي (1).

قالت الشافعية: إنه ليس بصحيح، لأنه شرط أن يكون للبائع شيء بغير عوض، فهو كما لو شرط للأجنبي (2).

ويفسر العربون أيضا بأن يدفع دراهم إلي صانع ليعمل له شيئا من خاتم يصوغه أو خفّ يخرزه أو ثوب ينسجه علي أنه إن رضيه بالمدفوع في الثمن، وإلا لم يستردّه منه. وهما (3) متقاربان.

### مسألة 677: بيع التلجئة باطل عندنا،

وهو أن يتفقا علي أن يظهر العقد خوفا من ظالم من غير بيع، ويتواطؤ علي الاعتراف بالبيع، أو لغير ذلك - وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد (4) - لأن الأصل بقاء الملك علي صاحبه، ولم يوجد ما يخرج به عن أصله. ولأنهما لم يقصدا البيع، فلا يصحّ منهما، كالهازلين.

وقال أبو حنيفة والشافعي: هو صحيح، لأن البيع تمّ بأركانه وشروطه خالية عن مقارنة مفسد، فصحّ، كما لو اتفقا علي شرط فاسد ثمّ عقدا البيع بغير شرط (5).

ونمنع تمامية البيع.

ولو تبايعا بعد ذلك بعقد صحيح، صحّ البيع إن لم يوقعا قاصدين لما تقدّم من المواطاة، لأصالة الصحة، وعدم صلاحية سبق المواطاة للمانعية.

وكذا لو اتفقا علي أن يتبايعا بألف ويظهرا ألفين فتبايعا بألفين، فإنّ

ص: 175

1- المغني 4:313، الشرح الكبير 4:66، حلية العلماء 4:313، المجموع 9:335.

2- المغني 4:313، الشرح الكبير 4:66.

3- أي: هذا التفسير والتفسير المتقدم في صدر المسألة.

4- المغني 4:302، الشرح الكبير 4:49، بدائع الصنائع 5:176، المجموع 9:334.

5- المغني 4:302، الشرح الكبير 4:49، بدائع الصنائع 5:176، المجموع 9:334.

البيع لازم، والاتفاق السابق لا يؤثر، قاله الشافعي، ورواه أبو يوسف عن أبي حنيفة(1).

وروي محمد عن أبي حنيفة أنه لا يصح البيع إلا- علي أن يتفقا علي أن الثمن ألف درهم ويتبايعاه بمائة دينار، فيكون الثمن مائة دينار استحسانا - وإليه ذهب أبو يوسف و محمد - لأنه إذا تقدم الاتفاق، صارا كالهالين بالعقد، فلم يصح العقد(2).

قالت الشافعية: الشرط السابق لحالة العقد لا يؤثر فيه، كما لو اتفقا علي شرط فاسد ثم عقدا العقد، فإنه لا يثبت فيه(3).

### مسألة 678: قد ذكرنا أن التجارة مستحبة.

قال الصادق عليه السلام: «ترك التجارة ينقص العقل»(4).

وقال الصادق عليه السلام لمعاذ في حديث: «اسع علي عيالك، وإياك أن يكونوا هم السعاة عليك»(5).

إذا ثبت هذا، فينبغي لمن أراد التجارة أن يبدأ أولا فيتفقه.

قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من أتجر بغير علم ارتطم في الربا ثم ارتطم»(6).

وكان أمير المؤمنين عليه السلام يقول علي المنبر: «يا معشر التجار الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، والله للربا في هذه الأمة أخفي من ديب النملة علي الصفا، شوبوا أيمانكم بالصدقة(7)، التاجر فاجر، والفاجر في النار إلا»

ص: 176

1- المجموع 9:334.

2- المجموع 9:334.

3- المجموع 9:334.

4- الكافي 5:148، 1، التهذيب 7:2، 1.

5- الكافي 5:148-149، 6، التهذيب 7:2-3، 3.

6- الكافي 5:154، 23، الفقيه 3:120، 513، التهذيب 7:5، 14.

7- في الكافي «بالصدق».

من أخذ الحقّ وأعطى الحقّ»(1).

«وكان عليّ عليه السّلام بالكوفة يفتدي كلّ يوم بكرة من القصر يطوف في أسواق الكوفة سوقا سوقا ومع الدرة علي عاتقه.. فيقف علي أهل كلّ سوق فينادي: يا معشر التجار اتقوا الله عزّ وجلّ، فإذا سمعوا صوته ألقوا ما في أيديهم وأرعوا إليه بقلوبهم وسمعوا بأذانهم، فيقول: قدّموا الاستخارة، وتبرّكوا بالسهولة، واقربوا من المتبايعين، وتزيّنوا بالحلم، وتناهوا عن اليمين، وجانبوا الكذب، وتجافوا عن الظلم، وأنصفوا المظلومين، ولا تقربوا الربا، وأوفوا الكيل والميزان، ولا تبخسوا النّاس أشياءهم، ولا تعثوا في الأرض مفسدين، فيطوف في جميع الأسواق بالكوفة ثم يرجع فيقعده للناس»(2).

### مسألة 679: يكره الحلف علي البيع،

وكتمان العيب، ومدح البائع، وذم المشتري، والمبادرة إلي السوق أولا، لما فيه من شدة الحرص في الدنيا.

قال رسول الله صلّي الله عليه وآله: «من باع واشتري فليحفظ خمس خصال، وإلا فلا يشتر ولا يبيع: الربا، والحلف، وكتمان العيب، والحمد إذا باع، والذم إذا اشتري»(3).

وقال الكاظم عليه السّلام: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم، أحدهم: رجل اتّخذ الله عزّ وجلّ بضاعة لا يشتري إلاّ بيمين ولا يبيع إلاّ بيمين»(4).

ص: 177

1- الكافي 5:150، 1، الفقيه 3:121، 519، التهذيب 7:6، 16.

2- الكافي 5:151، 3، بتفاوت يسير في بعض الألفاظ، التهذيب 7:6، 17.

3- التهذيب 7:6، 18، وفي الكافي 5:150-151، 2، والفقيه 3:120-121، 515 بتفاوت يسير في بعض الألفاظ.

4- الكافي 5:162، 3، التهذيب 7:13، 56.

وقال الصادق عليه السّلام: «إيّاكم و الحلف، فإنّه يمحق البركة، و ينفق السلعة»(1).

و تكره معامله ذوي العاهات.

قال الصادق عليه السّلام: «لا تعامل ذا عاهة فإنّهم أظلم شيء»(2).

و كذا تكره مخالطة السفلة و المحارفين و الأكراد، و لا يعامل إلاّ من نشأ في خير.

قال الصادق عليه السّلام: «إيّاكم و مخالطة السفلة فإنّ السفلة لا يؤول إليّ خير»(3).

وقال الصادق عليه السّلام: «لا تشتتر من محارف، فإنّ حرفته لا بركة فيها»(4).

و سأل أبو الربيع الشامي الصادق عليه السّلام، فقلت: إنّ عندنا قوما من الأكراد و إنّهم لا يزالون يجيئون بالبيع فنخالطهم و نبايعهم، فقال:

«يا أبا الربيع لا تخالطوهم، فإنّ الأكراد حيّ من أحياء الجنّ كشف الله عنهم الغطاء، فلا تخالطوهم»(5).

وقال الصادق عليه السّلام: «لا تخالطوا و لا تعاملوا إلاّ من نشأ في الخير»(6).

و استقرض قهرمان لأبي عبد الله عليه السّلام من رجل طعاما للصادق عليه السّلام، فألحّ في التقاضي، فقال له الصادق عليه السّلام: «ألم أنهك أن تستقرض ممّن 6.

ص: 178

1- التهذيب 13:7، 57.

2- الكافي 158:5، 3، التهذيب 11:7، 40.

3- الكافي 158:5، 7، التهذيب 10:7، 38.

4- التهذيب 11:7، 41.

5- الكافي 158:5، 2، التهذيب 11:7، 42.

6- الكافي 158:5، 5، الفقيه 100:3، 388، التهذيب 10:7، 36.

لم يكن له فكان»(1).

### مسألة 680: يستحبّ إنظار المعسر، وإقالة النادم،

لأنّ رسول الله صلّي الله عليه وآله لم يأذن لحكيم بن حزام في تجارة حتي ضمن له إقالة النادم وإنظار المعسر وأخذ الحقّ وأفيا أو غير واف(2).

وعن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون الوفاء حتي يرجح»(3).

وقال: «لا يكون الوفاء حتي يميل الميزان»(4).

ولا ينبغي أن يتعرّض للكيل أو الوزن(5) إلاّ من يعرفهما حذرا من أخذ مال الغير.

### مسألة 681: لا يبيع المبيع في المواضع المظلمة

التي لا يظهر فيها المبيع ظهورا بيّنا، حذرا من الغشّ.

قال هشام بن الحكم: كنت أبيع السابري في الظلال، فمرّ بي الكاظم عليه السلام فقال: «يا هشام إنّ البيع في الظلال غشّ، والغشّ لا يحلّ»(6).

ويحرم أن يزيّن المتاع بأن يظهر جيّده ويكتم رديئه.

قال الباقر عليه السلام: «مرّ النبيّ صلّي الله عليه وآله في سوق المدينة بطعام، فقال لصاحبه: ما أرى طعامك إلاّ طيبا، وسأل عن سعره، فأوحى الله تعالى [إليه](7) أن يدير يده في الطعام، ففعل فأخرج طعاما رديئا، فقال لصاحبه:

ص: 179

1- الكافي 5:158، 4، التهذيب 7:10، 39.

2- الكافي 5:151، 4، التهذيب 7:5، 15.

3- الكافي 5:160 (باب الوفاء والبخس) الحديث 5، التهذيب 7:11، 43.

4- الكافي 5:159، 1، التهذيب 7:11، 44.

5- في «ي»: «الكيل والوزن». وفي الطبعة الحجرية: «الكيل والوزن».

6- الكافي 5:160-161، 6، التهذيب 7:13، 54.

7- ما بين المعقوفين من المصدر.

ما أراك إلا قد جمعت خيانة و غشًا للمسلمين»(1).

### مسألة 682: إذا قال له إنسان: اشتر لي، فلا يعطه

مسألة 682: إذا قال له إنسان: اشتر لي، فلا يعطه(2) من عنده

وإن كان الذي عنده أجود، لأنه إنما أمره بالشراء، وهو ظاهر في الشراء من الغير.

قال الصادق عليه السلام: «إذا قال لك الرجل: اشتر لي، فلا تعطه من عندك وإن كان الذي عندك خيرا منه»(3).

و سأل إسحاق الصادق عليه السلام: عن الرجل يبعث إلي الرجل فيقول له:

ابتع لي ثوبا، فيطلب في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده، قال: «لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه، إن الله عزّ وجلّ يقول إنا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا»(4) و إن كان عنده خيرا ممّا يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده»(5).

### مسألة 683: إذا قال التاجر لغيره: هلمّ أحسن إليك،

باعه من غير ربح استحبابا.

قال الصادق عليه السلام: «إذا قال للرجل للرجل: هلمّ أحسن بيعك، يحرم عليه الربح»(6).

ويكره الربح علي المؤمن، فإن فعل فلا يكثر منه.

قال الصادق عليه السلام: «ربح المؤمن علي المؤمن ربا إلا أن يشتري بأكثر

ص: 180

1- الكافي 5:161، 7، التهذيب 7:13، 55.

2- في الطبعة الحجرية: «فلا يعطيه».

3- الكافي 5:151-152، 6، التهذيب 6:352، 998، و 7:6-7، 19.

4- الأحزاب: 72.

5- التهذيب 6:352، 999.

6- الكافي 5:152، 9، الفقيه 3:173، 774، التهذيب 7:7، 21.

من مائة درهم فاريح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجارة فاريحوا عليهم و ارفقوا بهم»(1).

و ينبغي أن يكون الساكت عنده بمنزلة المماكس، و الجاهل بمنزلة البصير المذاق.

قال قيس: قلت للباقر عليه السلام: إنَّ عامَّة من يأتيني إخواني فحدِّ لي من معاملتهم ما لا أجوزه إلي غيره، فقال: «إن وليت أخاك فحسن، و إلا فبع بيع البصير المذاق»(2).

و عن الصادق عليه السلام في رجل عنده بيع و سعّره سعرا معلوما، فمن سكت عنه ممّن يشتري منه باعه بذلك السعر، و من ماكسه فأبي أن يتتاع منه زاده» قال: «لو كان يزيد الرجلين و الثلاثة لم يكن بذلك بأس، فأما أن يفعله لمن أبي عليه و يماكسه(3) و يمنع من لا يفعل فلا يعجبني إلا أن يبيعه بيعا واحدا»(4).

### مسألة 684: يستحب إذا دخل السوق الدعاء

و سؤال الله تعالى أن يبارك له فيما يشتريه و يخير له فيما يبيعه، و التكبير و الشهاداتان عند الشراء.

قال الصادق عليه السلام: «إذا دخلت سوقك فقل: اللهم إني أسألك من خيرها و خير أهلها، و أعوذ بك من شرّها و شرّ أهلها، اللهم إني أعوذ بك أن أظلم أو أظلم أو أبغي أو يبغي عليّ أو أعتدي أو يعتدي عليّ، اللهم إني أعوذ بك من شرّ إبليس و جنوده و شرّ فسقة العرب و العجم، و حسبي الله

ص: 181

1- الكافي 5:154، 22، التهذيب 7:7، 23، الاستبصار 3:69، 232.

2- التهذيب 7:7، 24، وفي الكافي 5:153-154، 19 عن ميسر عن الإمام الصادق عليه السلام.

3- في المصدر: «كايسه» بدل «ماكسه».

4- الكافي 5:152، 10، التهذيب 7:8، 25.

الذي لا إله إلا هو عليه توكلت، وهوربّ العرش العظيم»(1).

وإذا اشتري المتاع، قال ما روي عن الصادق عليه السلام، قال: «إذا اشتريت شيئاً من متاع أو غيره فكبر، ثم قل: اللهم إني اشتريته أتمس فيه من فضلك، فاجعل فيه فضلاً، اللهم إني اشتريته أتمس فيه رزقك، فاجعل لي فيه رزقا، ثم أعد علي(2) كلّ واحدة ثلاث مرّات»(3).

قال الصادق عليه السلام: «وإذا أراد أن يشتري شيئاً قال: يا حيّ يا قيوم يا دائم يا رءوف يا رحيم، أسألك بعزّتك وقدرتك و ما أحاط به علمك أن تقسم لي من التجارة اليوم أعظمها رزقا وأوسعها فضلاً وخيرها عاقبة فإنّه لا خير فيما لا عاقبة له» قال الصادق عليه السلام: «إذا اشتريت دابة أو رأساً فقل:

اللهم ارزقني أطولها حياة وأكثرها منفعة وخيرها عاقبة»(4).

### مسألة 685: ينبغي له إذا بورك له في شيء من أنواع التجارة

أو الصناعة أن يلتزم به. وإذا تعسّر عليه فيه رزقه، تحوّل إلي غيره.

قال الصادق عليه السلام: «إذا رزقت في(5) شيء فالزمه»(6).

وقال الصادق عليه السلام: «إذا نظر الرجل في تجارة فلم ير فيها شيئاً فليتحوّل إلي غيرها»(7).

ص: 182

1- الكافي 5:156، 2، التهذيب 7:9، 32.

2- كلمة «علي» لم ترد في الكافي.

3- الكافي 5:156، 1، التهذيب 7:9، 33.

4- الكافي 5:157، 3، التهذيب 7:9-10، 34.

5- في الفقيه و التهذيب: «من» بدل «في».

6- الكافي 5:168 (باب لزوم ما ينفع من المعاملات) الحديث 3، الفقيه 3:104، 423، التهذيب 7:14، 60.

7- الكافي 5:168، 2، التهذيب 7:14، 59.



و ينبغي له التساهل و الرفق في الأشياء.

قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: «بارك الله علي سهل البيع، سهل الشراء، سهل القضاء، سهل الاقتضاء»(1).

### مسألة 686: يجوز لولي اليتيم الناظر في أمره المصلح لماله أن يتناول اجرة المثل،

لأنه عمل يستحق عليه أجره، فساوي(2) اليتيم غيره.

و سأل هشام بن الحكم الصادق عليه السلام فيمن تولّى مال اليتيم ماله أن يأكل منه؟ قال: «ينظر إلي ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك»(3).

و يستحب له التعفّف مع الغني، قال الله تعالى وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ(4).

### مسألة 687: يجوز أن يواجر الإنسان نفسه.

سأل ابن سنان الكاظم عليه السلام عن الإجارة، فقال: «صالح لا بأس به إذا نصح قدر طاقته، فقد آجر موسى عليه السلام نفسه و اشترط فقال: إن شئت ثمانني و إن شئت عشرا، و أنزل الله عزّ و جلّ فيه أنْ تُأْجِرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ(5)»(6).

قال الشيخ رحمه الله: لا ينافي هذا ما رواه الساباطي عن الصادق عليه السلام،

ص: 183

1- التهذيب 18:7، 79.

2- في «ي» و ظاهر «س»: «فساوي».

3- التهذيب 6:343، 960.

4- النساء: 60.

5- القصص: 27.

6- الكافي 5:90، 2، الفقيه 3:106، 442، التهذيب 6:353، 1003، الاستبصار 3:55، 178.

قال: قلت له: الرجل يتجر فإن هو آجر نفسه اعطي ما يصيب في تجارته، فقال: «لا يواجر نفسه، ولكن يسترزق الله عزّ وجلّ ويتجر فإنّه إذا آجر نفسه حطر علي نفسه الرزق»(1) لأنّه محمول علي الكراهة، لعدم الوثوق بالنصح(2).

وأقول: لا استبعاد في نهيه عن الإجارة للإرشاد، فإنّ التجارة أولي، لما فيها من توسعة الرزق، وقد تبه عليه السلام في الخبر عليه. ولأنّه قد روي «أنّ الرزق قسّم عشرة أجزاء، تسعة أجزاء منها(3) في التجارة، والباقي في سائر الأجزاء(4)»(5).

### مسألة 688: يحرم بيع السلاح لأعداء الدين في وقت الحرب،

و لا بأس به في الهدنة.

قال هند السراج: قلت للباقر عليه السلام: أصلحك الله ما تقول إنّي كنت أحمل السلاح إلي أهل الشام فأبيعهم فلمّا عرّفني الله هذا الأمر ضقت بذلك وقلت: لا أحمل إلي أعداء الله، فقال: «احمل إليهم فإنّ الله عزّ وجلّ يدفع بهم عدوّنا وعدوّكم - يعني الروم - فإذا كانت الحرب بيننا فمن حمل إلي عدوّنا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك»(6).

ص: 184

1- التهذيب 6:353، 1002، الاستبصار 3:55، 177.

2- التهذيب 6:353، ذيل الحديث 1003، الاستبصار 3:55، ذيل الحديث 178.

3- في «س، ي»: «منه».

4- كذا قوله: «في سائر الأجزاء». ونصّ الرواية في المصدر هكذا: «الرزق عشرة أجزاء، تسعة أجزاء في التجارة وواحدة في غيرها».

5- الكافي 5:318-319، 59، الفقيه 3:120، 510.

6- الكافي 5:112، 2، التهذيب 6:353، 1004، الاستبصار 3:58، 189.

وقال حكم السراج للصادق عليه السلام: ما تري فيما يحمل إلي الشام من السروج وأداتها؟ فقال: «لا بأس أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله صَلَّى الله عليه وآله، إنكم في هدنة، فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا إليهم السلاح والسروج»(1).

وقال السرد للصادق عليه السلام: إنني أبيع السلاح، قال: «لا تبعه في فتنة»(2).

ويجوز بيع ما يكره من النبل لأعداء الدين، لأنَّ محمد بن قيس سأل الصادق عليه السلام عن الفنتين تلتقيان من أهل الباطل أبيعهما السلاح؟ فقال:

«بعهما ما يكتنهما، الدرع والخفين ونحو هذا»(3).

### مسألة 689: يجوز الأجر علي الختان و خفض الجواري.

قال الصادق عليه السلام: «لما هاجرن النساء إلي رسول الله صَلَّى الله عليه وآله هاجرت فيهنَّ امرأة يقال لها: أم حبيب وكانت خافضة تخفض الجواري، فلما رآها رسول الله صَلَّى الله عليه وآله قال لها: يا أم حبيب، العمل الذي كان في يدك هو في يدك اليوم؟ قالت: نعم يا رسول الله إلا أن يكون حراماً ففتنهاني عنه، قال:

لا، بل حلال فادني مني حتي أعلمك، فدنت منه، فقال: يا أم حبيب إذا أنت فعلت فلا تنهكي، أي لا تستأصلي، وأشمي فإنه أشرق للوجه و أحظي عند الزوج».

قال: «و كانت لأم حبيب أخت يقال لها: أم عطية ماشطة، فلما

ص: 185

1- التهذيب 6:354، 1005، الاستبصار 3:57، 187، وفي الكافي 5:112، 1 بتفاوت يسير.

2- الكافي 5:113، 4، التهذيب 6:354، 1007، الإستبصار 3:57، 186.

3- الكافي 5:113، 3، التهذيب 6:354، 1006، الاستبصار 3:57-58، 188.

انصرفت أم حبيب إلي أختها أخبرتها بما قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله، فأقبلت أم عطية إلي النبي صَلَّى الله عليه وآله فأخبرته بما قالت لها أختها، فقال لها رسول الله صَلَّى الله عليه وآله:

ادني مني يا أم عطية إذا أنت قيتت الجارية فلا تغسلي وجهها بالخرقة، فإن الخرقه تذهب بماء الوجه»(1).

### مسألة 690: يكره كسب الإمام و الصبيان.

قال الصادق عليه السلام: «نهى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله عن كسب الإمام فإنها إن لم تجده زنت إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة فإنه إن لم يجد سرق»(2).

ويكره للصانع سهر الليل كله في عمل صنعته، لما فيه من كثرة الحرص علي الدنيا وترك الالتفات إلي أمور الآخرة.

قال الصادق عليه السلام: «من بات ساهرا في كسب ولم يعط العين حظها من النوم فكسبه ذلك حرام»(3).

وقال الصادق عليه السلام: «الصنّاع إذا سهروا الليل كله فهو سحت»(4).

وهو محمول علي الكراهة الشديدة، أو علي التحريم إذا منع من الواجبات أو منع القسم بين الزوجات.

### مسألة 691: يجوز بيع عظام الفيل و اتّخاذ الأمشاط و غيرها منها،

لأنها طاهرة ينتفع بها، فجاز بيعها، للمقتضي للجواز، السالم عن المانع.

ولأن عبد الحميد بن سعد سأل الكاظم عليه السلام عن عظام الفيل يحلّ بيعه

ص: 186

1- الكافي 5:118، 1، التهذيب 6:360-361، 1035.

2- الكافي 5:128، 8، التهذيب 6:367، 1057.

3- الكافي 5:127، 6، التهذيب 6:367، 1059.

4- الكافي 5:127، 7، التهذيب 6:367، 1058.

أو شراؤه للذي يجعل منه الأمشاط؟ فقال: «لا بأس قد كان لأبي منه مشط أو أمشاط»(1).

وكذا يجوز بيع الفهود و سباع الطير.

سأل عيص بن القاسم - في الصحيح - الصادق عليه السلام عن الفهود و سباع الطير هل يلتمس التجارة فيها؟ قال: «نعم»(2).

أما القرد فقد روي النهي عن بيعه.

قال الصادق عليه السلام: «إن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله نهى عن القرد أن يشتري أو يباع»(3).

وفي الطريق قول، فالأولي الكراهة.

ودخل إلي الصادق عليه السلام رجل فقال له: إنني سراج أبيع جلود النمر، فقال: «مدبوغة هي؟» قال: نعم، قال: «ليس به بأس»(4).

### مسألة 692: لا بأس بأخذ الهدية.

قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: «الهدية علي ثلاثة وجوه: هدية مكافأة، و هدية مصانعة، و هدية لله عزّ و جلّ»(5).

وروي إسحاق بن عمّار قال: قلت له: الرجل الفقير يهدي الهدية يتعرّض لما عندي فأخذها و لا أعطيه شيئاً أ تحلّ لي؟ قال: «نعم، هي لك حلال و لكن لا تدع أن تعطيه»(6).

ص: 187

1- الكافي 5:226، 1، التهذيب 6:373، 1083.

2- الكافي 5:226، 4، التهذيب 6:373، 1085.

3- الكافي 5:227، 7، التهذيب 6:374، 1086، و 7:134، 594.

4- الكافي 5:227، 9، التهذيب 7:135، 595.

5- الكافي 5:141، 1، التهذيب 6:378، 1107.

6- الكافي 5:143، 6، الفقيه 3:192، 872، التهذيب 6:379، 1112.

وقال محمّد بن مسلم: «جلساء الرجل شركاؤه في الهدية»(1).

وهي مستحبة مرغّب فيها، لما فيها من التودّد.

قال أمير المؤمنين عليه السّلام: «لأن أهدي لأخي المسلم هديّة تنفعه أحبّ إليّ من أن أتصدّق بمثلها»(2).

وقبولها مستحبّ، اقتداء برسول الله صلّي الله عليه وآله، فإنّه قال: «لو اهدي إليّ كراع لقبلت»(3).

ولو أهدي إليه هديّة طلبا لثوابها فلم يشبهه، كان له الرجوع فيها إذا كانت العين باقية، لما رواه عيسى بن أعين قال: سألت الصادق عليه السّلام عن رجل أهدي إلي رجل هديّة وهو يرجو ثوابها فلم يشبه صاحبها حتي هلك وأصاب الرجل هديّته بعينها، أله أن يرتجعها إن قدر علي ذلك؟ قال:

«لا بأس أن يأخذه»(4).

### مسألة 693: لا يجوز عمل التماثيل و الصور المجسّمة.

ولا بأس بها فيما يوطأ بالأرجل، كالفراش وشبهه، لما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السّلام، قال: قلت له: إنّما(5) نسط عندنا الوسائد فيها التماثيل و نفرشها، قال:

«لا بأس بما يبسط منها ويفرش و يوطأ، و إنّما يكره منها ما نصب علي الحائط و علي السرير»(6).

### مسألة 694: يجوز لمن أمره غيره بشراء شيء أن يأخذ منه

علي ذلك

ص: 188

- 1- الكافي 5:143، 10، التهذيب 6:379، 1113.
- 2- الكافي 5:144، 12، التهذيب 6:380، 1115.
- 3- الكافي 5:141، 2، التهذيب 6:378، 1108.
- 4- الفقيه 3:192، 871، التهذيب 6:380، 1116.
- 5- كذا في المصدر و الطبعة الحجريّة، وفي «س، ي»: «إنّا» بدل «إنّما».
- 6- التهذيب 6:381، 1122.

الجعل، لأنه فعل مباح.

ولما رواه ابن سنان عن الصادق عليه السلام، قال: سأله أبي وأنا حاضر، فقال: ربما أمرنا الرجل يشتري لنا الأرض أو الدار أو الغلام أو الخادم ونجعل له جعلاً، فقال الصادق عليه السلام: «لا بأس به»<sup>(1)</sup>.

### مسألة 695: لا بأس بالزراعة، بل هي مستحبة.

روي سيابة أن رجلاً سأل الصادق عليه السلام: أسمع قوماً يقولون: إن الزراعة مكروهة، فقال: «أزرعوا و افرسوا، فلا والله ما عمل الناس عملاً أحلّ ولا أطيب منه، والله لنزرعنّ الزرع ولنغرسنّ<sup>(2)</sup> غرس النخل بعد خروج الدجال»<sup>(3)</sup>.

وسأل هارون بن يزيد الواسطي الباقر عليه السلام<sup>(4)</sup> عن الفلاحين، فقال:

«هم الزارعون كنوز الله في أرضه، وما في الأعمال شيء أحبّ إلي الله من الزراعة، وما بعث الله نبيّاً إلا زارعا، إلا إدريس عليه السلام فإنه كان خياطاً»<sup>(5)</sup>.

### مسألة 696: يجوز أخذ أجر البذرقة من القوافل إذا رضوا بذلك،

وإلا حرم.

كتب محمّد بن الحسن الصفّار إليه: رجل يبذر القوافل من غير أمر السلطان في موضع مخيف، و يشارطونه علي شيء مسمّي أن يأخذ منهم إذا صاروا إلي الأمن، هل يحلّ له أن يأخذ منهم؟ فوقع عليه السلام «إذا واجر»<sup>(6)</sup>

ص: 189

1- التهذيب 6: 381، 1124.

2- في «ي» و الطبعة الحجرية و الكافي: «ليزرعنّ.. ليغرسنّ».

3- الكافي 5: 260، 3، التهذيب 6: 384-385، 1139.

4- كذا في «س، ي» و الطبعة الحجرية. و في المصدر: «يزيد بن هارون الواسطي عن جعفر بن محمّد عليهما السلام».

5- التهذيب 6: 384، 1138.

6- في المصدر: «آجر».

نفسه بشيء معروف أخذ حقه إن شاء الله»(1).

### مسألة 697: يكره بيع العقار إلا لضرورة.

قال أبان بن عثمان: دعاني الصادق عليه السلام فقال: «باع فلان أرضه؟» فقلت: نعم، فقال: «مكتوب في التوراة أنه من باع أرضا أو ماء ولم يضعه في أرض و ماء ذهب ثمنه محقا»(2).

وقال الصادق عليه السلام: «مشتري العقدة مرزوق و بائعها محقوق»(3).

وقال مسمع للصادق عليه السلام: إن لي أرضا تطلب مني ويرغبوني، فقال لي: «يا أبا سيار أ ما علمت أنه من باع الماء و الطين و لم يجعل ماله في الماء و الطين ذهب ماله هباء» قلت: جعلت فداك إني أبيع بالثمن الكثير فأشتري ما هو أوسع مما بعت، فقال: «لا بأس»(4).

### مسألة 698: يكره الاستحطاط من الثمن بعد العقد،

لأنه قد صار ملكا للبائع بالعقد، فيندرج تحت قوله تعالي و لا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ(5).

و روي إبراهيم الكرخي عن الصادق عليه السلام، قال: اشترت للصادق عليه السلام جارية فلما ذهبت أنقدهم قلت: أستحطهم، قال: «لا، إن رسول الله صلى الله عليه و آله نهى عن الاستحطاط بعد الصفقة»(6).

ص: 190

1- التهذيب 6:385، 1141.

2- الكافي 5:91، 3، التهذيب 6:387-388، 1155.

3- الكافي 5:92، 4، التهذيب 6:388، 1156.

4- التهذيب 6:388، 1157، و بتفاوت في الكافي 5:92، 8.

5- هود: 85.

6- الكافي 5:286 (باب الاستحطاط بعد الصفقة) الحديث 1، التهذيب 7:233، 1017، الاستبصار 3:73، 243.



قال الشيخ: إنه محمول علي الكراهة(1)، لما روي معلي بن خنيس عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يشتري المتاع ثم يستوضع، قال:

«لا بأس به» وأمرني فكلمت له رجلا في ذلك(2).

وعن يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يستوهب من الرجل الشيء بعد ما يشتري فيهب له، أ يصلح له؟ قال: «نعم»(3).

وكذا في الإجارة. روي علي أبو الأكراد عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: إني أتقبل العمل فيه الصناعة وفيه النقش فأشارت النقاش علي شيء فيما بيني وبينه العشرة أزواج بخمسة دراهم أو العشرين بعشرة، فإذا بلغ الحساب قلت له: أحسن، فأستوضعه من الشرط الذي شارطته عليه، قال:

«بطيب نفسه؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس»(4).

### مسألة 699: أصل الأشياء الإباحة إلا أن يعلم التحريم في بعضها.

روي عن الصادق عليه السلام - في الصحيح - قال: «كل شيء يكون منه حرام و حلال فهو حلال لك أبدا حتي تعرف أنه حرام بعينه فتدعه»(5).

وقال عليه السلام: «كل شيء هو لك حلال حتي تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، أو المملوك عندك و لعله حرّ قد باع نفسه أو خدع فبيع أو قهر، أو امرأة تحتك و هي أختك أو رضيعتك، و الأشياء كلّها علي هذا حتي يستبين لك غير

ص: 191

1- التهذيب 233:7، ذيل الحديث 1017، الاستبصار 74:3، ذيل الحديث 245.

2- التهذيب 233:7، 1018، الاستبصار 73:3، 244.

3- التهذيب 233:7-234، 1019، الاستبصار 74:3، 245.

4- التهذيب 234:7، 1020.

5- الكافي 313:5، 39، التهذيب 226:7، 988.

ذلك أو تقوم به البيّنة»(1).

### مسألة 700: لا ينبغي التهوين في تحصيل قليل الرزق،

فإنّ علي بن بلال روي عن الحسين الجمّال قال: شهدت إسحاق بن عمّار وقد شدّ كيسه وهو يريد أن يقوم فجاء إنسان يطلب دراهم بدينار، فحلّ الكيس وأعطاه دراهم بدينار، فقلت له: سبحان الله ما كان فضل هذا الدينار، فقال إسحاق بن عمّار: ما فعلت هذا رغبة في الدينار، و لكن سمعت الصادق عليه السّلام يقول: «من استقلّ قليل الرزق حرم الكثير»(2).

### مسألة 701: ينبغي الاقتصاد في المعيشة و ترك الإسراف.

قال الباقر عليه السّلام: «من علامات المؤمن ثلاث: حسن التقدير في المعيشة، والصبر علي النّائبة، والتفقه في الدين» وقال: «ما خير في رجل لا يقتصد في معيشته ما يصلح [لا] (3) لذيّناه و لا لآخرته»(4).

وقال الصادق عليه السّلام في قوله عزّ وجلّ وَ لا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ (5) قال: «ضمّ يده» فقال: «هكذا» وَ لا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ (6) قال: «و بسط راحته» وقال: «هكذا»(7).

وقال الصادق عليه السّلام: «ثلاثة من السعادة: الزوجة الموافقة(8)، والأولاد البازون، والرجل يرزق معيشته ببلده يغدو إليه و يروح»(9).

ص: 192

1- الكافي 5:313-314، 40، التهذيب 7:226، 989.

2- الكافي 5:311، 30، التهذيب 7:227، 993.

3- ما بين المعقوفين من المصدر.

4- التهذيب 7:236، 1028.

5- الإسراء: 29.

6- الإسراء: 29.

7- التهذيب 7:236، 1031.

8- في المصدر: «المؤاتية» بدل «الموافقة».

9- التهذيب 7:236، 1032، وفي الكافي 5:258 (باب أنّ من السعادة..) الحديث 2 بتفاوت يسير.

### إشارة

الشفعة مأخوذة من قولك: شفعت كذا بكذا، إذا جعلته شفعا به كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه.

وأصلها التقوية والإعانة، ومنه الشفاعة والشفيع، لأن كل واحد من الموتيرين (1) يتقوي بالآخر.

وفي الشرع عبارة عن استحقاق الشريك انتزاع حصّة شريكه، المنتقلة عنه بالبيع، أو حق تملك قهري يثبت (2) للشريك القديم علي الحادث، وليست بيعا، فلا يثبت فيها خيار المجلس.

ولا بدّ في الشفعة من مشفوع - وهو المأخوذ بالشفعة، وهو محلّها - ومن آخذ له، ومن مأخوذ منه، فهنا مباحث:

### البحث الأول: المحلّ.

### إشارة

محلّ الشفعة كلّ عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة.

واعلم أنّ أعيان الأموال علي أقسام ثلاثة:

### الأول: الأراضى.

وتثبت فيها الشفعة أي أرض كانت بلا خلاف - إلا من الأصم (3) - لما رواه العامة عن النبيّ صلّي الله عليه وآله أنّه قال: «الشفعة فيما

ص: 193

1- كذا في «س، ي» والطبعة الحجرية.

2- في «س، ي»: «ثبت».

3- حلية العلماء 5: 263، المغني والشرح الكبير 5: 460.

لم يقسم، فإذا وقعت (1) الحدود فلا شفعة» (2).

و من طريق الخاصة: قول الصادق عليه السلام: «الشفعة لا تكون إلا لشريك» (3).

احتج الأصمّ علي قوله بنفي الشفعة في كل شيء: بأنّ في إثباتها إضرارا بأرباب الأملاك، فإنّه إذا علم المشتري أنّه يؤخذ منه ما يبتاعه، لم يبتعه، ويتقاعد الشريك بالشريك، ويستصّر المالك (4).

وهو غلط، لما تقدّم من الأخبار. وما ذكره غلط، لأنّنا نشاهد البيع يقع كثيرا ولا يمتنع المشتري - باعتبار استحقاق الشفعة - من الشراء. و أيضا فإنّ له مدفعا إذا علم التضرّر بذلك بأن يقاسم الشريك، فتسقط الشفعة إذا باع بعد القسمة.

وتثبت الشفعة في الأراضي سواء بيعت وحدها أو مع شيء من المنقولات، ويوزّع الثمن عليهما بالنسبة، ويأخذ الشفيع الشقص بالقسط.

### الثاني: المنقولات،

كالأقمشة والأمتعة والحيوانات، وفيها لعلمائنا قولان:

أحدهما - وهو المشهور - : أنّه لا شفعة فيها - وبه قال الشافعي (5) -

ص: 194

1- في (س، ي) و الطبعة الحجرية: «وضعت» بدل «وقعت». و ما أثبتناه هو الموافق لما في المصادر، وكذا تأتي الرواية أيضا بعنوان «وقعت» في ص 207-208.

2- الموطأ 2:713، 1، التمهيد 7:37-44، سنن أبي داود 3:285، 3514، سنن البيهقي 6:103 و 105، معرفة السنن والآثار 8:308، 11986.

3- التهذيب 7:164، 725.

4- المغني و الشرح الكبير 5:460.

5- المهذب - للشيرازي - 1:383، التنبيه في الفقه الشافعي: 116، الوجيز 1:215، الوسيط 4:69، حلية العلماء 5:263، التهذيب - للبغوي - 4:337، العزيز شرح الوجيز 5:482 و 483، روضة الطالبين 4:155، منهاج الطالبين: 151.

لما رواه العامة عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط»(1).

و من طريق الخاصة: قول الصادق عليه السلام: «قضي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن، ثم قال: لا ضرر و لا إضرار»(2).

وقول الصادق عليه السلام: «ليس في الحيوان شفعة»(3).

و لأن الأصل عدم الشفعة، ثبت في الأراضي بالإجماع، فيبقى الباقي علي المنع.

و الثاني لعلمائنا: تثبت الشفعة في كل المنقولات - و به قال مالك في إحدى الروايات عنه(4) - لما رواه العامة أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: «الشفعة في كل شيء»(5).

و من طريق الخاصة: رواية يونس عن بعض رجاله عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الشفعة لمن هي؟ و في أي شيء هي؟ و لمن تصلح؟ و هل تكون في الحيوان شفعة؟ و كيف هي؟ فقال: «الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، و إن زاد علي 4.

ص: 195

1- نصب الراية 4:178 نقلا عن البزار في مسنده.

2- الكافي 5:280، 4، الفقيه 3:45، 154، التهذيب 7:164، 727.

3- التهذيب 7:165، 733، الإستبصار 3:117-118، 419.

4- حلية العلماء 5:263-264، العزيز شرح الوجيز 5:483، المغني 5:464، الشرح الكبير 5:472.

5- سنن الترمذي 3:654، 1371، سنن البيهقي 6:109، المعجم الكبير - للطبراني - 11:123، 11244، شرح معاني الآثار 4:125.

الاثنين فلا شفعة لأحد منهم»(1).

ولأنّ الشفعة تثبت لأجل ضرر القسمة، وذلك حاصل فيما ينقل.

والجواب: أنّ خبر العامة و خبر الخاصة معا مرسلان، وأخبارنا أشهر، فيتعيّن العمل بها و طرح أخبارهم. و الضرر بالقسمة إنّما هو لما يحتاج إليه من إحداث المرافق، و ذلك يختصّ بالأرض دون غيرها، فافترقا.

وقد وردت رواية تقتضي ثبوت الشفعة في المملوك دون باقي الحيوانات:

روي الحلبي - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام أنّه قال في المملوك بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه: أنا أحقّ به، إله ذلك؟ قال: «نعم إذا كان واحدا» فقليل: في الحيوان شفعة؟ قال: «لا»(2).

وعن عبد الله بن سنان قال: قلت للصادق عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحقّ به، إله ذلك؟ قال: «نعم إذا كان واحدا»(3).

وعن مالك رواية اخري: أنّ الشفعة تثبت في السفن خاصّة(4).

### الثالث: الأعيان التي كانت منقولة في الأصل ثمّ أثبتت في الأرض للدوام،

كالحيطان والأشجار، وإن بيعت منفردة، فلا شفعة فيها علي المختار، لأنّها في حكم المنقولات، و كانت في الأصل منقولة، و ستنتهي

ص: 196

1- الكافي 5: 281، 8، التهذيب 7: 164-165، 730، الإستبصار 3: 116، 413.

2- الكافي 5: 210، 5، التهذيب 7: 166، 735، الاستبصار 3: 116، 415.

3- التهذيب 7: 165-166، 734، الإستبصار 1: 116، 414.

4- حلية العلماء 5: 263-264، العزيز شرح الوجيز 5: 483، بدائع الصنائع 5: 12.

إليه وإن طال أمدها، وليس معها ما تجعل تابعة له، وبه قال الشافعي(1).

و حكي بعض أصحابه قولاً آخر: أنه ثبت فيها الشفعة كثبتها في الأرض(2).

ولو بيعت الأرض وحدها، ثبتت الشفعة فيها، ويكون الشفيع معه كالمشتري.

وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض، ثبتت الشفعة فيها تبعاً للأرض، لأنّ في بعض أخبار العامة لفظ «الربيع»(3) وهو يتناول الأبنية، و في بعض أخبار الخاصّة: «والمساكن»(4) وهو يتناول الأبنية أيضاً، و في بعضها:

«الدار»(5) وهو يتناول الجدران والسقوف والأبواب.

### مسألة 702: الأثمار علي الأشجار

- سواء كانت مؤبّرة أو لا- - إذا بيعت معها ومع الأرض، لا تثبت فيها الشفعة - وبه قال الشافعي(6) - وكذا إذا شرط إدخال الثمرة في البيع، لأنّها لا تدوم في الأرض.

وكذا الزروع الثابتة في الأرض، لأنّ ما لا يدخل في بيع الأرض بالإطلاق لا يثبت له حكم الشفعة، كالفدان(7) الذي يعمل فيها، وعكسه

ص: 197

1- العزيز شرح الوجيز 5:484، روضة الطالبين 4:156.

2- العزيز شرح الوجيز 5:484.

3- تقدّمت الإشارة إلي مصدره في ص 195، الهامش (1).

4- تقدّمت الإشارة إلي مصدره في ص 195، الهامش (2).

5- راجع: الكافي 5:280، 2، و التهذيب 7:165، 731، والاستبصار 3:117، 417.

6- المهذّب - للشيرازي - 1:384، حلية العلماء 5:265، التهذيب - للبخاري - 4:344، العزيز شرح الوجيز 5:484، روضة الطالبين

4:156، مختصر اختلاف العلماء 4:249، 1967، المغني 5:464، الشرح الكبير 5:471.

7- الفدان: الذي يجمع أداة الثورين في القران للحرث. لسان العرب 13:321 «فدن».

وقال الشيخ وأبو حنيفة ومالك: تدخل الثمار والزروع مع أصولها ومع الأرض التي نبت الزرع بها(1)، لأنها متصلة بما فيه الشفعة، فتثبت الشفعة فيها، كالبناء والغراس(2).

ويمنع الاتصال، بل هي بمنزلة الوتد المثبت في الحائط.

وفي الدولاب الغرّاف و الناعورة نظر من حيث عدم جريان العادة بنقله، فكان كالبناء.

والأقرب: عدم الدخول.

ولا تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء.

### مسألة 703: قد بينّا أنّه لا تثبت الشفعة في المنقولات،

ولا فرق بين أن تباع منفردة أو مع الأرض التي تثبت فيها الشفعة، بل يأخذ الشفيح الشقص من الأرض خاصّة بحصّته من الثمن.

وعن مالك رواية ثالثة أنّها: إن بيعت وحدها، فلا شفعة فيها. وإن بيعت مع الأرض، ففيها الشفعة، لئلا تتفرّق الصفقة(3).

والجواب: المعارضة بالنصوص.

ولو كانت الثمرة غير مؤبّرة، دخلت في المبيع شرعا، ولا يأخذها الشفيح، لأنها منقولة. ولأنّ المؤبّرة لا تدخل في الشفعة فكذا غيرها، وهو

ص: 198

1- في الطبعة الحجرية: «يثبت الزرع فيها» بدل «نبت الزرع بها».

2- الخلاف 3:440، المسألة 15، المبسوط - للطوسي - 3:119، المبسوط - للسرخسي - 14:134، بدائع الصنائع 5:27-28، مختصر اختلاف العلماء 4:249، 1967، المدوّنة الكبرى 5:427، حلية العلماء 5:265، العزيز شرح الوجيز 5:484، المغني 5:464، الشرح الكبير 5:471.

3- العزيز شرح الوجيز 5:483.



أحد قولي الشافعي. و الآخر: أنّها تدخل في الشفعة، لدخولها في مطلق البيع (1).

و علي هذا فلو لم يتفق الأخذ حتي تأبرت، فوجهان للشافعية:

أظهرهما: الأخذ، لأنّ حقّه تعلقّ بها، وزيادتها كالزيادة الحاصلة في الشجرة.

و الثاني: المنع، لخروجها عن كونها تابعة للنخل.

و علي هذا فبم يأخذ الأرض و النخيل ؟ وجهان:

أشبههما: بحصّتهما من الثمن كما في المؤبّرة، و هو مذهبنا.

و الثاني: بجميع الثمن تنزيلا له منزلة عيب يحدث بالشفقة (2).

و لو كانت النخيل حائلة عند البيع ثمّ حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع، فإن كانت مؤبّرة، لم يأخذها. وإن كانت غير مؤبّرة، فعلي قولين (3).

و عندنا لا يأخذها، لاختصاص الأخذ عندنا بالبيع، و الشفعة ليست يبعأ.

و إذا بقيت الثمرة للمشتري، فعلي الشفيع إبقاؤها إلي الإدراك مجّانا.

و هذا إذا بيعت الأشجار مع الأرض أو مع البياض الذي يتخلّلها، أمّا إذا بيعت الأشجار و مغارسها لا غير، فوجهان للشافعي، و كذا لو باع الجدار مع الأسّ:

أحدهما: أنّه تثبت الشفعة، لأنّها أصل ثابت. 3.

ص: 199

---

1- المهذب - للشيرازي - 1:384، حلية العلماء 5:265، العزيز شرح الوجيز 5:484، روضة الطالبين 4:156.

2- العزيز شرح الوجيز 5:484، روضة الطالبين 4:156.

3- التهذيب - للبغوي - 4:344-345، العزيز شرح الوجيز 5:485، روضة الطالبين 3:156.

وأشبههما: المنع، لأن الأرض هنا تابعة، والمتبوع منقول(1).

وعندنا أن قبل القسمة تثبت الشفعة، وإلا فلا.

### مسألة 704: لو باع شقما فيه زرع لا يجزّ مرارا وأدخله في البيع،

أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن دون الزرع، وبه قال الشافعي(2)، خلافا لأبي حنيفة ومالك(3)، وقد سبق(4).

وإن كان ممّا يجزّ مرارا، فالجزّة الظاهرة التي لا تدخل في البيع المطلق كالثمار المؤبّرة، والأصول كالأشجار، قاله الشافعي(5).

وعندنا أنّه لا يدخل في الشفعة أيضا ولا في البيع علي ما تقدّم(6).

أمّا ما يدخل تحت مطلق بيع الدار من الأبواب والرفوف والمسامير فالأقرب: أنّه يؤخذ بالشفعة تبعا، كالأبنية.

ولو باع شقصا من طاحونة، لم يدخل شيء من الأحجار فيها علي ما تقدّم(7).

وقال الشافعي: يؤخذ التحتاني(8) إن قلنا بدخوله في البيع، وفي الفوقاني وجهان(9).

ص: 200

1- الوسيط 4:70، العزيز شرح الوجيز 5:485، روضة الطالبين 4:156.

2- التهذيب - للبخاري - 4:345، العزيز شرح الوجيز 5:485، روضة الطالبين 4:156.

3- العزيز شرح الوجيز 5:485.

4- في ص 197-198، المسألة 702.

5- العزيز شرح الوجيز 5:485، روضة الطالبين 4:156.

6- في ص 47، المسألة 572.

7- في ص 59، ضمن المسألة 576، القسم الثالث.

8- أي: الحجر التحتاني.

9- التهذيب - للبخاري - 4:345، العزيز شرح الوجيز 5:485، روضة الطالبين 4:157.

## مسألة 705: شرطنا في محلّ الشفعة من العقار كونه ثابتا.

و احترزنا بالثابت عمّا إذا كان بين اثنين غرفة عالية أو حجرة معلّقة علي سقف لأحدهما أو لغيرهما، فإذا باع [أحدهما] (1) نصيبه، فلا شفعة لشريكه، لأنّه لا أرض لها ولا ثبات فأشبهت المنقولات.

ولو كان السقف لهما وبيع معها، فالأقرب: أنّه لا شفعة لشريكه أيضا، لأنّ الأرض التي لهما لا ثبات لها، وما لا ثبات له في نفسه لا يعدّ (2) ثابتا لما هو عليه، وهو أحد وجهي الشافعية (3).

و الثاني: أنّ الشفعة تثبت، للاشتراك بينهما أرضا و جدرانا (4).

وليس بجيّد، لأنّ ما هو أرضهما لا ثبات له.

ولو كان السفلى بين اثنين و العلوّ لأحدهما فباع صاحب العلوّ العلوّ ونصيبه من السفلى، كان للشفيع أخذ السفلى لا غير، لأنّ الشفعة لا تثبت في الأرض إلا إذا كانت مشتركة، فكذلك ما فيها من الأبنية، ولا شركة بينهما في العلوّ، وهو قول بعض الشافعية (5).

وقال بعضهم: إنّ الشريك يأخذ السفلى ونصف العلوّ بالشفعة، لأنّ الأرض مشتركة بينهما، وما فيها تابع لها، ألا ترى أنّه يتبعها في بيع الأرض عند الإطلاق، فكذلك في الشفعة (6). وليس بشيء.

ولو كانت بينهما أرض مشتركة، وفيها أشجار لأحدهما، فباع صاحب الأشجار الأشجار ونصيبه من الأرض، ففيه الخلاف المذكور.

## مسألة 706: يشترط كون المبيع مشتركا بين اثنين لا أزيد،

فلو تعدّد

ص: 201

1- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

2- كذا، والظاهر: «لا يفيد» بدل «لا يعدّ».

3- العزيز شرح الوجيز 486:5، روضة الطالبين 157:4.

4- العزيز شرح الوجيز 486:5، روضة الطالبين 157:4.

5- العزيز شرح الوجيز 486:5، روضة الطالبين 157:4.

6- العزيز شرح الوجيز 486:5، روضة الطالبين 157:4.

الشركاء وزادوا علي اثنين، فلا شفعة عند أكثر علمائنا(1)، خلافا للعامّة.

لنا: الأصل عدم الشفعة، أثبتها في الاثنين، دفعا لضرورة الشركة، وهذا المعني منتف في حقّ الزائد علي الاثنين، فيبقي علي أصالة العدم.

و ما رواه العامّة عن النبيّ صلّي الله عليه وآله «أنّه قضى بالشفعة في كلّ مشترك(2) لم يقسم ربع أو حائط لا يحلّ له أن يبيعه حتي يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحقّ به»(3) وهو يدلّ علي الاقتصار علي الواحد.

و من طريق الخاصّة: رواية عبد الله بن سنان - الصحيحة - عن الصادق عليه السّلام قال: «لا تكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا صاروا ثلاثة، فليس لواحد منهم شفعة»(4).

وفي رواية يونس - السابقة(5) - عن الصادق عليه السّلام: «وإن زاد علي الاثنين فلا شفعة لأحد منهم».

وقال بعض(6) علمائنا - وهو قول الجمهور كافة - : إنّها تثبت مع الكثرة، لما رواه السكوني عن الصادق عن الباقر عن آبائه عن عليّ عليهم السّلام قال: «الشفعة علي عدد الرجال»(7).6.

ص: 202

1- منهم: الشيخ المفيد في المقنعة: 618، والشيخ الطوسي في النهاية: 424، و سلّار في المراسم: 183، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: 361.

2- كذا في «س، ي» و الطبعة الحجرية، وفي المصدر: «شركة» بدل «مشترك».

3- صحيح مسلم 3: 1229، 134، سنن النسائي 7: 320.

4- الكافي 5: 281، 7، التهذيب 7: 164، 729، الإستبصار 3: 116، 412.

5- في ص 195-196.

6- الشيخ الصدوق في الفقيه 3: 46، ذيل الحديث 162.

7- التهذيب 7: 166، 736، الاستبصار 3: 116-117، 416.

و الطريق ضعيف لا يعول عليه.

إذا ثبت هذا، فالقائلون بثبوت الشفعة مع الكثرة اختلفوا، فقال بعضهم: إنها علي عدد الرءوس(1). وقال بعضهم: إنها علي عدد الأنصباء(2).

### مسألة 707: شرطنا في المأخوذ أن كان مما يقبل القسمة،

كالبساتين و الدور المتسعة وغيرها، لأن ما لا يقبل القسمة - كالحمام و الدار الضيقة و العضائد الضيقة و ما أشبه ذلك - لا تثبت فيه الشفعة عند أكثر علمائنا(3) - و به قال عثمان و ربيعة و الشافعي و مالك في إحدَي الروايتين(4) - لأن الشفعة تضرب بالبائع، لأنه لا يمكنه أن يخلص نصيبه بالقسمة، و قد يمتنع المشتري لأجل الشفيع، و لا يمكنه القسمة، فيسقط حق الشفعة، فهذا لم تجب الشفعة.

ص: 203

- 
- 1- الهداية - للمرغيناني - 25:4، مختصر اختلاف العلماء 248:4، 1965، الوسيط 94:4، حلية العلماء 292:5، التهذيب - للبغوي - 361:4، العزيز شرح الوجيز 527:5، روضة الطالبين 182:4، المغني 523:5، الشرح الكبير 490:5.
  - 2- الهداية - للمرغيناني - 25:4، مختصر اختلاف العلماء 248:4، 1965، الوسيط 94:4، حلية العلماء 292:5، التهذيب - للبغوي - 362:4، العزيز شرح الوجيز 527:5، روضة الطالبين 182:3، المغني 523:5، الشرح الكبير 490:5.
  - 3- منهم: الشيخ الطوسي في الخلاف 3:441، المسألة 16، و سلاّر في المراسم: 183، و المحقق الحلّي في المختصر النافع: 257.
  - 4- المغني 5:465 و 466، الشرح الكبير 5:468 و 469، معالم السنن - للخطابي - 5:172، المهذب - للشيرازي - 1:384، الوجيز 1:215، حلية العلماء 5:268، التهذيب - للبغوي - 4:340، العزيز شرح الوجيز 5:488، روضة الطالبين 4:157 و 158، و في الخلاف - للشيخ الطوسي - 3:441، المسألة 16 حكاية قول عثمان أيضا.

و لما رواه السكوني عن الصادق عليه السّلام قال: «قال رسول الله صلّي الله عليه وآله:

لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق»(1).

وقال بعض (2) علمائنا: تثبت فيه الشفعة - وبه قال الثوري و مالك في الرواية الأخرى، و أبو حنيفة و أصحابه، و أبو العباس بن سريج من الشافعية، و نقله قولاً آخر للشافعي (3) - لعموم قول الصادق عليه السّلام: «الشفعة جائزة في كلّ شيء»(4).

ولأنّ الشفعة تثبت لأجل الضرر بالمشاركة، و الضرر في هذا النوع أكثر، لأنّه يتأبّد ضرره.

و الرواية مقطوعة السند.

و أصل اختلاف الشافعية هنا مبنيّ علي علة ثبوت الشفعة في المنقسم (5) إن قلنا: إنّها تثبت لدفع ضرر الشركة فيما يتأبّد و يدوم، كتصبيق المداخل، و التأذي بحرفة (6) الشريك أو أخلاقه (7) أو كثرة الداخلين عليه، و ما أشبه ذلك ر.

ص: 204

1- الكافي 5:282، 11، التهذيب 7:166، 738، الاستبصار 3:118، 420.

2- كالسيد المرتضي في الانتصار: 215، و ابن إدريس في السرائر 2:389.

3- المغني 5:465-466، الشرح الكبير 5:469، معالم السنن - للخطابي - 5:172، الهداية - للمرغيناني - 4:34، المهذب - للشيرازي - 1:384، حلية العلماء 5:268، التهذيب - للبغوي - 4:340، العزيز شرح الوجيز 5:487، روضة الطالبين 4:157.

4- الكافي 5:281، 8، التهذيب 7:164، 730، الإستبصار 3:116، 413.

5- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «التقسيم» بدل «المنقسم». و الصحيح ما أثبتناه.

6- في الطبعة الحجرية: «بخراءة» بدل «بحرفة» و لها وجه، و في «س، ي» بدلها: «بجزية». و هي تصحيف ما أثبتناه من المصدر.

7- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «اختلافه» بدل «أخلاقه». و ما أثبتناه من المصدر.

وأصحهما: أنها تثبت لدفع الضرر الذي ينشأ من القسمة من بذل مؤنتها، والحاجة إلى أفراد الحصّة الصائرة إليه بالمرافق الواقعة في حصّة صاحبه، كالمصعد والمبرز والبالوعة ونحوها، وكلّ واحد من الضررين وإن كان حاصلًا قبل البيع لكن من رغب من الشريكين في البيع كان من حقّه أن يخلص الشريك ممّا هو فيه ببيعه منه، فإذا لم يفعل، سلّطه الشرع عليّ أخذه. فإن قلنا بالأصحّ، لم تثبت الشفعة فيما لا ينقسم، لأنّه يؤمن فيه من ضرر القسمة. وإن قلنا بالأوّل، تثبت الشفعة فيه (1).

### مسألة 708: المراد من المنقسم ما يتجزأ

ويكون كلّ واحد من جزأيه منتفعا به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة دون غيره، ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجوه أخرى، للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع.

وقيل: المنقسم ما لا تنقص قيمته نقصانا فاحشا، فلو كانت قيمة الدار مائة و لو قسّمت عادت قيمة كلّ نصف إلى ثلاثين، لم تقسّم، لما فيها من الضرر (2).

وقيل: إنّ الذي يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه ما، أمّا إذا خرج عن حدّ الانتفاع بالكلّيّة - أمّا لضيق الخطّة وقلّة النصيب، أو لأنّ أجزاءه غير منتفع بها وحدها، كشرّب القنا (3)، و مصراعي الباب - فلا ينقسم (4).

### مسألة 709: إذا كانت الطاحونة أو الحمام كبيرين

يمكن أفراد حصّة

ص: 205

1- العزيز شرح الوجيز 487:5.

2- التهذيب - للبغوي - 340:4، العزيز شرح الوجيز 487:5، روضة الطالبين 157:4.

3- في «العزيز شرح الوجيز» بدل «كشرّب القنا»: «كماء سراب القنا». ولعلّها: «كأسراب القنا». والسرب: القناة الجوفاء التي يدخل منها الماء الحائط. لسان العرب 1:466 «سرب».

4- التهذيب - للبغوي - 340:4، العزيز شرح الوجيز 487:5، روضة الطالبين 157-158:4.

كلّ منهما عن صاحبه من غير تضرّر، أو كان مع البئر أرض تسلم البئر لأحدهما، أو كان في الرحي أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كلّ منهما بحجرين، أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة، أو كان الحّمّام كثير البيوت يمكن جعله حمّامين، أو متّسع البيوت يمكن جعل كلّ بيت بيتين، أو كانت البئر واسعة يمكن أن يبني فيها فتجعل بئرين لكلّ واحدة بياض يقف فيه المستقي ويلقي فيه ما يخرج منها، تثبت الشفعة في ذلك كلّ.

و لو كان بين اثنين دار ضيّقة لأحدهما عشرها، فإن قلنا بثبوت الشفعة فيما لا يقسم، فأيهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة. وإن حكمنا بمنعها، فإن باع صاحب العشر نصيبه، لم تثبت لصاحبه الشفعة، لأنّه آمن من أن يطلب مشتريه القسمة، لانتفاء فائدته فيها، و لو طلب لم يجب إليه، لأنّه متعنّت مضيّع لماله، وإذا كان كذلك، فلا يلحقه ضرر القسمة.

فإن باع الآخر، ففي ثبوت الشفعة لصاحب العشر وجهان بناء علي أنّ صاحب الأزيد هل يجب إذا طلب القسمة، لأنّه منتفع بالقسمة؟ و الظاهر عند الشافعي أنّه يجب (1). و نحن نقول بخلافه.

و لو كان حول البئر بياض و أمكنت القسمة بأن تجعل البئر لواحد و البياض لآخر، أو كان موضع الحجر و الرحي واحدا و له بيت ينتفع به و أمكنت القسمة بأن يجعل موضع الحجر لواحد و البيت لآخر، تثبت الشفعة - وهو أحد قولي الشافعي (2) - وهو مبنيّ علي أنّه لا يشترط فيما يصير لكلّ واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة.

و لو كان لاثنين مزرعة يمكن قسمتها و بئر يستقي منها باع أحدهما4.

ص: 206

1- العزيز شرح الوجيز 5:488، روضة الطالبين 4:158.

2- العزيز شرح الوجيز 5:488، روضة الطالبين 4:158.



نصيبه منهما، تثبت للآخر الشفعة فيهما إن انقسمت البئر، أو قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم، وإلا تثبتت في المزرعة.

وهل تثبت في البئر؟ الأقوي: أنها تثبت، لأنها تابعة، كالأشجار، وهو أحد قولي الشافعي (1).

وأصحهما: المنع، والفرق بين البئر والأشجار ظاهر، فإن الأشجار ثابتة في محل الشفعة، والبئر مباينة عنه (2).

والفرق لا يخرج البئر عن التبعية، ويذكر غيره (3)، كالحائط.

## البحث الثاني: في الأخذ.

### مسألة 710: أخذ الشفعة يشترط أن يكون شريكا في المشفوع،

فلا تثبت الشفعة بالجوار، وإنما تثبت بالخلطة إما في الملك أو في طريقه أو نهره أو ساقيته، وبه قال عبيد الله بن الحسن العنبري و سوار

القاضي (4).

ووافقنا الشافعي علي أن الشفعة لا تثبت للجار - وبه قال عمر و عثمان و عمر بن عبد العزيز و سليمان بن يسار و سعيد بن المسيب و

يحيى ابن سعد الأنصاري، و من الفقهاء: ربيعة و مالك و الأوزاعي و أحمد و إسحاق و أبو ثور (5) - لما رواه العامة عن النبي صَلَّى الله

عليه و آله أنه قال: «الشفعة فيما

ص: 207

1- التهذيب - للبغوي - 341:4، العزيز شرح الوجيز 489:5، روضة الطالبين 158:4.

2- التهذيب - للبغوي - 341:4، العزيز شرح الوجيز 489:5، روضة الطالبين 158:4.

3- أي: أن الذي يذكر في البيع غير البئر.

4- المغني 461:5، الشرح الكبير 466-467:5، حلية العلماء 267:5.

5- المغني 461:5، الشرح الكبير 466:5، الوجيز 215:1، الوسيط 72:4، حلية العلماء 266:5، التهذيب - للبغوي - 337:4، العزيز

شرح الوجيز 489:5، روضة الطالبين 159:4، بداية المجتهد 256:2.

لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرّفت (1) الطرق فلا شفعة» (2).

و من طريق الخاصة: قول الباقر عليه السلام: «إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة» (3).

وقال الصادق عليه السلام: «الشفعة لا تكون إلا لشريك» (4).

وقال رسول الله صلّي الله عليه وآله: «إذا رقت الأرف (5) وحدثت الحدود فلا شفعة» (6).

وقال أبو حنيفة و الثوري و ابن شبرمة و ابن أبي ليلى: إنّ الشفعة تثبت بالشركة ثمّ بالشركة في الطريق ثمّ بالجوار (7).

وفصّل أبو حنيفة، فقال: يقدّم الشريك، فإن لم يكن شركة و كان الطريق مشتركا كدرب لا ينفذ، فإنّه تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب، و لو لم يأخذ هؤلاء، تثبت للملاصق من درب آخر خاصّة، لأنّ النبي صلّي الله عليه وآله قال: «الجار أحقّ بسقبة (8)» (9) و قال عليه السلام: «جارو».

ص: 208

1- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «ضربت» بدل «صرّفت». و ما أثبتناه من المصادر. انظر: الهامش التالي.

2- صحيح البخاري 3: 114، سنن ابن ماجه 2: 835، 2499، سنن أبي داود 3: 285، 3514، سنن البيهقي 6: 102.

3- الكافي 5: 280، 3، الفقيه 3: 46، 161، التهذيب 7: 163، 724.

4- التهذيب 7: 164، 725.

5- الأرفة: الحدّ و معالم الحدود بين الأرضين. الصحاح 4: 1331 «أرف».

6- الكافي 5: 280، 4، التهذيب 7: 164، 727.

7- حلية العلماء 5: 266، التهذيب - للبخاري - 4: 339، العزيز شرح الوجيز 5: 489، المغني 5: 461، الشرح الكبير 5: 466.

8- السّقب: القرب. النهاية - لابن الأثير - 2: 377 «سقب».

9- صحيح البخاري 3: 115، سنن أبي داود 3: 286، 3516، سنن الترمذي 3: 653، ذيل الحديث 1370.

الدار أحقّ بدار جاره أو الأرض»(1)(2).

والحديث ممنوع، وقد طعن فيه جماعة، لأنّ الحديث الأخير رواه الحسن(3) [عن(4) سمرة(5)]، وقال أصحاب الحديث: لم يرو عنه إلاّ حديثاً واحداً، وهو حديث العقيقة(6)(7). و«الجار» في الحديث الأوّل يحمل علي الشريك.

إذا ثبت هذا، فإنّه لا شفعة للجار، سواء كان ملاصقاً أو مقابلاً.

وقال أبو حنيفة: للجار الملاصق الشفعة، وللمقابل أيضاً إذا لم يكن الطريق بينهما نافذاً(8). وعن ابن سريج من الشافعية(9) تخريج كمذهب أبي حنيفة.

### مسألة 711: قد يتنا أنه لا تثبت الشفعة بالجواري

ولا فيما قسّم وميّز إلاّ أن يكون بينهما شركة في طريق أو نهر أو ساقية بشرط أو يبيع الدار مع الطريق، والبستان مع الشرب أو النهر، لما رواه منصور بن حازم - في الحسن - عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن دار فيها دور و طريقهم واحد

ص: 209

1- سنن أبي داود 3: 286، 3517.

2- مختصر اختلاف العلماء 4: 239، 1947، حلية العلماء 5: 267، المغني 5: 461، الشرح الكبير 5: 466.

3- وهو: الحسن البصري. راجع المصادر في الهامش 6.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «ابن». وذلك تصحيف.

5- وهو: سمرة بن جندب. راجع المصادر في الهامش التالي.

6- سنن الترمذي 4: 101، 1522، سنن البيهقي 9: 303، المستدرک - للحاكم - 4: 237، المعجم الكبير - للطبراني - 7: 242-243،

6827-6832، المصنّف - لابن أبي شيبة - 8: 48، 4290، و 14: 122، 18156.

7- التمهيد 1: 37، الاستذكار 5: 19، 5686، المغني 5: 462، الشرح الكبير 5: 468.

8- العزيز شرح الوجيز 5: 489.

9- العزيز شرح الوجيز 5: 489.

في عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: «إن كان باب الدار و ما حول بابها إلي الطريق غير ذلك، فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة»(1).

وعن منصور بن حازم - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعة وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، إله ذلك؟ قال: «نعم، و لكن يسدّ بابه و يفتح بابا إلي الطريق، أو ينزل من فوق البيت و يسدّ بابه، و إن أراد صاحب الطريق بيعه فإتّهم أحقّ به، و إلاّ فهو طريقه يجيء يجلس علي ذلك الباب»(2).

وعن منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: دار بين قوم اقتسموها و تركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، إله ذلك؟ قال: «نعم، و لكن يسدّ بابه و يفتح بابا إلي الطريق أو ينزل من فوق البيت، فإن أراد شريكهم أن يبيع منقل قدميه فإتّهم أحقّ به، و إن أراد يجيء حتي يقعد علي الباب المسدود الذي باعه لم يكن لهم أن يمنعوه»(3).

### مسألة 712: الدار إنا أن يكون بابها مفتوحا إلي درب نافذ،

أو غير نافذ، فإن كان الأوّل و لا شريك له في الدار، فلا شفعة فيها لأحد و لا في ممرّها، لأنّ هذا الدرب غير مملوك. و إن كان الثاني، فالدرب ملك مشترك بين سكّانه علي السويّة. فإن باع نصيبه من الممرّ وحده، فللشركاء الشفعة

ص: 210

1- التهذيب 7:165، 731.

2- الكافي 5:281، 9، التهذيب 7:165، 732، الاستبصار 3:117، 418.

3- التهذيب 7:167-168، 743.

إن كان واحداً وأمكن قسمته، وإلا فلا.

وإن باع الدار بممرها فللشريك في الممر الشفعة في الدار وطريقها.

وقال الشافعي: لا شفعة له في الدار، لأنه لا شركة [له] (1) فيها، فصار كما لو باع شقصاً من عقار مشترك وعقاراً غير مشترك (2).

وقال أبو حنيفة (3) كقولنا من إثبات الشفعة.

وإن أرادوا أخذ الممر بالشفعة، قال الشافعي: ينظر إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع، فلهم ذلك علي المشهور إن كان منقسماً، وإلا فعلي الخلاف في غير المنقسم.

وقال بعض الشافعية: إن كان في اتخاذ الممر الحادث عسر أو مؤنة لها وقع، وجب أن يكون ثبوت الشفعة علي الخلاف الآتي (4).

وإن لم يكن له طريق آخر ولا أمكن اتخاذه، ففيه وجوه:

أحدها: أنهم لا يمكنون منه، لما فيه من الإضرار بالمشتري، والشفعة شرعت لدفع الضرر، فلا يزال الضرر بالضرر.

والثاني: أن لهم الأخذ، والمشتري هو المضر بنفسه حيث اشترى مثل هذه الدار.

والثالث: أن يقال لهم: إن أخذتموه علي أن تمكّنوا المشتري من المرور، فلکم الأخذ، وإلا فلا شفعة لكم جمعاً بين الحقيين (5).

والأقرب عندي: أن الطريق إن كان ممّا يمكن قسمته والشريك واحداً.

ص: 211

1- بدل ما بين المعقوفين في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «لهم». و ما أثبتناه يقتضيه السياق.

2- العزيز شرح الوجيز 490:5، روضة الطالبين 159:4.

3- العزيز شرح الوجيز 490:5.

4- العزيز شرح الوجيز 490:5، روضة الطالبين 159:4.

5- العزيز شرح الوجيز 490:5، روضة الطالبين 159:4.

وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة، فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصة إن شاء، وإن شاء أخذ الجميع. وإن لم يمكن قسمته، لم يكن له أخذه خاصة، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك.

وإذا كان في الخان بيوت مشتركة بين مالكين، فالشركة في صحنه كشركة مالكي الدارين في الدرب المنقطع. وكذا الشركة في مسيل ماء الأرض، دون الأرض.

### مسألة 713: لا تثبت الشفعة في المقسوم و الجوار بغير الشركة

في الطريق و النهر و الساقية و لا إذا بيعت الدار منفردة عن الطريق، أما لو باعها مع الطريق ثم حوّل الباب، تثبت الشفعة.

و لو كانت الشركة في الجدار أو السقف أو غير ما ذكرنا من الحقوق، فلا شفعة، عملاً بالأصل.

و لو كانت المزرعة مختصة و بئرها التي يسقي الزرع منها مشتركة حتى بيعت المزرعة و البئر، ففي ثبوت الشفعة في المزرعة بمجرد الشركة في البئر إشكال ينشأ: من الاقتصار علي مورد النصّ فيما يخالف الأصل، و لا شكّ في مخالفة الشفعة للأصل. و من أنّها مشتركة في مسقي.

و الشافعي ألحق الشركة في البئر بالشركة في الممر (1).

### مسألة 714: يشترط في الأخذ بالشفعة الإسلام إن كان المشتري مسلماً،

و إلا فلا تثبت الشفعة للذميّ علي المسلم، و تثبت للمسلم علي الذميّ، و للذميّ علي مثله، سواء تساويا في الكفر أو اختلافاً و لو كان أحدهما حربياً، ذهب إليه علماؤنا - و به قال الشعبي و أحمد و الحسن بن

ص: 212

---

1- العزيز شرح الوجيز 490:5، روضة الطالبين 159:4.

صالح بن حي (1) - لأنه نوع سبيل، وقال الله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (2).

ولما رواه العامة عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «لَا شَفْعَةَ لِدَمِيَّ عَلَيَّ مُسْلِمًا» (3).

ومن طريق الخاصة: قول الصادق عليه السلام: «ليس لليهود والنصارى شفعة» (4).

ولأنه تملك بغير مملك، فأشبهه الإحياء.

وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي وأصحاب أبي حنيفة:

ثبت للذمي الشفعة على المسلم، لأن الشفعة خيار يثبت لإزالة الضرر عن المال، فاستوي فيه المسلم والذمي، كالرد بالعيب (5).

ويمنع كونها خياراً، وإنما هو تملك قهري، فلا يثبت للكافر، لآية (6). 1.

ص: 213

---

1- المغني 5:551، الشرح الكبير 5:543، حلية العلماء 5:271، العزيز شرح الوجيز 5:490-491.

2- النساء: 141.

3- لم نقف على نص الحديث في المصادر الحديثية المتوفرة لدينا، وقد روي البيهقي في السنن الكبرى 6:108 عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «لَا شَفْعَةَ لِلنَّصْرَانِيَّ». وفي ص 109 «ليس لليهودي والنصراني شفعة». وقد أورد الحديث كما في المتن الشيخ الطوسي في الخلاف 3:454، المسألة 38 من كتاب الشفعة.

4- الكافي 5:281، 6، التهذيب 7:166، 737.

5- بدائع الصنائع 5:16، مختصر اختلاف العلماء 4:244، 1956، المهذب - للشيرازي - 1:385، حلية العلماء 5:271، التهذيب - للبغوي - 4:371، العزيز شرح الوجيز 5:490، روضة الطالبين 4:159، المدونة الكبرى 5:453، المغني 5:551، الشرح الكبير 5:544-543.

6- النساء: 141.

## مسألة 715: تثبت الشفعة للكافر علي الكافر وإن اختلفا في الدين،

لعموم الأخبار السالمة عن معارضة تسلط الكافر علي المسلم، وكالردّ بالعيب.

فإن كان الثمن حلالا، تثبت (1) الشفعة.

وإن كان خمرا أو خنزيرا، فإن لم يتقابضه وترفعا إلي الحاكم، أبطل البيع، وسقطت الشفعة.

وإن وقع بعد التقابض والأخذ بالشفعة، لم يرده ولا الشفعة، وصحّ البيع والأخذ.

وإن كان بعد التقابض وقبل الأخذ بالشفعة، لم يرده البيع، لأنهما تقابضا الثمن، ولم تثبت الشفعة - وبه قال الشافعي (2) - لأنّ البيع وقع بثمان حرام، فلم تثبت فيه الشفعة، كما لو كان ثمنه مغصوبا.

وقال أبو حنيفة: تجب الشفعة، بناء علي أصله في أنّ الخمر مال لأهل الذمة (3). وهو غلط.

ولو بيع شقص فارتدّ الشريك، فهو علي شفيعته إن كانت ردّته عن غير فطرة، وكان المأخوذ منه كافرا. وإن كان عن فطرة أو كان المأخوذ منه مسلما، فلا شفعة.

قال الشافعي: إن قلنا: إنّ الردّة لا تزيل الملك، فهو علي شفيعته. وإن قلنا: تزيله، فلا شفعة له. فإن عاد إلي الإسلام وعاد ملكه، ففي عود

ص: 214

1- في «س»: «تثبت».

2- العزيز شرح الوجيز 5:491، روضة الطالبين 4:159-160، بدائع الصنائع 5:16، المغني 5:552، الشرح الكبير 5:545.

3- بدائع الصنائع 5:16، المغني 5:552، الشرح الكبير 5:545، العزيز شرح الوجيز 5:491.



الشفعة خلاف، و الظاهر: المنع، وإن قلنا بالوقف فمات أو قتل علي الردة، فلإمام أخذه لبيت المال، كما لو اشترى معيباً أو شرط(1) الخيار وارتدّ و مات، للإمام ردّه. و لو ارتدّ المشتري، فالشفيع علي شفيعته(2).

تذنيب: و لو اشترى المرتدّ عن فطرة، فلا شفعة، لبطلان البيع، و عن غير فطرة تثبت الشفعة.

### مسألة 716: هل تثبت الشفعة للوقوف علي المساجد و الربط

و المدارس مثلاً؟ كدار(3) يستحقّ رجل نصفها و النصف الآخر ملك المسجد اشتراه متولّي المسجد له، أو وهب منه ليصرفه في عمارته، فباع الرجل نصيبه، ففي جواز أخذ المتولّي بالشفعة نظر.

قال الشافعي: له ذلك مع المصلحة، كما لو كان لبيت المال شريك في دار فباع الشريك نصيبه، للإمام الأخذ بالشفعة(4).

و عندي فيه نظر.

و لو كان نصف الدار وقفا و الآخر طلقاً فباع صاحب الطلق نصيبه، فإن أثبتنا للموقوف عليه الملك و كان واحداً، تثبت له الشفعة - علي رأي - لرفع ضرر القسمة و ضرر مداخلة الشريك. و إن قلنا بعدم ملك الموقوف عليه أو كان متعدداً و قلنا: لا شفعة مع التعدد، فلا شفعة.

و قال الشافعي: إن قلنا: لا يملك الوقف، فلا شفعة. و إن قلنا:

يملك، فيبني علي أنّ الملك هل يفرز عن الوقف؟ إن قلنا: نعم، ففي

ص: 215

1- في الطبعة الحجرية: «بشرط».

2- العزيز شرح الوجيز 5:491، روضة الطالبين 4:160.

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية بدل «كدار»: «كذا و». و هو تصحيف.

4- العزيز شرح الوجيز 5:491، روضة الطالبين 4:160.

ثبوت الشفعة وجهان:

أحدهما: تثبت لدفع ضرر القسمة، وعلي هذا فلو كان الوقف علي غير معيّن، أخذه المتولّي إن رأي المصلحة.

وأظهرهما: المنع، لأنّ الوقف لا يستحقّ بالشفعة، فينبغي أن لا تستحقّ به الشفعة، ولنقص الملك فيه، فإنّه لا ينفذ تصرفه فيه، فلا يتسلّط علي الأخذ.

وإن قلنا: لا يفرز الملك عن الوقف، فإن منعنا من شفعة ما لا ينقسم، فلا شفعة. وإن أثبتناه، فوجهان(1).

### مسألة 717: لا يستحقّ الشريك بالمنفعة شفعة،

فلو كان الشريك لا ملك له في الرقبة بل كان يستحقّ المنافع أمّا موقّته بالإجارة، أو مؤبّدة بالوصيّة، لم يكن له الأخذ بالشفعة.

وكذا ليس للمتواجرين إذا أجر أحدهم أخذه بالشفعة.

وتثبت الشفعة للمكاتب وإن كان من سيّده، فلو كان السيّد والمكاتب شريكين في الدار، فلكلّ منهما الشفعة علي الآخر.

والمأذون له في التجارة إذا اشترى شقصاً ثمّ باع الشريك نصيبه، كان له الأخذ بالشفعة، إلّا أن يمنعه السيّد أو يعفو عن الشفعة، وله العفو وإن كان مديوناً معسراً وكان في الأخذ غبطة، كما أنّ له منعه من جميع الاعتياضات في المستقبل.

ولو أراد السيّد أخذه بنفسه، كان له ذلك، لأنّ أخذ العبد أخذ له في الحقيقة.

ص: 216

و للشفيع الأخذ بنفسه و بوكيله، فلا تعتبر الشركة في مباشر الأخذ، بل فيمن له الأخذ.

### البحث الثالث: في المأخوذ منه.

#### مسألة 718: إذما تؤخذ الشفعة من المشتري الذي تجدد ملكه بعد ملك الأخذ،

فلو اشترى اثنان دفعة واحدة، لم يكن لأحدهما علي الآخر شفعة، لعدم الأولوية و عدم إمكان الشركة(1).

و هل يشترط لزوم البيع ؟ [فيه] نظر أقرب: عدم الاشتراط، فلو باع الشقص بخيار لهما أو للبائع، تثبت(2) الشفعة، و لا يسقط خيار البائع.

و قال الشافعي: يشترط للزوم من طرف البائع، فلا تثبت مع بقاء مدة الخيار له.

أمّا علي قول: إن الملك لا ينتقل إلي المشتري في مدة الخيار:

فظاهر.

و أمّا علي قول الانتقال: فلأن في أخذه إبطال خيار البائع، و لا سبيل للشفيع إلي الإضرار بالبائع و إبطال حقه(3).

و عن بعض الشافعية احتمال ثبوت الشفعة(4).

و علي ما قلناه لا يتأتى المنع، لأنّ لا نسقط حقّ البائع من الخيار، بل يأخذ الشفيع علي حدّ أخذ المشتري.

ص: 217

1- أي: الشركة في الشفعة.

2- في «س»: «ثبت».

3- العزيز شرح الوجيز 5:492، روضة الطالبين 4:160-161.

4- العزيز شرح الوجيز 5:493، روضة الطالبين 4:161.

وأما إن كان الخيار للمشتري وحده، يبني عندهم علي الأقوال في انتقال الملك، فإن قلنا: إن الملك لا ينتقل إلا بانقطاع الخيار، أو قلنا: هو مراعي، تثبت الشفعة، لعدم العلم بانتقال الملك إلي المشتري، فيستحق فيه الشفعة عليه.

وإن قلنا: إنه ينتقل بنفس العقد، نقل المزني عن الشافعي أنها تثبت - وهو مذهبنا، و به قال أبو حنيفة - لأنه قد انتقل الملك إلي المشتري، ولا- حق فيه إلا له، و الشفيع مسلط عليه بعد لزوم الملك و استقراره، فقبله أولي، وإثما ثبت له خيار الفسخ، و ذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة، كما لو وجد به عيبا يثبت (1) له الخيار، و كان للشفيع أخذه.

و نقل الربيع عن الشافعي أيضا أنه لا شفعة - و به قال مالك و أحمد - لأن المشتري لم يرض بالتزام العقد، و في أخذ الشفيع الشقص التزام له و إيجاب للعهد عليه، فلم يكن له ذلك، كما لو كان الخيار للبائع، بخلاف الردّ بالعيب، لأنه إثما يثبت (2) له الردّ لأجل الظلامة، و ذلك يزول بأخذ الشفيع.

و نقل الجويني في المسألة طريقتين:

إحدهما: ثبوت القولين هكذا، لكن كلاهما مخرّج (3) من أن المشتري إذا اطلع علي عيب بالشقص و أراد رده و أراد الشفيع أخذه بالشفعة، فعلي قول للشفيع قطع خيار المشتري في الصورتين. و علي قول لا يمكن منه.ه.

ص: 218

1- في «س، ي»: «ثبت».

2- في «س»: «ثبت».

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «مخرّجان». و الظاهر ما أثبتناه.

و الثاني: القطع بأنه لا يأخذه إلي أن يلزم العقد. و الفرق بين الردّ بالعيب و بينه أن الأخذ بالشفعة يفتقر إلي استقرار العقد و تمامه(1).

و نقل بعض الشافعية فيما إذا قلنا: إنه بعد للبائع أو موقوف وجها أن للشفيع أخذ الشقص، لانقطاع سلطنة البائع بلزوم العقد من جهته(2).

و الأصحّ عندهم: المنع، لأن ملك البائع غير زائل علي تقدير أن الملك للبائع [و(3) غير معلوم الزوال علي تقدير الوقف. و علي الأول إذا أخذه الشفيع تبيّن أن المشتري ملك قبل أخذه، و انقطع الخيار(4).

### مسألة 719: لو باع أحد الشريكين حصته بشرط الخيار ثم باع الثاني نصيبه

بغير خيار في زمن خيار الأول و قلنا: إن الشفعة لا تثبت مع الخيار - كما هو مذهب الشافعي(5) - فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني، سواء علم به أو لا، لزوال ملكه، و لا للمشتري منه و إن تقدّم ملكه علي ملك المشتري الأول إذا قلنا: إنه لا يملك في زمن الخيار، لأن سبب الشفعة البيع، و هو سابق علي ملكه.

و أما الشفعة في المبيع ثانيا فموقوفة إن توقّفنا في الملك علي الإجازة أو الفسخ، و للبائع الأول إن أبقينا الملك له، و للمشتري منه إن أثبتنا الملك له.

و لو فسخ البيع قبل العلم بالشفعة، بطلت شفيعته إن قلنا: إن خيار الفسخ يرفع العقد من أصله. و إن قلنا: يرفعه من حين وقوع الفسخ، فهو

ص: 219

1- العزيز شرح الوجيز 493:5، المغني 471:5، الشرح الكبير 534:5.

2- العزيز شرح الوجيز 493:5.

3- ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر لأجل السياق.

4- العزيز شرح الوجيز 493:5.

5- العزيز شرح الوجيز 493:5، روضة الطالبين 160:4.

كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة. وإن أخذه بالشفعة ثم فسخ البيع، فالحكم في الشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار.

### مسألة 720: إذا اشترى شقفا فوجد به عيبا،

فإن كان المشتري و الشفيع معا عالمين به، لم يكن للشفيع ردّه لو أخذه من المشتري، ولم يكن للمشتري ردّه لو لم يكن الشفيع أخذه، بل يثبت (1) للمشتري الأرش.

ولو لم يعلما معا بالعيب، كان للشفيع ردّه علي المشتري، و للمشتري ردّه علي البائع.

وإن علم به المشتري خاصّة دون الشفيع، كان للشفيع ردّه بالعيب علي المشتري، و لم يكن للمشتري ردّه علي البائع.

وإن كان الشفيع عالما به دون المشتري، لم يكن للشفيع ردّه علي المشتري، و يثبت للمشتري الأرش.

و قال بعض الشافعيّة: إنّه استدرك ظلامته، فلم يكن له الرجوع بالأرش (2).

و قال بعضهم: إنّه لم ييأس من الردّ (3).

فإن رجع إلي المشتري ببيع أو إرث أو غير ذلك، فهل له ردّه؟ مبنيّ علي التعليين، إن قلنا: إنّه لا يرجع، لأنّه استدرك ظلامته، لم يكن له ردّه.

وإن قلنا بالآخر، فله ردّه.

ص: 220

1- في «س، ي»: «ثبت».

2- لم نعثر عليه في مظانّه.

3- لم نعثر عليه في مظانّه.

وإذا لم يكن المشتري عالماً بالعيب وأراد(1) رده وأراد الشفيع أخذه ورضي بكونه معيباً، فللشافعي قولان:

أحدهما: أن الشفيع أولي بالإجابة، لأنه حق سابق علي حق المشتري، فإنه ثابت بالبيع. ولأن الغرض للمشتري استدراك الظلامة والوصول إلي الثمن، وهذا الغرض يحصل بأخذ الشفيع، ولأننا لو قدمنا المشتري، بطل حق الشفيع بالكلية، ولو قدمنا الشفيع، حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته.

وهذا أقوى عندي وهو قول أكثرهم.

والثاني: أن المشتري أولي، لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد وسلم عن الرد. ولأنه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عنه(2).

### مسألة 721: لو رده المشتري بالعيب قبل علم الشفيع ومطالبته ثم علم وجاء يطلب الشفعة،

فإن قلنا: إن المشتري أولي عند اجتماعهما - كما هو أحد قولي الشافعي(3) - فلا يجاب الشفيع.

وإن قلنا: الشفيع أولي، فللشافعي وجهان:

أظهرهما: أنه يجاب ويفسخ الرد، أو نقول: تبيّن أن الرد كان باطلاً.

وهو الأقوى عندي.

والثاني: لا يجاب، لتقدم الرد(4).

وهذا الخلاف في أن الشفيع أولي أو المشتري جار فيما إذا اشترى

ص: 221

1- في «س، ي»: «فأراد».

2- العزيز شرح الوجيز 5:494، روضة الطالبين 4:161.

3- العزيز شرح الوجيز 5:494، روضة الطالبين 4:161.

4- العزيز شرح الوجيز 5:494، روضة الطالبين 4:161-162.

شقصا بعد ثم وجد البائع بالعبد عيبا فأراد ردّه واسترداد الشقص، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة، وسيأتي (1)، وفيما إذا اشترى شقصا بعد وقبض الشقص قبل تسليم العبد، فتلّف العبد في يده، تبطل شفعة الشفيع في وجهه، ويتمكّن من الأخذ في الثاني (2)، كما لو تلف بعد أخذ الشفيع، فإنّ الشفعة لا تبطل، بل علي الشفيع قيمة العبد للمشتري، وعلي المشتري قيمة الشقص للبائع.

ولو كان الثمن معيّنا وتلف قبل القبض، بطل البيع و الشفعة.

### مسألة 722: لا تثبت الشفعة في عقد غير البيع،

سواء كان عقد معاوضة كالهبة المعوّض عنها، والإجارة والنكاح وغيرها من جميع العقود عند علمائنا أجمع، فلو تزوّج امرأة وأصدقها شقصا، لم تثبت الشفعة عند علمائنا - وبه قال أبو حنيفة (3) - للأصل الدالّ علي أصالة عصمة مال الغير، وأنّه لا يحلّ أخذه منه إلاّ عن طيبة نفس، خرج ما اتّفقنا علي إثبات الشفعة فيه، للنصوص، فيبقي الباقي علي أصله.

وما رواه - في الصحيح (4) - أبو بصير عن الباقر عليه السلام، قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة علي بيت في دار له وفي تلك الدار شركاء، قال: «جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها» (5).

ص: 222

1- في ص 277، المسألة 754.

2- أي: في الوجه الثاني.

3- بدائع الصنائع 5: 10-11، مختصر اختلاف العلماء 4: 244، 1954، الحاوي الكبير 7: 249، بداية المجتهد 2: 259، العزيز شرح الوجيز 5: 497، المغني 5: 469، الشرح الكبير 5: 464-465.

4- جملة «في الصحيح» لم ترد في «س، ي».

5- الفقيه 3: 47، 165، التهذيب 7: 167، 742.



وقول الصادق عليه السلام: «الشفعة في البيوع»(1).

ولأنّ البضع ليس بمال، وإذا ملك الشقص بغير مال، لا تثبت فيه الشفعة، كالهبة.

وقال الشافعي و مالك: تثبت الشفعة(2). ثمّ اختلفا، فقال الشافعي:

يأخذه الشفيع بمهر مثل الزوجة(3).

وقال مالك: بقيمة الشقص، لأنّه عقد معاوضة، فجاز أن تثبت الشفعة في الأرض المملوكة به، كالبيع(4)(5).

ويمنع صلاحية عقد المعاوضة للعلة، بل العلة عقد خاصّ، وهو البيع.

قال مالك: ولو أوجبنا مهر المثل، لقومنا البضع علي الأجنب، ولأضررنا(6) بالشفيع، لأنّه قد يتفاوت مهر المثل مع المسمّي، لأنّ المهر قد يسامح فيه في العادة، بخلاف البيع(7)(8).5.

ص: 223

1- الكافي 5:281، 5، التهذيب 7:164، 728.

2- حلية العلماء 5:384، الحاوي الكبير 7:249، العزيز شرح الوجيز 5:497، روضة الطالبين 4:162، المنتقى - للباقي - 6:207، المغني 5:469، الشرح الكبير 5:465.

3- المهذب - للشيرازي - 1:386، الحاوي الكبير 7:250، مختصر اختلاف العلماء 4:244، 1954، المغني 5:469، المنتقى - للباقي - 6:208.

4- في الطبعة الحجرية: «كالمبيع».

5- المنتقى - للباقي - 6:208، الحاوي الكبير 7:250، مختصر اختلاف العلماء 4:244، 1954.

6- في «س، ي» و الطبعة الحجرية بدل «لأضررنا»: «لأضررنا». و الصحيح ما أثبتناه من المصدر.

7- في «س، ي» و الطبعة الحجرية بدل «البيع»: «البضع». و ما أثبتناه من المصدر.

8- انظر: المغني 5:469، و الشرح الكبير 5:465.

قالت الشافعية: إن المرأة ملكة الشقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل، فوجب الرجوع إلى قيمته في الأخذ بالشفعة، كما لو باع سلعة لا مثل لها(1).

ولا يمتنع تقويم البضع على الأجنبي بسبب، كما نقومه(2) على المرضعة وشاهدي الطلاق إذا رجعا. والمسامحة لا اعتبار بها، والظاهر أن العوض يكون عوض المثل.

### مسألة 723: إذا أصدقها شقما ثم طلقها قبل الدخول،

فلا شفعة عندنا.

وقال الشافعي: تثبت الشفعة(3).

فعلي قوله لا يخلو إما أن يكون قد طلقها بعد ما أخذ الشفيع الشقص أو بعد عفو قبل علمه.

فإن طلقها بعد ما أخذ، رجع الزوج إلى قيمة الصداق، لزوال ملكها عن الصداق، كما لو باعته ثم طلقها، ويكون له قيمة نصف الصداق أقل ما كان من حين العقد إلى حين القبض.

وإن طلقها بعد عفو الشفيع، رجع في نصف الشقص، لأن حق الشفيع قد سقط، والشقص في يدها نصفه، وتعلق حق الشفيع قبل سقوطه لا يمنع من الرجوع بعد سقوطه، ألا ترى أنه لو باعته ثم اشتريته ثم طلقها الزوج، فإنه يرجع في نصفه.

ص: 224

1- انظر: المغني 5:469.

2- في «ي»: «يقوم» بدل «نقومه».

3- مختصر المزني: 120، الحاوي الكبير 7:251، العزيز شرح الوجيز 5:494، روضة الطالبين 4:162.

وإن طلقها قبل أن يعلم الشفيع ثم علم وجاء يريد أخذه بالشفعة، فله أخذ نصفه.

وأما النصف الآخر فهل الزوج أولي به أو الشفيع؟ وجهان للشافعية:

أحدهما: أن الشفيع أولي، لأن حقه أسبق، فإن حق الزوج ثبت بالطلاق.

والثاني: الزوج أولي، لأن حقه ثبت بالنص.

والأول أصح عندهم، لأن حق الشفعة ثبت أيضا بالإجماع، كما أن حق الزوج ثبت بالنص في الجملة (1).

وهذا عندنا ساقط، إذ لا شفعة هنا.

### مسألة 724: لو اشترى شقفا وأفس بالثمن وأراد البائع الرجوع في الشقص

وطلبه الشفيع، فالأقوي عندي: تقديم حق الشفيع، ويؤخذ منه الثمن ويدفع إلي البائع، لأن حقه ثبت بالعقد، وحق البائع ثبت بالإفلاس، والعقد أسبق، وأسبق الحقين أولي بالرعاية. ولأن منع الشفيع يقتضي إبطال حقه بالكلية، وإذا قدّمناه، لا يبطل حق البائع، بل ينتقل إلي البديل. ولأن حق الشفيع أقوى من حق البائع، فإن الشفيع يبطل تصرف المشتري ويأخذ الشقص، والبائع لا يبطل تصرف المشتري عند إفلاسه، وهذا وجه للشافعي (2).

وله وجهان آخران:

أحدهما: تقديم حق البائع، لاستناد حقه إلي ملك سابق. ولأن البائع

ص: 225

1- الحاوي الكبير 7:252، العزيز شرح الوجيز 5:495، روضة الطالبين 4:162.

2- العزيز شرح الوجيز 5:495، روضة الطالبين 4:162.

لم يرض بزوال الشقص إلاّ علي أن يسلم له الثمن، فإذا لم يسلم، وجب أن لا يؤخذ منه.

والآخر: الشفيع أولي، ويكون الثمن أسوة الغرماء، لأنّ حقّ البائع إذا انتقل عن العين إلي الذمّة، التحق بسائر الغرماء.

وقيل: يقدمّ البائع بالثمن رعاية للجانبين.

و الثالث(1): إن كان البائع سلّم الشقص ثمّ أفلس المشتري، لم يكن أولي بالثمن، لرضاه بدمّة المشتري. وإن لم يسلمه، فهو أولي بالثمن(2).

و هذا الخلاف بين الشافعيّة ثابت في الزوج إذا طلق قبل الدخول أو ارتدّ و المهر الشقص(3).

و قال بعض الشافعيّة: إنّ الشفيع أولي من الزوج، و البائع أولي من الشفيع في الإفلاس، لأنّ الثابت للزوج بالطلاق الملك، و الشفيع يثبت له ولاية التملك، لكنّ الشفيع أسبق حقًا، فهو أولي بالتقديم(4).

هذا إن اجتمع الشفيع مع الزوج أو البائع، أمّا لو أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة ثمّ طلق الزوج، أو من يد المشتري ثمّ أفلس، فلا رجوع للزوج و للبائع بحال، لكنّ البائع يرجع إلي الثمن، و الزوج إلي القيمة في مالها، كما لو زال الملك بيع و شبهه.

و لو طلقها قبل علم الشفيع و أخذ النصف، فلا شفعة عندنا.

و قال الشافعي: إذا جاء الشفيع، ففي استرداده ما أخذ الزوج وجهان،5.

ص: 226

---

1- أي الوجه الثالث للشافعيّة أيضا.

2- العزيز شرح الوجيز 5:495، روضة الطالبين 4:162.

3- العزيز شرح الوجيز 5:495، روضة الطالبين 4:162.

4- العزيز شرح الوجيز 5:495.

كما إذا جاء بعد الردّ بالعيب(1).

و حكي الجويني طريقة قاطعة بالمنع، لأنّ المهر يشطر بالطلاق من غير اختيار، فيبعد نقضه. فإن قلنا: يستردّه، أخذه و ما بقي في يدها، و إلاّ أخذ ما في يدها، و دفع إليها نصف مهر المثل(2).

و لو كان للشقص الممهور شفيعان و طلبا و أخذ أحدهما نصفه و طلقها قبل أن يأخذ الآخر، لم يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع.

و هل هو أولي في النصف الآخر أم الشفيع؟ فيه ما سبق من الخلاف.

و يجري فيما إذا أخذ أحد الشفيعين من يد المشتري ثمّ أفلس، فإن قلنا: الشفيع أولي، ضارب البائع مع الغرماء بالثمن.

و إن قلنا: البائع أولي، فإن شاء أخذ النصف الثاني و ضارب مع الغرماء بنصف الثمن، و إلاّ تركه و ضارب بجميع الثمن.

### مسألة 725: قد بينّا أنّ الشفعة إنّما تثبت بالبيع خاصّة.

و قال الشافعي: تثبت بكلّ عقد معاوضة(3).

و وافقنا(4) علي ما إذا ملك من غير معاوضة، فلا شفعة عليه، كالإرث و الهبة و الوصيّة.

أمّا الإرث: فلأنّ الوارث يملك بغير اختياره، بخلاف المشتري المالك باختياره، فإنّه بدخوله علي الشريك سلّط الشريك عليه دفعا للتصنّر به، و قد كان من حقّه أن لا يدخل عليه.

ص: 227

1- العزيز شرح الوجيز 496:5، روضة الطالبين 163:4.

2- العزيز شرح الوجيز 496:5، روضة الطالبين 163:4.

3- حلية العلماء 270:5، العزيز شرح الوجيز 496:5، روضة الطالبين 163:4.

4- حلية العلماء 270:5، العزيز شرح الوجيز 496:5، روضة الطالبين 163:4.

وأما الهبة والوصية: فلأنَّ المتَّهب والموصي له تقلداً للمنة من الواهب والموصي حيث قبلاً تبرَّعهما، ولو أخذ الشفيع، لأخذ عن استحقاق وتسلُّط، فلا يكون متقلداً للمنة، ووضع الشفعة علي أن يأخذ الشفيع بما أخذ به الممتلك.

أما لو شرط في الهبة الثواب أو قلنا: إنَّها تقتضي الثواب مع الإطلاق، فلا شفعة فيها أيضاً عندنا.

وقال الشافعي: إن كان العوض معلوماً، صحَّت الهبة، وكانت يبعاً، وتثبت فيه الشفعة، سواء تقابضاً أو لم يتقابضاً - وبه قال زفر - لأنَّه ملك بعوض، فلم يفتقر إلي التقابض، كالبيع (1).

وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا تثبت حتى يتقابضاً، لأنَّ الهبة لا تلزم إلاً بالقبض، فهو بمنزلة بيع الخيار (2).

وأجاب الشافعية بأنَّه لا يصحَّ ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة، لأنَّ العوض يصرفها عن مقتضاها، وتصير عبارة عن البيع، وخاصةً عندهم ينعقد بها النكاح، ولا يفتقر النكاح إلي القبض (3).

فأما إذا كانت بغير شرط العوض، فكذلك مبني علي القولين في اقتضاها الثواب.

وكلّ موضع قلنا: تقتضي الثواب تثبت الشفعة فيها بمثل الثواب إن كان مثلياً، وإلاً القيمة. وكلّ موضع قلنا: لا تقتضيه، لم تثبت الشفعة و لو5.

ص: 228

1- المغني 5:468، الشرح الكبير 5:464، مختصر اختلاف العلماء 4:245، 1958، بدائع الصنائع 5:11.

2- بدائع الصنائع 5:11، مختصر اختلاف العلماء 4:245، 1958، المغني 5:468، الشرح الكبير 5:464.

3- انظر: المغني 5:468-469، و الشرح الكبير 5:464.

أثابه الموهوب له.

وقال ابن أبي ليلى: تثبت الشفعة فيها بقيمة الشقص - وهو إحدى الرويتين عن مالك - لأنّ الشفعة تثبت لإزالة الضرر بالاشتراك، وذلك موجود في الهبة(1).

قالت الشافعية: إنّه يملكها بغير بدل، فأشبه الميراث(2). وأما الضرر فلا يزال بضرر، وفي أخذ الهبة ضرر، لأنّه لا عوض فيها، وإذا أخذها بغير عوض، أبطل غرض(3) الواهب و المتّهب معا.

وعن الشافعي قول آخر: إنّه إذا شرط الثواب، أو قلنا: إنّها تقتضيه، لا يؤخذ - كمذهبنا - لأنّه ليس المقصود منه المعاوضة.

وعلي قول الأخذ فقي أخذه قبل قبض الموهوب وجهان:

أظهرهما: الأخذ، لأنّه صار يبعأ.

و الثاني: لا، لأنّ الهبة لا تتمّ إلاّ بالقبض، وهذا هو الخلاف في أنّ الاعتبار باللفظ أم بالمعني؟(4)

### مسألة 726: لو كان بين اثنين دار،

فادعي أجنبيّ ما في يد أحدهما، فصالحه المتشبه عليه، فلا شفعة عندنا، لأنّها تتبع البيع، و الصلح عقد مستقلّ بنفسه مغاير للبيع.

وقال الشافعي: إن صالحه بعد إقراره له به، صحّ الصلح، و تثبت

ص: 229

1- المغني 5:468، الشرح الكبير 5:463.

2- المهذب - للشيرازي - 1:384، و انظر: المغني 5:468، و الشرح الكبير 5:463.

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «عوض» بدل «غرض». و الظاهر ما أثبتناه.

4- التهذيب - للبيهقي - 4:344، العزيز شرح الوجيز 5:497، روضة الطالبين 4:163.

الشفعة للشريك، لأنّ الصلح عنده بيع. وإن (1) أنكره وصالح، لم يصحّ الصلح عنده بناء علي مذهبه من أنّ الصلح لا يصحّ عن الإنكار (2).

و كذا لو ادّعي رجل علي أحد الشريكين في الدار ألفا، فصالحه منها علي نصف الدار الذي له، فلا شفعة عندنا.

وقال الشافعي: إن كان مع الإقرار بالألف، صحّ الصلح، وكان للشفيع أخذه بالألف. وإن كان الصلح مع الإنكار، لم يصحّ الصلح، ولم تجب الشفعة (3).

### مسألة 727: لو اشترى شقفا فعفا الشريك عن الشفعة ثمّ تقايلا،

لم تثبت الشفعة بالإقالة عندنا علي ما تقدّم (4) من أنّ الشفعة تتبع البيع، وأنّ الإقالة ليست بيعا.

وقال الشافعي: إن قلنا: إنّ الإقالة فسخ لا بيع، فلا شفعة، كما لا يأخذ بالردّ بالعيب، لأنّ الفسوخ وإن اشتملت علي تراذّ العوضين فلا تعطي أحكام المعاوضات، ألا تري أنّه يتعيّن فيها العوض الأول. وإن قلنا: إنّها بيع، فله الشفعة وأخذه من البائع (5).

وقال أبو حنيفة: تثبت الشفعة بالإقالة، وبالردّ بالعيب بالتراضي (6)، لأنّه نقل الملك بالتراضي، فأشبهه البيع (7).

ص: 230

1- في الطبعة الحجرية: «فإن» بدل «وإن».

2- حكاه عنه الشيخ الطوسي في الخلاف 3: 449-450، المسألة 30.

3- حكاه عنه الشيخ الطوسي في الخلاف 3: 450، المسألة 31.

4- في ص 222، المسألة 722، وفي ص 117، المسألة 627.

5- حلية العلماء 5: 295، العزيز شرح الوجيز 5: 497، روضة الطالبين 4: 163.

6- في «س» و الطبعة الحجرية: «و بالتراضي».

7- حلية العلماء 5: 295، العزيز شرح الوجيز 5: 498، المغني 5: 470، الشرح الكبير 5: 465.



ولو تقايلا قبل علم الشريك بالبيع، كان له الأخذ بالشفعة وفسخ الإقالة، لسبق حقه علي الإقالة.

وقال الشافعي: إن قلنا: إن الإقالة بيع، فالشفيع بالخيار [بين] (1) أن يأخذ بها وبين أن يبطلها حتي يعود الشقص إلي المشتري، فيأخذ منه. وإن جعلناها فسخا، فهو كطلب الشفعة بعد الردّ بالعيب (2).

أما لو باع المشتري، فللشريك هنا الخيار بين الأخذ من الأول وفسخ البيع الثاني، وبين الأخذ من الثاني.

### مسألة 728: لو جعل الشقص اجرة في إجارة، أو جعلاً في جعالة،

أو أصدقها شقصاً أو متّعها به أو خالها علي شقص، أو صالح عليه عن (3) مال أو دم أو جراحة عن إقرار أو (4) إنكار أو جعله المكاتب عوض نجومه، لم تثبت الشفعة في شيء من ذلك عندنا، بل إنما تثبت الشفعة في الشراء لا غير، وبه قال أبو حنيفة، وهو رواية عن أحمد (5) ، وقد تقدّم (6) بيانه.

ولو أقرضه شقصاً، صحّ القرض، وبه قال الشافعي (7).

وليس للشفيع أخذه بالشفعة عندنا.

وقال الشافعي: له الأخذ (8).

ص: 231

- 
- 1- ما بين المعقوفين من المصدر.
  - 2- العزيز شرح الوجيز 5:497، روضة الطالبين 4:163.
  - 3- في الطبعة الحجرية: «من» بدل «عن».
  - 4- في «س، ي»: «و» بدل «أو».
  - 5- بدائع الصنائع 5:10-11، مختصر اختلاف العلماء 4:244، 1954، حلية العلماء 5:270، التهذيب - للبغوي - 4:343، العزيز شرح الوجيز 5:497، بداية المجتهد 2:259، المغني 5:469، الشرح الكبير 5:464-465.
  - 6- في ص 222، المسألة 722.
  - 7- العزيز شرح الوجيز 5:497، روضة الطالبين 4:163-164.
  - 8- العزيز شرح الوجيز 5:497، روضة الطالبين 4:164.

و الجعالة لا تثبت بها الشفعة، كما قلنا.

و عند الشافعي تثبت بعد العمل، لأنّ الملك حينئذ يحصل للعامل(1).

أمّا لو اشترى بالشفقة شيئاً أو جعله رأس مال السلم، فالأقرب:

ثبوت الشفعة، لصدق البائع علي المشتري.

و لو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن بعض النجوم ثمّ عجز ورقّ، فلا شفعة عندنا.

و أمّا عند الشافعي ففي بطلان الشفعة وجهان ينظر في أحدهما إلي أنّه كان عوضاً أو لا، وفي الثاني إلي خروجه أخيراً عن العوضيّة، و هذا أظهر عندهم(2).

و يشبه هذا الخلاف خلافهم فيما إذا كان الثمن عينا و تلف قبل القبض(3).

و لو قال لمستولده: إن خدمت أولادي شهراً، فلك هذا الشقص، فخدمتهم، استحققت الشقص عند الشافعي. و في ثبوت الشفعة وجهان:

أحدهما: تثبت، لأنّها ملكته بالخدمة، فكان كالمملوك بالإجارة و سائر المعاوضات.

و أظهرهما: المنع، لأنّه وصيّة معتبرة من الثلث كسائر الوصايا، و ذكر الخدمة شرط داخل علي الوصيّة(4).

### مسألة 729: لولي الصبي و المجنون أن يأخذ لهما بالشفقة ما بيع في شركتهما

مع الغبطة لهما، عند علمائنا أجمع - و به قال الشافعي

ص: 232

1- العزيز شرح الوجيز 497:5، روضة الطالبين 164:4.

2- العزيز شرح الوجيز 497:5، روضة الطالبين 164:4.

3- العزيز شرح الوجيز 497:5.

4- العزيز شرح الوجيز 498:5، روضة الطالبين 164:4.

و أبو حنيفة (1) - لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال، فملكه الولي في حق الصبي و المجنون، كخيار الردّ بالعيب. و للعمومات الدالة علي ثبوت الشفعة للشريك، فيدخلان فيه، و كل حق هو لهما فإنما يتولاه الولي.

و لما رواه الخاصة عن الصادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام:

وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان [له] (2) رغبة فيه» (3).

وقال ابن أبي ليلى: لا- شفعة فيه، لأن الولي لا يثبت له الأخذ بالشفعة، لأنه لا يملك العفو، و من لا يملك العفو لا يملك الأخذ، و لا يمكن الانتظار بها، لأن في ذلك إضراراً بالمشتري، فبطلت (4).

وقال الأوزاعي: تثبت الشفعة، و ليس للولي أن يأخذ بها، و يتأخر ذلك إلي زوال الحجر عن مستحقها، لأن خيار القصاص ثبت للصبي و لا يستوفيه الولي، كذلك الشفعة (5).

و الجواب: لا نسلم أنه ليس له العفو، بل له ذلك مع المصلحة.

سلمنا، لكن العفو إسقاط حقه، و الأخذ استيفاء حقه، و هذا فرق، كما يملك قبض حقوقه و لا يملك إسقاط شيء منها.

و خيار القصاص ثابت للولي مع المصلحة.

سلمنا، لكن القصد التثقي، و ذلك لا تدخله النيابة، و الغرض 5.

ص: 233

1- الحاوي الكبير 276:7، المهذب - للشيرازي - 336:1، الوسيط 377:4، التهذيب - للبخاري - 369:4، العزيز شرح الوجيز 81:5،

روضه الطالبين 424:3، بدائع الصنائع 16:5، مختصر اختلاف العلماء 244:4، 1955، فتاوي قاضي خان (بهامش الفتاوي الهندية)

536:3، المغني 496:5، الشرح الكبير 486:5-487.

2- ما بين المعقوفين من المصدر.

3- الكافي 281:5، 6، التهذيب 166:7، 737.

4- الحاوي الكبير 276:7، مختصر اختلاف العلماء 244:4، 1955، المغني 495:5، الشرح الكبير 485:5.

5- المغني 495:5 و 496، الشرح الكبير 487:5.

بالشفعة إزالة الضرر عن المال، وهو ممّا تدخله (1) النيابة.

### مسألة 730: إنّما يأخذ الولي. لهما إذا كان الأخذ مصلحة

بأن يكون قد بيع بأقلّ من ثمن مثله، أو تزيد قيمة الملك بأخذه، أو يكون له مال يحتاج أن يشتري به العقار، فيأخذه بثمان المثل.

وإن كان الحظّ في الأخذ فترك، لم يصحّ الترك، ولم تسقط الشفعة، وكان للصبي والمجنون بعد الكمال أخذ الشقص - وبه قال محمد و زفر (2) - لأنّه إسقاط حقّ للمولّي عليه، لا حظّ له في إسقاطه، فلم يسقط، كالإبراء وإسقاط خيار الردّ بالعيب.

وقال أبو حنيفة: إذا عفا، سقطت، لأنّ من ملك الأخذ ملك العفو، كالمالك (3).

والفرق: أنّ المالك يملك الإبراء والتبرّع، بخلاف الولي، فبطل القياس.

وإن كان الحظّ في الترك - بأن يكون قد اشتري بأكثر من ثمن المثل أو لم يكن للصبي مال يشتري به فاستقرض له ورهن ماله وأخذ الشقص - لم يصحّ أخذه، فإن أخذه، لم يصحّ، ولم يملكه الصبي بهذا الأخذ، بل يكون باقيا علي ملك المشتري، ولا يقع للولي.

وكذا لو اشتري بأكثر من ثمن المثل، لم يصحّ، ولا يقع له إن سمّي الشراء للطفل. ولو أطلق، وقع له، بخلاف الأخذ بالشفعة، لأنّ الشفعة تؤخذ بحقّ الشركة، وذلك مختصّ بالصبي، ولهذا لو أراد الولي الأخذ لنفسه، لم يصحّ، بخلاف الشراء.

ص: 234

1- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «يدخل» بدل «تدخله». والصحيح ما أثبتناه.

2- المغني 5:495، الشرح الكبير 5:486.

3- المغني 5:496، الشرح الكبير 5:486.

وفي النكاح لو تزوج لغيره بغير إذنه، لم يقع للعقد، لأنَّه يفتقر إلى ذكر الزوجين، بخلاف البيع، لأنَّ عقد النكاح اختصَّ بالمعقود له، و الشراء لا يحتاج إلى ذكر المشتري له.

### مسألة 731: العفو كالترك ليس للولي العفو عن الشفعة

مع الحظَّ بالأخذ ولا تركها كما بيَّنا.

ولو كان الحظَّ في الترك فترك، سقطت الشفعة، وإذا زال الحجر عن المحجور عليه، لم يكن له المطالبة بها - وبه قال الشافعي (1) - لأنَّ الوليَّ يتبع الحظَّ والمصلحة للمولِّي عليه، فله الأخذ إذا كان فيه حظَّ، فإذا كان الحظَّ في العفو، وجب أن يصحَّ، كما يصحَّ الأخذ، ولهذا يصحَّ من الوليِّ الردَّ بالعيب، وإذا بلغ، لم يكن له الاعتراض، كذا هنا.

وقال بعض (2) الشافعية: ليس للوليَّ أن يعفو، وإتْمًا يترك الأخذ إذا لم يكن حظَّاً، فإذا زال الحجر، كان المحجور عليه بالخيار. وجعله قولاً ثانياً للشافعي - وبه قال زفر و محمد بن الحسن الشيباني (3) - لأنَّ المستحقَّ للشفعة له أخذها، سواء كان له فيها حظَّ أو لم يكن، وإتْمًا يعتبر الحظَّ في حقِّ المولِّي [عليه (4)]، وإذا زال عنه الحجر، كان له الأخذ.

### مسألة 732: لو باع الوصي أو الولي شقما للطفل و طفل آخر - هو وليه أيضا - شريك،

كان له الأخذ بالشفعة للآخر، لأنَّ الأول قد يحتاج إلى البيع، والثاني إلى الأخذ.

ولو كان الوليُّ هو الشريك، فالأقرب: أنَّ له الأخذ، لأنَّه حقَّ ثبت له علي المشتري بعد تمام العقد وانقطاع ملك الطفل، وهو أحد وجهي

ص: 235

1- حلية العلماء 5:313.

2- حلية العلماء 5:313.

3- انظر: بدائع الصنائع 5:16، و حلية العلماء 5:312.

4- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

الشافعية. والثاني - وهو الأصح عندهم - أنه ليس له أخذه بالشفعة، لأنه لو مكن منه، لم يؤمن أن يترك النظر والاستقصاء للصبي، و يسامح في البيع ليأخذ بالشفعة بالثمن البخس، كما أنه لا يمكن من بيع ماله من نفسه(1).

و لو رفع ذلك إلي الحاكم فباعه، أخذه الوصي، لزوال التهمة.

و لو كان البائع الأب أو الجد له، جاز له الأخذ - وبه قال الشافعي(2) - لأنه يجوز أن يبيع من نفسه. ولأن ولايتهما أقوى، وكذا شفقتهما.

و لو اشترى شقفا للطفل و هو شريك في العقار، فله الأخذ بالشفعة، لثبوت السبب السالم عن معارضة التهمة، إذ لا يزيد في الثمن ليأخذ به، و هو أحد قولي الشافعي.

و في الثاني: أنه ليس له الأخذ، لأنه يلزم الصبي العهدة و لا منفعة له فيه(3).

و ليس بجيد، لأن له أن يشتري للصبي و أن يشتري منه.

و لو وکل الشريك شريكه في البيع فباع، فله الأخذ بالشفعة - و هو أحد قولي الشافعية، و قال بعضهم: إنه قول الأكثر(4) - لأن الموكل ناظر لنفسه، يعترض و يستدرك إن وقف علي تقصير الوكيل، و الصبي عاجز عن ذلك، فيصان حقه عن الضياع.

و قال بعضهم: ليس له الأخذ، للتهمة(5).

و لو وکل إنسان أحد الشريكين ليشتري الشقص من الآخر، فاشتراه، فله الأخذ.

و هنا إشكال، و هو إن رضي الشريك بالبيع، تبطل شفيعته، و في هذه الصور كيف تتحقق الشفعة مع قصد البيع و رضاه حيث كان وكيلا باختياره؟!4.

ص: 236

1- العزيز شرح الوجيز 499:5، روضة الطالبين 164:4.

2- العزيز شرح الوجيز 499:5، روضة الطالبين 164:4.

3- العزيز شرح الوجيز 499:5، روضة الطالبين 164:4.

4- العزيز شرح الوجيز 499:5، روضة الطالبين 164:4.

5- العزيز شرح الوجيز 499:5، روضة الطالبين 164:4.

وقال أبو حنيفة: في الوكيل والوصي معا تثبت الشفعة في الشراء، ولا تثبت في البيع (1).

ولو وُكِّل الشريك شريكه ببيع نصف نصيبه، أو أذن له في بيع نصيبه أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء، فباع نصف نصيب الموكل مع نصف نصيبه صفقة واحدة، فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة.

وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل؟ للشافعي (2) الوجهان السابقان.

### مسألة 733: إنه سيأتي

مسألة 733: إنه سيأتي (3) الخلاف في أن الشفعة هل تثبت مع الكثرة أم لا

؟ فإن قلنا به لو كان ملك بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحد الآخرين، فالشفعة بين المشتري والشريك الآخر يشتركان في المبيع - وبه قال أبو حنيفة ومالك والمزني والشافعي في أصح الوجهين (4) - لاستوائهما في الشركة وسبب الشفعة، كما لو كان المشتري غيره.

وقال بعض الشافعية: إن الشريك الثالث منفرد بالشفعة، ولا حق فيه للمشتري - وهو محكي عن الحسن البصري وعثمان البتي - لأن الشفعة تستحق علي المشتري، فلا يجوز أن يستحقها المشتري علي نفسه (5).

وليس بصحيح، لأننا لا نقول: تجب له الشفعة، بل لا يستحق عليه

ص: 237

1- العزيز شرح الوجيز 5:499.

2- العزيز شرح الوجيز 5:499، روضة الطالبين 4:165.

3- لم نعر علي الخلاف فيما يأتي من مسائل الشفعة، وقد تقدّم في ص 201 - 202، المسألة 706.

4- المغني 5:525، الشرح الكبير 5:495، المهذب - للشيرازي - 1:388، التهذيب - للبغوي - 4:374، العزيز شرح الوجيز 5:499-500، روضة الطالبين 4:165.

5- المهذب - للشيرازي - 1:388، التهذيب - للبغوي - 4:374، العزيز شرح الوجيز 5:500، روضة الطالبين 4:165، المغني 5:525، الشرح الكبير 5:495.

في نصف النصيب، لأنه أولي من الشريك الآخر، ولا بعد في استحقاق الإنسان علي نفسه لأجل تعلق حقّ الغرماء، كالعبد المرهون إذا جني علي عبد آخر لسيّده، فإنّه يثبت للسيّد علي العبد أرش الجناية لأجل تعلق حقّ الغير به، ولو لم يكن مرهوناً، ما تعلق به، فعلي هذا يكون الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع، أو يأخذ الجميع، وعلي الأول يتخير بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك.

فإن قال المشتري: خذ الكلّ أو اترك الكلّ وقد تركت أنا حقّي، لم تلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري الشفعة، لأنّ ملكه مستقرّ علي النصف بالشراء، فأشبهه ما إذا كان للشقص شفيعان: حاضر و غائب، فأخذ الحاضر الجميع، ثمّ عاد الغائب، له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول: اترك الكلّ أو خذ الكلّ وأنا تركت حقّي، ولا نظر إلي تبعض الصفقة عليه، فإنّه لزم من دخوله في هذا العقد.

وعن بعض الشافعيّة وجه: أنّه إذا ترك فيه المشتري حقّه، وجب علي الآخر أخذ الكلّ أو ترك الكلّ، كما إذا باع من أجنبيّ وله شفيعان، فترك أحدهما حقّه، يأخذ الآخر الكلّ أو يترك الكلّ، إلاّ أنّ هذا الترك سابق علي اختيار التملك هناك، وفيما نحن فيه اختيار (1) التملك بالشراء، فلم يؤثر الإعراض بعده (2).

ولو كان بين اثنين دار فباع أحدهما نصف نصيبه من ثالث ثمّ باع النصف الثاني من ذلك الثالث، فعلي أحد قولي الشافعيّة حكمه حكم ما لو4.

ص: 238

---

1- في الطبعة الحجرية: «اختار».

2- العزيز شرح الوجيز 5:500، روضة الطالبين 4:165.



باع النصف الثاني من أجنبيي. وعلي الآخر: لا شفعة للمشتري، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكلّ أو يأخذ أحد النصفين دون الآخر(1).

### مسألة 734: تبرعات المريض عندنا من الثلث،

فلو باع المريض شقصا من دار وله شفيع، فإمّا أن يبيع بثمان المثل أو بدونه، فإن باع بثمان المثل، لزم البيع، وثبتت فيه الشفعة، سواء كان المشتري و الشفيع وارثين أو أحدهما أو غير وارثين - وبه قال الشافعي(2) - لأنّ البيع بثمان المثل لا-اعتراض فيه، وإتّما يعترض علي المريض في التبرّع، وبه قال أبو يوسف و محمد(3) أيضا.

وقال أبو حنيفة: لا يصحّ بيعه من وارثه، لأنّه محجور عليه في حقّه، فصار كبيع الصبي(4).

وهو غلط، لأنّه محجور عليه في التبرّع في حقّه، كما يحجر عليه في حقّ الأجنبي في الثلث، و يصحّ أن يبيع منه بثمان مثله مطلقا، كذا هنا.

وإن باع بدون ثمن المثل، فلا يخلو إمّا أن يكون المشتري و الشفيع أجنبيين أو وارثين أو المشتري وارثا و الشفيع أجنبيّا أو بالعكس.

فإن كانا أجنبيين، فإن احتمل الثلث المحاباة، صحّ البيع، وأخذ الشقص بالشفعة، ولا(5) إشكال، لأنّ المحاباة وقعت في البيع، فإذا وقع البيع مسترخضا، لم يسقط حقّ الشفعة، ولم يجز أن يأخذه بأكثر من الثمن.

ص: 239

1- العزيز شرح الوجيز 5:500، روضة الطالبين 4:165.

2- حلية العلماء 5:280، المغني 5:472، الشرح الكبير 5:535.

3- حلية العلماء 5:280، المغني 5:472، الشرح الكبير 5:535.

4- حلية العلماء 5:280، المغني 5:472، الشرح الكبير 5:535.

5- في «ي» و الطبعة الحجرية: «فلا» بدل «ولا».

وإن لم يحتمله، كما لو باع شقصا مستوعبا يساوي ألفين بألف، فإن ردّه الورثة، بطل البيع في بعض المحاباة، وهو ما زاد علي الثلث. وفي صحّة البيع في الباقي للشافعية طريقتان:

أحدهما: التخريج علي الخلاف في تقريب الصفقة.

والثاني: القطع بالصحة (1).

وهو مذهبنا، لكنّ المشتري بالخيار، لتبعض الصفقة عليه، فإن اختار الشفيع أن يأخذه، لم يكن للمشتري الردّ. وإن لم يرض الشفيع بالأخذ، فللمشتري الخيار بين أخذ الباقي وبين الردّ.

وعلي الصحة ففيما يصحّ البيع؟ للشافعية قولان:

أحدهما: أنّه يصحّ في قدر الثلث و القدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن.

والثاني: أنّه لا يسقط من المبيع شيء إلاّ ويسقط ما يقابله من الثمن (2).

وهذا الأخير هو الأقوي عندي، وقد تقدّم (3) بيانه.

فإن قلنا بالأول، صحّ البيع - في الصورة المفروضة - في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن. وإن قلنا بالثاني، دارت المسألة.

وطريقه أن نقول: صحّ البيع في شيء من الشقص بنصف شيء، يبقى مع الورثة ألفان يعادل شيئا ونصفا و الشيء من شيء و نصف ثلثاه، فعلمنا صحّة البيع في ثلثي الشقص، و قيمته ألف و ثلاثمائة و ثلاثة و ثلاثون و ثلث بثلثي الثمن، و هو نصف هذا، فتكون المحاباة بستّمائة و ستّة و ستّين 0.

ص: 240

1- العزيز شرح الوجيز 5:501، روضة الطالبين 4:166.

2- العزيز شرح الوجيز 5:501، روضة الطالبين 4:166.

3- في ص 24، المسألة 560.

وثلثين، يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن وهما ألف و ثلاثمائة و ثلاثة و ثلاثون و ثلث، وذلك ضعف المحاباة.

وعلي القولين(1) للمشتري الخيار حيث لم يسلم له جميع المثلثين(2). فإن اختار، أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن علي الأول، وثلثيه بثلثي الثمن علي الثاني.

ولو فسخ المشتري قبل طلب الشفيع، لم تبطل الشفعة عندنا.

وللشافعي قولان(3).

ولو أجاز الورثة، صحّ البيع في الجميع.

ثم إن قلنا: إن إجازتهم تنفيذ لما فعله المورث، أخذ الشفيع الكلّ بكلّ الثمن. وإن قلنا: إنَّها ابتداء عطية منهم، لم يأخذ الشفيع القدر النافذ بإجازتهم، وأخذ القدر المستثنى عن إجازتهم. وفيه القولان المذكوران عند الرّد.

وإن كانا وارثين أو كان المشتري وارثا، فهي محاباة للوارث، وهي عندنا صحيحة، فالحكم فيه كما في الأجنبيّ.

أمّا الجمهور: فإنَّهم منعوا من المحاباة للوارث، فتكون المحاباة مردودة(4).

ثمّ للشافعي قولان، فإن لم يفرّق الصفقة، بطل البيع في الجميع. وإن قال بالانفريق، فإن قال في القسم الأوّل علي ما سبق من التصوير: إنّ البيع 5.

ص: 241

1- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «الانفريق» بدل «القولين». و الظاهر ما أثبتناه.

2- في جميع النسخ الخطية و الحجرية: «الثلثين» بدل «المثلثين». و الصحيح ما أثبتناه.

3- العزيز شرح الوجيز 5:501، روضة الطالبين 4:166.

4- العزيز شرح الوجيز 5:502، روضة الطالبين 4:166، بدائع الصنائع 5:14، المغني 5:472، الشرح الكبير 5:535.

يصحّ في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن، فهنا في مثل تلك الصورة يصحّ البيع في نصفه بجميع الثمن. وإن قلنا هناك: يصحّ في ثلثيه بثلثي الثمن، فهنا يبطل البيع في الكلّ، لأنّ البيع لا يبطل في شيء إلاّ ويسقط بقدره من الثمن، فما من جزء يصحّ فيه البيع إلاّ ويكون بعضه محاباة، وهي مردودة.

وفيه كلامان:

أحدهما: أنّ المفهوم من هذا التوجيه شيوع المعاوضة و المحاباة في جميع الشقص، وذلك لا يمنع تخصيص قدر المحاباة بالإبطال، كما أنّه لم يمنع في القسم الأول تخصيص ما وراء القدر المحتمل من المحاباة بالإبطال.

و الثاني: أنّ الوصيّة للوارث - عندهم (1) - موقوفة علي إجازة باقي الورثة علي رأي، كما أنّ الوصيّة بما زاد علي الثلث موقوفة علي إجازة الورثة علي رأي، فلنفرّق هنا أيضا بين الإجازة و الردّ، كما في الأوّل.

إذا عرفت هذا و قلنا بالأوّل، تخيّر المشتري بين أن يأخذ النصف بكلّ و بين أن يفسخ، لأنّ الصفقة تفرّقت عليه، و يكون للشفيع أن يأخذ ذلك و إن كان وارثا، لأنّه لا محاباة فيه.

و إن أراد المشتري الردّ و أراد الشفيع الأخذ، كان حقّ الشفيع مقدّما، لأنّه لا ضرر علي المشتري، و جري مجري المبيع المعيب إذا رضيه الشفيع لم يكن للمشتري ردّه.

و إن كان الشفيع وارثا دون المشتري، فعندنا يصحّ البيع فيما يحتمل 5.

ص: 242

الثالث، ويكون للشفيع أخذه بالشفعة.

وقالت الشافعية: إن احتمل الثلث المحاباة أو لم يحتمل وصححنا البيع في بعض المحاباة في القسم الأول و مكّننا الشفيع من أخذه، ففيه وجوه:

أ - أنه يصحّ البيع في الجميع، ولا يأخذه الوارث بالشفعة، وهو مذهب أصحاب أبي حنيفة.

أما صحّة البيع: فلأنّ المشتري أجنبيّ.

وأما بطلان الشفعة: فلأنّها لو ثبتت، لكان المريض قد نفع وارثه بالمحاباة، لأنّ الشفعة تستحقّ بالبيع، فقد تعدّرت الشفعة، فلم نعد ذلك بإبطال البيع، لأنّها فرع عليه، وإذا بطل بطلت، فلم تبطل لأجلها - وهو أصحّ الوجه عندهم - لأنّنا إذا أثبتنا الشفعة، فقد جعلنا للوارث سيلا- إلى إثبات حقّ له في المحاباة. ويفارق الوصية ممّن له عليه دين، لأنّ استحقاقه للآخر إنّما هو بدينه، لا من جهة الوصية، وهذا استحقاقه حصل بالبيع، فافترقا.

ب - أنه يصحّ البيع ويأخذه الوارث بالشفعة، لأنّ محاباة البائع مع المشتري، وهو أجنبيّ عنه، و الشفيع يتملّك علي(1) المشتري، و لا محاباة معه من المريض.

ج - أنه لا يصحّ البيع أصلا، لأنّه لو صحّ لتقابلت فيه أحكام متناقضة، لأنّنا إن لم نثبت الشفعة، أضررنا بالشفيع، وإن أثبتناها، أوصلنا إليه المحاباة.».

ص: 243

---

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «مع» بدل «علي». و ما أثبتناه من «العزیز شرح الوجيز».

د - يصحّ البيع في الجميع ويأخذ الشفيع ما يقابل الثمن منه، ويبقى الباقي للمشتري مجاناً، لأنّ المحاباة تصحّ مع الأجنبيّ دون الوارث، ويجعل كأنّه باع بعض الشقص منه وهب بعضه، فيأخذ المبيع دون الموهوب.

ه - أنّه لا يصحّ البيع إلاّ في القدر الموازي للثمن، لأنّه لو صحّ في الكلّ فإن أخذ الشفيع، وصلت إليه المحاباة، وإن أخذ ما وراء قدر المحاباة، كان إلزاماً بجميع الثمن ببعض المبيع، وهو عليّ خلاف وضع الشفاعة(1).

ويضعّف بأنّ صحّة البيع لا تقف عليّ اختيار الشفيع للشفاعة.

وقد يقال في العبارة عن هذا الوجه: إن ترك الشفيع الشفاعة، صحّت المحاباة مع المشتري، وإلاّ فهو كما لو كان المشتري وارثاً، فلا تصحّ المحاباة.

ووجه ترتيب هذه الأقوال أن يقال: في صحّة البيع وجهان، إن صحّ فيصحّ في الجميع أو فيما وراء قدر المحاباة؟ وجهان، إن صحّ في الجميع فيأخذ الجميع بالشفاعة أو ما وراء قدر المحاباة أو لا يأخذ شيئاً؟ ثلاثة أوجه(2).

وهذا - عندنا - كلّه ساقط.

### مسألة 735: من شرط الشفاعة: تقدّم ملك الآخذ عليّ ملك المأخوذ منه

عليّ ما سبق، فلو كان في يد اثنين ملك اشترياه بعقدين وادّعي كلّ

ص: 244

1- الوسيط 4: 78-79، التهذيب - للبعوي - 4: 367-368، العزيز شرح الوجيز 5: 502-503، روضة الطالبين 4: 167.

2- العزيز شرح الوجيز 5: 503.

منهما سبق عقده علي عقد صاحبه، و أنه يستحق الشفعة عليه، فمن أقام البيّنة منهما علي دعواه حكم له بها، و سقطت دعوي الآخر.

و لو أقاما بيّتين علي السبق - بأن شهدت بيّنة هذا بسبق عقده علي عقد صاحبه، و شهدت بيّنة صاحبه بسبق عقده علي العقد الأوّل، أو شهدت إحداهما لأحدهما أنه اشترى يوم السبت و صاحبه اشترى يوم الأحد، و شهدت الأخرى للآخر أنه اشترى يوم السبت و الآخر يوم الأحد - تعارضتا، و ينبغي أن يحكم لأكثرهما عددا و عدالة، فإن تساويا، احتمال القرعة، لأنه أمر مشكل، و كلّ أمر مشكل ففيه القرعة، و القسمة بينهما.

و للشافعي هنا قولان:

أحدهما: تساقط البيّتين كأنه لا بيّنة لواحد منهما.

و الثاني: أنّهما تستعملان، و في كفيّته أقوال:

أحدها: القرعة، فعلي هذا من خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة.

و الثاني: القسمة، و لا فائدة لها إلا مع تفاوت الشركة، فيكون التنصيف تعبداً(1).

و الثالث: الوقف، و علي هذا يوقف حقّ التملك إلي أن يظهر الحال(2).

و من الشافعيّة من لا يجري قول الوقف هنا، لانتهاء معناه مع كون الملك في يدهما(3).4.

ص: 245

1- كذا، و في المصدر: «مقيّدا» بدل «تعبداً».

2- العزيز شرح الوجيز 5:503-504، روضة الطالبين 4:167-168.

3- العزيز شرح الوجيز 5:504، روضة الطالبين 4:168.

ولو عيّنت كل واحدة من البيئتين وقتاً واحداً، فلا تنافي بينهما، لاحتمال وقوع العقدين معاً، ولا شفعة لواحد منهما، لأننا تبيننا وقوع العقدين دفعة.

وللشافعية وجه: أنّهما تسقطان، لأن كل واحدة منهما لم تتعرض لمقصود مقيمها فكأنه لا بيّنة (1).

### البحث الرابع: في كيفية الأخذ بالشفعة.

#### مسألة 736: يملك الشفيع الأخذ بالعقد

إمّا بالفعل بأن يأخذ الحصّة ويدفع الثمن إلي المشتري، أو يرضي بالصبر فيملكه حينئذ، وإمّا باللفظ، كقوله: أخذته، أو: تملكه، أو: اخترت الأخذ، وما أشبه ذلك، عملاً بالأصل من عدم اشتراط اللفظ.

وقال بعض الشافعية: لا بدّ من لفظ، كـ «تملّكت» وما تقدّم، وإلّا فهو من باب المعاطاة (2).

وهو ممنوع، لأنّ المعاطاة تتوقّف علي رضاها، ولا يتوقّف الأخذ بالشفعة علي رضا المشتري.

ولا يكفي أن يقول: لي حقّ الشفعة وأنا مطالب بها، عنده (3)، لأنّ المطالبة رغبة في الملك، والملك (4) لا يحصل بالرغبة المجردة (5).

ص: 246

1- العزيز شرح الوجيز 5:504، روضة الطالبين 4:168.

2- العزيز شرح الوجيز 5:505، روضة الطالبين 4:168.

3- أي: عند البعض من الشافعية، المتقدم قوله آنفاً.

4- في جميع النسخ الخطية والحجرية: «فالمملك». وما أثبتناه من «العزيز شرح الوجيز».

5- العزيز شرح الوجيز 5:505، روضة الطالبين 4:168.



وقال بعضهم (1) بقولنا.

ولا يملك الشفيع بمجرد اللفظ، بل يعتبر مع ذلك أحد أمور:

إمّا أن يسلم العوض إلي المشتري، فيملك به إن تسلّمه، وإلاّ خلّي بينه وبينه، أو رفع الأمر إلي الحاكم حتي يلزمه التسليم.

و [إمّا] (2) أن يسلم المشتري الشقص، و يرضي بكون الثمن في ذمته.

و لو كان المبيع دارا عليها صفائح من أحد التقدين و الثمن من الآخر، و جب التقابض فيما قابله خاصّة.

و لو رضّي بكون الثمن في ذمته و لم يسلم الشقص، حصل الملك عندنا - و هو أحد وجهي الشافعيّة - لأنّه معاوضة، و الملك في المعاوضات لا يتوقّف علي القبض.

و الثاني لهم: لا يحصل الملك، و قول المشتري ما لم يتّصل به القبض في حكم الوعد.

و إمّا أن يحضر في مجلس القاضي، و يثبت حقه في الشفعة، و يختار التملك و يقضي القاضي له بالشفعة - و هو أصحّ وجهي الشافعيّة - لأنّ الشرع نزل الشفيع منزلة المشتري حتي كأنّ العقد له، إلاّ أنّه مخير بين الأخذ و الترك، فإذا طلب و تأكّد طلبه بالقضاء، و جب أن يحكم له بالملك.

و الثاني لهم: لا يحصل الملك، و يستمرّ ملك المشتري إلي أن يصل إليه عوضه، أو يرضي بتأخيره.

و إمّا أن يشهد عدلان علي الطلب و اختيار الشفعة، فإن لم نشبق.

ص: 247

1- العزيز شرح الوجيز 5:505، روضة الطالبين 4:168.

2- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

الملك بحكم القاضي، فهنا أولي، فإن (1) أثبتناه، فوجهان لهم، لقوة قضاء القاضي (2).

و هذا كله غير معتبر عندنا.

### مسألة 737: لا يشترط في تملك الشفيع بالشفعة

حكم الحاكم و لا حضور الثمن أيضا و لا حضور المشتري و رضاه، عند علمائنا - و به قال الشافعي (3) - لأن حكم الشفعة يثبت بالنص و الإجماع، فيستغني عن حكم الحاكم، كمدّة الإيلاء و الردّ بالعيب. و لأنّه تملك بعوض، فلا يفتقر إلى إحضار العوض، كالبيع، و لا إحضار المشتري و رضاه به، كالردّ بالعيب.

و قال أبو حنيفة: يعتبر حضور المشتري أو حكم الحاكم، و لا يحكم الحاكم إلا إذا حضر الثمن (4).

و عن الصعلوكي أنّ حضور المأخوذ منه أو وكيله شرط (5). و هو ممنوع.

و إذا ملك الشفيع بغير تسليم الثمن - بل إمّا بتسليم المشتري الشقص و يرضي بكون الثمن في ذمّته، أو بحضوره في مجلس القاضي و إثبات حقّه في الشفعة و يختار الملك فيقضي له القاضي - لم يكن له أن يتسلّم الشقص حتى يؤدّي الثمن إلى المشتري و إن سلّمه المشتري قبل أداء الثمن، و لا يلزمه أن يؤخّر حقّه بأن أحرّ البائع حقّه.

### مسألة 738: يجب علي الشفيع دفع الثمن معجلا،

فإن تعذّر تعجيله

ص: 248

1- الظاهر: «وإن».

2- العزيز شرح الوجيز 5:505، روضة الطالبين 4:169.

3- العزيز شرح الوجيز 5:504، روضة الطالبين 4:168.

4- العزيز شرح الوجيز 5:504.

5- العزيز شرح الوجيز 5:505، روضة الطالبين 4:168.

أو ادّعي غيبته، أجل ثلاثة أيام لإحضاره، لأنّ تحصيله في الحال يتعدّر في غالب العادات، فلو شرط إحضاره في الحال، أدّي إلي إسقاط الشفعة، وذلك إضرار بالشفيع، فإن أحضر الثمن في مدّة الثلاثة، فهو أحقّ، وإلاّ بطلت شفيعته بعدها.

ولو ذكر أنّ الثمن في بلد آخر، أجل بقدر وصوله من ذلك البلد و ثلاثة أيّام بعده ما لم يتضرّر المشتري.

ولو هرب الشفيع بعد الأخذ، كان للحاكم فسخ الأخذ، وردّه إلي المشتري وإن لم يكن له ذلك في البيع لو هرب المشتري أو آخر الدفع، لأنّ البيع حصل باختيارهما، فلهذا لم يكن للحاكم فسخه عليهما، وهنا أخذه الشفيع بغير اختيار المشتري لإزالة الضرر عن نفسه، فإذا اشتمل علي إضرار بالمشتري، منعه الحاكم وردّه.

ولو هرب قبل الأخذ، فلا شفعة له، وكذا العاجز عن الثمن.

وقال بعض الشافعيّة: إذا قصر في الأداء، بطل حقه من الشفعة. وإن لم يوجد، رفع إلي الحاكم (وفسخ منه) (1)(2).

والمعتمد: الأوّل، لما قلناه.

ولما روي عليّ بن مهزيار أنّه سأل الجواد عليه السّلام: عن رجل طلب شفعة أرض، فذهب علي أن يحضر المال فلم ينصّ، فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها أو يبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: «إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيّام، فإن أتاه بالمال4.

ص: 249

---

1- ورد ما بين القوسين سهوا في النسخ الخطيّة و الحجرية بعد تمام الرواية الآتية في نفس المسألة. و موضعه هنا تتمّة لقول بعض الشافعيّة كما في «العزیز شرح الوجيز» و «روضه الطالبين».

2- العزیز شرح الوجيز 5:506، روضة الطالبين 4:169.

وإلا فليبيع وبطلت شفيعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلي أن يحمل المال من بلد إلي آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلي تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه، وإلا فلا شفيعه له»(1).

### مسألة 739: و لا يثبت في الشفعة خيار المجلس عند علمائنا،

للأصل الدالّ علي عدمه.

و لدلالة قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»(2) علي اختصاص الخيار بالبيع، لأنّه وصف علّق عليه حكم، فينتفي بانتفائه.

ولأنّ الخيار لا يثبت للمشتري، لأنّه يؤخذ الملك منه قهرا، ولا للاخذ، لأنّ له العفو والإسقاط.

نعم، لو أخذ و ثبت الملك له، لم يكن له الخيار في الفسخ، للأصل.

و للشافعي قولان:

أظهرهما: ثبوت الخيار - وقد تقدّم(3) - بأن يترك بعد ما أخذ، أو يأخذ بعد ما ترك ما دام في المجلس، لأنّ ذلك معاوضة، فكان في أخذها وتركها خيار المجلس، كالبيع(4).

و له قول آخر: إنّه يسقط، لأنّ الشفعة حقّ له ثبت، فإذا أخره أو تركه، سقط، كغيره من الحقوق(5).

فعلي قوله بالخيار يمتدّ إلي مفارقة المجلس.

ص: 250

1- التهذيب 167:7، 739.

2- صحيح البخاري 84:3، صحيح مسلم 1164:3، سنن الترمذي 3: 547، 1245، سنن الدارمي 2:25.

3- في ج 11 ص 15، ضمن المسألة 227.

4- الوسيط 81:4، العزيز 172:4، و 506:5، روضة الطالبين 169:4.

5- العزيز شرح الوجيز 172:4، و 506:5، روضة الطالبين 169:4، المجموع 177:9.

و هل ينقطع بأن يفارقه المشتري؟ وجهان: المنع، لأنه لا حظ له في الخيار، فلا اعتبار بمفارقتها. و الانقطاع، لحصول التفريق(1).

### مسألة 740: يجوز للمشتري التصرف في الشقص قبل أن يأخذه الشفيع

وقبل علمه بالبيع، فإذا تصرف، صح تصرفه، لأن ملكه بالعقد إجماعاً، وفائدة الملك استباحة وجوه الانتفاعات، وصح قبض المشتري له، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك عليه أن يملك، وذلك لا يمنع تصرفه، كما لو كان الثمن معيياً فتصرف المشتري في المبيع.

و كذا الموهوب له إذا كان الواهب ممتن له الرجوع فيها، فإن تصرفه يصح وإن ملك الواهب [الرجوع](2) فيها.

إذا ثبت هذا، فإن تصرفه إن كان ممّا تجب به الشفعة - كالبيع خاصة عندنا، وكلّ معاوضة عند الشافعي(3)، كجعله عوض الصداق أو الخلع أو غير ذلك من المعاوضات - تحيّر الشفيع إن شاء فسخ تصرفه وأخذ بالثمن الأول، لأنّ حقّه أسبق، و سببه متقدّم، فإنّ الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري. وإن شاء أمضى تصرفه، وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، لأنّ هذا التصرف يثبت الشفعة، فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين، فإن أخذ من الأول، دفع عشرة، ورجع الثالث علي الثاني بثلاثين، و الثاني علي الأول بعشرين، لأنّ الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده، وكذا الثاني. ولو أخذ من الثاني، صحّ، ودفع عشرين، وبطل

ص: 251

1- العزيز شرح الوجيز 5:506، روضة الطالبين 4:169.

2- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

3- المهذب - للشيرازي - 1:389، العزيز شرح الوجيز 5:521، روضة الطالبين 4:179.

الثالث، فيرجع بثلاثين. ولو أخذ من الثالث، صحّت العقود، ودفع ثلاثين.

وإن كان تصرّفه لا تثبت به الشفعة كالهبة والوقف وجعله مسجداً، فإنّ للشفيع إبطال ذلك التصرف، ويأخذ بالثمن الأوّل، ويكون الثمن للمشتري، وبه قال الشافعي(1).

وقال مالك: إنّه يكون الثمن للموهوب له(2).

وهو غلط، لأنّ الشفيع يبطل الهبة، وأخذ الشقص بحكم العقد الأوّل، ولو لم يكن وهب كان الثمن له، كذا بعد الهبة المفسوخة.

وكذا للشفيع فسخ الوقف وكونه مسجداً أو غير ذلك من أنواع التصرفات، وبه قال أكثر الشافعية(3).

وقال بعضهم: إنّ الوقف يبطل الشفعة، لأنّ الشفعة إنّما تثبت في المملوك وقد خرج من أن يكون مملوكاً(4).

وهو غلط، لأنّ ذلك الاستحقاق سابق والوقف متأخّر، فلا يبطل السابق، ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حقّ الغير، كما لو وقف المريض أملاكه أو أعتق عبده وعلية دين مستوعب، فإنّ العتق والوقف صحيحان، وإذا مات، فسخا لحقّ الغرماء، كذا هنا.

#### مسألة 741: إذا ملك الشفيع، امتنع تصرف المشتري.

ولو طلب الشفيع ولم يثبت الملك بعد، لم يمنع الشريك من التصرف، لبقائه في ملكه.

ص: 252

---

1- المهذب - للشيرازي - 389:1، الوسيط 4:91، العزيز شرح الوجيز 5:521، روضة الطالبين 4:178-179، المغني 5:490، الشرح الكبير 5:505.

2- المغني 5:491، الشرح الكبير 5:506.

3- التهذيب - للبغوي - 4:365، العزيز شرح الوجيز 5:521، روضة الطالبين 4:179.

4- المغني 5:490، الشرح الكبير 5:505.

و يحتمل قويا المنع، لتعلق حق الشفيع به و تأكده بالطلب.

و كلاهما للشافعية (1) أيضا.

و لو تصرف الشفيع قبل القبض بعد أن سلم الثمن إلي المشتري، نفذ.

و للشافعية وجهان، أظهرهما: المنع، كتصرف المشتري قبل القبض (2).

و هو باطل، لاختصاص ذلك بالبيع، و الشفعة ليست بيعا. و لأنه ملك قهري كالإرث، فصح تصرفه فيه، كالوارث قبل القبض.

و لو ملك بالإشهاد أو بقضاء القاضي، نفذ تصرفه.

و قالت الشافعية: لا ينفذ (3).

و كذا لو ملك برضا المشتري بكون الثمن عنده.

### مسألة 742: لا يشترط علم الشفيع بالثمن و لا بالشقص في طلب الشفعة،

بل في الأخذ، فلا يملك الشقص الذي لم يره بالأخذ و لا بالطلب، لأنه غرر و النبي صلى الله عليه و آله نهى عنه (4)، بل يشترط علم الشفيع في التملك بالثمن و المثلن معا، فلو جهل أحدهما، لم يصح الأخذ، و له المطالبة بالشفعة.

و لو قال: أخذته بمهما كان، لم يصح مع جهالته بالقدر.

و قالت الشافعية: في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره طريقان:

ص: 253

1- العزيز شرح الوجيز 5:506، روضة الطالبين 4:170.

2- العزيز شرح الوجيز 5:507، روضة الطالبين 4:170.

3- العزيز شرح الوجيز 5:507، روضة الطالبين 4:170.

4- صحيح مسلم 3:1153، 1513، سنن ابن ماجه 2:739، 2194، سنن أبي داود 3:254، 3376، سنن الترمذي 3:532، 1230،

سنن الدارمي 2:251، الموطأ 2:664، 75.

أظهرهما: أنه علي قولي (1) بيع الغائب إن منعناه، لم يتملكه قبل الرؤية، وليس للمشتري منعه من الرؤية. وإن صححناه، فله التملك.

[ثم] (2) منهم من جعل خيار الرؤية علي الخلاف في خيار المجلس.

و منهم من قطع به وقال: المانع هناك - علي رأي - بعد اختصاص ذلك الخيار بأحد الجانبين.

و الثاني: المنع، سواء صححنا بيع الغائب أو بطلناه، لأن البيع جري بالتراضي فأثبتنا الخيار فيه، و هنا الشفيع يأخذ من غير رضا المشتري، فلا يمكن إثبات الخيار فيه.

نعم، لورضي المشتري بأن يأخذه الشفيع و يكون بالخيار، فعلي قولي بيع الغائب، فإذا جوّزنا له التملك و أثبتنا الخيار، فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن و إقباض المبيع (3) حتي يراه ليكون علي ثقة فيه (4).

و إذا بلغه البيع فقال: قد اخترت أخذ الشقص بالثمن الذي تمّ عليه العقد، و علم قدره و نظر إلي الشقص أو وصف له و صفا يرفع الجهالة، صحّ الأخذ و إن لم يجز المشتري و لا حضر.

و قال أبو حنيفة: لا يأخذ بالشفعة حتي يحضر الثمن، و لا يقضي له القاضي بها حتي يحضر الثمن (5).

و قال محمد: إن القاضي يؤجله يومين أو ثلاثة، و لا يأخذه إلاّ بحكم 5.

ص: 254

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية المعتمدة في التحقيق: «قول». و الصحيح ما أثبتناه.

2- ما بين المعقوفين من المصدر.

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية المعتمدة في التحقيق: «البائع» بدل «المبيع». و الصحيح ما أثبتناه من المصدر.

4- العزيز شرح الوجيز 5:507، روضة الطالبين 4:170.

5- المغني 5:510، الشرح الكبير 5:521.



الحاكم أو رضا المشتري، لأنّ الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري، فلا يستحقّ ذلك إلاّ بعد إحضار الثمن، ولهذا كان المشتري لمّا كان يستحقّ تسلّم المبيع بغير اختيار البائع لم يكن له إلاّ بعد إحضار الثمن(1).

وقد بيّنا أنّ الشفيع يأخذ بالعوض، فلا يشترط حضوره، كالبيع، والتسليم في الشفعة كالتسليم في البيع، فإنّ الشفيع لا يتسلّم الشقص إلاّ بعد إحضار الثمن، وكون التملّك بغير اختياره يدلّ على قوّته، فلا يمنع من اعتباره في الصّحة بالبيع.

وإذا كان الثمن مجهولاً عند الشفيع، لم يصحّ الأخذ، لأنّه تملّك بعوض، فلا يصحّ مع جهالة العوض، كالبيع.

ولو قال: أخذته بالثمن إن كان مائة فما دونها، لم يصحّ الأخذ، لأنّ مثل هذا لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع، كذا الشفعة.

ولو لم يشاهد الشقص ولا وصف له بما يرتفع معه الجهالة، لم يكن له أخذه، وبه قال بعض الشافعيّة، سواء قالوا بجواز بيع خيار الرؤية أو لا، لأنّ مع القول بالجواز أثبتوا فيه خيار الرؤية برضا البائع، لأنّه دخل على ذلك، وفي مسألتنا يأخذه الشفيع بغير رضا المشتري، فلا يثبت الخيار(2).

و(3) قال ابن سريج: إلاّ أن يرضى المشتري بخيار الرؤية، فيجوز ذلك على القول الذي يجيز البيع بها(4).

وقال بعض الشافعيّة: من قال من أصحابنا: إنّه يثبت في الشفعة خيار المجلس يجيز أيضا خيار الرؤية فيها على أحد القولين(5).

إذا عرفت هذا، فإذا أخذ الشقص بالشفعة، وجب عليه الثمن، ر.

ص: 255

1- بدائع الصنائع 24:5، وانظر: المغني 5:510، والشرح الكبير 5:521.

2- لم نعثر عليه فيما بين أيدينا من المصادر.

3- في «س، ي» لم ترد كلمة «و».

4- لم نعثر عليه فيما بين أيدينا من المصادر.

5- لم نعثر عليه فيما بين أيدينا من المصادر.

و لا يجب علي المشتري تسليم الشقص حتي يقبض الثمن.

### مسألة 743: إذا كان الشقص في يد البائع، فقال الشفيع: لا أقبضه إلا من المشتري،

لم يكن له ذلك، و لم يكلف المشتري أخذه من البائع، بل يأخذه الشفيع من يد البائع، لأنّ هذا الشقص حقّ الشفيع، فحيثما وجدته أخذه. و لأنّ يد الشفيع كيد المشتري، لأنّه استحقّ قبض ذلك من جهته، كما لو وكلّ وكيلًا في القبض، ألا ترى أنّه لو قال: أعتق عبدك عن ظهاري، فأعتقه، صحّ، و كان الأمر كالمقبوض له، و هو أحد وجهي الشافعيّة.

و الثاني: أنّ للشفيع ذلك، لأنّ الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري، فيلزمه أن يسلمه بعد قبضه، و علي الحاكم تكليف المشتري أن يتسلم و يسلم، أو يوكل في ذلك، فإن كان المشتري غائبًا، نصب الحاكم من يقبضه من البائع عن المشتري و يسلمه إلي الشفيع، و إذا أخذه الشفيع من المشتري أو من البائع، فإنّ عهده علي المشتري خاصّة (1).

و لو أفلس الشفيع و كان المشتري قد سلّم الشقص إليه راضيا بذمّته، جاز له الاسترداد، و كان أحقّ بعينه من غيره.

### مسألة 744: إذا يأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقد،

لما روي العامة عن جابر أنّ النبيّ صلّي الله عليه و آله قال: «فهو أحقّ به بالثمن» (2).

و من طريق الخاصّة: قول الصادق عليه السّلام: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن» (3).

و لأنّ الشفيع إنّما يستحقّ الشفعة بسبب البيع، فكان مستحقًا له

ص: 256

1- العزيز شرح الوجيز 5: 545-546، روضة الطالبين 4: 192.

2- سنن البيهقي 6: 104، المغني 5: 505، الشرح الكبير 5: 520.

3- التهذيب 7: 164، 728.

بالثمن، كالمشتري.

لا يقال: الشفيع استحقّه بغير اختيار مالكة، لحاجته إليه، فكان يجب أن يستحقّه بالقيمة، كالمضطرّ إلي طعام الغير.

لأنّ نقول: المضطرّ إنّما استحقّه بسبب الحاجة خاصّة، فكان المرجح في بدله إلي القيمة، و الشفيع يستحقّه لأجل البيع، فإنّه لو كان انتقاله في الهبة أو الميراث، لم يستحقّ فيه الشفعة، وإذا اختصّ ذلك بالبيع، وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع.

إذا ثبت هذا، فإن بيع بمثليّ - كالتقدين و الحبوب - أخذه بمثله.

ثمّ إن قدر بمعيار الشرع، أخذه به. وإن قدر بغيره كما لو باع بمائة رطل من الحنطة، أخذه بمثله وزنا تحقيقا للمماثلة.

و للشافعي قولان، هذا أحدهما. و الثاني: أنّه يأخذه بالكيل (1).

و لو تعدّر المثل وقت الأخذ، لانقطاعه أو لغيره، عدل إلي القيمة، كما في الغصب.

تذنيب: لا يجب علي الشفيع دفع ما غرمه المشتري من دلالة و اجرة و زان و نقاد و كيل و غير ذلك من المؤن.

#### مسألة 745: و لو لم يكن الثمن مثلياً بل مقوماً

- كالعبد و الثوب و شبههما - أخذه الشفيع بقيمة السلعة التي جعلت ثمنا - و به قال الشافعي و أبو حنيفة و مالك (2) - لأنّه أحد نوعي الثمن، فجاز أن تثبت الشفعة

ص: 257

1- العزيز شرح الوجيز 5:507، روضة الطالبين 4:171.

2- المهذب - للشيرازي - 1:386، حلية العلماء 5:294، التهذيب - للبغوي - 4:342، العزيز شرح الوجيز 5:507، روضة الطالبين 4:171، بدائع الصنائع 5:26، المعونة 2:1276، التفريع 2:302، المغني 5:505، الشرح الكبير 5:524.

بالمشتري به، كالذي له مثل.

وقال الشيخ رحمه الله: تبطل الشفعة(1) - وبه قال الحسن البصري و سوار القاضي(2) - لما رواه علي بن رثاب عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى دارا بريق و متاع و بزّ و جوهر، قال: «ليس لأحد فيها شفعة»(3).

ولأنّ الشفعة إنّما تجب بمثل الذي ابتاعه به، و هذا لا مثل له، فلم تجب.

و الرواية ضعيفة السند، لأنّ في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة و ليس ممّا.

و المثل قد يكون من طريق الصورة و قد يكون من طريق القيمة، كما في بدل الإتلاف و الغصب.

و تعتبر القيمة يوم البيع، لأنّه يوم إثبات العوض و استحقاق الشفعة، فلا اعتبار بالزيادة بعد ذلك و لا النقصان، و به قال الشافعي(4).

وقال ابن سريج: تعتبر قيمته يوم استقرار العقد بانقطاع الخيار(5).

وقال مالك: الاعتبار بقيمته يوم المحاكمة(6).

و ليس بجيّد، لما تقدّم من أنّ وقت الاستحقاق وقت العقد5.

ص: 258

---

1- الخلاف 3:432، المسألة 7.

2- حلية العلماء 5:294، المغني 5:505، الشرح الكبير 5:524.

3- التهذيب 7:167، 740.

4- التهذيب - للبغوي - 4:342، العزيز شرح الوجيز 5:507، روضة الطالبين 4:171.

5- حلية العلماء 5:294، العزيز شرح الوجيز 5:507-508، روضة الطالبين 4:171.

6- حلية العلماء 5:294، العزيز شرح الوجيز 5:508، المغني 5:507، الشرح الكبير 5:524.

للمشتري. ولأن الثمن صار ملكا للبائع، فلا تعتبر زيادته في حق المشتري.

ولو اختلفا في القيمة في ذلك الوقت، قدّم قول المشتري مع اليمين.

### مسألة 746: لو جعل الشقص رأس مال سلم، أخذ الشفيع بمثل المسلم فيه

إن كان مثلياً، و بقيمته إن كان متقوماً.

ولو صالح من دين علي شقص، لم تكن له شفعة.

وعند الشافعي يأخذه بمثل ذلك الدين إن كان مثلياً، و بقيمته إن كان متقوماً(1).

و لا فرق بين أن يكون دين إتلاف أو دين معاملة.

ولو أمهرها شقصاً، فلا شفعة عندنا.

وعند الشافعي يأخذ بمهر مثل المرأة، لأنّ البضع متقوم، و قيمته مهر المثل. و كذا إذا خالعتها علي شقص. و الاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح أو يوم جريان البينونة(2).

و خرّج بعض الشافعية وجهاً أنّه يأخذه بقيمة الشقص(3). و الأصل فيه أنّ المرأة إذا وجدت بالصدّاق عيباً و ردّته، ترجع بقيمته علي أحد القولين، فإذا كان المستحقّ عند الردّ بالعيب بدل المسمّي، كذا عند الأخذ بالشفعة، و به قال مالك(4).

و لو متّع المطلقة بشقص، فلا شفعة عندنا.

ص: 259

1- التهذيب - للبغوي - 4:342، العزيز شرح الوجيز 5:508، روضة الطالبين 4:171.

2- التهذيب - للبغوي - 4:343، العزيز شرح الوجيز 5:508، روضة الطالبين 4:171.

3- في «العزيز شرح الوجيز»: «بقيمته يوم القبض».

4- العزيز شرح الوجيز 5:508، روضة الطالبين 4:171.

[وقال الشافعي: يأخذه الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر، لأنّ المتعة هي التي وجبت بالطلاق، والشقص عوض عنها(1)].

ولو أخذ من المكاتب شقصا عوضا عن النجوم، فلا شفعة عندنا(2).

وقال الشافعي: يأخذه الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها، لأنّ النجوم هي التي قابلته(3).

ولو جعل الشقص اجرة دار، فلا شفعة عندنا.

وقال الشافعي: يؤخذ بقيمة المنفعة، وهي أجرة مثل الدار(4).

ولو صالح علي الشقص عن دم، فلا شفعة عندنا.

وقال الشافعي: يأخذه الشفيع بقيمة الدم، وهي الدية(5). ويعود فيه مذهب مالك(6).

ولو استقرض شقصا، فلا شفعة عندنا.

وقال الشافعي: يأخذه الشفيع بقيمته وإن قلنا: إنّ المستقرض يردّ المثل، لأنّ القرض مبنيّ علي الإرفاق، و الشفعة ملحقة بالإتلاف(7)(8).4.

ص: 260

1- التهذيب - للبغوي - 343:4، العزيز شرح الوجيز 508:5، روضة الطالبين 171:4.

2- بعض ما بين المعقوفين أضفناه من «العزيز شرح الوجيز» نصّا، ونحوه في «التهذيب» للبغوي، و «روضة الطالبين». وبعضه الآخر من تصحيحنا لأجل السياق.

3- العزيز شرح الوجيز 508:5، روضة الطالبين 171:4.

4- التهذيب - للبغوي - 343:4، العزيز شرح الوجيز 508:5، روضة الطالبين 171:4.

5- التهذيب - للبغوي - 343:4، العزيز شرح الوجيز 508:5، روضة الطالبين 171:4.

6- كذا في النسخ الخطيّة والحجريّة. وورد في العزيز شرح الوجيز 508:5 - تتمّة لقول الشافعي -: «ويقود منه الجريح ويذهب ملكه» بدل «ويعود فيه مذهب مالك».

7- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «بالإتلاف». وما أثبتناه من «العزيز شرح الوجيز».

8- العزيز شرح الوجيز 508:5، روضة الطالبين 171:4.

مثلاً: اشترى الشقص بمائة مؤجلة إلي سنة، فللشيخ رحمه الله قولان:

أحدهما - وهو الأقوي عندي، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم (1) -: أن للشفيع الأخذ كذلك بعد إقامة كفيل إذا لم يكن ملياً، وليس له الصبر والأخذ عند الأجل (2).

لنا: أن الأخذ إنما يكون بالثمن، ويجب أن يكون علي الشفيع مثل الثمن قدرا ووصفا، والتأجيل وصف في الثمن. ولأن الشفعة علي الفور، وتأخير الطلب إلي الأجل مناف للفوريّة، وأخذها بالثمن المعجل إضرار بالشفيع بغير وجه، فلم يبق إلا ما قلنا توصّلا إلي الجمع بين الحقوق كلّها.

وقال الشيخ أيضا: يتخير الشفيع بين أن يأخذه ويعجل الثمن، وبين أن يصبر إلي أن يحلّ الأجل ثم يأخذه بالثمن (3) - وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد (4) - لأنّ ذلك يؤدي إلي أن يلزم المشتري قبول ذمّة الشفيع، والذمم لا تتماثل، ولهذا إذا مات من عليه الدّين المؤجل، حلّ الأجل، ولم ينتقل إلي ذمّة الورثة. وملاءة الأشخاص لا توجب تماثل الذمم، فإنّها تختلف في كون بعضها أوفي وبعضها أسهل في المعاملة.

ص: 261

---

1- الموطأ 2:715، ذيل الحديث 3، بداية المجتهد 2:259، المغني 5:507، الشرح الكبير 5:523، المحلّي 9:95، العزيز شرح الوجيز 5:509، وانظر: روضة الطالبين 4:171-172.

2- النهاية: 425.

3- المبسوط - للطوسي - 3:112، الخلاف 3:433، المسألة 9 من كتاب الشفعة.

4- بدائع الصنائع 5:27، مختصر اختلاف العلماء 4:243، 1952، التهذيب - للبعوي - 4:356، الوسيط 4:83، العزيز شرح الوجيز 5:509، روضة الطالبين 4:171-172، المغني 5:507، الشرح الكبير 5:523.

و لأنّ في ذلك تغريراً بالمشتري، لجواز أن يذهب مال الشفيع قبل حلول الأجل، فيلزمه غرمه، ولا يجوز أن يلزمه ذلك، ولم يحصل له حظّ بهذا البيع.

و هو ممنوع، لأنّ نلزم الشفيع بكفيل مليّ يرتضيه المشتري، فاندفع المحذور.

و للشافعي قول ثالث: إنّ الشفيع يأخذه بسلعة قيمتها الثمن إلي سنة، لأنّه لم يأخذ السلعة بثمن مؤجل علي ما تقدّم، وإن أخذها بثمن حالّ في الحال أو بعد انقضاء الأجل، فقد كلفناه أكثر من الثمن، لأنّ ما يباع بمائة إلي سنة لا يساويها حالاً، و لئلا يتأخّر الأخذ و لا يتضرّر الشفيع (1) و علي ما اخترناه فإنّما يأخذه بثمن مؤجل إذا كان مليّاً موثوقاً به أو (2) إذا أعطي كفيلاً- مليّاً، و إلاّ لم يأخذه، لأنّه إضرار بالمشتري، و هو أحد قولي الشافعي علي تقدير قوله بما قلناه. و الثاني له: أنّ له الأخذ علي الإطلاق، و لا ينظر إلي صفته، و لو أخذه ثمّ مات، حلّ عليه الأجل (3).

و علي قول أبي حنيفة و الشيخ و الشافعي في الجديد لا يبطل حقّ الشفيع بالتأخير، لأنّه تأخير بعذر، و لكن هل يجب تنبيه المشتري علي الطلب؟ فيه وجهان، أحدهما: لا، إذ لا فائدة فيه. و الثاني: نعم، لأنّه ميسور و إن كان الأخذ معسوراً (4).

و لو مات المشتري و حلّ عليه الثمن، لم يتعجل الأخذ علي الشفيع، 4.

ص: 262

1- العزيز شرح الوجيز 5:509، روضة الطالبين 4:172.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «و» بدل «أو». و الظاهر ما أثبتناه.

3- العزيز شرح الوجيز 5:510، روضة الطالبين 4:172.

4- العزيز شرح الوجيز 5:509، روضة الطالبين 4:172.



بل هو علي خيرته إن شاء أخذ في الحال، وإن شاء صبر إلي مجيء ذلك المحلّ.

ولو مات الشفيع، فالخيرة التي كانت له تثبت لورثته.

ولو باع المشتري الشقص قبل أن يحلّ الأجل، صحّ البيع، لأنّ الثمن لو كان حالاً فباع المشتري صحّ بيعه، فإذا كان مؤجّلاً وتأخّر الأخذ، كان جواز البيع أولي، ويتخيّر الشفيع بين أن يجيز البيع الثاني ويأخذه بالثمن الثاني وبين أن يفسخه إمّا في الحال أو عند حلول الأجل، و يأخذه بالثمن الأوّل، لأنّ ذلك كان له، ولا يسقط بتصرّف المشتري.

هذا إذا قلنا: إنّ للشفيع نقض تصرّف المشتري، وهو الظاهر عندهم (1)، وفيه خلاف، وإن قلنا بالثالث، فتعيين (2) العرض إلي الشفيع و تعديل القيمة [إلي] (3) من يعرفها.

ولو لم يتفق طلب الشفعة حتى حلّ الأجل، وجب أن لا يطالب علي هذا القول إلاّ بالسلعة المعدلة، لأنّ الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال البيع، ألا تري أنّه إذا باع بمتقوم، تعتبر قيمته يوم البيع. وعلي القولين الآخرين لو أخّر الشفعة، بطل حقّه.

### مسألة 748: لو ضمّ شقفا مشفوعا إلي ما لا شفعة فيه في البيع،

مثل أن يبيع نصف دار و ثوبا أو عبدا أو غيرهما صفقة واحدة، بسط الثمن عليهما باعتبار القيمتين، وأخذ الشفيع الشقص بحصّته من الثمن، عند علمائنا، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد (4)، ولا شفعة في المضموم،

ص: 263

1- العزيز شرح الوجيز 5:510، روضة الطالبين 4:172.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «فيتعين». و الصحيح ما أثبتناه.

3- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

4- العزيز شرح الوجيز 5:510، روضة الطالبين 4:172، المغني 5:508، الشرح الكبير 5:502.

لأن المضموم لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة، فلا تثبت فيه الشفعة، كما لو أفرد.

وقال مالك: تثبت الشفعة فيهما معا. ويروي عنه أيضا أنه إن كان من مصالح الضيعة و توابعها كالشيران و آلات الحرث و العبد العامل في البستان، أخذ الشفيع مع الشقص. و إن كان غير ذلك، لم يأخذه، لأنه لو أخذ الشقص وحده، تبعضت الصفقة علي المشتري، وفي ذلك ضرر، و لا يزال الضرر عن الشفيع بإلحاق ضرر المشتري(1).

و هو غلط، لأنه أدخله علي نفسه بجمعه في العقد بين ما ثبت فيه الشفعة و ما لا تثبت.

ثم النظر إلي قيمتهما يوم البيع، فإنه وقت المقابلة.

قال الجويني: إذا قلنا: إن الملك ينتقل بانقطاع الخيار، فيجوز أن يعتبر وقت انقطاع الخيار، لأن انتقال الملك - الذي هو سبب الشفعة - حينئذ يحصل(2).

و هذا يتأتى علي قول الشيخ أيضا.

و إذا أخذ الشفيع الشقص، لم يثبت للمشتري الخيار و إن تفرقت الصفقة عليه، لدخوله فيها عالما بالحال.

### مسألة 749: إذا اشترى شقصا من دار فاستهدمت

إمّا بفعل المشتري أو بغير فعله، فلها أحوال:

ص: 264

1- العزيز شرح الوجيز 5:510، المغني 5:508، الشرح الكبير 5:502.

2- العزيز شرح الوجيز 5:510.

أ- أن تتعيّب من غير تلف شيء منها ولا انفصال بعضها عن بعض بأن يتشقق جدار أو تميل أسطوانة أو ينكسر جذع أو يضطرب سقف، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن، وبين الترك، ويكون تعيّب في يد المشتري كتعيّب المبيع في يد البائع، فإنّه يتخيّر المشتري بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن، عند بعض (1) علمائنا، وبه قال الشافعي (2).

و عند بعضهم (3) يسقط (4) الأرش، فينبغي هنا أن يكون كذلك.

ب- أن يتلف بعضها، فينظر إن تلف شيء من العرصة بأن غشيها السيل فعرقها، أخذ الباقي بحصّته من الثمن.

وإن بقيت العرصة بتمامها وتلفت السقف والجدران باحترق وغيره، فإن قلنا: إنّ الأبنية كأحد العبدان المبيعين (5)، أخذ العرصة بحصّتها منه.

ص: 265

1- كالشيخ الطوسي في الخلاف 3:109، المسألة 178، والمبسوط 2:127، وابن إدريس في السرائر 2:305.

2- التهذيب - للبغوي - 4:345، العزيز شرح الوجيز 5:511، روضة الطالبين 4:172-173.

3- انظر: نكت النهاية (النهاية ونكتها) 2:161-162.

4- كذا بصيغة الإثبات. وفي جواهر الكلام 16:359 حيث نقل عبارة التذكرة قال: «لا يسقط الأرش». وقال المحقق الكركي في جامع المقاصد 4:417-418 عند شرح قول المصنّف في القواعد: «ولو انهدم أو تعيّب بفعل المشتري قبل المطالبة»: فهاهنا أربع صور: الأولى: أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة بأن ينقض البناء أو يشقّ الجدار أو يكسر الجذع.. إلي أن ساق الكلام إلي قوله: وقد سبق في كتاب البيع وجوب الأرش علي البائع إذا تعيّب المبيع في يده فينبغي أن يكون هنا كذلك، وقد تبه كلام المصنّف في التذكرة علي ذلك. انتهى، فلاحظ قوله: «وجوب الأرش علي البائع» حيث إنّه يخالف قول المصنّف: «يسقط الأرش» ويوافق ما في الجواهر من قوله: «لا يسقط». وانظر أيضا: الكافي في الفقه - للحلي -: 355.

5- في (س، ي) والطبعة الحجرية: «المسمّيين» بدل «المبيعين». و الظاهر ما أثبتناه.

الثلث، وهو الأصح، وبه قال الشافعي و مالك و أحمد(1).

وإن قلنا: إنها كأطراف العبد وصفاته، أخذها بكلّ الثمن علي رأي - وبه قال الشافعي(2) - وبما بعد الأرش علي رأي.

وفرق بعضهم بين أن يكون التلف بأفة سماوية، فيأخذها بجميع الثمن، أو بإتلاف متلف، فيأخذها بالحصة، لأنّ المشتري يحصل له بدل التالف، فلا يتضرر، وبه قال أبو حنيفة(3).

ج - أن لا يتلف شيء منها و لكن يفصل بعضها عن بعض بالانهدام و سقوط الجدران، فإنّ الشفيع يأخذ الشقص مع الأبعاض - وهو أحد قولي الشافعي(4) - لأنها دخلت في البيع و كانت متصلة به حالة البيع ممّا يدخل في الشفعة، فكذا بعد النقض، و كونه منقولاً عرض بعد البيع و بعد تعلق حقّ الشفيع به، و الاعتبار بحال جريان العقد، و لهذا لو اشترى داراً فانهدمت، يكون النقض و العرصة للمشتري و إن كان النقض لا يندرج في البيع لو وقع بعد الانهدام.

و الثاني للشافعي: لا يأخذ الشفيع النقض، لأنّه منقول كما لو كان في الابتداء كذلك و أدخل النقض في البيع، لا يؤخذ بالشفعة(5).4.

ص: 266

---

1- التهذيب - للبغوي - 346:4، العزيز شرح الوجيز 511:5، روضة الطالبين 4: 173، المغني 504:5، الشرح الكبير 503:5.

2- العزيز شرح الوجيز 511:5، روضة الطالبين 4: 173.

3- العزيز شرح الوجيز 511:5، روضة الطالبين 4: 173، بدائع الصنائع 5: 28، مختصر اختلاف العلماء 4: 251، 1972، المغني 504:5، الشرح الكبير 5: 503.

4- العزيز شرح الوجيز 511:5، روضة الطالبين 4: 173.

5- العزيز شرح الوجيز 511:5، روضة الطالبين 4: 173.

فإن قلنا بالأول، أخذه مع العرصة بجميع الثمن أو بما بعد الأرش علي ما تقدّم، أو يعرض عن الكلّ.

وإن قلنا: إنّه لا يأخذه - كما هو اختيار الشافعي في القول الثاني - فيبني علي أنّ السقوف و الجدران كأحد العبدین أو كطرف العبد؟ إن قلنا بالأول، أخذ العرصة و ما بقي من البناء بحصّتهما من الثمن.

وإن قلنا بالثاني، فوجهان:

أحدهما: أنّه يأخذ بالحصّة، لأنّ الأناض كانت من الدار المشتراة، فيبعد أن تبقي للمشتري مجاناً و يأخذ الشفيع ما سواه بتمام الثمن.

و الثاني - و هو قياس الأصل المبنيّ عليه - : أن يأخذ بتمام الثمن، كما في الحالة الاولي. و علي هذا فالأناض تشبه بالثمار و الزوائد التي يفوز بها المشتري قبل قبض الشفيع(1).

و منهم من كان يطلق قولين - تفرّيعاً علي أنّ النقص غير مأخوذ من غير البناء - علي أنّ النقص كأحد العبدین أو كأطراف العبد؟(2) و وجه الأخذ بالكلّ: أنّه نقص حصل عند المشتري، فأشبهه تشقّق الحائط، و الأخذ بالحصّة: أنّ ما لا يؤخذ من المبيع بالشفعة تسقط حصّته من الثمن، كما إذا اشتري شقصاً و سيفاً.

و اعلم أنّ المزني نقل عن الشافعي أنّ الشفيع مخيّر بين أن يأخذه بجميع الثمن أو يردّ(3).

و قال في القديم و مواضع من الجديد: أنّه يأخذه بالحصّة(4).5.

ص: 267

1- العزيز شرح الوجيز 5:511-512، روضة الطالبين 4:173.

2- العزيز شرح الوجيز 5:512.

3- مختصر المزني: 120، الحاوي الكبير 7:265، العزيز شرح الوجيز 5:512.

4- الحاوي الكبير 7:265، العزيز شرح الوجيز 5:512.

وقد ذكر بعض الشافعية فيه خمس طرق:

أ - منهم من قال: إنَّ ما انهدم من الدار لا يدخل في الأخذ بالشفعة، وإنَّما يأخذ العرصة و ما فيها من البناء، لأنَّ ذلك منفصل عنها، كما لو باع دارا، لم يدخل فيها ما كان منفصلا عنها. و هل يأخذ العرصة و البناء الذي فيها بجميع الثمن أو بالحصّة؟ قولان.

ب - ما ذكر في الطريقة الأولى إلاّ في أنّه يأخذ ذلك بحصّته من الثمن قولا واحدا.

ج - إنَّ ما انفصل من الدار يستحقّه الشفيع مع الدار، لأنَّ استحقاقه للشفعة إنَّما كان حال عقد البيع و في ذلك الحال كان متّصلا.

د - المسألة علي اختلاف حالين، فالموضع الذي قال: يأخذها بالحصّة إذا ذهب بعض العرصة بغرق أو غير ذلك، و الموضع الذي قال:

يأخذها بجميع الثمن إذا كانت العرصة باقية و إنَّما ذهب البناء.

ه - إنَّ الموضع الذي قال: يأخذ بالحصّة إذا تلف بعض الأعيان بفعله أو فعل آدمي، و الموضع الذي قال: يأخذ بجميع الثمن إذا حصل ذلك بأمر سماوي(1).

و بهذه(2) الطريقة الأخيرة قال أبو حنيفة(3).

أقول: ما فعله المشتري مضمون (و إن كان إذا)(4) حصل بغير فعله لم يضمنه، كما لو قلع عين المبيع، كان تضمينها عليه، و لو سقطت».

ص: 268

1- الحاوي الكبير 7: 265-266، العزيز شرح الوجيز 5: 512.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «هذه». و الصحيح ما أثبتناه.

3- بدائع الصنائع 5: 28، مختصر اختلاف العلماء 4: 251، 1972، العزيز شرح الوجيز 5: 511، المغني 5: 504، الشرح الكبير 5: 503.

4- بدل ما بين القوسين في الطبعة الحجرية: «و إذا كان».

لم يسقط شيء من الثمن.

هذا كله إذا كان التعيب لا- بفعل المشتري أو بفعله قبل الطلب، أما إذا كان بفعل المشتري بعد الطلب، فهل يضمن المشتري؟ قولان لعلمائنا، الأقرب: الضمان.

ولو تلف بعض المبيع، أخذه بحصته من الثمن.

### مسألة 750: إذا بني المشتري أو غرس قبل القسمة، كان للشريك قلعه،

لا من حيث الشفعة، بل من حيث إن أحد الشريكين إذا بني أو غرس في الأرض المشتركة، كان للشريك الآخر قلعه و تخريب البناء مجاناً، وله الأخذ بالشفعة بعد القلع وقبله.

وإن كان المشتري قد قسم - إما لغيبه الشريك، أو لصغره - بإذن الحاكم، أو لكذبه في الإخبار بالثمن فعفاً، أو في الاتّهاب فظهر (1) البيع، أو قاسمه وكيله و أخفي (2) عنه وجه الحظّ في الأخذ بالشفعة ثمّ يجيء الموكّل فيظهر له الوجه ثمّ بني أو غرس أو زرع بعد القسمة و التمييز ثمّ علم الشفيح، فللمشتري قلع غرسه و بنائه، لأنّه ملكه.

فإذا قلعه، لم يكن عليه تسوية الحفر، لأنّه غرس و بني في ملكه، و ما حدث من النقص فإنّما حدث في ملكه، و ذلك ممّا لا يقابله الثمن، و إنّما يقابل الثمن سهام الأرض من نصف و ثلث و ربع، و لا يقابل التراب، فيكون الشفيح بالخيار بين أن يأخذ الأرض بجميع الثمن أو يترك.

وإن لم يقلع المشتري الغراس، تخيّر الشفيح بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة، و أخذها و دفع قيمة البناء و الغراس إن رضي الغراس و الباني،

ص: 269

1- في «س، ي»: «فيظهر».

2- في «س، ي»: «خفي».

و يصير الملك له، وأن يجبر المشتري علي القلع، و يضمن له ما نقص له بالقلع.

وقيل: رابع: أن يقيه في الأرض بأجرة(1).

فأمّا إذا طالبه بقلع ذلك من غير أن يضمن له النقص، لم يلزمه قلعه، قاله الشيخ(2) رحمه الله، و الشافعي و مالك و أحمد و إسحاق و النخعي(3)، لأنّه بني في ملكه الذي يملك نفعه، فلم يجبر علي قلعه مع الإضرار به، كما لو كان لا شفعة فيه.

وقال أبو حنيفة و الثوري: يجبر علي قلعه، لأنّه بني في حقّ غيره بغير إذنه، فكان عليه قلعه، كما لو بني فيها و بانت مستحقّة(4).

و فرّق(5) الأوائل بأنّه غرس في ملك غيره(6).

و قول أبي حنيفة عندي لا بأس به، و البناء و إن كان في ملكه لكنّه ملك غير مستقرّ، فلا يؤثّر في منع القلع، و القياس علي عدم الشفعة باطل.

لا يقال: القسمة تقطع الشركة، و تردّ العلقه بينهما إلي الجوار، و حينئذ و جب أن لا تبقي الشفعة، لاندفاع الضرر الذي كُنّا نثبت الشفعة لدفعه، كما لا تثبت ابتداء للجار.5.

ص: 270

1- العزيز شرح الوجيز 5:520، روضة الطالبين 4:178.

2- المبسوط - للطوسي - 3:118، الخلاف 3:439، المسألة 14.

3- التهذيب - للبخاري - 4:365، العزيز شرح الوجيز 5:519، روضة الطالبين 4:176-177، المغني 5:501، الشرح الكبير 5:513.

4- التهذيب - للبخاري - 4:365، العزيز شرح الوجيز 5:519، المغني 5:501، الشرح الكبير 5:513.

5- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «فرّقوا».

6- المغني 5:501، الشرح الكبير 5:513.



لأننا نقول: الجوار وإن لم يكن يكتفي به في الابتداء إلا أنه اكتفي به في الدوام عند حصول الشركة في الابتداء، ولم يخرج علي الخلاف في بطلان الشفعة فيما إذا باع نصيبه جاهلا بالشفعة، لأن الجوار علي حال ضرب اتصال قد يؤدي إلي التأذي (1) بضيق المرافق و سوء الجوار، ولذلك اختلف العلماء في ثبوت الشفعة به.

إذا عرفت هذا، فلا- فرق بين تصرف المشتري والمستعير إذا بني في أرض المعير أو غرس. ولو كان قد زرع، ترك زرعه إلي أن يدرك و يحصد.

و هل للشفيع أن يطالبه بأجرة بقاء الزرع؟ الأقوي: العدم، بخلاف المستعير، فإنه زرع أرض الغير و قد رجح في العارية، فكان عليه الأجرة، أما المشتري فإنه زرع ملك نفسه و استوفي منفعته بالزراعة، و هو أحد وجهي الشافعية. و في الثاني: له المطالبة، كما أن المعير يبقي بالأجرة (2).

وقد بينا الفرق.

و كذا لو باع أرضا مزروعة، لا يطالبه المشتري بالأجرة لمدة بقاء الزرع.

و للشافعية في الصور الثلاث - صورة بيع الأرض المزروعة، و صورة العارية، و صورة الشفعة - وجهان في وجوب الأجرة، لكن الظاهر عندهم في صورة العارية و وجوب الأجرة، و في الصورتين الأخريين المنع، للمعني الجامع لهما، و هو أنه استوفي منفعة ملكه (3).

و أما إذا زرع بعد المقاسمة، فإن الشفيع يأخذ بالشفعة، و يبقي زرع المشتري إلي أوان الحصاد، لأن ضرره لا يبقي، و الأجرة عليه، لأنه زرعه 5.

ص: 271

1- في «س» و الطبعة الحجرية: «علي حال ضرر إيصال قد يتأذي إلي التأذي». و في «ي»: «علي حال ضرر أيضا...». و الظاهر ما أثبتناه.

2- العزيز شرح الوجيز 5:520، روضة الطالبين 4:187.

3- العزيز شرح الوجيز 5:520.

في ملكه.

تذنيب: إذا زرع، لزم الشفيع إبقاء الزرع، وحينئذ يجوز له تأخير الشفعة إلى الإدراك والحصاد، لأنه لا ينتفع به قبل ذلك، ويخرج الثمن من يده، فله في التأخير غرض صحيح، وهو الانتفاع بالثمن إلى ذلك الوقت، قاله بعض الشافعية (1).

وقال بعضهم: ويحتمل أن لا يجوز التأخير وإن تأخرت المنفعة، كما لو بيعت الأرض في وسط الشتاء، لا تؤخر الشفعة إلى أوان الانتفاع (2).

ولعلّ بينهما فرقا.

ولو كان في الشقص أشجار عليها ثمار لا تستحقّ بالشفعة، ففي جواز التأخير إلى وقت القطاف وجهان للشافعية (3).

وعندي أنّه يجب الأخذ معجلا.

### مسألة 751: لو تصرف المشتري بوقف أو هبة وغيرهما، صحّ،

لأنّهُ واقع في ملكه، وثبت حقّ التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف، كما أنّ حقّ التملك للواهب بالرجوع (4) لا يمنع تصرف المتّهب، وكما أنّ حقّ التملك للزوج بالطلاق لا يمنع تصرف الزوجة.

وعن ابن سريج من الشافعية أنّ تصرفاته باطلة، لأنّ للشفيع حقّا لا سبيل إلى إبطاله، فأشبهه حقّ المرتهن (5).

وإذا قلنا بالصحة علي ما اخترناه نحن - وهو الظاهر من قول الشافعية (6) - أنّه ينظر إن كان التصرف ممّا لا تثبت به الشفعة، فللشفيع نقضه، وأخذ

ص: 272

1- العزيز شرح الوجيز 5:521، روضة الطالبين 4:178.

2- العزيز شرح الوجيز 5:521، روضة الطالبين 4:178.

3- العزيز شرح الوجيز 5:521، روضة الطالبين 4:178.

4- في «س، ي» والطبعة الحجرية: «فالرجوع». والصحيح ما أثبتناه.

5- العزيز شرح الوجيز 5:521، روضة الطالبين 4:178.

6- العزيز شرح الوجيز 5:521، روضة الطالبين 4:178.

الشقص بالشفعة، وإلا تخير بين الأخذ بالأول وفسخ الثاني، وبين إمضائه و الأخذ بالثاني.

وعن المروزي أنه ليس تصرف المشتري بأقل من بنائه، فكما لا ينقض المشتري بناؤه لا ينبغي أن ينقض تصرفه (1).

واختلفت الشافعية في موضع هذا الوجه:

فمنهم من خصصه بما ثبت فيه الشفعة من التصرفات، أما ما لا تثبت فله نقضه، لتعدّ الأخذ به.

ومنهم من عمّم وقال: تصرف المشتري يبطل حقّ الشفيع، كما يبطل تصرف المشتري المفلس حقّ الفسخ للبائع، و تصرف المرأة حقّ الرجوع إلى العين إذا طلق قبل الدخول، و تصرف المتهب رجوع الواهب. نعم، لو كان التصرف بيعا، تجدد حقّ الشفعة بذلك (2).

وعن أبي إسحاق من الشافعية أنها لا تتجدد أيضا، لأنّ تصرف المشتري إذا كان مبطلا للشفعة، لا يكون مثبتا لها، كما إذا تحرّم (3) بالصلاة ثم شك فجدد نية وتكبيراً، لا تنعقد بها الصلاة، لأنه يحصل بها الحلّ فلا يحصل العقد (4).

ووجه ظاهر المذهب: أنّ للشفيع نقض تصرف المشتري، لأنّ حقّه ثابت بأصل العقد، فلا يتمكن المشتري من إبطاله، ولا يشبه تصرف المفلس و تصرف المرأة في الصداق، فإنّ حقّ البائع والزوج لا يبطل بالكلية، بل ينتقل إلى الثمن والقيمة، والواهب رضي بسقوط حقّه حيث سلّمه إليه وسلّطه عليه، و هنا لم يبطل حقّ الشفيع بالكلية، ولم يوجد منه 5.

ص: 273

1- العزیز شرح الوجیز 5: 521.

2- العزیز شرح الوجیز 5: 521.

3- في الطبعة الحجرية: «أحرم» بدل «تحرّم».

4- العزیز شرح الوجیز 5: 522.

رضا ولا تسليم(1).

قال بعض الشافعية: يجوز أن يبني الوجهان علي القولين فيما إذا عتقت الأمة تحت عبد و طلقها قبل أن تختار الفسخ، هل ينفذ الطلاق؟ وجه الشبه: أن الطلاق يبطل حقها في الفسخ ولم تسلطه عليه، كما ذكرنا في الشفيع(2).

و حكي عن بعضهم أنه لا ينقض الشفعة تصرف الوقف، و ينقض ما عداه(3).

### مسألة 752: النخل تتبع الأرض في الشفعة،

و به قال الشافعي(4).

فإن طالب بالشفعة و قد زادت النخل بطول و سعف، رجع في ذلك، لأن هذه زيادة غير متميزة، فتبعت الأرض في الرجوع، كسمن الجارية.

اعترض بعض الشافعية بأنه كيف جعلتم النخل تبعا للأرض في الشفعة و قد قلتم: إن الأرض تتبع النخل في المساقاة، فتجوز المزارعة علي ما بين النخل من البياض تبعا للنخل؟! و أجيب: بأنه يجوز أن تكون الأرض تبعا في حكم يختص بالنخل، و النخل تبعا لها في حكم آخر يختص بالأرض، و إنما لا يجوز أن يكون الشيء تابعا و متبوعا في أمر واحد، و قد عرفت الكلب مقيس علي الخنزير في النجاسة، و الخنزير مقيس عليه في الغسل من ولوغه عندهم(5).

و لو طلق الزوج قبل الدخول و كان الصداق نخلا و قد طالت، لا يرجع في النصف، لأن الزوج يمكنه الرجوع في القيمة إذا تعذر الرجوع في

ص: 274

1- العزيز شرح الوجيز 5:522.

2- العزيز شرح الوجيز 5:522.

3- العزيز شرح الوجيز 5:522.

4- الحاوي الكبير 7:269، العزيز شرح الوجيز 5:484.

5- لم نعثر علي الاعتراض و الجواب عنه في المصادر المتوفرة لدينا.

العين، والقيمة تنوب منابها، وفي الشفعة إذا لم يرجع في ذلك، سقط حقه من الشفعة، فلهذا لم يسقط من الأصل لأجل ما حدث من البائع.

إذا عرفت هذا، فإن كان في هذه النخل طلع حدث، نظر فإن كان قد أبر وتشقق، كان للمشتري، لأنه بمنزلة النماء المنفصل من ملكه.

وإن كان لم يؤبر، فهل يتبع في الشفعة؟ أمّا عندنا فلا، لاختصاص الشفعة بالبيع خاصة.

وأمّا عند الشافعي فقولان(1)، كالمفلس إذا ابتاع نخلا وحدث فيها طلع لم يؤبر وأراد البائع الرجوع في النخل.

ويفارق ذلك البيع، لأنه أزال ملكه باختياره، وكان الطلع تابعا إذا لم يكن ظاهرا، ويكون في الردّ بالعيب كالشفعة.

وكذلك إذا كان انتقال الملك بغير عوض - كالهبة، وفسخ الهبة - فيه قولان(2).

فإن كان المشتري اشترى النخل وفيها الطلع، فإن كان مؤبرا، فإنه لا يتبع في البيع، وإذا اشترطه، دخل في البيع، ولا تثبت فيه الشفعة، و إنما يأخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن.

فإن كانت غير مؤبرة، تبعت بمطلق العقد.

فإن أخذ الشفيح الشقص قبل أن تؤبر الثمرة، لم يأخذه الشفيح بالثمرة إن تجددت بعد الشراء.

وإن كانت موجودة حال البيع، فالأقوي: الدخول في الشفعة، كما دخلت في البيع، فصارت بمنزلة النخل في الأرض.ه.

ص: 275

1- لم نعثر عليه في مظانه.

2- لم نعثر عليه في مظانه.

وإن أخذ الشقص بعد التأبير، لم يتبعه الطلع.

وقال بعض الشافعية: إذا أخذ الشفيع الشقص قبل أن يؤبر الطلع، كان في الطلع القولان، لأنه لو ثبت حق الشفيع في هذا الطلع، لوجب أن يأخذه وإن تشقّق، لأن ذلك زيادة متصلة(1).

والغراس تبع في الشفعة، لأنه يراد للتبعية في الأرض والتأيد.

### مسألة 753: إذا تباعا بثمن ثم زاده المشتري عليه زيادة

أو نقص البائع منه شيئاً بعد العقد، فإن كان ما اتفقا عليه من الزيادة أو الحطّ بعد لزوم البيع وانقضاء الخيار، لم يكن للشفيع في ذلك حق، ولا عليه شيء لا في حطّ الكلّ ولا في حطّ البعض، لأنّ الشفيع إنّما يأخذ بما استقرّ عليه العقد، والذي استقرّ عليه المسمّى.

ولو كان في زمن الخيار، لم يلحق أيضاً الشفيع عندنا، لوقوع العقد علي شيء، فلا تضرّ الزيادة والنقصان بعده.

وقال الشافعي: يثبت ذلك التغيير في حقّ الشفيع في أحد الوجهين، لأنّ حقّ الشفيع إنّما ثبت إذا تمّ العقد، وإنّما يستحقّ بالثمن الذي هو ثابت في حال استحقاقه. ولأنّ زمن الخيار بمنزلة حالة العقد، والتغيير يلحق بالعقد، لأنّهما علي اختيارهما فيه كما كانا في حال العقد(2).

فأمّا إذا انقضى الخيار وانبرم(3) العقد فزاد أو نقص، لم يلحق بالعقد، [لأنّ الزيادة(4)] لا تثبت إلاّ أن تكون هبة مقبوضة، والنقصان يكون

ص: 276

1- لم نعثر عليه في مظانّه.

2- الوجيز 1:218، العزيز شرح الوجيز 5:513، روضة الطالبين 4:173، المغني 5:506، الشرح الكبير 5:522.

3- في الطبعة الحجرية: «لزم» بدل «انبرم».

4- بدل ما بين المعقوفين في «س، ي» والطبعة الحجرية: «و الزيادة». و الظاهر ما أثبتناه كما في المغني و الشرح الكبير.

إبراء، ولا يثبت [ذلك] (1) في حقّ الشفيع، وبه قال الشافعي (2).

وقال أبو حنيفة: يثبت النقصان بعد الخيار للشفيع، ولا تثبت الزيادة وإن كانا (3) عنده يلحقان بالعقد، ويقول: الزيادة تضرّ بالشفيع فلم يملكها (4).

وهو غلط، لأنّ ذلك تعيّر بعد استقرار العقد، فلم يثبت في حقّ الشفيع، كالزيادة.

والفرق ليس بصحيح، لأنّ ذلك لو لحق بالعقد، لثبت في حقّه وإن أضرب به، كما لو كان في زمن الخيار.

ولو حطّ كلّ الثمن في زمن الخيار، لم يلحق الحطّ عندنا بالشفعة - وبه قال الشافعي (5) - لأنّ ذلك بمنزلة ما لو باع بلا ثمن، فلا شفعة للشريك، لأنّه يصير هبة، فيبطل علي رأي، ويصحّ علي رأي.

أمّا إذا حطّ منه أرش العيب، فإنّه يثبت في حقّ الشفيع، لأنّه سقط بجزء فقد من المبيع، ولهذا فاته جزء من الثمن.

#### مسألة 754: لو كان ثمن الشقص عبداً، ثبتت الشفعة عندنا،

خلافاً لبعض علمائنا وبعض الجمهور، وقد سبق (6)، ويأخذ الشفيع بقيمة العبد.

فإن وجد البائع بالعبد عبياً، فإمّا أن يكون [قبل] (7) أن يحدث عنده

ص: 277

1- ما بين المعقوفين من المغني والشرح الكبير.

2- المصادر في الهامش (2) من ص 276.

3- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «كان» بدل «كانا». وما أثبتناه من المغني والشرح الكبير.

4- المغني 5:506، الشرح الكبير 5:522، العزيز شرح الوجيز 5:513.

5- العزيز شرح الوجيز 5:513، روضة الطالبين 4:173.

6- في ص 257، المسألة 745.

7- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «بعد» بدل «قبل». والصحيح ما أثبتناه.

عيب أو يكون الوقوف علي العيب بعد حدوث عيب عنده. فإن علمه قبل أن يحدث عنده عيب، فإما أن يكون ذلك بعد أخذ الشفيع بالشفعة أو قبله.

فإن وقف عليه بعد أخذ الشفيع، كان له ردّ العبد علي المشتري، ولم يكن له استرجاع الشقص، لأنّ الشقص قد ملكه بالأخذ، فلم يكن للبائع إبطال ملكه، كما لو كان المشتري قد باعه ثمّ وجد البائع بالثمن عيبا، فإنه يردّه، ولا يفسخ بيع المشتري، ويرجع البائع إلي قيمة الشقص، كذا هنا.

وقال بعض الشافعية: يستردّ المشتري الشقص من الشفيع، ويردّ عليه ما أخذه، ويسلمّ الشقص إلي البائع، لأنّ الشفيع نازل منزلة المشتري، فردّ البائع يتضمّن نقض ملكه، كما يتضمّن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه(1).

و المشهور عندهم(2) ما قلناه.

فإذا دفع الشفيع قيمة العبد إلي المشتري ودفع المشتري إلي البائع قيمة الشقص، فإن تساويا، فلا بحث. وإن تفاوتتا، لم يرجع المشتري علي الشفيع إن كانت قيمة الشقص أكثر بشيء، ولا يرجع الشفيع علي المشتري إن كانت قيمة العبد أكثر - وهو أحد قولي الشافعية(3) - لأنّ الشفيع أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد، فلا يلزمه أكثر من ذلك.

و الثاني: يتراجعان، لأنّ المشتري استقرّ عليه عوض الشفيع قيمته، فينبغي أن يستحقّ ذلك علي الشفيع، فيرجع كلّ من كان ما دفعه أكثر علي صاحبه بالزيادة(4).

و لو عاد الشقص إلي المشتري ببيع أو هبة أو ميراث أو غير ذلك،4.

ص: 278

1- العزيز شرح الوجيز 5:514، وأيضا: فتح العزيز 11:457، روضة الطالبين 4:174.

2- العزيز شرح الوجيز 5:514، روضة الطالبين 4:174.

3- العزيز شرح الوجيز 5:514، روضة الطالبين 4:174.

4- العزيز شرح الوجيز 5:514، روضة الطالبين 4:174.



لم يكن للبائع أخذه منه، بخلاف الغاصب إذا دفع القيمة لتعدّر ردّ المغصوب ثمّ قدر عليه، فإنّه يجب عليه ردّه علي المالك، واسترداد ما دفعه من القيمة، لأنّ المالك لم يزل ملكه عن المغصوب بالتقويم و دفع القيمة، وإنّما أخذنا القيمة للضرورة وقد زالت، وهنا زال ملك البائع عنه و صار ملكا للشفيع، و انقطع حقّه عنه، وإنّما انتقل حقّه إلي القيمة، فإذا أخذها، لم يبق له حقّ.

و حكي بعض الشافعيّة فيه وجهين بناء علي أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد؟(1) و أمّا إذا كان قد علم بالعيب قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعة، فهنا حقّان، ففي تقديم أيّهما للشافعيّة وجهان:

أحدهما: الشفيع أولي، لأنّ حقّه سبق حقّ البائع في الردّ.

و الثاني: البائع أولي، لأنّ الشفعة تثبت لإزالة الضرر عن الشريك، فلا تثبتها مع تضرّر البائع بإثباتها(2).

و حكي الجويني الجزم بتقديم البائع(3).

و الوجه عندي: تقديم حقّ الشفيع، لسبقه.

فإذا قلنا: الشفيع أحقّ، فإنّ البائع يأخذ من المشتري قيمة الشقص، و يرجع المشتري علي الشفيع بقيمة العبد، و هو أحد وجهي الشافعيّة.

و الثاني: يرجع علي الشفيع بقيمة الشقص(4).

و لو وجد البائع العيب في العبد بعد أن حدث عنده عيب أو بعده.

ص: 279

1- العزيز شرح الوجيز 5:515، روضة الطالبين 4:174.

2- العزيز شرح الوجيز 5:514، روضة الطالبين 4:173.

3- العزيز شرح الوجيز 5:514، روضة الطالبين 4:173.

4- لم نعثر عليه في مظانّه.

تصرّفه، لم يكن له ردّه، و كان له علي المشتري الأرش.

ثم إن كان الشفيع دفع إليه أوّلا قيمة عبد سليم، فلا يرجع عليه بشيء.

وإن كان دفع قيمة معيب، فالأقرب: أنه يرجع عليه - وهو أحد وجهي الشافعية (1) - لأنّ الثمن الذي استقرّ علي المشتري العبد و الأرش، فينبغي أن يرجع بهما.

و الثاني: أنه لا يرجع، لأنّه استحقّه بما سمّي في العقد (2).

قال بعض الشافعية: ينبغي أن يرجع هنا وجهها واحدا، بخلاف ما تقدّم من قيمة الشقص، لأنّ العقد اقتضي سلامة العبد، و ما دفع إلاّ ما اقتضاه العقد، بخلاف قيمة الشقص، و لهذا إذا كان دفع إليه قيمة عبد سليم، لم يكن للشفيع أن يرجع عليه بقدر قيمة العيب، فإذا لم يدفعه، و جب دفعه، فثبت أنه مستحقّ عليه بالبيع (3).

و لو رضي البائع بالعيب و لم يرّد و لا أخذ الأرش، فالأقوي: أنّ الشفيع يدفع قيمة العبد السليم، لأنّ ذلك نوع إسقاط من الثمن بعد العقد، فلا يلحق الشفيع، و هو أحد وجهي الشافعية. و الثاني: تجب علي الشفيع قيمة المعيب حتي لو بذل قيمة السليم، استردّ قسط السلامة من المشتري (4).

و غلط الجويني قائله (5).

تذنيب: للمشتري ردّ الشقص بالعيب علي البائع، و للشفيع ردّه علي المشتري بالعيوب السابقة علي البيع و علي الأخذ. ثمّ لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع، فلا ردّ في الحال، و لا أرش له علي مذهب 4.

ص: 280

- 1- العزيز شرح الوجيز 5:515، روضة الطالبين 4:174.
- 2- العزيز شرح الوجيز 5:515، روضة الطالبين 4:174.
- 3- العزيز شرح الوجيز 5:515، روضة الطالبين 4:174.
- 4- العزيز شرح الوجيز 5:515، روضة الطالبين 4:174.
- 5- العزيز شرح الوجيز 5:515، روضة الطالبين 4:174.

الشافعي (1)، المشهور. ويجيء فيه الخلاف فيما إذا باعه. ولوردّ عليه الشفيع بالعيب، ردّه حينئذ علي البائع.

ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أخذ الشفيع ومنعه عيب حادث من الردّ فأخذ الأرش القديم، حطّ ذلك عن الشفيع.

وإن قدر علي الردّ لكن توافقا علي الأرش، صحّ عندنا، لأنّ الأرش أحد الحقيين.

و للشافعيّة وجهان إن صحّحناها (2)، ففي حطّه عن الشفيع وجهان أصحّهما عندهم: الحطّ. والثاني: لا، لأنّه تبرّع من البائع (3)، وهو الذي اخترناه نحن.

### مسألة 755: تثبت الشفعة للمفلس،

فإذا بيع شقص في شركته، كان له الأخذ والعفو، ولم يكن للغرماء الاعتراض عليه، لأنّه إذا أراد الترك، لم نجبره علي الأخذ، لأنّه تملك، و إن أراد الأخذ فإتّما يأخذ بثمن في ذمّته، وليس بمحجور عليه في ذمّته.

ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه، كان لوارثه الشفعة، خلافا لأبي حنيفة (4).

و للمكاتب أيضا الأخذ بالشفعة و الترك لها، وليس للسيد الاعتراض عليه، لأنّ التصرف وقع له دون السيد، بل وله الأخذ من سيّده لو كان هو المشتري، وبالعكس.

ص: 281

1- العزيز شرح الوجيز 5:515، روضة الطالبين 4:174.

2- أي الموافقة التي دلّ عليها قوله: «توافقا».

3- العزيز شرح الوجيز 5:515، روضة الطالبين 4:174-175.

4- المغني 5:538، الشرح الكبير 5:517.

والمأذون له في التجارة، فإن أخذ بالشفعة، جاز، لأنه مأذون له في الشراء، وإن عفا، كان للسيد إبطال عفو، لأن الملك للسيد، فإن أسقطها السيد، سقطت، ولم يكن للعبد أن يأخذ، لأن للسيد الحجر عليه.

وللوكيل العام الأخذ بالشفعة مع الغبطة. ولو عفا معها، صحّ عفو، ولم يكن للموكل المطالبة بها.

وللسفيه أن يأخذ بالشفعة، ويأذن الولي أو يتولاه.

إذا عرفت هذا، فلو أراد المفلس بعد الحجر عليه الأخذ بالشفعة بدفع الثمن، منع من ذلك، لأن الحجر يقتضيه.

### **مسألة 756: للعامل في المضاربة الأخذ بالشفعة إذا بيع شقص في شركة المضاربة،**

فإذا أخذ فإن كان هناك ربح، فلا حصّة له في ذلك، بل الجميع للمالك، لأنّ العامل لا يملكه بالبيع، فالجميع لصاحب المال، وكذا إن لم يكن ربح، وللعامل الأجرة. ولو ترك، كان لربّ المال الأخذ، لأنّ المشتري بمال المضاربة ملكه.

هذا إذا لم يظهر في الحصّة التي اشتراها المضارب ربح، ولو كان قد ظهر فيه ربح، لم يكن هناك شفعة لا للعامل ولا لربّ المال، لزيادة الشركة علي اثنين.

ولو اشترى العامل بمال المضاربة شقصا لربّ المال فيه شركة، فهل تثبت له الشفعة؟ للشافعية وجهان:

أحدهما: تثبت له، لأنّ مال المضاربة كالمنفرد عن ملكه، لتعلق حقّ الغير به وهو العامل، ويجوز أن يثبت له علي ملكه حقّ لأجل الغير، كما يثبت له علي عبده المرهون حقّ الجناية.

والثاني: لا تثبت، لأنه لا يجوز أن يستحقّ أن يتملك ملكه، ويخالف

الجناية، لأنها ليست بملك (1).

وقال ابن سريج وجهاً ثالثاً: أن له أن يأخذ بحكم فسخ المضاربة، وهذا ليس من الشفعة (2).

فأما إن كان العامل شفيعه، فإن لم يكن له (3) ربح، فله الشفعة، وإن كان وقلنا: لا يملك بالظهور، فكذلك. وإن قلنا: يملك بالظهور، ففي الشفعة للشافعية وجهان (4)، كما قلنا في ربّ المال.

### مسألة 757: الشفعة تثبت للغائب كما تثبت للحاضر،

عند علمائنا كافة، وهو قول جميع العامة، إلا النخعي، فإنه قال: الشفعة تسقط بالغيبة (5).

وهو غلط، لأنّ العمومات دالة علي المتنازع.

وما رواه الخاصّة عن أمير المؤمنين عليّ عليه السّلام قال (6): «للغائب شفعة» (7).

إذا ثبت هذا، فإذا بلغه الخبر، طالب حينئذ، فإن أحرّ مع إمكان المطالبة، بطلت شفيعته.

### مسألة 758: اختلفت علماءنا رحمهم الله في أنّ الشفعة هل تورث أم لا؟

فقال السيّد المرتضى (8) ومن (9) تبعه: إنّها تورث، ولا تسقط بموت

ص: 283

1- حلية العلماء 5:274.

2- حلية العلماء 5:275.

3- كلمة «له» لم ترد في «س» وفي «ي» سقطت جملة «فإن لم يكن.. فله الشفعة».

4- المغني 5:499.

5- مختصر اختلاف العلماء 4:251، 1971، المغني 5:485، الشرح الكبير 5:477.

6- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فإن» بدل «قال». وذلك تصحيف.

7- الفقيه 3:46، 160، التهذيب 7:166، 737.

8- الانتصار: 217.

9- كالشيخ الطوسي في الخلاف 3:27، المسألة 36.

مستحقّها ولا بترك مطالبته إن قلنا: إنّها علي التراخي أو كان بعدها(1) إن قلنا: علي الفور - وبه قال الشافعي ومالك وعبيد الله بن الحسن العنبري(2) - لأنّه حقّ يتعلّق بالمال، فكان موروثا كغيره من الحقوق الماليّة. ولأنّه خيار ثابت لإزالة الضرر عن المال، فكان موروثا، كخيار الردّ بالعيب.

وقال الشيخ(3) وجماعة من علمائنا(4): إنّها غير موروثه، وإذا مات المستحقّ، بطلت - وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل(5) - لما رواه طلحة بن زيد عن الصادق عن الباقر عن عليّ عليهم السّلام، قال: «لا شفعة إلاّ لشريك [غير(6) مقاسم]» وقال: «إنّ رسول الله صلّي الله عليه وآله قال: لا يشفع في المحدود، وقال: لا تورث الشفعة»(7).

ولأنّه خيار لاستخلاف مال، فيبطل(8) بالموت، كخيار القبول.

وفي طريق الرواية قول، لأنّ طلحة بن زيد بتريّ.

والفرق أنّ خيار القبول غير ثابت، فإنّ للموجب أن يبطله قبل قبول القابل.

ص: 284

- 
- 1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «بعده». والظاهر ما أثبتناه. أي: كان الموت بعد المطالبة.
  - 2- الحاوي الكبير 257:7، حلية العلماء 316:5، التهذيب - للبخاري - 359:4، العزيز شرح الوجيز 527:5، روضة الطالبين 182:4، مختصر اختلاف العلماء 249:4، 1966، المغني 536:5-537، الشرح الكبير 516:5.
  - 3- الخلاف 436:3، المسألة 12، النهاية: 425-426.
  - 4- كالقاضي ابن البرّاج في المهذب 459:1، وابن حمزة في الوسيلة: 259.
  - 5- الحاوي الكبير 257:7، التهذيب - للبخاري - 359:4، حلية العلماء 316:5، العزيز شرح الوجيز 527:5، بدائع الصنائع 14:5 و 22، مختصر اختلاف العلماء 248:4، 1966، المغني 536:5، الشرح الكبير 516:5.
  - 6- ما بين المعقوفين من المصدر.
  - 7- التهذيب 167:7، 741.
  - 8- في «س، ي»: «فبطل».

إذا ثبت هذا، فإنّ الشفعة تثبت للورثة علي قدر الأنصاء، فللزوجة الثمن، وللأبوين السدسان، وللذكر الباقي لو اجتمعوا. وبالجملة، علي قدر الميراث.

و اختلفت الشافعيّة، فقال بعضهم: إنّ الشافعي قال: إنّها علي عدد الرؤوس، ونقله المزني عنه. وقال بعضهم: هذا لا يحفظ عن الشافعي، فإنّ الجماعة إذا ورثوا أخذوا الشفعة بحسب فروضهم قولاً واحداً، لأنّهم يرثون الشفعة عن الميّت، لا أنّهم يأخذونها بالملك. وقال جماعة من الشافعيّة: إنّها علي قولين (1).

إذا عرفت هذا، فإذا كان الوارث اثنين (2) فعفا أحدهما، صحّ عفوه في حقّ نفسه، وسقط نصيبه من الشفعة بمعنى أنّه ليس له المطالبة بها، وللآخر جميع الشقص، لأنّها شفعة وضعت لإزالة الضرر، فلا يثبت بها الضرر. ولأنّها شفعة تثبت لاثنين، فإذا عفا أحدهما توقّر علي الآخر، كالشريكين إن أثبتنا الشفعة مع الكثرة - وهو أحد وجهي الشافعيّة (3) - وكما لو عفا أحد الوارثين عن نصيبه في حدّ القذف.

و الثاني لهم: أنّ حقّ الآخر يسقط أيضاً، لأنّهما ينوبان مناب الموروث، ولو عفا الموروث عن بعضها، سقط جميعها (4).

و الفرق: أنّ الشفعة تثبت لواحد هو الموروث. ولأنّه يؤدّي إلي تبعيض الشقص، بخلاف مسألتنا.

و الوجه عندي أنّ حقّ العافي للمشتري، لأنّهما لو عفوا معاً، لكان 7.

ص: 285

1- انظر: الحاوي الكبير 7:259، و حلية العلماء 5:316، و التهذيب - للبخاري - 4:361-362، و العزيز شرح الوجيز 5:527-528، و روضة الطالبين 4:182.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «اثنان». و الصحيح ما أثبتناه.

3- الحاوي الكبير 7:259.

4- الحاوي الكبير 7:259.

الشقص له، فكذا إذا عفا أحدهما، يكون نصيبه له، بخلاف حدّ القذف، فإنه وضع للزجر، فله تعالي فيه حقّ.

### مسألة 759: إذا خرج الشقص مستحقًا،

كانت عهدة المشتري فيه علي البائع، وعهدة الشفيع علي المشتري، سواء أخذ الشفيع الشقص من يد البائع أو من يد المشتري، لأنّ المشتري يجب عليه أن يتسلّمه من البائع ويسلّمه إلي الشفيع، فإن غاب أو امتنع، أقام الحاكم من يسلمه إلي المشتري ويسلمه إلي الشفيع. ولو حكم الحاكم بتسلّمه منه، كان كما لو سلّمه المشتري، لأنّ التسليم حقّ علي المشتري - وبه قال الشافعي وأحمد(1) - لأنّ الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول ذلك للمشتري، فإذا زال الملك من المشتري إليه بالثمن، كانت العهدة عليه، كالمشتري مع البائع، بخلاف الشفيع.

وأما إذا أخذه من البائع، فقد قلنا: إنّه يأخذه بأمر الحاكم إن أذن له في ذلك، لأنّه تسليم مستحقّ علي المشتري، لينوب ذلك مناب قبض المشتري.

ولو انفسخ عقد المشتري، بطلت الشفعة، لأنّها استحققت به.

وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: تجب عهدة الشفيع علي البائع، لأنّ الحقّ ثبت له بإيجاب البائع، فصار كالمشتري(2).

وقال أبو حنيفة: إن أخذه من المشتري، كانت العهدة علي

ص: 286

1- مختصر المزني: 120، الحاوي الكبير 7: 283، حلية العلماء 5: 310، العزيز شرح الوجيز 5: 545-546، مختصر اختلاف العلماء 4: 243، 1950، المغني 5: 534، الشرح الكبير 5: 540.

2- الحاوي الكبير 7: 283، حلية العلماء 5: 311، مختصر اختلاف العلماء 4: 242، 1950، المغني 5: 534، الشرح الكبير 5: 540.



المشتري، وإن أخذه من يد البائع، كانت العهدة علي البائع، لأن الشفيع إذا أخذه من يد البائع، تعدّر القبض، وإذا تعدّر القبض، انفسخ البيع بين البائع والمشتري، فكأن الشفيع - إذا أخذ من البائع - مبتاع منه (1).

و هو خطأ، لأنه لو انفسخ البيع بطلت الشفعة.

تذنب: لو أخذ الشفيع الشقص و بني أو غرس ثم ظهر الاستحقاق، و قلع المستحقّ بناءه و غرسه، فالقول فيما يرجع الشفيع علي المشتري من الثمن و ما نقص من قيمة البناء و الغراس و غير ذلك كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه.

### مسألة 760: لو كان الثمن دنائير معيّنة،

تعيّنت بالعقد علي قولنا و قول الشافعي (2) في ج 10، ص 427-428، المسألة 215 (3)، خلافا لأبي حنيفة (4)، و قد سبق (4). فإذا تعيّن و ظهر أنّها مستحقّة، فالشراء و الشفعة باطلان.

و لو كان الشراء بمال في الذمّة، لم يتعيّن في المدفوع، فلو ظهر المدفوع مستحقّا، لم يبطل البيع و لا الشفعة، لأنّ الشفعة و الشفعة تابعة له.

و لو استحقّت الدنانير التي وزنها الشفيع، لم تبطل الشفعة، سواء أخذ الشفعة بعين تلك الدنانير المستحقّة أو بدنانير في ذمّته، لأنّه استحقّ الشفعة لا بعين ما دفعه، بل بما يساوي الثمن الذي دفعه المشتري، و هو أمر كليّ

ص: 287

1- مختصر اختلاف العلماء 4: 242، 1950، الحاوي الكبير 7: 283، حلية العلماء 5: 311، العزيز شرح الوجيز 5: 546، المغني 5: 534، الشرح الكبير 5: 540.

2- راجع المصادر في الهامش

3- من ص 427 من ج 10 من هذا الكتاب.

4- راجع المصادر في الهامش (2) من ص 428 من ج 10 من هذا الكتاب.

يشتمل علي كّل النقود، فإذا أعطاه شيئاً و ظهر استحقيقه، كان عليه إيداله، لأنّ الدفع ظهر بطلانه، و لا تبطل شفيعته، و ليس ذلك تركا للشفعة، لأنّه يجوز أن يعتقدها له أو تغلط البيّنة عليه، و هو أحد وجهي الشافعيّة.

و الثاني: البطلان، لأنّه إذا أخذ بما لا يجوز الأخذ به، صار كأنّه تركها مع القدرة عليه(1).

و يمنع أنّه ترك.

### مسألة 761: لو كان الثمن عبداً و أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد

ثمّ خرج العبد مستحقّاً، فإن قامت البيّنة أنّه مغصوب، أو أقرّ المتبايعان و الشفيع أنّه مغصوب، حكمنا ببطلان البيع و الشفعة، و يرّد العبد علي صاحبه، و الشقص علي بائعه، لأنّ البيع إذا كان باطلاً، لا تثبت فيه الشفعة.

فإن لم تقم البيّنة بذلك و إنما أقرّ به المتبايعان و أنكر الشفيع، لم يقبل قولهما عليه، و يرّد العبد علي صاحبه، لاعترافهما باستحقاقه له، و يرجع البائع علي المشتري بقيمة الشقص، لاعتراف المشتري ببطلان البيع و قد تعدّر عليه دفع المبيع، فكان كالإتلاف. و ينبغي أن لا يرجع أحدهما بالفضل علي صاحبه لو كان، لأنّ الشفيع منكر لاستحقاق قيمة الشقص، و به قال الشافعي(2).

### مسألة 762: قد بيّن أنّ الشفعة تتبع البيع دون غيره من العقود مطلقاً.

و أثبت الشافعي الشفعة في عقود المعاوضات(3).

إذا عرفت هذا، فنقول: دية الموضحة عندنا خمس من الإبل، أو

ص: 288

1- العزيز شرح الوجيز 5:517، روضة الطالبين 4:176.

2- لم نعر عليه في مظاته.

3- العزيز شرح الوجيز 5:497، روضة الطالبين 4:163.

خمسون ديناراً، أو خمسمائة درهم، أو خمسون شاة، أو عشرة من البقر، أو من الحلل(1) علي ما يأتي.

وعند الشافعي أنّها خمس من الإبل، فإن أعوزت، فقولان، أحدهما:

ينتقل إلي مقدّر، وهو خمسون ديناراً أو خمسمائة درهم نصف عشر الدية. والثاني: إلي قيمتها.

فإن أعوزت الإبل وقلنا: ينتقل إلي مقدّر فصالحه منه علي شقص مع معرفته، صحّ الصلح، و تثبت فيه الشفعة عنده بالعوض.

وإن قلنا: ينتقل إلي قيمتها فإن علماها وذكرها وصالحا عليها، صحّ، و تثبت الشفعة أيضا بذلك. وإن لم يعلما أو أحدهما، لم يصح الصلح، ولا تثبت شفعة.

وإن كانت الإبل موجودة فاصطلحا بالشقص عنها، فإن كانا لا يعلمان ذلك، ففي الصلح عنها قولان:

أحدهما: يصحّ، لأنّها معلومة العدد والأسنان، وإنّما يجهل قدّها ولونها، وذلك يقتضي أقلّ ما يقع عليه الاسم.

والثاني: لا يصحّ، لأنّ القدّ واللون مقصودان، فإذا جهل(2)، لم يصح الصلح، فإذا قلنا: يصحّ، تثبت الشفعة، وأخذ الشقص بقيمة الإبل. وإذا قلنا: لا يصحّ الصلح، لم تثبت شفعة(3).

وهذا كلّه ساقط عندنا.

### مسألة 763: إذا ارتدّ المشتري فقتل أو مات قبل رجوعه

إلي

ص: 289

1- كذا، حيث لم يذكر المصنّف قدّس سرّه عدد الحلل.

2- كذا، والظاهر: «جهلاً».

3- لم نعثر عليه في مظانّه.

الإسلام، كان للشفيع أخذه بالشفعة، لأنه استحقّها بالبيع، و الانتقال بالموت أو القتل لا يخرجّه عن الاستحقاق، كما لو مات المشتري بعد البيع، كان للشفيع الأخذ بالشفعة.

قال الشافعي: إنّه بقتله أو موته ينتقل الشقص عنه إلى المسلمين(1)، وذلك لا يمنع الشفعة، كما لو اشترى شقصا فيه شفعة ثمّ باعه، و يكون المطالب الإمام أو نائبه. وعندنا إلى ورثته إن كان له وارث مسلم، و إلاّ كان ميراثه للإمام، فتكون الشفعة علي من انتقل الملك إليه.

و لو ارتدّ الشفيع وقتل بالردّة أو مات، كانت الشفعة للمسلمين عند الشافعي(2) - وعندنا لوارثه - إن كان قد طالب بها، و إن لم يطالب، فإن جعلناه كالكافر، سقطت شفيعته، و هو الأقوي عندي. و إن جعلناه كالمسلم، فالشفعة لوارثه.

و لو مات الشفيع المسلم و لا وارث له، انتقل نصيبه إلى الإمام عندنا، و عند الشافعي إلى المسلمين(3). فعلي قولنا يكون المستحقّ للشفعة الإمام، و علي قوله المسلمون، و يطالب لهم الإمام.

### مسألة 764: إذا اشترى شقصا فيه شفعة و وصّي به

فمات ثمّ جاء الشفيع و الموصي له يطالبان، كان الشقص للشفيع، لسبق استحقاقه، و يدفع الثمن إلى الورثة دون الموصي له، لأنّه لم يوص له إلاّ بالشقص و قد سقط حقّه.

ص: 290

1- التهذيب - للبغوي - 372:4.

2- التهذيب - للبغوي - 372:4.

3- انظر: الحاوي الكبير 7: 257-258.

مسألة 765: لو اختلف المشتري و الشفيع في قدر الثمن،

فقال المشتري: اشتريته بمائة، وقال الشفيع: بل بخمسين، فأيهما أقام البيّنة علي ما ادّعاه حكم له بها.

ويثبت ذلك بشاهدين و شاهد و امرأتين، و شاهد و يمين، لأنّه مال.

و لا تقبل فيه شهادة البائع، لأنّه يشهد علي فعل نفسه، و قد تلحقه التهمة إذا شهد للشفيع، فإنّه إذا نقص الثمن نقص ضمان الدرك، و به قال الشافعي، لأنّه يشهد بحقّ لنفسه و فعل نفسه(1).

و قال بعض أصحابه: تقبل، لأنّه لا يجزّ لنفسه نفعاً، و الثمن ثابت له بإقرار المشتري(2).

و قد ذكرنا في القواعد(3) احتمالاً حسناً، و هو أنّه تقبل شهادة البائع علي الشفيع بعد القبض، و للشفيع بدون القبض، لأنّه إذا شهد علي الشفيع بالمائة، انتفت التهمة عنه، لاعترافه بأنّه ضامن لمائة، و إذا شهد له بخمسين قبل القبض، فقد اعترف أنّه لا يستحقّ علي المشتري أكثر من الخمسين، و أنّ المشتري لا يجب عليه أكثر منها، فإذا دفعها، برئت ذمّته باعترافه، و كان ضامناً لها خاصّة، إذ لا يقبض البائع أكثر منها.

و لو أقام كلّ منهما بيّنة، قال الشيخ رحمه الله: تقدّم بيّنة المشتري، لأنّه هو المدّعي للثمن، و الشفيع ينكره(4). و لأنّه أعلم بعقده - و هو أحد قولي

ص: 291

- 1- العزيز شرح الوجيز 5:523، روضة الطالبين 4:180.
- 2- العزيز شرح الوجيز 5:523، روضة الطالبين 4:180.
- 3- قواعد الأحكام 1:267.
- 4- الخلاف 3:431-432، المسألة 6 من كتاب الشفعة.

الشافعي (1) - كما تقدّم بيّنة الداخل علي الخارج، و [المشتري] (2) هنا داخل.

ولأنّ [المشتري] (3) كالبائع، فيقدّم قوله في قدر الثمن عندنا مع بقاء السلعة، وبه قال أبو يوسف (4) أيضا.

وقال أبو حنيفة و محمد: القول قول الشفيع، لأنّه منكر. ولأنّه الخارج (5).

ولا بأس به عندي.

وللشافعي قول آخر: إنّ البيّتين تتعارضان هنا، ولا تقدّم بيّنة المشتري لأجل اليد، لأنّهما لا يتنازعان في اليد، وإنّما يتنازعان فيما وقع عليه العقد، فحينئذ تسقطان، ويكون الحال كما لا بيّنة لواحد منهما (6).

وقال بعض الشافعية: يقرع وتقدّم بالقرعة. وهل يحلف من خرجت له القرعة؟ قولان (7).

ولو لم يكن لواحد منهما بيّنة، قدّم قول المشتري مع يمينه، لأنّه المالك، فلا تزول يده إلاّ بما يدّعيه إذا لم تكن بيّنة، كما أنّ المشتري لا يملك المبيع إلاّ بما يقرّ به البائع من الثمن.

لا يقال: الشفيع غارم فيقدّم قوله، كما في الغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق شريكه نصيبه. 7.

ص: 292

1- العزيز شرح الوجيز 5:523، روضة الطالبين 4:180.

2- بدل ما بين المعقوفين في الموضعين في النسخ الخطيّة والحجريّة «الشفيع». وما أثبتناه يقتضيه السياق.

3- بدل ما بين المعقوفين في الموضعين في النسخ الخطيّة والحجريّة «الشفيع». وما أثبتناه يقتضيه السياق.

4- بدائع الصنائع 5:31، الهداية - للمرغيناني - 4:30، الحاوي الكبير 7:246، المغني 5:515، الشرح الكبير 5:525.

5- بدائع الصنائع 5:31، الهداية - للمرغيناني - 4:30، الحاوي الكبير 7:246، المغني 5:515، الشرح الكبير 5:525.

6- الحاوي الكبير 7:246.

7- الحاوي الكبير 7:246.

لأننا نقول: الشفيح ليس بغارم، لأنه لا شيء عليه، وإنما يريد أن يتملك الشقص، بخلاف الغاصب و المتلف، وأما المعتق فإن [قلنا: (1)] العتق يسري باللفظ، فقد وجب عليه قيمته وهو غارم، وإذا قلنا: يسري بأداء القيمة أو مراعي، كان القول قول المالك، لأن العتق لا يثبت عليه القيمة مثل مسألتنا.

لا يقال: لم لا قلتم: يتحالف المشتري و الشفيح، كما قلتم في البائع و المشتري إذا اختلفا في الثمن؟ لأننا نقول: إذا اختلف المتبايعان، فكلّ منهما مدّع و مدّعي عليه، فتحالفا، و ليس كذلك هنا، فإنّ الشفيح مدّع للشقص، و المشتري لا يدّعي عليه شيئاً، لأنّ المشتري إذا ثبت له ما قال، كان الشفيح بالخيار. و لأنّ المتبايعين قد باشرا العقد، بخلاف الشفيح و المشتري.

و لو نكل المشتري عن اليمين، حلف الشفيح علي دعواه، و أخذ بما ادّعاه.

و لو شهد البائع للشفيح، فللشافعية وجوه:

أحدها: لا تقبل، و قطع به العراقيون، لأنه يشهد علي فعله، كما مرّ.

و الثاني: نعم، و صحّحه البغوي، لأنه ينقض حقه.

و الثالث: إن شهد قبل قبضه الثمن، قبلت، لأنه ينقض حقه، إذ لا يأخذ أكثر ممّا شهد به. و إن شهد بعده، فلا، لأنه يجرّ إلي نفسه نفعاً، فإنه إذا قلّ الثمن قلّ ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق (2).4.

ص: 293

1- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

2- العزيز شرح الوجيز 5:523، روضة الطالبين 4:180.

تذنب: لو ادّعي المشتري أنّ هذا البناء ممّا أحدثه بعد الشراء وأنكر ذلك الشفيع، قدّم قول المشتري، لأنّ ذلك ملكه، و الشفيع يريد تملكه عليه، فكان القول قول المالك، و به قال ابن سريج (1).

### مسألة 766: إذا اختلف المتبايعان في الثمن،

فقد قلنا: إنّ القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعة، فإذا حلف البائع، أخذ من المشتري ما حلف عليه.

ثمّ الشفيع إن صدّق البائع، دفع ما حلف عليه، و ليس للمشتري المطالبة به، لأنّه يدّعي أنّ ما أخذه البائع زائدا عمّا ادّعاه ظلم، فلا يطالب غير من ظلمه.

و إن لم يعترف بما قال البائع، أدّى ما ادّعاه المشتري ثمنا.

و لو قلنا: إنّ القول قول المشتري في الثمن فيثبت قول البائع بالبيّنة أو باليمين المردودة، فالحكم كما تقدّم.

و تقبل شهادة الشفيع للبائع، لأنّه الغارم في الحقيقة أن أخذ الشفعة، و إلا فلا تهمة، و لا تقبل للمشتري، لأنّه متّهم في تقليل الثمن، فإنّه يدفع عن نفسه المطالبة بالزائد.

و لو تحالفا - كما هو مذهب الشافعي (2) - عند عدم البيّنة، و فسخ عقدهما أو انفسخ، فإن جري ذلك بعد ما أخذ الشفيع الشقص، أقرّ في يده، و علي المشتري قيمة الشقص للبائع.

و إن جري قبل الأخذ، فالأقرب: عدم سقوط حقّه، لاعترافهما معا بجريان البيع و استحقاقه للشفعة، فيأخذها بما قال البائع، لحلفه عليه،

ص: 294

1- لم نعثر عليه في مظانّه.

2- العزيز شرح الوجيز 5:523، روضة الطالبين 4:180.



لا بما حلف عليه المشتري، لأنَّ للبائع فسخ البيع، فإذا أخذه بما قال المشتري، منع منه. وإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع، جاز، وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري، فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال: كنت غالطا، فالأقرب: أنَّ للشفيع أخذه بما حلف عليه و للشافعية في سقوط الشفعة وجهان سبقا في خروجه معيبا، فإن قلنا: لا تسقط، أخذه بما حلف عليه البائع - كما قلناه - لاعتراف البائع باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن، فيأخذ منه، وتكون عهده علي البائع خاصّة، لا علي المشتري، لانفساخ عقده(1).

### مسألة 767: لو ادّعي علي رجل شفعة في شقص اشتراه،

فقال له المدّعي عليه: ليس لك ملك في شركتي، قدّم قول المدّعي عليه مع اليمين، وكان علي طالب الشفعة البيّنة أنّه يملك شقصا في شركة المشتري - وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومحمّد بن الحسن(2) - لأنَّ الملك لا يثبت بمجرد اليد، وإذا لم يثبت الملك المستحقّ به الشفعة، لم تثبت الشفعة.

ومجرّد الظاهر لا يكفي، كما لو ادّعي ولد أمة في يده.

وقال أبو يوسف: إذا كان في يده، استحقّ به الشفعة، لأنَّ الظاهر من اليد الملك(3). ولا بأس به عندي.

ولو لم تكن بيّنة، حلف المشتري - إن ادّعي الطالب علمه بالشركة - علي نفي علمه بالشركة، لأنّها يمين علي نفي فعل الغير، فإذا حلف،

ص: 295

1- العزيز شرح الوجيز 5:523، روضة الطالبين 4:180.

2- العزيز شرح الوجيز 5:524، روضة الطالبين 4:180، المغني 5:519، الشرح الكبير 5:532.

3- المغني 5:519، الشرح الكبير 5:532.

سقطت دعواه، ولا- يحلف علي نفي شركته. ولو نكل، حلف الطالب علي القطع بأنه شريك، لأنها يمين علي إثبات فعل، فإن حلف، استحقّ الشفعة، وإن نكل، سقطت.

فلو اعترف الشريك - بعد نكول الطالب و سقوط شفيعته - بصدقه، كان عليه دفع الحصّة بالشفعة، و لم يضرّ التأخير، لأنه لعذر، و يكون نكوله عن اليمين عذرا له في التأخير علي إشكال.

و كذا الحكم لو أنكر تقدّم ملك الطالب علي ملكه.

### مسألة 768: دار بين اثنين فغاب أحدهما و رأينا نصيبه في يد ثالث،

فادّعي الحاضر أنه اشتراه، وأنه يستحقّه بالشفعة، فإن أقام المدّعي بيّنة بالشراء و أقام المتشبّث بيّنة (1)، قضى بها، و أخذ بالشفعة.

ثمّ إن اعترف المدّعي عليه، سلّم إليه الثمن، لثبوت البيع بالبيّنة.

وإن لم يعترف، فإمّا أن يترك الثمن في يد المدّعي إلي أن يقرّ المدّعي عليه، أو يأخذه القاضي حافظا له، أو يجبر علي قبوله أو الإبراء منه، فيه احتمالات ثلاثة.

و لو أقام المدّعي بيّنة بالشراء و أقام المتشبّث بيّنة بأنه ورثه أو آتبه، تعارضت البيّنتان، لأنّ الشراء و الميراث متنافيان، و كذا الشراء و الاتّهاب.

و مع التعارض يكون له حكم عندنا سيأتي في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

و عند الشافعي قولان: التساقط، و استعمالهما، و سيأتي.

و لو أقام المتشبّث أنّ الغائب أودعه إيّاه أو أعاره، فإن لم يكن

ص: 296

---

1- كذا ورد قوله: «و أقام المتشبّث بيّنة». و الظاهر زيادتها.

للبيّنين تأريخ أو كان تأريخ الإيداع سابقا، قضى بالشفعة، لعدم التنافي بين البيّنين، لجواز أن يودعه ثمّ يبيعه.

ولو سبق تأريخ البيع، فلا منافاة أيضا، لاحتمال أنّ البائع غصبه بعد البيع ثمّ ردّه إليه بلفظ الإيداع، أو بردّ مطلق فاعتمده الشهود، أو يكون المشتري قد عجز عن الثمن، فقال له البائع: خذه وديعة إليّ أن تجد الثمن فتزنه و تقبضه.

ولو انتفي الاحتمال - بأن تأخر تأريخ الإيداع وشهدت بيّنة الإيداع بأنّه أودعه ما هو ملكه، وبيّنة الشراء مطلقة - كانت بيّنة الإيداع أولى، لأنها صرّحت بالملك، ثمّ يرأسل الغائب فإن قال: هو لي وديعة، بطلت بيّنة الشراء. وإن قال: لا حقّ لي فيه، قضى ببيّنة الشراء فالشفعة.

ولو صرّحت بيّنة الشراء بالملك فقال: باع ما هو ملكه، وأطلقت بيّنة الإيداع، قدّمت بيّنة الشراء.

وأما إذا لم يكن للمدعي بيّنة، فالمدعي عليه إما أن يقرّ بأنّه كان لذلك الغائب فاشتراه منه، أو ينكر أصل الشراء، أو يقول: اشتريته لفلان.

فإن أقرّ، فالأقرب: أنّه لا يأخذه المدعي، لأنّ المتشكّك لا يقبل قوله علي الغائب، فيوقف الأمر حتى يرأسل، فإن أقرّ بصدقه، أخذه الشفيح، وإلا فلا، وهو أحد وجهي الشافعية.

والأصحّ عندهم: أنّ للمدعي أخذه، لتصادقهما علي البيع، ويكتب القاضي في السجلّ أنّه أثبت الشفعة بتصادقهما، فإذا قدم الغائب، فهو علي حقه (1).4.

ص: 297

1- العزیز شرح الوجیز 5:525، روضة الطالبین 4:181.

وليس بجيد، لأنه حكم علي الغائب بغير بيّنة.

وإن أنكر الشراء، صدّق في قوله باليمين، لأنه منكر. ثمّ إمّا أن يجيب بأنك لا تستحقّ الشفعة، أو أنني لا يلزمني التسليم إليك، فيحلف كذلك، ولا يلزمه التعرّض لنفي الشراء، لإمكان أن يكون قد اشتراه مع إسقاط الشريك الشفعة.

وإن تكلف في الجواب: لم أشره بل ورثته أو تهبته، ففي كفيّة الحلف احتمالان:

أحدهما: أنه يحلف علي نفي الشراء، لأنه أجاب به، وإذا أجاب بشيء، فقد أمكنه اليمين عليه حيث عدل إليه في الجواب.

والثاني: أنه يحلف أنه لا يستحقّ الشفعة، لأنه لو أجاب بذلك، لكفاه، فكذا في اليمين، ويمكن أن يكون قد اشتراه بحيث لا تجب فيه شفعة أو سقطت ثمّ تساهل في الجواب بعدم الشراء، فإذا كلف اليمين، عدل إلي ما يمكنه الحلف عليه. وهما وجهان للشافعية (1).

ولو نكل المدّعي عليه، حلف الطالب، واستحقّ الشقص. وفي [الثن] (2) ما تقدّم من الوجوه: إمّا أن يقرّ في يد الشفيع، أو يقبضه الحاكم، أو يقهره علي القبض أو الإبراء.

وإن قال: اشتريته لفلان، رجع الحال إلي المضاف إليه، وسيأتي.

### مسألة 769: إذا ادّعي أنه اشترى شقما في شركته

وأنه يستحقّ

ص: 298

1- العزيز شرح الوجيز 5:525، روضة الطالبين 4:181.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «اليمين». والصحيح ما أثبتناه.

الشفعة عليه، فإنه يحتاج إلي أن يحزّر دعواه فيحدّد(1) المبيع الذي يدّعيه و يذكر ثمنه و يدّعي فيه الشفعة، فإذا فعل ذلك، سئل المدّعي عليه، فإن أقرّ، لزمه، وإن أنكر فقال: وهب لي أو ورثته و لم أشرته، أو لا يستحقّ عليّ الشفعة، قدّم قوله - علي ما تقدّم - مع اليمين، فإن حلف، سقطت الدعوي، وإن نكل، حلف المدّعي، واستحقّ أخذه بالشفعة.

و أمّا الثمن فإمّا أن يجعل في ذمّة الشفيع إلي أن يطالبه المشتري، لأنّه أقرّ له بحقّ فأنكره، فلم يكن له مطالبته، و إمّا أن يلزمه الحاكم بأخذه أو الإبراء منه إذا سأل ذلك الشفيع - كما أنّ المكاتب إذا حمل لسيّده نجوم الكتابة قيل له: إمّا أن تأخذه أو تبرئ - و إمّا أن يحفظه الحاكم في بيت المال، فمتي ادّعاه المشتري سلّم إليه، و إلّا كان محفوظا عليه، لأنّ عليه ضررا في بقاء حقّ غيره في ذمّته، و لهذا إذا طالب من عليه الدّين صاحب الدّين بقبضه، لزم صاحب الدّين قبضه أو الإبراء منه.

هذا إذا أنكر المشتري الشراء، و الشريك القديم غير معترف بالبيع، و لو اعترف و الشقص في يده، فإن لم يعترف بقبض الثمن، ثبتت الشفعة. و فيه وجه للشافعيّة: أنّها لا تثبت(2).

و إذا قلنا بالثبوت، سلّم الثمن إلي البائع، و العهدة عليه، لأنّه تلقّي الملك منه حيث لم يعترف المشتري بالشراء و لا بيّنة هناك، و هو أحد وجهي الشافعيّة. و الثاني: ينصب القاضي أمينا يقبض الثمن منه للمشتري و يدفعه إلي البائع، و يقبض الشقص من البائع للمشتري و يدفعه إلي(4).

ص: 299

- 
- 1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فيجدّد» بالجيم، و هو غلط.
  - 2- العزيز شرح الوجيز 5:525، روضة الطالبين 4:181.

وإذا أخذ البائع ثمن الشقص، فهل له مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن؟ الأقرب ذلك، لأن له غرضا صحيحا، فإنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة، والرجوع عليه بالدرك أسهل (2)، وهو أحد وجهي الشافعية (3).

وحينئذ لو حلف المشتري، فلا شيء عليه. وإن نكل، حلف البائع، وأخذ الثمن من المشتري، وكانت عهده عليه.

وأما ما أخذه من الشفيع فهل يؤخذ منه ويوقف أو يترك في يده؟ وجهان.

وقيل: إن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض بأخذ الثمن من الشفيع؟ فإن رضي، فليقنع (4) به (5).

فإن اعترف مع البيع بقبض الثمن، فإن قلنا: لا شفعة إذا لم يعترف بالقبض، فهنا أولي، وإلا فوجهان أصحهما عندهم: ثبوتها (6).

ثم هل يترك الثمن في يد الشفيع، أم يأخذه القاضي ويحفظه، أم يجبر المشتري على قبوله أو الإبراء منه؟ فيه ما تقدّم (7).

### مسألة 770: لو ادعى عليه الشراء فصدّقه و قال: لم أشره لنفسي،

بل لفلان، فإن كان المضاف إليه حاضرا، استدعاه الحاكم، فإن صدّقه، كان

ص: 300

1- العزيز شرح الوجيز 5:525، روضة الطالبين 4:181.

2- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «سهل». والظاهر ما أثبتناه.

3- العزيز شرح الوجيز 5:525، روضة الطالبين 4:182.

4- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فليتبع» بدل «فليقنع». والصحيح ما أثبتناه كما في المصدر.

5- العزيز شرح الوجيز 5:526، روضة الطالبين 4:182.

6- العزيز شرح الوجيز 5:526، روضة الطالبين 4:182.

7- في ص 296، ضمن المسألة 768.

الشراء له، و الشفعة عليه. وإن كذبه، حكم بأنّ الشراء للمدّعي عليه، وأخذ منه بالشفعة.

وإن كان غائباً، أخذه الحاكم منه، ودفعه إلي الشفيح، وكان الغائب علي حجّته إذا قدم، ولا تؤخّر الشفعة إلي حضور الغائب، لما فيه من إسقاط الشفعة، إذ لكلّ مشترّ الالتجاء إلي دعوي الشراء للغائب. ولأنّ الغائب إمّا مصدّق أو مكذّب، وعلي التقديرين يستحقّ الشفيح الشفعة إمّا عليه أو علي الحاضر.

وإن قال: اشتريته لطفل هو ابني أو لي عليه ولاية، فالأقرب: ثبوت الشفعة إن ثبت الشراء المطلق، وإلا فلا.

أمّا علي التقدير الأوّل: فلأنّ الشراء موجب للشفعة علي كلّ مشتر، سواء كان طفلاً أو لا.

وأمّا علي التقدير الثاني: فلأنّ الملك للطفل، ولا تجب الشفعة بإقرار الوليّ عليه، لاشتغال ذلك علي إيجاب حقّ في مال الصغير بإقرار الوليّ.

و للشافعي قولان:

أحدهما: أنّه إذا أضاف الشراء إلي من له عليه ولاية، تثبت، لأنّ المقرّ يملك الشراء، فصحّ إقراره فيه، كما يصحّ في حقّ نفسه.

و الثاني: لا تثبت، إذ لا يقبل إقرار الوليّ في حقّ الطفل<sup>(1)</sup>.

تذنيب: إذا ادّعي عليه الشفعة [فيما بيده]<sup>(2)</sup> فقال: هذا الشقص لفلان الغائب أو لفلان الصغير، لم تثبت الشفعة إلي أن يقدم الغائب و يبلغه.

ص: 301

1- المغني 5:517، الشرح الكبير 5:530.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «في يده». و الظاهر ما أثبتناه.

الصغير فيطالبهما بذلك، ولا يسأل المقرّر عن سبب ملك الغائب والصغير، لأنّ إقراره بعد ذلك يكون إقراراً في ملك الغير ولا يقبل، و يفارق إذا أقرّ بالشراء ابتداءً، لأنّ الملك ثبت لهما بذلك الإقرار، فيثبت جميعه.

### مسألة 771: لو قال المشتري: إنّي اشتريت الشقص بألف،

فدفع الشفيع إليه الألف و أخذ الشقص بالشفعة فادّعي البائع أنّه باع الشقص بألفين، قضى له بالألفين، عملاً بالبيّنة، ولم يكن للمشتري الرجوع علي الشفيع بما زاد علي الألف - و به قال الشافعي(1) - لاعتراف المشتري بكذب بيّنة البائع، وأنّه قد ظلّمه في الزيادة، فلم يحكم له بها، وإنّما حكمنا للبائع بها، لأنّه لم يكذبها.

وقال أبو حنيفة: يأخذ الشفيع بالألفين، لأنّ الحاكم إذا حكم عليه بالبيّنة، فقد أبطل إقراره، و ثبت أنّ البيع كان بألفين(2).

و نمنع كذب المشتري، و إبطال الحاكم إقراره في حقّ البائع لا يقتضي إبطاله في حقّ نفسه.

و لو قال المشتري: صدقت البيّنة و قد كنت نسيت(3) الثمن، لم يقبل قوله، لأنّه رجوع عن إقرار تعلّق به حقّ غيره، فلا يقبل، كما لو أقرّ الإنسان بشيء ثمّ قال: نسيت، هو دونه، لم يقبل.

### مسألة 772: لو ادّعي كلّ من الشريكين أنّ له الشفعة علي صاحبه فيما في يده،

رجعنا إليهما و قلنا: متي ملكتما؟ فإن قالوا: ملكنا دفعة واحدة، فلا شفعة، لعدم السبق الذي هو شرط الأخذ بالشفعة.

ص: 302

1- المغني 5:520-521، الشرح الكبير 5:526.

2- المغني 5:521، الشرح الكبير 5:526.

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «أنسيت». و هو غلط.



ولو ادّعي كلّ منهما السبق، فقد تقدّم حكمه ما لو أقاما بينتین أو أقام أحدهما خاصّة.

ولو لم يكن لأحدهما بيّنة، نظر إلي السابق بالدعوي فقدّنا دعواه، و كان القول قول الآخر مع يمينه، لأنّه منكر، فإذا حلف، استحقّ نصيبه بالشفعة، ولم تسمع دعواه علي الأول، لأنّ ملكه الذي يستحقّ به الشفعة قد زال.

### مسألة 773: لو ادّعي أحد الشريكين أنّه قد باع حصّته علي زيد فأنكر زيد،

قدّم قول المنكر - وهو زيد - مع اليمين وعدم البيّنة، فإن صدّق الشفيع شريكه علي البيع، و طلب الشفعة و بذل الثمن ليأخذ الشقص، فالأقرب: ثبوت الشفعة في حقّ البائع للشريك - وهو أحد قولي الشافعي، و قول أبي حنيفة و أحمد (1) - لأنّ البائع أقرّ بحقّ للمشتري، و حقّ للشفيع، و قد سقط حقّ المشتري بإنكاره، فلا يسقط حقّ الشفيع، كما لو أقرّ بحقّ لاثنين فردّه أحدهما.

و القول الثاني للشافعي: [لا] (2) لأنّه لا شفعة هنا - و به قال مالك - لأنّ الشفعة فرع علي البيع، فإذا لم يثبت البيع، لم تثبت الشفعة، فإنّ النسب إذا لم يثبت بإقرار أحد الورثة، لم يثبت الميراث (3).

و الفرق: أنّ النسب يتضمّن حقًا له و حقًا عليه، فإذا لم يثبت ما له، لم يثبت ما عليه، و هنا يثبت ما له، و هو الثمن، فتثبت.

ص: 303

- 1- العزيز شرح الوجيز 5:525، روضة الطالبين 4:181، المغني 5:476، الشرح الكبير 5:538.
- 2- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.
- 3- العزيز شرح الوجيز 5:525، روضة الطالبين 4:181، المغني 5:476، الشرح الكبير 5:538.

إذا عرفت هذا، فإن قلنا: لا تثبت الشفعة، فللبائع مخاصمة المشتري وإحلافه، فإن حلف، سقطت الدعوي. وإن نكل، حلف البائع، ويثبت البيع، و تثبت فيه الشفعة.

و هل للشفيع دون البائع إحلاف المشتري؟ الأقرب ذلك.

و كذا للشفيع إحلاف المشتري لو ملك (1) البائع.

و لو حلف المشتري للبائع، فهل عليه أن يحلف للشفيع؟ الأقرب ذلك، لأنه مدّع آخر، فإن حلف، سقطت الشفعة، و لا تسقط بحلف المشتري للبائع. و إن نكل، حلف الشفيع، و كان حكمه مع البائع حكم الشفيع لو لم يقرّ المشتري بالبيع و أقرّ البائع.

و أمّا إن قلنا: تثبت الشفعة، فإن رضي البائع بتسليم الشقص إلي الشفيع و أخذ الثمن منه، كانت العهدة عليه و لا كلام. و إن قال: أنا أطالب المشتري بتسليم الثمن و بتسليم المبيع، فهل له ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك، لأنه قد حصل له مقصود دعواه من جهة الشفيع، فلا حاجة له إلي المخاصمة.

و الثاني: له ذلك، لأنه قد يكون له غرض بأن تكون معاملة المشتري أحبّ إليه في حقوق العقد و في الدرك.

فإن قلنا: لا يخاصم المشتري، دفعه إلي الشفيع، و أخذ الثمن.

لا يقال: أليس لو ادّعي علي رجل بدين، فقال رجل: أنا أدفع إليك الذي تدّعيه و لا تخاصمه، لم يلزمه قبوله، فهلاً (2) قلتتم هنا: لا يلزمه قبول الثمن من الشفيع؟ه.

ص: 304

---

1- كذا، و الظاهر «هلك» بدل «ملك».

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فألاً» بدل «فهلاً» و الصحيح ما أثبتناه.

لأننا نقول: الفرق ثبوت المنّة في قبول الدين من الدافع إليه تبرّعا، وهنا بخلافه.

وإن قلنا: له مخاصمة المشتري، فإن حلف، سقطت دعواه عنه، وأخذ الشفيع، وكانت العهدة علي البائع. وإن نكل، حلف البائع، و ثبت (1) الشراء، وطولب بالثمن، وكانت الشفعة عليه، والعهدة للشفيع.

وأما إن كان البائع يدّعي البيع ويقرّ بقبض الثمن والمشتري ينكر، فهل تثبت الشفعة؟ قال بعض الشافعيّة: لا تثبت، لأنّها لو ثبتت، لكان الشفيع يأخذها بغير عوض، وذلك لا يثبت له، كما لا تثبت له الشفعة في الهبة (2).

وقال بعضهم: تثبت الشفعة، لأنّه قد أقرّ بالشفعة، فلزمه، ويأخذ الشفيع (3).

ويكون في الثمن ما تقدّم (4) إما أن يأخذ المشتري أو يبرئ، وإما أن يحفظه الحاكم، وإما أن يبقى في ذمّة الشفيع.

### مسألة 774: لو أثبتنا الشفعة مع الكثرة

- كما هو رأي بعض علمائنا والعامّة (5) - إذا كانت دار بين أربعة، فباع أحدهم نصيبه من أجنبيّ فادّعي المشتري علي أحدهم أنّه عفا، و شهد له الشريكان الآخران، قبلت شهادتهما إن كانا قد عفوا (6) عن الشفعة، لأنّهما لا يجزّان بهذه الشهادة نفعا إلي أنفسهما. وإن لم يكونا قد عفوا، لم تسمع شهادتهما، لأنّهما يجزّان

ص: 305

1- في الطبعة الحجرية: «يثبت».

2- لم نعثر عليه في مظانّه.

3- لم نعثر عليه في مظانّه.

4- في ص 296، ضمن المسألة 768.

5- تقدّم في ص 202، ضمن المسألة 706.

6- في النسخ الخطيّة والحجرية هنا وفيما يأتي: «عفا» فصحّحناه بما تري.

إلي أنفسهما استحقاق جميع المبيع.

و لو شهدا بالعفو قبل أن يعفوا فردّت شهادتهما ثمّ عفوا و شهدا، لم تقبل، لأنّ الشهادة إذا ردّت للتهمة ثمّ زالت التهمة، لم تقبل الشهادة، كما لو شهد الفاسق فردّت شهادته فتاب ثمّ أقامها، لم تسمع.

و لو شهدا بعد أن عفا أحدهما، سمعت شهادة العافي، و حلف معه الذي لم يعف، و سقطت شفعة المشهود عليه. و إن عفا الآخر بعد ما شهد، حلف المشتري مع الشاهد، و أخذ جميع الشقص.

فرعان:

أ - لو شهد البائع علي الشفيح بالعفو، فإن كان قبل قبضه الثمن، لم تقبل شهادته، لأنّه يجرّ إلي نفسه نفعاً، و هو أن يفلس المشتري فيرجع إليه دون الشفيح. و إن كان بعد قبضه الثمن، قبلت، و هو أحد وجهي الشافعيّة. و في الثاني: لا تقبل، لأنّه ربّما توقّع العود إلي العين بسبب ما(1).

ب - لو شهد السيّد علي مكاتبه بالعفو عن الشفعة، قبل، لأنّ ذلك في الحقيقة شهادة عليه.

و لو شهد بالشراء فيما لمكاتبه الشفعة فيه، قال بعض الشافعيّة:

تقبل، ثمّ تثبت فيه الشفعة تبعاً، و لو شهد له بالشفعة، لم تقبل(2).

و فيه نظر.

**مسألة 775: لو كان ملك بين اثنين أحدهما حاضر و الآخر غائب،**

و نصيب الغائب في يد وكيله، فادّعي الحاضر علي الوكيل أنّه اشترى نصيب

ص: 306

1- العزيز شرح الوجيز 5:546، روضة الطالبين 4:193.

2- العزيز شرح الوجيز 5:546، روضة الطالبين 4:194.

الغائب وله فيه الشفعة، وأقام بذلك بيّنة، فإنّ الحاكم يسمع بيّنته، ويثبت الشراء و الشفعة، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة(1).

قال المزني: وهذا قضاء علي الغائب بالشراء(2)، يريد أنّ الشراء يثبت وهو علي الغائب، فقال بعض(3) الشافعية: إنّهُ ليس قضاء علي الغائب، وإلاّ احتج إلي اليمين مع الشهادة.

وهذا الفرع ساقط عنّا، لأنّنا نحكم علي الغائب.

### مسألة 776: دار بين أخوين وأجنبيّ أفلاّنا فباع الأجنبيّ نصيبه

من رجل فطالب أحد الشريكين الأخوين بالشفعة، فقال المشتري: إنّما اشتريته لأخيك، فكذّبه وقال: بل اشتريته لنفسك، فإن صدّقه الذي أقرّ له، كان الشقص بين الأخوين، وكذا إن كذّبه و طالب بالشفعة فإن قال: أحلفوه أنّه اشتراه لأخي، لم يحلف، لأنّ المدعي يستحقّ نصفه سواء صدّق أو كذّب.

وقد أثبت أبو العباس من الشافعية الشفعة للمشتري في هذا الفرع(4).

فإن قال أحد الأخوين للمشتري: شراؤك باطل، و صدّقه الآخر علي (صحّة الشراء)(5) كانت الشفعة للمصدّق خاصّة.

وكذا إن قال أحدهما: لم يبعه و إنّما اتّهبه، و صدّقه الآخر علي الشراء، كانت الشفعة للمصدّق، لأنّ المكذّب أسقط حقّ نفسه و أقرّ أنّه لا شفعة.

ص: 307

1- مختصر المزني: 121، الحاوي الكبير 297:7، العزيز شرح الوجيز 524:5، المغني 518:5، الشرح الكبير 530:5-531.

2- مختصر المزني: 121.

3- الحاوي الكبير 298:7.

4- لم نعرّ عليه في مظانّه.

5- بدل ما بين القوسين في «س، ي»: «صحّته».

تذنب: لو كانت دار في يد رجل فادّعي آخر عليه أنّه يستحقّ سدسها، فأنكره ثمّ قال له المدّعي عليه: خذ منّي السدس الذي ادّعيته بسدس دارك، فإذا فعل هذا، صحّ، ووجبت الشفعة في كلّ واحد من الشقّصين للشفيع، عند الشافعي(1).

وعندنا لا تثبت الشفعة وإن كان له، وليس ذلك صلحا علي الإنكار، لأنّ المدّعي عليه باع المدّعي، دون المدّعي.

### مسألة 777: لو كان في يد اثنين دار بالشركة بينهما،

فادّعي أحدهما علي الآخر بأنّ النصف الذي في يده اشتراه من زيد، وصدّقه زيد علي ذلك، وقال الشريك: ما اشتريته وإنّما ورثته من أبي ولا شفعة لك، فأقام الشفيع شاهدين شهدا بأنّ زيدا ملك هذا الشقص ميراثا عن أبيه، لم يشهدا بأكثر من ذلك، قال محمّد بن الحسن: تثبت الشفعة للشفيع، ويقال له: إمّا أن تدفع الشقص إليه وتأخذ الثمن، أو تردّه علي البائع ليأخذه الشفيع من البائع ويأخذ الثمن يدفعه إليك، لأنّ الشاهدين يشهدان لزيد بالملك، وزيد يقرّ أنّ المشتري قد ملكه منه بالشراء، فكأنّهما شهدا لزيد بالملك، وعليه بالبيع(2).

قال ابن سريج من الشافعيّة: هذا غلط، ولا شفعة لهذا المدّعي بذلك، لأنّ البيّنة لم تشهد بالبيع. وأمّا إقراره فليس بينه وبين المشتري منازعة فيثبت إقراره، وإنّما يقرّ علي المشتري بالشفعة، وليست الشفعة من حقوق العقد علي البائع، فيقبل فيها قول البائع. ولأنّ شهادته مقبولة، لأنّه

ص: 308

1- لم نعرّ عليه في مظانّه.

2- حكاه عنه الشيخ الطوسي في المبسوط 3:160.

يشهد علي فعل نفسه.

وقال: هذا بمنزلة أن يحلف رجل أنني ما اشتريت هذه الدار من زيد، فيقول زيد: أنا ما بعته مني، وقد كانت ملكا لزيد، فإنه لا يقبل قوله عليه في الحنث، كذا هنا(1).

### مسألة 778: لو مات شفيح و له وارثان،

فادّعي المشتري أنّهما عفا عن الشفعة، و لا بيّنة، فالقول قولهما في عدم العفو، فإن حلفا، تثبت لهما الشفعة، فإن حلف أحدهما و نكل الآخر، لم يحلف المشتري مع نكوله، لأنّه إذا حلف مع نكوله، عاد حقّ الشفعة إلي الشريك الحالف، و لم ينتفع المشتري بيمينه.

ثمّ ينظر في الشريك الحالف، فإن صدّق شريكه علي عدم العفو، كانت الشفعة بينهما، و يأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره، و دركه علي المشتري. و إن كذّبه، أحلف الناكل له، و لا- يكون النكول مسقطا، لأنّ ترك اليمين عذر، علي إشكال. و إن ادّعي أنّه عفا، حلف هو مع نكوله، و تثبت الشفعة كلّها له. فإن عفا هذا الحالف بعد يمينه، كان للمشتري أن يحلف مع نكول الآخر، لأنّه الآن تسقط عنه الشفعة.

و لو شهد أجنبيّ بعفو أحدهما، فإن حلف بعد عفو الآخر، بطلت الشفعة، و إلاّ أخذ الآخر الجميع.

و لا فرق في هذا الفرع بين أن يكون الشفيهان ورثا الشفعة أو كانا شريكين عند مثبت الشفعة مع الشركة.

### مسألة 779: لو ادّعي علي شريكه أنّه اشتراه و له عليه شفعة،

فأنكر

ص: 309

---

1- حكاه عنه الشيخ الطوسي في المبسوط 3:160.

الشريك الشراء و ادّعي الميراث، قدّم قول الشريك، لأصالة عدم الشفعة، وقد سبق(1).

ولو أقام كلّ منهما بيّنة، قيل: يقرع، لأنّه مشتبه.

ويحتمل قوياً الحكم ببيّنة الشفيع، لأنّ القول قول مدّعي الإرث مع اليمين، فتكون البيّنة بيّنة الآخر.

### مسألة 780: لو ادّعي الشفعة فأنكر المدّعي عليه ملكية المدّعي،

فالأقرب: القضاء له باليد علي ما تقدّم(2).

ولو ادّعي أحد المتشبهين الجميع والآخر النصف فقضي له بالنصف باليمين وقضي لصاحب الجميع بالنصف، لعدم المزاحمة فيه ثمّ باعه مدّعي الكلّ، لم يكن لمدّعي النصف شفعة إلاّ مع القضاء باليد.

ولو ادّعي عليه أنّه اشتري حصّة الغائب، التي في يده، فصدّقه، احتمال ثبوت الشفعة، لأنّه إقرار من ذي اليد. وعدمه، لأنّه إقرار علي الغائب، فإنّ قضي بالشفعة فقدم الغائب وأنكر البيع، قدّم قوله مع اليمين، وانتزع(3) الشقص، وطالب بالأجرة من شاء منهما، ولا يرجع أحدهما علي الآخر.

### مسألة 781: لو قال أحد الوارثين أو أحد الشريكين - إن أثبتنا الشفعة

مسألة 781: لو قال أحد الوارثين أو أحد الشريكين - إن أثبتنا الشفعة(4) مع الكثرة -: شراؤك باطل،

وقال الآخر: بل هو صحيح، فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة.

ص: 310

1- في ص 298-299، المسألة 769.

2- في ص 295، المسألة 767.

3- في الطبعة الحجرية: «و انتزعه».

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «الشركة». و الصحيح ما أثبتناه.



و كذا لو قال: أنت اتَّهبتَه، أو ورثته، وقال الآخر: بل اشتريته.

ولو ادَّعي المتبايعان غصبيَّة الثمن المعين، لم ينفذ في حق الشفيع، بل في حقَّهما، ولا يمين عليه، إلا أن يدَّعي عليه العلم، فيحلف علي نفيه.

ولو أقر الشفيع والمشتري خاصَّة، لم تثبت الشفعة، وعلي المشتري ردَّ قيمة الثمن علي صاحبه، ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع و يدَّعي وجوب ردَّ الثمن، و البائع ينكرهما، فيشتري الشقص منه اختياراً، و يتبارءان، وللشفيع في الثاني الشفعة.

ولو أقر الشفيع و البائع خاصَّة، ردَّ البائع الثمن علي المالك، و ليس له مطالبة المشتري، و لا شفعة.

ولو ادَّعي ملكا علي اثنين، فصدَّقه أحدهما، فباع حصَّته علي المصدِّق، فإن كان المكذَّب نفي الملك عنه، فلا شفعة. وإن نفي دعواه عن نفسه، فله الشفعة.

### **مسألة 782: لو أقام المشتري بيّنة علي الشفيع بأنَّه قد عفا عن الشفعة،**

و أقام الشفيع بيّنة بأخذه بالشفعة، و الشقص في يد الشفيع، فالأقرب: الحكم ببيّنة السابق، فإن اتَّحد أو أطلق التاريخان، احتمل تقديم بيّنة الشفيع، لقوّتها باليد، و بيّنة المشتري، لزيادة علمها بالعمو.

و أصحَّهما عند الشافعيَّة: الثاني (1).

وفيه نظر، فإنَّ بيّنة الآخذ تزيد أيضا الشهادة بالآخذ.

### **مسألة 783: لو خرج الشقص مستحقاً بعد بناء الشفيع فيه و غرسه،**

وقلع المستحقَّ البناء و الغرس، فالقول فيما يرجع به الشفيع علي المشتري

ص: 311

من الثمن وما نقص من قيمة البناء والغرس وغير ذلك كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه.

## البحث السادس: في مسقطات الشفعة.

### مسألة 784: المشهور عند علمائنا أنّ الشفعة علي الفور،

فإن أحر الشفيع الطلب مع عدم العذر، بطلت شفيعته - وهو المشهور من أقوال الشافعي (1)، وهو المذكور في كتبه الجديدة، و به قال أبو حنيفة إلا أنه يقدره بالمجلس (2) - لما رواه العامة عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «الشفعة لمن واثبها» (3).

وعنه عليه السلام «الشفعة كنشط العقل إن قيّدت ثبتت، وإن تركت فاللوم علي من تركها» (4).

ومن طريق الخاصة: ما رواه علي بن مهزيار عن الجواد عليه السلام في حديث أنه حدّ للشفيع مجيء الثمن ثلاثة أيام إن كان الثمن في البلد و مدّة غيبته، و ثلاثة أيام بعد حضوره إن كان في غير البلد، ثم قال عليه السلام: «فإن

ص: 312

- 
- 1- الحاوي الكبير 240:7، المهذب - للشيرازي - 386:1-387، الوجيز 1:220، الوسيط 4:97، حلية العلماء 5:283، التهذيب - للبغوي - 4:346، العزيز شرح الوجيز 5:537، روضة الطالبين 4:188، المغني 5:477 و 478، الشرح الكبير 5:473.
  - 2- تحفة الفقهاء 3:51-52، بدائع الصنائع 5:17، الهداية - للمرغيناني - 4:26، مختصر اختلاف العلماء 4:241، 1949، الحاوي الكبير 7:240، حلية العلماء 5:283-284، التهذيب - للبغوي - 4:346-350، العزيز شرح الوجيز 5:539، المغني 5:477، الشرح الكبير 5:473 و 474.
  - 3- بدائع الصنائع 5:17، المغني 5:478، الشرح الكبير 5:474.
  - 4- المغني 5:478، الشرح الكبير 5:473، العزيز شرح الوجيز 5:537-538.

وافاه وإلا فلا شفعة له»(1) ولو كانت الشفعة علي التراخي، لم تسقط الشفعة بتأخير الثمن، بل كانت تقتقر إلي تجديد فسح، كما افتقر البائع إذا أخر المشتري أداء الثمن بعد ثلاثة أيام.

ولأن خيار الشفعة إنما يثبت لإزالة الضرر عن المال، فكان علي الفور، كخيار الرد بالعيب.

والقول الثاني للشافعي: أن له الخيار ثلاثة أيام، فإن شاء أخذ بالشفعة، وإن شاء ترك، فإن خرجت الثلاثة ولم يختر الأخذ، بطلت شفعته - وبه قال ابن أبي ليلى و الثوري - لأن إثبات الخيار علي التراخي إضرار بالمشتري، لأن ملكه لا يستقر علي المبيع، ولا يتصرف بعمارة علي حسب اختياره، لأنه يخاف أن يؤخذ منه فيضيع بعض نفقته، ولا يمكن جعلها علي الفور، لأن الشفيع يحتاج إلي أن يتفكر وينظر هل الحظ في الأخذ أو الترك؟ ويتسبب في تحصيل الثمن، فإذا جعل علي الفور، أضرب به، فلم يكن بد من حد فاصل، وليس إلا الثلاثة، كما حد بها خيار الشرط عندهم - وخيار الحيوان عندنا - وهي آخر حد القلة(2).

وهو يبطل بخيار الرد بالعيب.

و الثالث: أنه علي التراخي لا يسقط إلا بإسقاطه والتصريح بالترك، وليس للمشتري مطالبة بالأخذ أو الترك - وبه قال مالك، إلا أن عند مالك3.

ص: 313

1- التهذيب 167:7، 739.

2- المهذب - للشيرازي - 387:1، الحاوي الكبير 240:7، التهذيب - للبغوي - 350:4، حلية العلماء 284:5، الوجيز 220:1، الوسيط 97:4، العزيز شرح الوجيز 538:5، روضة الطالبين 188:4، المغني 478:5، الشرح الكبير 5: 473.

في انقطاعه روايتين(1): إحداهما: أنّها تنقطع بعد سنة. و الثانية: تنقطع بأن يمضي عليه من الزمان ما يعلم أنّه تارك لها - لأنّ هذا الخيار لا ضرر في تأخيره، لأنّ المنفعة تكون للمشتري، وإن أحدث فيه عمارة من بناء أو غرس، فإنّه يأخذ قيمته، و ما لا ضرر في تأخيره يكون علي التراخي، كخيار القصاص(2).

و نمنع عدم التضرّر(3) وقد سبق.

[و] الرابع: قال في القديم: إنّ علي التراخي لا يسقط إلاّ بإسقاطه، أو يوجد منه ما يدلّ علي إسقاطه، مثل أن يقول المشتري: يعني هذا الشقص، أو: بعه لمن شئت، أو: هبة لي أو لمن شئت، أو: قاسمني(4).

وقال بعض الشافعيّة. لا يبطل بهذا، و للمشتري أن يرفعه إلي الحاكم، فيقول له: إمّا أن تأخذ أو تدع(5).

أمّا التراخي: فلما مرّ.4.

ص: 314

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «روايتان». و الصحيح ما أثبتناه.

2- الحاوي الكبير 241:7-242، حلية العلماء 285:5 و 286، التهذيب - للبعوي - 350:4، الوسيط 97:4-98، العزيز شرح الوجيز 538:5 و 539، روضة الطالبين 188:4، بداية المجتهد 263:2، المعونة 1274:2، المغني 477:5-478، الشرح الكبير 473:5.

3- في الطبعة الحجرية: «الضرر».

4- المهذب - للشيرازي - 386:1، الحاوي الكبير 241:7، حلية العلماء 285:5، التهذيب - للبعوي - 350:4، العزيز شرح الوجيز 538:5، روضة الطالبين 188:4، و انظر: الوسيط 98:4.

5- الحاوي الكبير 241:7، التهذيب - للبعوي - 350:4، العزيز شرح الوجيز 538:5، روضة الطالبين 188:4، و انظر: المهذب - للشيرازي - 386:1-387، و حلية العلماء 285:5، و الوسيط 98:4.

وأما المطالبة: فليزول عن المشتري ما يخافه من أخذ الشفيع، وذلك يمنعه من العمارة والتصرف علي حسب اختياره، وقد يلزمه علي العمارة أكثر ممّا يقوم به، فيلحقه الضرر.

وليس بجيّد، لوجود التضرّر مع التراخي.

والخامس: أنّه علي التراخي يمتدّ مدّة تتّسع لتأمّل المصلحة في الأخذ(1).

وهو إضرار بالمشتري.

إذا عرفت هذا، فلو أّخر المطالبة مع عدم العذر، بطلت شفيعته وإن لم يفارق المجلس، لما تقدّم(2).

وقال أبو حنيفة: إذا لم يفارق المجلس، لم تبطل(3).

### مسألة 785: إذا يحكم بالفورية في الشفعة إذا علم الشفيع بالبيع،

فحينئذ إذا أّخر لغير عذر، بطلت، أما لو لم يعلم بالبيع، فلا تبطل شفيعته وإن مضت سنون كثيرة، وهو علي شفيعته إذا علم.

ولو أخبره من يفيد قوله العلم، كالمعصوم أو عدد التواتر، فترك المطالبة وقال: لم اصدّق المخبر، بطلت شفيعته، وعلم(4) كذبه.

وإن أخبره من لا يفيد خبره العلم، فإن كان ممّن تثبت الحقوق الشرعية بإخباره كالعديلين أو الرجل والمرأتين مع عدالتهم، سقطت شفيعته أيضا، لأنّ إخبار هؤلاء حجة في الشرع يعمل بها.

ص: 315

1- العزيز شرح الوجيز 5:538، روضة الطالبين 4:188.

2- في صدر نفس المسألة.

3- تحفة الفقهاء 3:51-52، بدائع الصنائع 5:17، الهداية - للمرغيناني - 4:26، حلية العلماء 5:283-284، العزيز شرح الوجيز 5:539.

4- في الطبعة الحجرية: «إذا علم» بدل «و علم».

وإن أخبره عدل واحد، فالأقرب: أنه لا تسقط شفاعته، لأن الواحد لا تقوم به البيّنة، وهو أحد قولي الشافعي، ورواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وزفر(1).

والثاني للشافعي: أنه تبطل شفاعته، ولا يقبل عذره بعدم التصديق، لأن الواحد حجّة إذا حلف المدّعي معه(2).

وليس شيئاً، إذ لا- يمين هنا، فإنّه غير عالم فكيف يحلف؟! فإذا لم يحلف كيف يثبت؟! ولو أخبره من لا يقبل قوله - كالكافر والفاسق و الصبي - لم تبطل شفاعته.

والمرأة كالعبد يقبل قولها، و تبطل شفاعته باختيارها عند الشافعي في أحد قوليه. وفي الثاني: أنها كالفاسق(3).

وفي النسوة عنده وجهان بناء علي أنّ المدّعي هل يقضي له يمينه مع امرأتين؟ إن قلنا: لا، فهنّ كالمرأة، وإلّا فكالعدل الواحد(4).

ولو بلغ هؤلاء عدد التواتر، بطل حقه وإن كانوا كافرين أو فسقة، لثبوت العلم عند خبرهم.4.

ص: 316

- 
- 1- الوجيز 1:220، العزيز شرح الوجيز 5:541، روضة الطالبين 4:190، المغني والشرح الكبير 5:480، عيون المسائل: 134، حلية العلماء 5:288 و 289، وفي ص 288 نسبة العكس إلي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وزفر.
  - 2- الوجيز 1:220، العزيز شرح الوجيز 5:541، حلية العلماء 5:288، روضة الطالبين 4:190.
  - 3- حلية العلماء 5:288-289، العزيز شرح الوجيز 5:541، روضة الطالبين 4:190.
  - 4- العزيز شرح الوجيز 5:541، روضة الطالبين 4:190.

و لو أخبره واحد فصدّقه و لم يطلب الشفعة، بطلت و إن لم يكن عدلا، لأنّ العلم بذلك قد يحصل بالواحد للقرائن.

### مسألة 786: إذا علم بالبيع و جهل استحقاقه للشفعة، لم تبطل شفעתه،

و كان له طلبها بعد العلم. و لو علم الشفعة أيضا، لم نكلّفه (1) المبادرة علي خلاف العادة، و العدو حال مشيه و لا تحريك دابّته، بل يمشي علي حسب عادته، بل يرجع (2) في ذلك كلّه إلي العرف، فكلّ ما لا يعدّ تقصيرا لا تبطل به الشفعة، و ما يعدّ تقصيرا أو توانيا في الطلب فإنّه مستقط لها.

### مسألة 787: لو آخر الطلب لعذر، لم تسقط شفעתه.

و العذر ضربان:

أحدهما: ينتظر زواله عن قرب، مثل الاشتغال بصلاة واجبة أو مندوبة أو أكل أو قضاء حاجة أو كون في حمّام، فله الإتمام، و لا يكلف قطعها علي خلاف العادة، و هو أصحّ قولي الشافعيّة. و الثاني: أنّه يكلف قطعها حتي الصلاة إذا كانت نافلة (3).

و علي الصحيح لو دخل وقت الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة، جاز له أن يقدّمها، فإذا فرغ، طلب (4) الشفعة، و لا يلزمه تخفيف الصلاة الواجبة و لا المندوبة، و لا يجب عليه الاقتصار علي المجزئ.

و لو علم ليلا، أو كان يريد الصلاة فأصبح إلي الغد، أو أذن و أقام و صلّي السنّة، لم تبطل شفעתه. و كذا لو انتظر الجماعة.

ص: 317

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «لم يكلفه». و الصحيح: «لم يكلف» أو ما أثبتناه.

2- في الطبعة الحجرية: «و يرجع» بدل «بل يرجع».

3- الوجيز 1:220، العزيز شرح الوجيز 5:540، روضة الطالبين 4:189.

4- في الطبعة الحجرية: «يطلب».

الثاني: ما لا ينتظر زواله عن قرب، كالمرض والحبس والغيبة.

أمّا المرض فإن منعه من الطلب والتوكيل فيه، لم تبطل شفيعته.

وإن لم يمنعه عن التوكيل فأخّر التوكيل مع إمكانه، بطلت شفيعته - وهو أظهر مذاهب الشافعي - لأنه أخّر الطلب مع إمكانه.

و الثاني له: لا تبطل شفيعته بترك التوكيل، لأنه قد يكون له غرض بأن يطالب بنفسه، لأنه أقوم بذلك، أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقرّ عليه فيلزمه إقراره برشوة أو غير ذلك، فكان معذورا في تأخيرها.

و الثالث: إن لم يلحقه في التوكيل مئة ولا مئونة ثقيلة (1)، بطلت، وإلا فلا (2).

و المعتمد ما قلناه.

نعم، لو خاف ضررا علي ما قلناه أولا فأخّر التوكيل، لم تبطل شفيعته.

و لو لم يمكنه التوكيل ولا الطلب وأمكنه الإشهاد علي الطلب، وجب عليه الإشهاد، فإن أهمل الإشهاد لغير عذر، بطلت شفيعته عند بعض الشافعية، لأنه قد يترك الطلب للعذر وقد يتركه لغير عذر، فإذا لم يشهد لم يعلم أنه لعذر، فسقطت شفيعته.

و الثاني - وهو الأقوي عندي - أنه لا يحتاج إلي الإشهاد، لأنه إذا ثبت عذره، كان الظاهر أنه ترك الشفاعة لأجل ذلك، فقبل قوله في ذلك (3).

و أمّا المحبوس فإن كان حبسه ظلما بغير حقّ أو بحقّ هو عاجز عنه، فحكمه كالمرضى إن لم يمكنه التوكيل، لم تسقط شفيعته. وإن أمكنه 4.

ص: 318

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «بفعله» بدل «ثقيله»، وما أثبتناه من المصادر.

2- الوجيز 1:220، العزيز شرح الوجيز 5:539، روضة الطالبين 4:189.

3- العزيز شرح الوجيز 5:539، روضة الطالبين 4:189.



و لم يفعل، سقطت.

و للشافعية (1) الوجهان السابقان.

و لو كان محبوبا بحق يقدر علي أدائه و يجب عليه دفعه و هو مماطل به، فإن وگل، جاز. و إن لم يوگل، بطلت شفעתه، لأنه تركها مع القدرة عليها، و به قال الشافعي (2).

و أما الغائب فإذا بلغت الشفعة، فإن أمكنه المسير فسار أو وگل في الطلب، لم تسقط شفעתه. و إن تعذر عليه المسير و التوكيل، فحقه باق. و إن أمكنه التوكيل فلم يوگل، كان علي الوجهين في المريض.

إذا ثبت هذا، فكلّ موضع آخر لعذر، فهل يجب عليه أن يشهد علي نفسه أنه علي الطلب؟ و جهان تقدّما.

و الخوف من العدو كالمرض.

و كذا خوف الطريق أو عدم الرفيق مع الحاجة إليه و الخوف علي ضياع شيء من ماله أعمار.

و المسافر إذا بلغه الخبر، يخرج طالبا عند بلوغ الخبر، أو يبعث وكيلا مع أمن الطريق، و إلا انتظر من يعتمد عليه و يثق بالسفر معه فيسافر، أو يبعث معه الوكيل.

و الحرّ و البرد المفرطان اللذان يتعدّر السير معهما كالخوف.

و إذا لم يشهد علي الطلب مع إمكانه، ففي بطلان الشفعة ما تقدّم من الوجهين.4.

ص: 319

1- العزيز شرح الوجيز 5:539، روضة الطالبين 4:189.

2- العزيز شرح الوجيز 5:539-540، روضة الطالبين 4:189.

ولو سار المسافر في الحال طالبا للشفعة، لم تسقط شفעתه بترك الإشهاد، ولا يكون الإشهاد واجبا. وكذا لو بعث وكيله في الحال ولم يشهد.

و للشافعي قولان(1).

وكذا لو كان حاضرا في البلد فخرج في الحال إلي المشتري أو إلي الحاكم ولم يشهد.

### مسألة 788: إذا علم بالشفعة، مضي إلي المشتري،

ولا- يحتاج أن يرفع ذلك إلي الحاكم، لأنّ الشفعة ثبتت بالنصّ والإجماع، فلا تفتقر إلي الحاكم، كمدّة الإيلاء والردّ بالعيب، وبه قال الشافعي(2).

فإذا لقي المشتري، بدأه بالسلام، لأنّه سنّة. قال رسول الله صلّي الله عليه وآله:

«من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»(3) فيقول: السلام عليكم، أو: سلام عليك، أو: سلام عليكم، ولا تبطل بذلك شفעתه.

قال الجويني: و من غلا(4) في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لم يبعد أن يشترط فيه ترك الابتداء بالسلام(5).

وكذا لا تبطل لو قال عقب السلام حديثا آخر يتّصل بالسلام، كقوله:

بارك الله لك في صفقة يمينك.

قال الشافعي: لا تبطل الشفعة، لأنّ ذلك يتّصل بالسلام، ويكون

ص: 320

1- العزيز شرح الوجيز 5:540، روضة الطالبين 4:189.

2- التهذيب - للبغوي - 4:352، العزيز شرح الوجيز 5:504 و 540.

3- حلية الأولياء 8:199، وانظر: الكافي 2:471، 2.

4- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «عذر» بدل «غلا». و ما أثبتناه من المصدر.

5- العزيز شرح الوجيز 5:542، روضة الطالبين 4:191.

دعاء لنفسه، لأن الشقص يرجع إليه(1).

وله قول آخر: البطلان(2).

ولو قال غير ذلك، فقد أخرج الشفعة لغير عذر.

ولو قال عند لقائه: بكم اشتريته؟ لم تبطل شفيعته - وهو أحد قولي الشافعية(3) - لافتقاره إلي تحقق ما أخذ به(4).

وقال الباقر: تبطل، لأنه تأخير، لأن من حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث(5).

ولو قال: اشتريت رخيصة، وما أشبهه، بطلت شفيعته، لأنه فضول.

### مسألة 789: ولو لم يمض الشفيع إلي المشتري و مشي إلي الحاكم و طلب الشفعة،

لم يكن مقصراً في الطلب، سواء ترك مطالبة المشتري مع حضوره أو غيبته.

أما لو اقتصر علي الإشهاد بالطلب و لم يمض إلي المشتري و لا إلي القاضي مع إمكانه، قال الشيخ رحمه الله: لا تبطل شفيعته، لعدم الدليل عليه(6)، و به قال أبو حنيفة(7).

وقال الشافعي: يكون مقصراً، و بطلت شفيعته(8).

ولو جهل البطلان، كان عذراً، و لم يكن مقصراً، كما لو جهل أصل

ص: 321

1- العزيز شرح الوجيز 5:542، روضة الطالبين 4:191.

2- العزيز شرح الوجيز 5:542، روضة الطالبين 4:191.

3- العزيز شرح الوجيز 5:542، روضة الطالبين 4:191.

4- كذا، والظاهر: «لافتقاره إلي تحقيق ما أخذه به».

5- العزيز شرح الوجيز 5:542، روضة الطالبين 4:191.

6- الخلاف 3:456، المسألة 42.

7- حكاه عنه الشيخ الطوسي في الخلاف 3:456، المسألة 42، وانظر: العزيز شرح الوجيز 5:540.

8- العزيز شرح الوجيز 5:540، روضة الطالبين 4:190.

ولو كان المشتري غائباً، رفع أمره إلى القاضي وأخذ، ولم يكف الإشهاد.

ولو لم يتمكن من الرفع إلى المشتري ولا إلى القاضي، كفاه الإشهاد على الطلب، فإن تمكن بعد ذلك من المضي إلى المشتري أو القاضي، فالأقرب: عدم الاكتفاء بالإشهاد السابق، فيكون مقصراً لو لم يمض إلى أحدهما، لأنّ الالتجاء إلى الإشهاد كان لعذر وقد زال.

ولو لم يتمكن من المضي إلى أحدهما ولا من الإشهاد، فهل يؤمر أن يقول: تملك الشقص أو أخذته؟ الأقرب: ذلك، لأنّ الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري، فإذا فات القيد، لم يسقط الآخر.

وللشافعية وجهان(1).

### مسألة 790: لا يجب الطلب في بلد المبايعة،

فلو باع الشقص بمصر ثم وجد الشفيع المشتري بمصر آخر فأخر الطلب فلما رجعا إلى مصره طالبه بالشفعة، لم يكن له ذلك، وسقطت شفעתه.

فإن اعتذر الشفيع عن التأخير بأني إنما تركت الطلب لآخذ في موضع الشفعة، لم يكن ذلك عذراً، وقلنا له: ليس تقف المطالبة على تسليم الشقص، فكان ينبغي أن تطلبها حال علمك بها، فبطل حَقُّك، لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص.

### مسألة 791: لو أظهر المتبايعان أنّهما تبايعا بألف فترك الشفيع الشفعة فعنا

أو تواني في الطلب، ثم بان أنّهما تبايعاه بأقلّ من ذلك، لم تسقط

ص: 322

الشفعة، و كان للشفيع المطالبة بها، لاحتمال أن يكون الترك لأجل كثرة الثمن، فإذا كان أقل منه، رغب فيه، فلم تسقط بذلك الترك شفעתه.

و كذا لو بلغه أنه باعه بالثمن المسمي سهاماً قليلة ثم ظهر أنها كثيرة.

و كذا إذا كانا قد أظهرتا تباعاً ذلك بالدنانير، فترك ثم بان أنهما تباعاً ذلك بالدرهم، تثبت الشفعة، سواء كانت بقيمة الدرهم أو أكثر أو أقل - و به قال الشافعي و زفر (1) - لأنه قد يكون له غرض في ذلك بأن يكون مالكا لأحد النقدين دون الذي وقع التباع به.

و قال أبو حنيفة و أبو يوسف و محمد: إذا كانت قيمتهما سواء، سقطت شفעתه - و به قال بعض الشافعية - لأنهما يجريان مجري الجنس الواحد (2).

و كذا إن أظهر له أن زيدا اشتراها، فترك الشفعة فبان أن المشتري عمرو و أن زيدا كان وكيلاً لعمرو، لم تبطل الشفعة، و كان له المطالبة بها، لاحتمال أن يكون يرضي بشركة زيد و لا يرضي بشركة عمرو.

و لو ظهر كذب نوع الثمن، فقال: اشتريته بدرهم راضية، فترك الشفعة فظهر أنه اشترى بدرهم رضوية، لم تبطل شفעתه، و كان له الطلب.

و كذا لو أخبر بأن المشتري اشترى النصف بمائة، فترك الشفيع ثم 5.

ص: 323

---

1- التهذيب - للبخاري - 353:4، حلية العلماء 298:5-299، العزيز شرح الوجيز 541:5-542، روضة الطالبين 4:190، بدائع الصنائع 5:19، الاختيار لتعليل المختار 2:542، المغني 5:481، الشرح الكبير 5:479.

2- بدائع الصنائع 5:19، الاختيار لتعليل المختار 2:73-74، حلية العلماء 5:299، العزيز شرح الوجيز 5:542، روضة الطالبين 4:190-191، المغني 5:481، الشرح الكبير 5:479.

بان(1) أنه اشترى الربع بخمسين أو بالعكس، تثبت الشفعة، لأنه قد يكون له غرض في القليل، وقد يكون له أيضا غرض في الكثير.

وكذا لو قيل له: باع كل نصيبه، فترك ثم ظهر بعضه أو بالعكس، أو أنه باعه بثمان حال، فترك ثم ظهر أنه مؤجل، أو أنه باعه إلى شهر، فترك فظهر أنه إلى شهرين أو بالعكس، أو أنه باع رجلين فبان رجلا- أو بالعكس، فترك الشفعة قبل ظهور الحال، لم تبطل الشفعة، لاختلاف الغرض بذلك.

ولو ظهر بأن الثمن عشرة، فترك الشفعة ثم ظهر أن الثمن عشرون(2)، أو أخبر بأن الثمن مؤجل(3)، فترك فبان حالا، أو أن المبيع الجميع بألف فبان أن البعض بألف، بطل حقه من الشفعة قطعا.

ولو أخبر(4) أنه اشترى النصف بمائة، فترك الشفعة ثم ظهر أنه اشترى الربع بخمسين أو بالعكس، تثبت الشفعة، لأنه قد يكون له غرض في القليل أو الكثير.

ولو بلغه(5) أن المشتري واحد، فترك الشفعة ثم ظهر أنه ذلك الواحد و آخر، فله الشفعة من كل منهما و من أحدهما إن قلنا بثبوت الشفعة مع الكثرة، لأنه ترك الذي ترك له علي أنه اشترى الجميع، فإذا كان اشترى البعض، تثبت له، و أما الآخر فلم يتركه له.».

ص: 324

- 1- في الطبعة الحجرية: «ظهر» بدل «بان».
- 2- في النسخ الخطية و الحجرية: «عشرين». و الصحيح ما أثبتناه.
- 3- في النسخ الخطية و الحجرية: «مؤجلا» بالنصب.
- 4- تقدّم هذا الفرع آنفا بعد قوله: «و لو ظهر كذب.. كان له طلب».
- 5- تقدّم هذا الفرع آنفا عند قوله: «.. أو أنه باع.. أو بالعكس».

## مسألة 792: لو أقرّ الطلب و اعتذر بحصول مرض أو حبس أو غيبة، و أنكر المشتري،

قدّم قول الشفيع إن علم حصول العارض - الذي ادّعه - له، وإن لم يعلم له هذه الحال، قدّم قول المشتري، لأصالة عدم، و أصالة عدم الشفعة.

و لو قال: لم أعلم ثبوت حقّ الشفعة، أو قال: أخرت لأنّي لم أعلم أنّ الشفعة علي الفور(1)، فإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ في برّيّة لا يعرفون الأحكام، قبل قوله، و له الأخذ بالشفعة، و إلاّ فلا.

## مسألة 793: لو ضمن الشفيع العهدة للمشتري أو ضمن الدرك للبائع عن المشتري،

قال الشيخ رحمه الله: لا تسقط شفيعته، و به قال الشافعي، و كذا إذا شرط الخيار للشفيع إذا قلنا بصحّة اشتراط الخيار للأجنبيّ، لأنّ هذا سبب سبق وجوب الشفعة، فلا تسقط به، كما إذا أذن له في البيع أو عفا عن الشفعة قبل تمام البيع(2).

و قال أهل العراق: إنّه تسقط الشفعة، لأنّ العقد تمّ به، فأشبهه البائع إذا باع بعض نصيبه، لا شفعة له(3).

قالت الشافعيّة: هذا ليس بصحيح، لأنّ البيع لا يقف علي الضمان، و يبطل بما(4) إذا كان المشتري شريكاً، فإنّه تثبت له الشفعة بقدر نصيبه(5).

ص: 325

- 
- 1- ورد في النسخ الخطيّة و الحجرية قوله: «أو قال.. علي الفور» بعد قوله: «فإن كان قريب العهد بالإسلام». و هو سهو من النسخ.
  - 2- الخلاف 3:447، المسألة 25، و انظر: حلية العلماء 5:312، و العزيز شرح الوجيز 5:546، و المغني 5:543، و الشرح الكبير 5:483.
  - 3- حلية العلماء 5:312، المغني 5:543، الشرح الكبير 5:483، الخلاف - للطوسي - 3:447، المسألة 25.
  - 4- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «به» بدل «بما». و الصحيح ما أثبتناه.
  - 5- انظر: المغني 5:543، و الشرح الكبير 5:484.

و القول ببطلان الشفعة لا بأس به عندي، لدلالة ذلك علي الرضا بالبيع.

قال الشيخ رحمه الله: ولو كان الشفيع وكيلًا في البيع (1)، لم تسقط شفيعته، سواء كان وكيلًا للبائع في البيع أو للمشتري في الشراء - وبه قال الشافعي - لعدم الدليل علي سقوط الشفعة بالوكالة (2).

وقال بعض الشافعية: إن كان وكيلًا للبائع، فلا شفعة له، وإن كان وكيلًا للمشتري، ثبتت له الشفعة، والفرق: أنه إذا كان وكيلًا في البيع، لحقته التهمة، وفي الشراء لا تهمة (3).

وقال أهل العراق: إذا كان وكيلًا للمشتري، سقطت شفيعته، بناء علي أصلهم أن الوكيل يملك، ولا يستحق علي نفسه الشفعة (4).

ويحتمل عندي قويًا بطلان الشفعة، لأن التوكيل يدل علي الرضا بالبيع.

### مسألة 794: لو أذن الشفيع في البيع، فقال: بع نصيبك و قد عفوت عن الشفعة،

أو أبرأه (5) من الشفعة قبل تمام البيع أو أسقط حقه أو عفا قبل العقد، لم تسقط شفيعته، وبه قال الشافعي (6).

ص: 326

1- أي: بيع الشقص الذي يستحق به الشفعة.

2- الخلاف 3: 448، المسألة 27، وراجع: المغني 5: 542، والشرح الكبير 5: 483-484.

3- المغني 5: 542، الشرح الكبير 5: 483.

4- حكاه عنهم الشيخ الطوسي في الخلاف 3: 448، المسألة 27، وابتا قدامة في المغني 5: 542، والشرح الكبير 5: 483.

5- في النسخ الخطية والحجرية: «أبرأ». والظاهر ما أثبتناه.

6- حلية العلماء 5: 309، مختصر اختلاف العلماء 4: 240، 1948، المغني 5: 541، الشرح الكبير 5: 484.



و حكى عن عثمان البتي أنه قال: تسقط الشفعة (1)، لرواية جابر عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «الشفعة في كلِّ شرك في أرض (2) أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض علي شريكه فيأخذ أو يدع» (3) فأجاز تركه.

و المراد العرض علي الشريك لبتاع ذلك إن أراد، فيخفّ بذلك المثونة عليه في أخذ المشتري الشقص، لأنّ قوله عليه السلام: «فيأخذ» ليس بالشفعة، لأنّ العرض متقدّم علي البيع، والأخذ متعقب للعرض، فقوله:

«أو يدع» أي: يدع الشراء، لا أنّه يسقط حقّه بتسليمه. و الأصل فيه أنّ ذلك إسقاط حقّ قبل وجوبه، فلا يصحّ، كما لو أبرأه ممّا يدينه إياه. و كذا لو قال للمشتري: اشتر فلا أطالبك بالشفعة و قد عفوت عنها، لم يسقط حقّه بذلك.

فروع:

أ - إذا شهد الشفيع علي البيع، لم تبطل شفעתه بذلك، لأنّه قد يريد البيع ليأخذه بالشفعة، و كذا في الإذن بالبيع علي ما تقدّم (4).

ب - لو بارك للبائع فيما باع أو للمشتري فيما اشترى، لم تسقط شفעתه، و قد سلف (5).

ج - لو قال الشفيع للمشتري: بعني أو قاسمني، بطلت شفעתه، لأنّه يتضمّن الرضا بالبيع وإجازته له. 8.

ص: 327

1- مختصر اختلاف العلماء 4:240، 1948، حلية العلماء 5:309.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «شرك بأرض». و ما أثبتناه من المصدر.

3- صحيح مسلم 3:1229، 135.

4- في صدر المسألة 794.

5- في ص 320 ضمن المسألة 788.

د - لو شرط الخيار للشفيع فاختر الإمضاء، سقطت شفيعته إن ترتبت علي اللزوم.

### مسألة 795: لو باع أحد الشريكين نصيبه و لم يعلم شريكه حتي باع نصيبه

ثم علم بيع شريكه، فالأقرب: عدم الشفعة، لأنها إنما ثبتت لزوال الضرر بها عن نصيبه، فإذا باع نصيبه فلا معني لإثباتها، كما لو وجد بالمبيع عيبا ثم زال قبل علم المشتري، وهو أحد قولي الشافعي. و الثاني: أنه تثبت له الشفعة في النصيب الأول، لأنه استحق فيه الشفعة بوجود ملكه حين التباع، فلم يؤثر زوال ملكه بعد ذلك (1).

و كذا البحث لو وهب نصيبه قبل علمه بالبيع ثم علم، و كذا لو تقايلا في هذا بالبيع (2) الثاني.

إذا عرفت هذا، فإن قلنا: لا شفعة له، فللمشتري منه الأخذ بالشفعة، لوجود المقتضي، و هو الشركة.

و إن قلنا: له الشفعة، فالأقرب: عدم استحقاق المشتري منه للشفعة إن قلنا بانتفاء الشفعة مع الكثرة، و إلا فإشكال أقربه ذلك أيضا، لأن الشفعة استحقها البائع الجاهل، لسبق عقد الشفعة علي عقده، فلا يستحقها الآخر، لامتناع استحقاق المستحقين شيئا واحدا.

و لو كان الجاهل قد باع نصف نصيبه و قلنا بالشفعة مع الكثرة، فوجهان:

أحدهما: أنه تسقط الشفعة - و هو أحد قولي الشافعي (3) - كما إذا عفا

ص: 328

1- العزيز شرح الوجيز 5:543، روضة الطالبين 4:191.

2- كذا.

3- العزيز شرح الوجيز 5:543، روضة الطالبين 4:191-192.

عن بعض الشفعة.

والثاني: لا تسقط، لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد كذا إذا بقي. ولأنه معذور بجهله، وقد بقيت الحاجة - الموجبة للشفعة - للمشاركة (1).

ولو باع الشفيع نصيبه عالماً أو وهبه عالماً بثبوت الشفعة، بطلت شفעתه، سواء قلنا: إن الشفعة علي الفور أو علي التراخي، لزوال ضرر المشاركة.

ولو باع بعض نصيبه عالماً، فإن قلنا بطلان الشفعة مع الكثرة، فكذلك، لتكثّر الشركاء. وإن قلنا بثبوتها معها، فالأقرب: البطلان أيضاً، لثبوت التضرّر بالشركة، فلا أثر للشفعة في زوالها.

ويحتمل عدم البطلان، لأنّ تضرّر الشركة قد يحصل مع شخص دون آخر، ولهذا قلنا: إنّه إذا بلغه أنّ المشتري زيد فترك الشفعة ثمّ بان أنّه عمرو، لم تبطل شفעתه، كذا هنا.

أمّا لو طالب بالشفعة فامتنع عليه المشتري من الدفع بعد أن بذل المال، لم تسقط شفעתه.

فإن باع نصيبه حالة المنع منها ثمّ تمكّن من الطلب، ففي ثبوته إشكال ينشأ: من استحقاقه للطلب أولاً وقد طلب، فلا تبطل شفעתه بالمبيع، و البيع معذور فيه، لإمكان حاجته، و من بطلان العلة الموجبة للشفعة، وهي الشركة. وهو أقرب.

ولو تملك بالشفعة فقال: تملك بالشفعة، حالة منع المشتري منها، 2.

ص: 329

فالأقرب: أنه يملك الشقص بذلك، فإذا باع نصيبه بعد ذلك، لم تسقط شفيعته علي هذا التقدير قطعاً. وكذا له النماء من المشتري والأجرة.

### مسألة 796: إذا وجبت الشفعة و اصطلاح الشفيع و المشتري علي تركها بعوض،

صحّ عندنا، و سقطت الشفعة - و به قال مالك(1) - لعموم جواز الصلح. و لأنه عوض علي إزالة ملك في ملك، فجاز، كأخذ العوض علي تمليك امرأته أمرها في الخلع.

و قال أبو حنيفة و الشافعي: لا تصحّ المعاوضة، لأنه خيار لا يسقط إلي مال، فلا يجوز أخذ العوض عنه، كخيار المجلس(2).

و هل تبطل الشفعة؟ للشافعي وجهان:

أحدهما: البطلان، لأنه تركها بعوض لا يسلم له، فكان كما لو تركها.

و الثاني: لا تسقط، لأنه لم يرض بإسقاطها مجاناً، و إنما رضي بالمعاوضة عنها، فإذا لم تثبت له المعاوضة، كانت الشفعة باقية(3).

و هذان الوجهان جاريان في الردّ بالعيب إذا عاوض عنه و قلنا:

لا تصحّ المعاوضة.

و عندنا أنه تصحّ المعاوضة أيضاً.

### مسألة 797: إذا وجبت الشفعة في شقص فقال صاحب الشفعة:

أخذت نصف الشقص، لم يكن له ذلك.

ص: 330

1- المغني و الشرح الكبير 5:482.

2- الحاوي الكبير 7:244، التهذيب - للبعوي - 4:353، المغني 5:482 - 483، الشرح الكبير 5:481-482.

3- الحاوي الكبير 7:244، التهذيب - للبعوي - 4:353-354.

و هل تسقط شفَعته؟ قال محمّد بن الحسن و بعض الشافعيّة: نعم، لأنّه إذا طلب بعضها، فقد أحرّ بعضها، فقد ترك شفَعته في بعضها، و إذا ترك بعضها، سقطت كلّها، لأنّها لا تتبعّض (1).

وقال أبو يوسف: لا تسقط، لأنّ اختياره لبعضها طلب للشفعة، فلا يجوز أن يكون هو بعينه تركا لها، لعدم دلالة الشيء علي نقيضه. و لأنّه لمّا لم يجز له أن يأخذ بعضها دون بعض كان طلب بعضها كطلب جميعها (2).

و اعترض: بأنّ طلب البعض لا يكون طلبا للجميع، و لا معني لطلب الجميع بطلب البعض، و لا غرض، فتسقط (3).

### البحث السابع: في تفاريع القول بالشفعة مع الكثرة.

#### مسألة 798: اختلف القائلون بثبوت الشفعة مع الكثرة

- من أصحابنا و من العامة - هل هي علي عدد الرؤوس أو علي قدر الأنصباء؟ فذهب بعض علمائنا إلي أنّها تثبت علي عدد الرجال (4)، فلو كان لأحد الشركاء النصف و للباقيين النصف الآخر بالسويّة فباع صاحب الربع نصيبه، كانت الشفعة بين صاحب النصف و صاحب الربع بالسويّة - و به قال

ص: 331

1- الحاوي الكبير 7:244، حلية العلماء 5:292، المغني 5:483، الشرح الكبير 5:489-490.

2- الحاوي الكبير 7:244، حلية العلماء 5:293، المغني 5:483، الشرح الكبير 5:490.

3- المغني 5:483، الشرح الكبير 5:490.

4- كما في المبسوط - للطوسي - 3:113، و نسبه الفاضل الآبي في كشف الرموز 2:393 إلي ابن الجنيد.

الشعبي و النخعي و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة و أبو حنيفة و أصحابه و المزني و الشافعي في أحد القولين، و أحمد في إحدَي الروايتين(1) -  
لقول أمير المؤمنين عليه السلام: «الشفعة علي عدد الرجال»(2).

و لأنَّ كلَّ واحد منهم لو انفرد، كان له أخذ الكلِّ، فإذا اجتمعوا اشتركوا، كالبنين في الميراث، و كما لو كان لواحد من الثلاثة نصف عبد و  
للثاني ثلثه و للثالث سدسه فأعتق صاحب الثلث و السدس حصَّتهما معا دفعة و هما موسران، فإنَّ النصف يقوم عليهما بالسوية و إن  
اختلف استحقاقهما.

و قال بعض علمائنا: إنَّها تثبت علي قدر النَّصب(3) - و به قال عطاء و مالك و إسحاق و أحمد في الرواية الأخرى و الشافعي في القول  
الآخر، و هو مذهب سوار القاضي و عبيد الله بن الحسن العنبري(4) - لأنه حقَّ يستفاد بسبب الملك، فكان علي قدر الأملاك كالغلة.4.

ص: 332

- 
- 1- المغني 5:523، الشرح الكبير 5:490، الهداية - للمرغيناني - 4:25، مختصر اختلاف العلماء 4:248، 1965، الحاوي الكبير  
7:259، المهذب - للشيرازي - 1:388، حلية العلماء 5:291، التهذيب - للبعوي - 4:362، الوسيط 4:94، الوجيز 1:219، العزيز  
شرح الوجيز 5:527 و 528، روضة الطالبين 4:182، المحلّي 9:98-99، الاستذكار 21:281، 5-31374.
  - 2- الفقيه 3:45، 156، التهذيب 7:166، 736، الاستبصار 3:116-117، 416.
  - 3- كما في المبسوط - للطوسي - 3:113، و المهذب - لابن البراج - 1:453.
  - 4- المغني 5:523، الشرح الكبير 5:490، بداية المجتهد 2:260، الاستذكار 21:280، 31370، و 281، 3-31372، المعونة  
2:1269، المهذب - للشيرازي - 1:388، الحاوي الكبير 7:259، حلية العلماء 5:291-292، التهذيب - للبعوي - 4:362، الوسيط  
4:94، الوجيز 1:219، العزيز شرح الوجيز 5:527 و 528، روضة الطالبين 4:182، المحلّي 9:99، مختصر اختلاف العلماء 4:248،  
1965، الهداية - للمرغيناني - 4:25.

ثمّ نقضوا الأوّل(1) بالفرسان و الرّجاله في الغنيمه، من انفرد منهم استحقّ الكلّ، و إذا اجتمعوا تفاضلوا، و كذا أصحاب الديون إذا كان من عليه الدّين ماله مثل أقلّ الديون، و المعتقان استويا، لأنّ العتق إتلاف النصيب الباقي، و سبب الإتلاف يستوي فيه القليل و الكثير، كالنجاسة تقع في المائع، و هنا يستحقّ بسبب الملك، فافترقا(2).

و الفرق ظاهر، فإنّ الفرس كالفارس، فلا- تفاضل في الحقيقة، و الدّين كالكسب الحاصل لأرباب الديون، فكانوا فيه علي قدر رءوس أموالهم.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا: الشفعة علي عدد الرءوس، فلا بحث.

و إن قلنا: علي قدر الأنصباء، فلو كان لأحدهما النصف و للآخر الربع و المبيع الربع، استحقّ صاحب النصف ثلثي المبيع، و صاحب الربع ثلثه، فتقسّم الجملة من اثني عشر، لصاحب النصف ثمانية، و لصاحب الربع أربعة، فقد صار لأحدهما الثلثان و للآخر الثلث.

### مسألة 799: إذا تزاحم الشركاء، فالأقسام ثلاثة:

الأوّل: أن يتفقوا علي الطلب، فإن كانوا حاضرين بأجمعهم حالة البيع، فتثبت بينهم الشفعة علي عدد الأنصباء أو علي عدد الرءوس، فلو كانت الدار بين أربعة بالسويّة باع أحدهم نصيبه، كان للثلاثة الباقية أخذها بالشفعة، فتصير الدار أثلاثا بعد أن كانت أربعا.

الثاني: أن لا يكونوا بأجمعهم حاضرين فإمّا أن يكونوا بأجمعهم غيّابا أو بعضهم، و علي كلا التقديرين لا تسقط شفعة الغائب بغيبته مع التأخر، لمكان العذر. فإن قدموا بأجمعهم، فحكمهم حكم الحاضرين.

ص: 333

1- أي القول الأوّل.

2- راجع المغني 5:523، و الشرح الكبير 5:491.

وإن حضر بعضهم، فحكمه حكم ما إذا غاب البعض خاصة.

إذا ثبت هذا، فإن كان الحاضر واحداً أو قدم بعد غيبة الجميع، فليس له أخذ حصته فقط، لما فيه من التبعيض، و الشفعة وضعت لإزالته، فلا تكون سببا فيه. ولما فيه من تضرر المشتري، ولا يكلف الصبر إلي حضور الغياب، لأنه إضرار به والمشتري، بل يأخذ الجميع، لأن الحاضر هو المستحق للجميع بطلبه، والغياب لم يوجد منهم مطالبة بالشفعة، فحينئذ إما أن يأخذ الحاضر الجميع أو يترك.

ولو كان الحاضر اثنين أو قدم اثنان، تساويا في أخذ الجميع أو الترك.

الثالث: أن يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم، فالطالبون بالخيار بين أخذ الكل أو تركه ولو كان الباقي واحداً، لأن الشفعة إنما تثبت بسوء المشاركة و مؤونة القسمة، فإذا أراد أن يأخذ من المشتري بعض الشقص، لم يزل الضرر الذي لأجله تثبت الشفعة. ولأن الشفعة إنما تثبت لإزالة الضرر عنه، وفي تبعيض الشقص إضرار بالمشتري، فلا يزال الضرر بالحاق ضرر.

### مسألة 800: ليس للشفيع تشقيص الشفعة،

بل إما أن يأخذ بالجميع<sup>(1)</sup> أو يترك الجميع، لما في التشقيص من الإضرار بالمشتري.

إذا ثبت هذا، فلو عفا عن بعض الشفعة، سقطت شفعتها، كالقصاص، وهو أحد وجوه الشافعية.

والثاني: لا يسقط شيء، كعفوه عن بعض حد القذف.

ص: 334

---

1- في «س، ي»: «الجميع».



و الثالث: يسقط ما عفا عنه، و يبقى الباقي (1).

قال الصيدلاني منهم: موضع هذا الوجه ما إذا رضي المشتري بتبعيض الصفقة، فإن أبي وقال: خذ الكل أو دعه، فله ذلك (2).

وقال الجويني: هذه الأوجه إذا لم نحكم بأن الشفعة علي الفور، فإن حكمنا به، فطريقان: منهم من قطع بأن العفو عن البعض تأخير لطلب الباقي، و منهم من احتمل ذلك إذا بادر إلي طلب الباقي، و طرد الأوجه (3)(4).

إذا تقرّر هذا، فنقول: إذا استحقّ اثنان شفعة فعفا أحدهما عن حقّه، سقط نصيب العافي، و يثبت جميع الشفعة للآخر، فإن شاء أخذ الجميع، و إن شاء تركه، و ليس له الاقتصار علي قدر حصّته، لئلاّ تتبعض الصفقة علي المشتري، و هو أحد وجوه الشافعية.

و الثاني: أنّه يسقط حقّهما - و هو اختيار ابن سريج - كالتقصاص.

و الثالث: لا يسقط حقّ واحد منهما تغليباً للثبوت.

و الرابع: يسقط حقّ العافي، و ليس لصاحبه أن يأخذ إلاّ قسطه، و ليس للمشتري إلزامه بأخذ الجميع (5).

هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء، و لو ثبتت لواحد فمات عن اثنين فعفا أحدهما، فهل له كما لو ثبتت لواحد فعفا عن بعضها، أم كثبوتها4.

ص: 335

1- العزيز شرح الوجيز 5:531، روضة الطالبين 4:184.

2- العزيز شرح الوجيز 5:531، روضة الطالبين 4:184.

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «الوجه» بدل «الأوجه». و ما أثبتناه من «روضة الطالبين». و بدلها في «العزيز شرح الوجيز»: «الوجه».

4- العزيز شرح الوجيز 5:531، روضة الطالبين 4:181.

5- العزيز شرح الوجيز 5:532، روضة الطالبين 4:181.

لاثنين عفا أحدهما؟ للشافعية وجهان(1).

تذنب: لو كان للشقص شفيعان فمات كل عن اثنين فعفا أحدهم عن حقه، فللشافعية وجوه:

أ - أنه يسقط جميع الشفعة.

ب - يبقى جميع الشفعة للأربعة، لبطلان العفو.

ج - يسقط حق العافي وأخيه خاصة، لاتحادهما في سبب الملك، ويأخذه الآخران.

د - ينتقل حق العافي إلي الثلاثة، فيأخذون الشقص أثلاثا.

هـ - يستقر حق العافي للمشتري، ويأخذ الثلاثة ثلاثة أرباع الشقص.

و - ينتقل حق العافي إلي أخيه فقط(2).

وعلي ما اخترناه نحن قبل ذلك فالوجه المعتمد هو الخامس من هذه الوجوه.

### مسألة 801: لو مات عن اثنين و له دار، فهي بينهما بالسوية،

فلو مات أحدهما و ورثه ابنان له فباع أحدهما نصيبه فإن الشفعة تثبت لأخيه وعمه - و به قال الشافعي في الإملاء، قال: و هو القياس، و به قال أبو حنيفة و أحمد و المزني(3) - لأتھما شريكان حال ثبوت الشفعة، فكانت الشفعة بينهما، كما لو ملك الثلاثة بسبب واحد.

وقال في القديم: أن أخاه أحق بالشفعة - و به قال مالك - لأن الأخ

ص: 336

1- العزيز شرح الوجيز 5:532، روضة الطالبين 4:181.

2- العزيز شرح الوجيز 5:532-533، روضة الطالبين 4:184-185.

3- المغني 5:524، المهذب - للشيرازي - 1:388، الحاوي الكبير 7:255، حلية العلماء 5:299، التهذيب - للبخاري - 4:362،

الوسيط 4:94-95، العزيز شرح الوجيز 5:528، روضة الطالبين 4:183.

أخصّ شركته من العمّ، لاشتراكهما في سبب الملك، ولهذا لو قسّمت الدار، كانا حزبا و العمّ حزبا آخر(1).

ولا معني(2) للاختصاص، لأنّ الاعتبار بالشركة لا بسببها. وأمّا القسمة فإنّ القاسم يجعل الدار أربعة أجزاء: اثنان للعمّ، ولكلّ واحد جزء، كما يفعل ذلك في الفرائض.

فروع:

أ - لو قلنا: تختصّ بالأخ - كما هو أحد قولي الشافعي - لو عفا عن الشفعة، ففي ثبوتها للعمّ عند الشافعيّة وجهان:

أحدهما: أنّها لا تثبت، لأنّه لو كان مستحقّاً، لما تقدّم عليه غيره.

و الثاني: تثبت له، لأنّه شريك، وإنّما يقدّم الأخ لزيادة قربه، كما أنّ المرتهن يقدّم في المرهون علي باقي الغرماء، فلو أسقط حقّه، أمسكه الباقيون(3).

ب - هذا الحكم لا يختصّ بالأخ و العمّ، بل في كلّ صورة ملك شريكان عقارا بسبب واحد، وغيرهما من الشركاء بسبب آخر، فلو اشترى نصف دار و اشترى آخران النصف الآخر ثمّ باع أحد الآخرين نصيبه، فهل 4.

ص: 337

---

1- المهذّب - للشيرازي - 388:1، الحاوي الكبير 256:7، حلية العلماء 5:300، التهذيب - للبغوي - 4:363، الوسيط 4:95، العزيز شرح الوجيز 5:528، روضة الطالبين 4:183، المغني 5:524.

2- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «فلا معني». و الظاهر ما أثبتناه حيث إنّ ردّ علي الشافعي في قوله القديم.

3- المهذّب - للشيرازي - 388:1، الحاوي الكبير 256:7، حلية العلماء 5:300، العزيز شرح الوجيز 5:528-529، روضة الطالبين 4:183.

الشفعة للآخر الذي يشاركه في الشراء خاصة، أو له وللاول صاحب النصف؟ للشافعي قولان، لاختلاف سبب الملك(1).

وكذا لو ورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين وعفا الآخر ثم باع أحد المشتريين نصيبه، فهل تثبت الشفعة للمشتري الآخر أم [للكل](2)؟ علي القولين(3).

ج - لو مات صاحب عقار وخلف ابنتين وأختين، فالمال بأجمعه - عندنا - للبنتين.

وعند العامة للبنتين الثلثان، وللأختين الثلث.

فلو باعت إحدى الأختين نصيبها، فهل تثبت الشفعة لأختها أو لها وللبنتين؟ للشافعية وجهان:

أحدهما: أن ذلك مبني علي القولين اللذين ذكرناهما، لاختلاف سبب الملك.

و الثاني: [أنهن يشتركن](4) في الشفعة قولاً واحداً، لأن السبب واحد - وهو الميراث - وإن اختلف قدر الاستحقاق(5).4.

ص: 338

1- التهذيب - للبغوي - 363:4، العزيز شرح الوجيز 529:5، روضة الطالبين 4: 183.

2- في النسخ الخطية والحجرية بدل «للكل»: «لذلك». والصحيح ما أثبتناه.

3- المهذب - للشيرازي - 1: 388-389، التهذيب - للبغوي - 363:4، حلية العلماء 5: 300.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجرية: «أنهم يشتركون». والصحيح ما أثبتناه.

5- المهذب - للشيرازي - 1: 389، حلية العلماء 5: 301، العزيز شرح الوجيز 5: 529، روضة الطالبين 4: 183.

د - لو مات الرجل عن ثلاثة (1) بنين و خلف دارا ثم مات أحدهم و خلف ابنين فباع أحد العميين نصيبه، فهل يكون العم الآخر أحق بالشفعة، أو يشترك هو و ابنا (2) أخيه؟ للشافعية وجهان:

أحدهما: أن ذلك علي القولين.

و الثاني: أنهم يشتركون (3).

و الفصل بين هذه و ما تقدم من مسألة الأخ و العم: أن هنا يقوم أبناء الميت منهم مقام أبيهم و يخلفونه في الملك، و لو كان أبوهم باقيا، شارك أخاه في الشفعة، فلهذا شاركوه، و في مسألة الأخ و العم البائع ابن أخيهم، و هم لا يقومون مقام أخيهم، و إنما يقومون مقام أبيهم.

ه - إذا قلنا: إن الشفعة للجماعة، قسم بينهم إما علي قدر النصيب أو علي عدد الرءوس.

فإن قلنا: إن الشفعة لشريكه في النصيب دون غيره، فلو عفا عن الشفعة، فهل تثبت للشريك الآخر؟ للشافعية وجهان، أحدهما: أنها (4) تثبت (5)، لأنه شريكه، و إنما يقدم عليه من كان أخص بالبائع، فإذا عفا، تثبت للشريك الآخر، كما لو قتل واحد جماعة واحدا بعد واحد، ثبت القصاص للأول، فإذا عفا الأول، ثبت القصاص للثاني، كذا هنا (6).

### مسألة 802: قد ذكرنا أنه إذا قدم واحد من الأربعة و تخلف اثنان

و كان

ص: 339

- 1- في النسخ الخطية و الحجرية: «ثلاث» و ما أثبتناه هو الصحيح.
- 2- في النسخ الخطية و الحجرية: «ابني». و الصحيح ما أثبتناه.
- 3- لم نعثر عليه فيما بين أيدينا من المصادر.
- 4- في «س، ي» و الطبعة الحجرية: «أنه». و ما أثبتناه لأجل السياق.
- 5- في النسخ الخطية و الحجرية: «لا تثبت» بزيادة «لا». و الصحيح ما أثبتناه.
- 6- لم نعثر عليه فيما بين أيدينا من المصادر.

الرابع قد باع نصيبه أو كان واحد من الثلاثة حاضرا، فإنه إما أن يأخذ الجميع أو يترك الجميع، وليس له أخذ نصيبه، لما فيه من تضرر المشتري.

فإن أخذ الجميع ثم قدم ثان، أخذ منه النصف، لأنه لا شفع الآن غيرهما، ووجدت المطالبة منهما دون الثالث، فكانت الشفعة بينهما، فإن قدم الثالث، أخذ منهما الثلث ليكونوا سواء، فإن عفا الثاني، استقرّ علي الأول، وإن عفا الثالث، استقرّ عليهما.

ولو كان للشقص غلّة حصلت في يد الأول، لم يشاركه الثاني فيها، لأنه ملك الجميع بالأخذ، وقد حصل النماء في ملكه، فكانت كما لو انفصلت في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة.

وكذا إن أخذ الثاني وحصلت الغلّة في يده، لم يشاركه الثالث فيها.

ولو خرج الشقص مستحقًا، قال أكثر الشافعية: إنّ العهدة علي المشتري يرجع الثلاثة عليه، ولا يرجع أحدهم علي الآخر، لأنّ الشفعة [ليست] (1) مستحقة عليهم (2).

وقال بعض الشافعية: يرجع الثاني علي الأول، والثالث يرجع عليهما، والأول يرجع علي المشتري، لأنّ الثاني أخذ من الأول ودفع الثمن إليه (3).

وقال بعض الشافعية: هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من اجرة ونقص قيمة الشقص، فأما الثمن فكلّ يستردّ ما سلّمه ممّن سلّمه إليه (6).

ص: 340

1- ما بين المعقوفين أضفناه لاستقامة المعني.

2- العزيز شرح الوجيز 5:534، روضة الطالبين 4:185.

3- العزيز شرح الوجيز 5:534، روضة الطالبين 4:185-186.

### مسألة 803: لو قال الأول: لا آخذ الجميع و إنما أنتظر مجيء الشركاء ليأخذوا أو يعفوا،

فالأقرب: عدم سقوط شفيعته بذلك، لأن له غرضاً في الترك، و هو أن لا يأخذ ما يؤخذ منه و يحتاج إلي ثمن كثير ربما لا يقدر عليه في تلك الحال، و مع ذلك يؤدي حاله إلي عدم التمكن من العمارة علي ما يريده، و ربما انتزع منه فيضيع تبعه، و هو أحد قولي الشافعية.

و الثاني: أنه تسقط شفيعته، لأنه يمكنه الأخذ فلم يفعل فبطلت(2).

و ليس بجيد، لعدم تمكنه من أخذ حق لا ينازعه فيه غيره.

و لو قال الثاني: لا آخذ النصف، بل الثلث خاصة لئلا يحضر الثالث فيأخذ متي، فله ذلك، لأنه يأخذ دون حقه، بخلاف الأول، لأن أخذه لبعض الشقص تبعيض للشقص علي المشتري، و هو أصح و جهي الشافعية(3).

و يشكل بأنه يريد أن يأخذ بعض ما يخصه، و ليس لأحد الشفيعين أن يأخذ بعض ما يخصه. فإن أخذ الثلث إقاً علي هذا الوجه أو بالتراضي، و هو سهمان من ستة، ثم قدم الثالث، فله أن يأخذ من الأول نصف ما في يده، فإن أخذه، فلا كلام. و إن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فله ذلك، لأن حقه ثابت في كل جزء.

ثم له أن يقول للأول: ضم ما معك إلي ما أخذته لنقسمه نصفين،

ص: 341

1- العزيز شرح الوجيز 5:534، روضة الطالبين 4:186.

2- الحاوي الكبير 7:261، العزيز شرح الوجيز 5:533، روضة الطالبين 4:185.

3- العزيز شرح الوجيز 5:535، روضة الطالبين 4:186.

و تصحّ المسألة من ثمانية عشر، لأثًا نحتاج إلي عدد لثله ثلث، وهو تسعة، مع الثاني - منها - ثلاثة، ومع الأول ستّة، فيأخذ الثالث من الثاني (1) واحداً ويضمّه إلي ما مع الأول وهو ستّة، فلا تنقسم، فنضرب (2) اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر، للثاني منها اثنان في اثنين أربعة، تبقي أربعة عشر، للأول والثالث نصفين، وهذا المنقسم من ثمانية عشر ربع الدار، فتكون جملة اثنان وسبعين - قال بعض الشافعيّة: لمّا ترك الثاني سدسا للأول صار عافيا عن بعض حقّه، فيبطل جميع حقّه علي الأصحّ، كما سبق، فينبغي أن يسقط حقّ الثاني كلّهُ، ويكون الشقص بين الأول والثالث (3) - فكأنّ الثالث يقول للأول: نحن سواء في الاستحقاق، ولم يترك واحد منّا شيئاً من حقّه، فنجمع ما معنا ونقسمه، بخلاف الثاني، لأنّه ترك شيئاً من حقّه. ولأنّه لمّا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، وذلك ثلثا سهم، ولا يسقط حقّه بما تركه في يد الأول، ثمّ يضمّ ما معه إلي ما في يد الأول، وهو أربعة أسهم، فيكون أربعة أسهم وثلثي سهم يقتسمانها نصفين، لأنّه يطالب الأول بثلث نصيبه، وهو سهم من ثلاثة وثلث السهم الذي تركه الثاني، لأنّه لو أخذه لأخذ ثلثه، ويبقي ثلثا هذا السهم تركه الثاني، وسقط حقّه عنه، فيقتسمانه بينهما، فيحصل له ذلك من أربع جهات، فإن قدم الرابع أخذ من الثاني سهماً، وهو ربع ما بيده، وضمّه إلي ما في يد الأول والثالث يصير خمسة عشر يقتسمونه أثلاثاً لكلّ واحد 4.

ص: 342

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فيأخذ الثاني من الثالث». والصحيح ما أثبتناه.

2- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «نضرب». والأنسب ما أثبتناه.

3- العزيز شرح الوجيز 5: 535، روضة الطالبين 4: 187.



**مسألة 804: لو أخذ الأول الشقص بالشفعة**

ثم وجد به عيباً فردّه ثمّ قدم الثاني، كان له أخذ جميع الشقص - وبه قال الشافعي (1) - لأنّ الشفيع فسخ تملكه، ورجع إلي المشتري بالسبب الأول، فكان للشفيع الآخر أن يأخذه، كما لو عفا.

وقال محمد بن الحسن الشيباني: إنّه لا يأخذ إلا حصّته، لأنّ الأول لم يعف عن الشفعة، وإنّما ردّ ذلك لأجل العيب، فلم يتوفّر نصيبه علي الآخر، كما لو رجع إليه نصيب أحدهما بسبب آخر (2).

و الفرق بين صورة النزاع وبين عوده بسبب آخر ثابت، لأنّه عاد غير الملك الأول الذي تعلّقت به الشفعة.

**مسألة 805: لو حضر اثنان وأخذوا الشقص واقتسامه،**

كان للثالث بعد حضوره نقض القسمة، والمطالبة بحصّته من الشفعة، وله أن يأخذ من كلّ واحد منهما ثلث ما في يده، وتبقي القسمة بحالها إن رضي المتقاسمان بذلك، وإلا فلكلّ منهما الفسخ، لأنّه إنّما رضي بأخذ الجميع، والقسمة لم تقع فاسدة في نفسها، بل وقعت صحيحة، وتعقبها البطلان المتجدّد، فإذا لم يسلم له جميع ما وصل إليه، كان له الفسخ.

ولو قدم الثالث وأحد الشريكين كان غائباً، فإنّ قضي له القاضي علي الغائب، أخذ من الحاضر الثلث، ومن الغائب الثلث. وإن لم يقض، أخذ من الحاضر الثلث، لأنّه قدر ما يستحقّه ممّا في يده، وهو أحد وجهي

ص: 343

1- حلية العلماء 5:296، العزيز شرح الوجيز 5:534، روضة الطالبين 4:186.

2- حلية العلماء 5:296.

الشافعية، و الثاني: النصف، لأن أحدهما إذا كان غائبا، صار كأنهما الشفيعان، فيقتسمان بينهما بالسوية(1).

إذا ثبت هذا، فإن حضر الغائب وغاب هذا الحاضر، فإن كان أخذ من الحاضر ثلث ما في يده، أخذ من الذي كان غائبا وحضر ثلث ما في يده أيضا(2). وإن كان قد أخذ من الحاضر النصف مما في يده، أخذ من هذا سدس ما في يده، فيتم بذلك نصيبه، ويكون ذلك من ثمانية وأربعين، والمبيع اثنا عشر أخذ ستة.

### مسألة 806: لو كانت الدار بين ثلاثة فباع اثنان من رجل شقفا،

فقال الشفيع: أنا أخذ ما باع فلان وأترك ما باع فلان الآخر، كان له ذلك، لأن العقد إذا كان في أحد طرفيه عاقدان كان بمنزلة العقدين، وبه قال الشافعي(3)، خلافا لأبي حنيفة(4)، وقد سلف(5).

ولو باع واحد من اثنين، كان للشفيع أن يأخذ منهما أو من أحدهما، دون الآخر - وبه قال الشافعي(6) - لأنهما مشتريان، فجاز(7) للشفيع أخذ نصيب أحدهما.

ص: 344

1- حلية العلماء 5:296، العزيز شرح الوجيز 5:535، روضة الطالبين 4:187.

2- كلمة «أيضا» لم ترد في «س» والطبعة الحجرية.

3- مختصر المزني: 121، الحاوي الكبير 7:289، العزيز شرح الوجيز 5:536، روضة الطالبين 4:187.

4- الحاوي الكبير 7:289، المغني 5:530.

5- راجع ص 37، المسألة 563.

6- مختصر المزني: 121، الحاوي الكبير 7:289، العزيز شرح الوجيز 5:536، روضة الطالبين 4:187، المغني 5:530، الشرح الكبير 5:498.

7- في الطبعة الحجرية: «فكان» بدل «فجاز».

وقال أبو حنيفة: يجوز بعد القبض، ولا يجوز قبله في إحدى الروايتين، لأنّه قبل القبض يكون تبعيضا للصفقة علي البائع (1)، بناء علي أصله في أنّه يأخذ المبيع منه.

وهو ممنوع، علي أنّ الباقي يأخذه المشتري والآخر، وليس تبعيضا.

وكذا لو باع اثنان من واحد، فإنّ للشفيع أن يأخذ الحصّتين أو حصّة أحدهما دون الآخر، لما تقدّم، خلافا لأبي حنيفة ولمالك (2).

ولو باع الشريكان من اثنين، كان ذلك بمنزلة أربعة عقود، وللشفيع أخذ الكلّ أو ما شاء منهما إمّا ثلاثة أرباعه، وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر، أو يأخذ نصف الجملة إمّا بأن يأخذ نصيب أحدهما أو نصف نصيب كلّ واحد، أو يأخذ ربع الجملة، وهو نصف نصيب أحدهما.

### مسألة 807: لو باع أحد الشريكين بعض

مسألة 807: لو باع أحد الشريكين بعض (3) نصيبه من رجل ثمّ باع منه الباقي

ثمّ علم شريكه، كان له أن يأخذ المبيع أوّلا خاصّة، أو ثانيا خاصّة، أوهما معا بالشفعة، لأنّ لكلّ واحد من العقدين حكم نفسه، فإن عفا عن الأوّل وأراد أخذ الثاني، لم يشاركه المشتري بنصيبه الأوّل، لأنّ ملكه علي الأوّل لم يستقرّ، لأنّ للشفيع أخذه، فلا يستحقّ به شفيعته، كما لو ارتهن بعضه واشترى الباقي، وبه قال الشافعي (4).

وقال أبو حنيفة: ليس له أن يأخذ النصيبين معا، وإنّما له أن يأخذ

ص: 345

1- المغني 5:530، الشرح الكبير 5:498، العزيز شرح الوجيز 5:536.

2- المغني 5:530، العزيز شرح الوجيز 5:536.

3- في الطبعة الحجرية: «نصف» بدل «بعض».

4- انظر: المغني 5:533.

الأول ونصف الثاني - وبه قال بعض الشافعية - لأن ملكه ثبت له علي الأول، فإذا اشترى الثاني، كان شريكا له بالنصف(1).

### مسألة 808: إذا باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة أنفس صفقة واحدة،

فإن عفا [الشريك] (2) عن أحدهم، صحّ عفوّه، ولم يجز للمعفو عنه مشاركة في الشفعة علي الآخرين، لأن ملك المعفو عنه لم يسبق ملكهما، وإنما ملك الثلاثة دفعة واحدة، وإنما يستحقّ الشفعة بملك سابق لملك المشتري.

فإن باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة في ثلاثة عقود علي الترتيب فعفا الشريك عن المشتري الأول، وطلب من الآخرين، كان للمشتري الأول مشاركة في شفعة الآخرين، لأن ملكه سابق لشرائهما.

وكذا إن عفا عن الأول والثاني، شاركاه في حقّ الشفعة علي الثالث.

ولو عفا عن الثاني خاصة، كان له مشاركة في شفعة الثالث، دون الأول.

ولو عفا عن الثالث خاصة، لم يكن له مشاركة في شفعة الأولين.

ولو عفا عن الثاني والثالث، لم يشاركاه في شفعة الأول، لأنّهما حين وجوب الشفعة لم يكن لهما ملك.

### مسألة 809: لو وكل أحد الشركاء الثلاثة ثانيهم،

فباع الوكيل نصيبه ونصيب موكله صفقة واحدة، كان للثالث الشفعة، وليس للوكيل ولا للموكل شفعة علي الآخر، لعدم الأولوية. ولأنّهما بائعان.

وهل للثالث أن يأخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ الأقوي ذلك، لأنّ

ص: 346

1- انظر: المغني 5: 533.

2- زيادة يقتضيها السياق.

المالك اثنان، فهو كما لو تولّى العقد، وهو أحد قولي الشافعية. و الثاني:

ليس له، لأنّ العاقد واحد في الطرفين اعتباراً بالوكيل (1).

ولو كانت الدار لاثنتين فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه، و جوّز له أن يبيع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، و أراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحقّ النصف الباقي، فله ذلك، لأنّ الصفقة اشتملت علي ما لا شفعة للموكل فيه - و هو ملكه - و علي ما فيه شفعة - و هو ملك الوكيل - فأشبهه من باع شقصين من دارين صفقة واحدة.

فإن كان الشفيع في إحداهما غير الشفيع في الأخرى، فلكلّ أن يأخذ ما هو شريك فيه، سواء وافقه الآخر في الأخذ أو لا. و إن كان شفيعهما واحداً، جاز له أخذ الجميع، و أخذ أيّتهما شاء، و هو أصحّ وجهي الشافعية (2).

### مسألة 810: لو كانت الدار لثلاثة نصفها لواحد و لكلّ واحد من الآخرين الربع،

فقارض أحد هذين الرجلين الآخر علي ألف، فاشترى العامل منهما نصف نصيب صاحب النصف، فلا شفعة هنا، لأنّ البائع لا شفعة له فيما باع، و الشريك الآخر ربّ المال، و الثالث هو العامل، و ربّ المال و العامل بمنزلة الشريكين في المبتاع، فلا يستحقّ أحدهما علي الآخر شفعة فيما ابتاعه، و هو أحد وجهي الشافعية (3).

فإن باع الذي كان صاحب النصف الربع الذي بقي له من أجنبيّ،

ص: 347

1- العزيز شرح الوجيز 5:536، روضة الطالبين 4:188.

2- العزيز شرح الوجيز 5:537، روضة الطالبين 4:188.

3- انظر: العزيز شرح الوجيز 5:545، و روضة الطالبين 4:192، و المغني 5:499، و الشرح الكبير 5:547.

فالشقص للشفعة أثلاثا، الثلث بالربع الذي لربّ المال، و الثلث بالربع الذي للعامل، و الثلث لمال المضاربة و كان مال القراض بمنزلة شريك آخر، لأنّ حكمه متميّز عن مال كلّ واحد منهما.

### مسألة 811: لو اشترى بعيرا و شقّصا بعدد و جارية،

و قيمة البعير و الشقص مائتان كلّ واحد بمائة، و كذا قيمة العبد مائة، و قيمة الجارية مائة، تثبت الشفعة في الشقص بنصف قيمة العبد و الجارية.

فإن تلف البعير قبل القبض، بطل فيه العقد، و لا يبطل في الشقص، و هو أحد قولي الشافعية<sup>(1)</sup> في طريق تفريق الصفقة، فإن قلنا: يبطل، بطل الكلّ و سقطت الشفعة. و إن قلنا: يصحّ في الشقص، صحّ فيه بنصف العبد و الجارية، و أخذ الشفيع بقيمة ذلك.

و إن تلف العبد، بطل العقد في نصف البعير و نصف الشقص، و أخذ الشفيع نصف الشقص بنصف قيمة الجارية.

### مسألة 812: لو كانت الدار بين أربعة بالسوية فاشترى اثنان منهم من واحد نصيبه

و هو الربع، استحقّ الذي لم يشتر عليهما الشفعة، و استحقّ كلّ واحد من المشتريين، لأنّه شريك، فلا يسقط حقه من الشفعة، و تبسط الدار ثمانية و أربعين سهما، فالربع اثنا عشر، و فيه أربع صور:

أ- أن يطالب كلّ واحد بشفعة، فيقتسمون المبيع أثلاثا، فيحصل لكلّ واحد أربعة.

ب- أن يعفو كلّ واحد من الشريكين عن صاحبه، و يطالب الذي لم يشتر، فإنّه يأخذ من كلّ واحد منهما نصف ما في يده، لأنّه ممّا اشتراه

ص: 348

---

1- لم نعر عليه في مظانّه.

كلّ واحد شريكه في الشفعة، إذ لا شفعة فيه إلاّ لهما، فيحصل للذي لم يشتر نصف السهم ستّة، و لكلّ واحد من المشتريين ثلاثة أسهم.

ج - أن يعفو الذي لم يشتر خاصّة، فكلّ واحد من المشتريين يأخذ من صاحبه ما في يده، فيكون ذلك قدر ما اشتراه لكلّ واحد ستّة.

د - أن يعفو الذي لم يشتر عن أحدهما دون الآخر، فإنّه يأخذ ممّن لم يعف عنه سهمين، و تبقي معه أربعة أسهم يأخذ منها المعفوّ عنه سهمين، و يأخذ الذي لم يعف عنه من المعفوّ عنه ثلاثة أسهم نصف ما في يده، لأنّه لا شفيع في هذا السهم سواهما، فيحصل مع كلّ واحد منهما خمسة، و مع العافي سهمان.

### البحث الثامن: في الحيل المسقطه للشفعة.

#### مسألة 813: يجوز استعمال الحيل بالمباح مطلقا عندنا

و عند جماعة من العامّة، خلافا لأحمد بن حنبل(1).

فإذا أراد أن يشتري الشقص و لا- تلزمه شفعة، أمكنه أن يشتريه بثمن مشاهد لا- يعلمان قدره و لا- قيمته إذا لم يكن من المكيالات و الموزونات، ثمّ يخرج عن ملكه بتلف أو غيره بحيث لا يتمكّن من العلم به وقت المطالبة بالشفعة، فإذا طوّل بالشفعة و تعذّر عليه معرفة الثمن، سقطت الشفعة، فإن ادّعي الشفيع أنّ الثمن كان معلوما و ذكر قدره فأنكر المشتري، قدّم قول المشتري مع اليمين.

و لو كان الثمن مكيلا أو موزونا، فقال المشتري: إنّه كان جزافا أو كان

ص: 349

1- المغني 5: 511.

معلوما وقد نسيته، لم يسمع منه في الجزاف عندنا، وطوب بـجواب صحيح، فإن أجاب وإلا جعل ناكلا.

و من قال: إنه يجوز البيع به هل يكون الجواب به أو بالنسيان صحيحا؟ الأقرب عندي ذلك - وهو قول أكثر الشافعية (1) - لأن نسيان المشتري ممكن، وقد يكون الثمن جزافا عند مجوّزيه، فإذا أمكن، حلف عليه.

وقال بعض الشافعية: إنه لا- يكون جوابا صحيحا، فيقال له: إمّا أن تجيب بجواب صحيح، وإلا جعلناك ناكلا، ويحلف الشفيع، كما لو ادّعي رجل علي آخر ألف درهم دينا، فقال: لا أعلم قدر دينك، لم يكن جوابا (2).

و الفرق: أنّ المدّعي يدّعي عليه قدرا معيّنا، وهو لا يجيب عنه لا بإقرار ولا بإنكار، فلهذا جعلناه ناكلا، وفي مسألتنا قوله: «إنّ الثمن كان جزافا، أو: لا أذكره» إنكار للشفعة، لأنّه إذا كان كذلك، لا تجب الشفعة.

نعم، لو قال: لا أدري لك شفعة أم لا، كان كمسألة الدين.

ولأنّ الدين إن لم يعلمه من هو عليه يجوز أن يعلمه من هو له، فيجعل القول قوله مع يمينه، وهنا هذا هو العاقد، وإذا كان جزافا أو لا يعلم، فلا طريق للشفيع إلي معرفته.

### مسألة 814: لو أتلف المشتري الثمن المعين قبل القبض

و كان قد قبض الشقص و باعه، سقطت الشفعة، و صحّ تصرّف المشتري، و كان عليه قيمة الشقص للبائع.

ص: 350

1- لم نعثر عليه في مظانّه.

2- لم نعثر عليه في مظانّه.



ولو أراد المتبايعان التوصل إلي رغبة الشفيع عن الشفعة، اشتراه بألف إذا كان يساوي مائة ثم يبيعه بالألف سلعة تساوي مائة، فإذا أراد الشفيع أن يأخذه، وجب عليه دفع الألف. وكذا إذا باعه سلعة تساوي مائة بألف ثم اشترى الشقص المساوي مائة بألف، فإذا أراد الشفيع أن يأخذه، أخذه بالألف.

وهذا يصحّ عندنا مطلقاً.

وعند الشافعي إنّما يصحّ إذا لم يشترط مشتري الشقص علي بائعه أخذ السلعة بالثمن في العقد، فإنّه متي شرط ذلك، بطل العقد عنده، و يحصل علي المشتري بشراء ما يساوي مائة بألف غرر(1).

### مسألة 815: لو نقل الشقص بهبة أو صلح أو بجعله مال إجارة

أو غيرها من العقود المغايرة للبيع، فلا شفعة عندنا.

و وافقنا الشافعي(2) في كلّ عقد لا يشتمل علي المعاوضة، وعلي أنّهما إذا اتّقا علي أن يهب أحدهما الشقص للآخر و يهب الآخر الثمن، ويكون هذا الاتّفاق قبل عقد الهبة و يعقدانها مطلقاً، فلا تجب الشفعة.

ولو اتّقا علي بيع الشقص بألف و هو يساوي مائة ثم يبرئه من تسعمائة بعد انبرام البيع فتعاقد علي ذلك، رغب الشفيع عن أخذه، لأنّه لو طلبه لزمه الألف.

### مسألة 816: و من الحيل أن يبيعه جزءاً من الشقص بثمنه كلّهُ،

و يهب له الباقي أو يهبه بعض الشقص، أو يملكه إيّاه بوجه آخر غير البيع، ثمّ

ص: 351

1- لم نعر عليه في مظانّه.

2- الحاوي الكبير 7:232، العزيز شرح الوجيز 5:496، روضة الطالبين 4:163.

يبيعه الباقي، فإنّه لا شفعة عند من يبطلها مع الكثرة، أو يبيعه بثمن حاضر مجهول القدر عند من يجوزه، و يقبضه البائع ولا يزنه، بل ينفقه أو يمزجه بمال له مجهول، فتدفع الشفعة علي أصحّ قولي الشافعيّة (1).

ولو باع بعض الشقص ثمّ باع الباقي، لم يكن للشفيع أخذ جميع المبيع ثانيا علي أحد الوجهين (2).

ولو وكلّ البائع شريكه بالبيع فباع، لم يكن له الشفعة علي أحد الوجهين (3).

### مسألة 817: لا يكره دفع الشفعة بالحيلة،

إذ ليس فيها دفع حقّ عن الغير، فإنّ الشفعة إنّما تثبت بعد البيع مع عدم المعارض، فإذا لم يوجد بيع أو وجد مع معارض الشفعة، فلا شفعة، لعدم الثبوت، وبه قال أبو يوسف (4).

وقال محمد بن الحسن: يكره (5).

وللشافعيّة وجهان، أصحّهما عندهم: الثاني (6)، ولا يكره عندهم دفع شفعة الجار بالحيلة قطعاً (7).

ولو اشتري عشر الدار بتسعة أعشار الثمن، فلا يرغب الشفيع، لكثرة

ص: 352

1- العزيز شرح الوجيز 5:544، روضة الطالبين 4:195.

2- الوجهان للشافعيّة أيضاً، انظر: العزيز شرح الوجيز 5:544، وروضة الطالبين 4:195.

3- الوجهان للشافعيّة أيضاً، انظر: العزيز شرح الوجيز 5:544، وروضة الطالبين 4:195.

4- الهداية - للمرغيناني - 4:39، العزيز شرح الوجيز 5:544، روضة الطالبين 4:196.

5- الهداية - للمرغيناني - 4:39، العزيز شرح الوجيز 5:544، روضة الطالبين 4:196.

6- العزيز شرح الوجيز 5:545، روضة الطالبين 4:196.

7- روضة الطالبين 4:196.

الثلث، ثم يشتري تسعة أعشاره بعشر الثمن، فلا يتمكّن الجار من الشفعة، لأنّ المشتري حالة الشراء شريك في الدار، والشريك مقدّم علي الجار، أو يخطّ البائع علي طرف ملكه خطًا ممّا يلي دار جاره، و يبيع ما وراء الخطّ، لأنّ ما بين ملكه و بين المبيع فاصلا، ثمّ يهبه الفاصل.

## البحث التاسع: في اللواحق.

### مسألة 818: لو مات المديون و له شقص يستوعبه الدّين فبيع شقص في شركته،

كان للورثة الشفعة، لأنّ الدّين لا- يمنع انتقال الملك إلي الورثة علي ما يأتي، و به قال الشافعي(1) ، خلافا لأبي حنيفة(2) و بعض الشافعيّة(3).

و لو كان للمديون دار فبيع بعضها في الدّين، لم يكن للورثة الشفعة، لأنّ البيع يقع لهم، فلا يستحقّون الشفعة علي أنفسهم.

و لو كان الوارث شريك الموروث فبيع نصيب الموروث في دينه، تثبت الشفعة للوارث بنصيبه الذي كان يملكه، لأنّ البيع علي الميت إنّما كان بسبب دينه الذي ثبت عليه في حال الحياة، فصار البيع كأنّه قد وقع في حال الحياة، و الوارث كان شريكه في حال الحياة، فتثبت له الشفعة، و لا- يلزم إذا كانت الدار للموروث فبيع بعضها في دينه، لأنّنا إذا جعلنا البيع كأنّه وقع في حال الحياة، لم يكن الوارث شريكه في تلك الحال، و هو قول بعض الشافعيّة(4).

ص: 353

1- التهذيب - للبغوي - 373:4، العزيز شرح الوجيز 547:5، روضة الطالبين 4: 194، المغني 5: 538، الشرح الكبير 5: 517.

2- المغني 5: 538، الشرح الكبير 5: 517.

3- العزيز شرح الوجيز 547:5، روضة الطالبين 4: 194.

4- العزيز شرح الوجيز 547:5-548، روضة الطالبين 4: 195.

وقال أكثرهم: لا شفعة، لأنّ الدّين لا يمنع انتقال الملك إلى الوارث، فإذا بيع فقد بيع ملك الوارث عليه، فلا يستحقّ الشفعة، كما لو كان له علي رجل دين و هو غائب فباع بعض داره ثمّ قدم، لم تثبت له الشفعة، كذا هنا(1).

و ما ذكره أولاً بعضهم فليس بشيء، لأنّه إنّما يلحق بحال الحياة إذا وجد سببه في حال الحياة و ما لا يمكن(2) ابتداءه بعد الوفاة، و لو كان كذلك، لم يكن للوارث أن يقضي الدّين من عنده، و يمنع(3) من البيع.

و هذا عندي هو المعتمد.

لا يقال: هذا الدّين وجب علي الميّت، فلا يجوز أن يباع غيره فيه، و إنّما يجعل كأنه بيع عليه.

لأنّ نقول: من يقول: إنّ الملك ينتقل إلى الوارث قد لزمه ما ألزم، لأنّه يبطل ملك الوارث لأجل دين الميّت، علي(4) أنّ ذلك لا يمنع(5)، لأنّ هذا الدّين يتعلّق(6) بهذه العين، لأنّها ملكت من جهة السبب، ألا ترى أنّ العبد إذا جني، تعلّقت الجناية برقبته، و هي ملك لمولاه، و يباع فيها و إن لم يكن الدّين علي مولاه.

### مسألة 819: لو كان لأحد الثلاثة نصف الدار و لكلّ من الآخرين ربع،

فاشتري صاحب النصف من أحد شريكه ربعه، و الآخر غائب، ثمّ باع

ص: 354

1- العزيز شرح الوجيز 5:548، روضة الطالبين 4:195.

2- كذا، و الظاهر: «و ما لم يكن».

3- في الطبعة الحجرية: «و يمتنع».

4- في «ي» و الطبعة الحجرية: «و علي».

5- في «س، ي»: «لا يمتنع».

6- في «ي»: «تعلّق».

صاحب ثلاثة الأرباع ربعاً منها لرجل، ثمّ قدم الشريك الغائب، كان له أخذ ما يخصّه من المبيع الأوّل بالشفعة، وهو ثمن، ويأخذ المبيع الثاني بأجمعه، إذ لا شفيع غيره.

فإن أراد العفوع عن الثاني والأخذ من الأوّل، أخذ من المشتري الثاني سهماً من ستّة، ومن الأوّل سهمين من ستّة، لأنّنا نفرض الدار أربعة و عشرين سهماً، إذ لا تخرج صحيحة من أقلّ.

وإنّما قلنا ذلك، لأنّ صاحب النصف اشترى الربع، فكان بينه وبين الغائب نصفين إن قلنا: إنّ للمشتري شفعة وإنّ الشفعة علي عدد الرءوس فإذا باع الربع ممّا في يده وفي يده ثلاثة أرباع، فقد باع ثلث ما في يده، وهو ستّة، وبقي في يده اثنا عشر، وللغائب شفعة ثلاثة أسهم، فإذا قدم، أخذ من المشتري ثلث ما استحقّه، وهو سهم واحد، لأنّه حصل له ثلث ما كان في يد بائعه، وأخذ من الأوّل سهمين.

وإن جعلنا الشفعة علي قدر النصيب، فالذي يستحقّ الغائب سهماً من الستّة، لأنّ ملكه مثل نصف ملك المشتري حصل له في المبيع ثلثاً سهم، ويأخذ من المشتري الأوّل سهماً وثلثاً ومن الثاني ثلثي سهم.

هذا إذا عفا عن الثاني، وإن عفا عن الأوّل وأخذ من الثاني، أخذ من المشتري ما اشتراه، وهو ستّة أسهم، لأنّ شريكه بائع، فلا شفعة له.

وإن أراد أن يأخذ الشفعة بالعقدين، أخذ ما في يد الثاني، وأخذ من الأوّل سهمين إن جعلنا الشفعة علي عدد الرءوس، وإن قلنا: علي قدر النصيب، يأخذ سهماً وثلثاً.

### **مسألة 820: لو بيع شقص و له شفيعان فعفا أحدهما و مات الآخر و كان وارثه هو العافي،**

كان له أن يأخذ الشقص بما ورثه من الشفعة،

ص: 355

و لا يبطلها العفو السابق، لأنّ العفو وقع عمّا يملكه بالأصالة لا بالميراث.

وكذا لو قذف رجل أباهما وهو ميت فعفا أحدهما، كان للآخر استيفاء الحدّ كاملاً، فإن مات وكان العافي وارثه، كان له استيفاءه بالنيابة عن مورثه.

### مسألة 821: قد سلف

مسألة 821: قد سلف (1) أنّ الإقالة لا توجب الشفعة، خلافاً لأبي حنيفة

(2).

وكذا الردّ بالعيب وإن كان علي سبيل التراضي، وبه قال الشافعي (3).

وقال أبو حنيفة: تثبت الشفعة إن وقع الردّ بالتراضي، لأنّه نقل الملك بالتراضي، فأشبهه البيع (4).

وهو خطأ، لأنّه فسح، وليس بمعاوضة، ولهذا يعتبر فيه العوض الأوّل، فلم تثبت فيه الشفعة، كالفسح بالخيار.

ولو لم يقايله (5)، بل باعه المشتري من البائع بذلك الثمن أو غيره، كان للشفيع الشفعة، لأنّه عفا عمّا استحقّه بالعقد الأوّل، وهذا عقد يستحقّ به الشفعة، فوجب له.

تذنب: إذا كان الثمن معيّناً فتلف قبل القبض، بطل البيع و الشفعة، لأنّه تعدّر التسليم، فتعدّر إمضاء العقد، بخلاف الإقالة و الردّ بالعيب.

ص: 356

1- في ص 230، المسألة 727.

2- حلية العلماء 5:295، العزيز شرح الوجيز 5:498، المغني 5:470، الشرح الكبير 5:465.

3- حلية العلماء 5:295، الوسيط 4:74، الوجيز 1:215، العزيز شرح الوجيز 5:497، روضة الطالبين 4:163.

4- حلية العلماء 5:295، العزيز شرح الوجيز 5:498.

5- في «ي»: «و لم يقابل». وفي الطبعة الحجرية: «و لم يقابله» بالباء. وفي «س»: «و لم يقايله» بالياء. و الصحيح ما أثبتناه.

ولو ظهر الثمن المعين مستحقاً، بطل البيع أيضاً و الشفعة.

ولو كان المشتري قد باع الشقص قبل التلف، صحّ بيعه، و للشفيع أخذه بالشفعة، و بطل البيع الأول.

أمّا لو باعه ثمّ ظهر استحقاق الثمن المعين، بطل الثاني أيضاً، و لا شفعة، لأنّ المقتضي لبطلان البيع الاستحقاق لا ظهوره.

آخر: لو وجبت الشفعة و قضى له القاضي بها و الشقص في يد البائع و دفع الثمن إلى المشتري فقال البائع للشفيع: أقلني، فأقاله، لم تصحّ الإقالة، لأنّها إنّما تصحّ بين المتبايعين، و ليس للشفيع ملك من جهة البائع، فإن باعه منه، كان حكمه حكم بيع ما لم يقبض.

### مسألة 822: لو كان أحد الشريكين في الدار غائباً و له وكيل فيها،

فقال الوكيل: قد اشتريته منه، لم يكن للحاضر أخذه بالشفعة، لأنّ إقرار الوكيل لا يقبل في حقّ موكله. و لأنّه لو ثبتت الشفعة للحاضر بمجرد دعوي الوكيل، لثبت للوكيل جميع توابع الملك، فكان لو مات (1) الموكل، لم يفتقر الوكيل في دعوي الشراء منه إلى بينة، بل يكتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي فيه الموكل، و يسأله عن ذلك، و هو أحد وجهي الشافعية.

و الثاني: أنّ الحاضر يأخذه بالشفعة - و به قال أبو حنيفة و أصحابه - لأنّه أقرّ بحقّ له فيما في يده (2).

و يذكر الحاكم ذلك في السجلّ، فإنّ قدم الغائب و صدّقه، فلا كلام.

و إن أنكر البيع فإنّ أقام مدّعيه البيّنة، بطل إنكاره، و إن لم يقدّم بيّنة، حلف المنكر، ثمّ يردّ النصف عليه و اجرة مثله و أرش نقصه إن كان، و له أن

ص: 357

1- كذا، و الظاهر: «فكان كما لو مات».

2- المغني 5: 518، الشرح الكبير 5: 530-531.

يرجع بذلك علي من شاء، فإن رجع علي الوكيل، رجح به علي الشفيع، وإن رجح علي الشفيع، لم يرجح به علي الوكيل، لأنّ التلف حصل في يده.

وفي وجه للشافعية: أنّه يرجح عليه، لأنّه غرّه (1).

### مسألة 823: لو حكم حاكم شرع باعتقاده أنّ الشفعة تثبت مع الكثرة،

لم يعترض عليه من لا يعتقد ذلك من الحكّام.

وكذا عند الشافعي إذا قضى الحنفي بشفعة الجوار، لم يعترض عليه في الظاهر، وفي الحكم باطنا عندهم خلاف (2).

أمّا نحن فإن كان الآخذ مقلداً وقلداً من يجب تقليده، كان مباحاً له في الباطن. وإن كان مجتهداً، لم يجز له أن يأخذ علي خلاف مذهبه.

### مسألة 824: لو اشتري الشقص بكفّ من الدراهم لا يعلم

مسألة 824: لو اشتري الشقص بكفّ من الدراهم لا يعلم (3) وزنها،

أو بصيرة حنطة لا يعلم كيلها، فعندنا يبطل البيع.

و عند من جوزه تكال أو توزن ليأخذ الشفيع بذلك القدر (4).

فإن كان غائباً فتبرّع البائع بإحضاره أو أخبر عنه واعتمد قوله، فذاك، وإلا فليس للشفيع أن يكلفه الإحضار والإخبار عنه.

ولو هلك وتعدّر الوقوف عليه، تعدّر الآخذ بالشفعة.

وهذا يتأتّى مثله عندنا، وهو أن يبيع بما لا مثل له ثمّ يتلف قبل العلم بقيمته.

ولو أنكر الشفيع الجهالة، فإن عيّن قدراً وقال للمشتري: قد اشتريته

ص: 358

1- لم نعثر عليه في مظانّه.

2- لم نعثر عليه في مظانّه.

3- في الطبعة الحجرية: «لم يعلم».

4- العزيز شرح الوجيز 5:516، روضة الطالبين 4:175.



بكذا، وقال المشتري: لم يكن قدره معلوما، فأصح القولين عند الشافعية:

أنه يقنع منه بذلك، ويحلف عليه(1)، وهو المعتمد عندي في عدم العلم بالقيمة.

وقال ابن سريج: لا يقبل منه ذلك، ولا يحلف، بل إن أصرّ علي ذلك، جعل ناكلا، وردت اليمين علي الشفيع(2).

وكذا الخلاف لو قال: نسيت(3)(4).

وإن لم يعين الشفيع قدرا لكن ادّعي علي المشتري أنه يعلمه و طالبه بالبيان، فللشافعية وجهان أصحهما عندهم: لا تسمع دعواه حتي يعين قدرا، فيحلف المشتري حينئذ أنه لا يعرف. والثاني: تسمع، ويحلف المشتري علي ما يقوله، فإن نكل، حلف الشفيع علي علم المشتري، وحبس المشتري حتي يبين قدره.

فعلي الأول طريق الشفيع أن يعين قدرا، فإن وافقه المشتري، فذاك، وإلا حلفه علي نفيه، فإن نكل، استدلّ الشفيع بنكوله، وحلف علي ما عينه، وإن حلف المشتري، زاد وادّعي ثانيا، وهكذا يفعل إلي أن ينكل المشتري، فيستدلّ الشفيع بنكوله ويحلف، وهذا(5) لأنّ اليمين عندهم قد تستند إلي التخمين.

قالوا: ولهذا له أن يحلف علي خطّ أبيه إذا سكنت نفسه إليه(6).

وهذا باطل، وأنّ اليمين لا تصحّ إلا مع العلم والقطع دون الظنّ<sup>4</sup>.

ص: 359

1- العزيز شرح الوجيز 5:516، روضة الطالبين 4:175.

2- العزيز شرح الوجيز 5:516، روضة الطالبين 4:175.

3- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «أنسيت». وما أثبتناه كما في المصدر.

4- العزيز شرح الوجيز 5:516، روضة الطالبين 4:175.

5- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «وهكذا» بدل «وهذا». وما أثبتناه كما في المصدر.

6- العزيز شرح الوجيز 5:516-517، روضة الطالبين 4:175.

والتخمين.

### مسألة 825: لو خرج بعض الثمن مستحقاً، بطل البيع في ذلك القدر،

وتخيّر المشتري في الفسخ والإمضاء، وهو أحد قولي الشافعي في تفريق الصفقة(1).

فإن اختار الإمضاء، فللشفيع الأخذ. وإن اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه، فالأقوى تقديمه، ويأخذ بالشفعة، ويبطل فسخ المشتري، لسبق حق الشفيع.

ولو ظهر استحقاق ما دفعه الشفيع، لم تبطل شفيعته، سواء كان عالماً بالاستحقاق أو جاهلاً.

وللشافعية وجهان(2).

ولو قال الشفيع: تملك بهذه الدراهم، لم تسقط شفيعته مع استحقاقها أيضاً، لعدم تعيينها بالعقد.

وللشافعية قولان(3).

ثم إذا قال: تملك بهذه الدراهم، حالة العلم بالاستحقاق أو الجهل، فلا يبطل حقه، كما قلناه، ويتبين أنه ملك بالقول لا بالدفع.

ولا يفتقر إلى تملك جديد، وهو أحد قولي الشافعية.

والثاني: أنه يفتقر إلى تجديد قوله: تملك(4).

ولو خرج الذهب نحاساً، فكالمتحقّق.

ولو خرج الثمن معيباً، فإن رضي البائع، لم يلزم المشتري الرضا

ص: 360

1- العزيز شرح الوجيز 5:517، روضة الطالبين 4:176.

2- العزيز شرح الوجيز 5:517، روضة الطالبين 4:176.

3- روضة الطالبين 4:176.

4- روضة الطالبين 4:176.

بمثله، بل يأخذ من الشفيع ما وقع عليه العقد.

### مسألة 826: قد يتنا أن الشفعة موروثه، و يشترك الورثة فيها

كما في الميراث، وهو أحد قولي الشافعي علي ما تقدّم (1). وفي الثاني: علي عدد الرءوس (2).

فلومات الشفيع عن ابن وزوجة، فللزوجة ثمن الشفعة، والباقي لابن، وهو أصح طرق الشافعية.

والطريق الثاني: القطع بالتسوية هنا.

والثالث: علي القولين (3).

### مسألة 827: لو كان بين اثنين دار بالسوية باع أحدهما نصف نصيبه لزيد

ثم باع النصف الآخر لعمرو، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك الأول، ثم قد يعفو عنه وقد يأخذ.

وفي النصف الثاني للشافعية وجوه:

أحدها: أن يختص به الأول.

والثاني: يشترك فيه الأول والمشتري الأول.

وأصحها عندهم: إن عفا الشريك الأول عن النصف الأول، اشتركا، وإلا اختص به الشريك الأول (4).

### مسألة 828: لو كانت الدار لأربعة فباع أحدهم نصيبه و الثلاثة غيباب،

فقدم أحدهم وأخذ كل الشقص ثم نصب الحاكم من يقسم علي الغيباب،

ص: 361

1- في ص 285، ضمن المسألة 758.

2- الحاوي الكبير 7:259، حلية العلماء 5:316، التهذيب - للبغوي - 4:361 - 362، العزيز شرح الوجيز 5:527، روضة الطالبين 4:182.

3- العزيز شرح الوجيز 5:529، روضة الطالبين 4:183.

4- العزيز شرح الوجيز 5:530-531، روضة الطالبين 4:183-184.

فاقتسما، و بني الحاضر فيما أصابه أو غرس ثم قدم الغائبان، فهل لهما القلع مجّانا؟ فيه احتمال.

و للشافعي وجهان:

أصحهما عندهم: أنه ليس لهما ذلك، كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري و غراسه مجّانا.

و الثاني: نعم، لأنهما يستحقّان كاستحقاق الأول، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما، بخلاف الشفيع مع المشتري (1).

و لو حضر اثنان فأخذ الشقص و اقتسما مع القيم في مال الغائب ثم قدم (2)، فله الأخذ، و إبطال القسمة، فإن عفا، استمرت القسمة.

و لو أخذ اثنان فحضر الثالث فأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما، و لا يأخذ من الثاني شيئا، فله ذلك، كما للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخر.

**مسألة 829: لو وهب شقفا لعبده، لم يصح علي ما اخترناه نحن،**

و عند الشيخ أنه يملك ما يملكه مولاه (3).

و للشافعي (4) كالقولين.

ص: 362

1- التهذيب - للبخاري - 364:4، العزيز شرح الوجيز 5:534، روضة الطالبين 4:186.

2- أي: قدم الغائب.

3- في النهاية: 543، و الخلاف 3:121، المسألة 207: يملك العبد التصرف في المال و لا يملكه.

4- الحاوي الكبير 5:265-266، التهذيب - للبخاري - 3:467، حلية العلماء 5:360، الوسيط 3:204، العزيز شرح الوجيز 4:374،

روضة الطالبين 3:203، المغني 4:277.

فعلي تقدير أن يملك لو باع شريك العبد حصّته، كان للعبد الأخذ بالشفعة.

والأولي افتقاره إلى إذن السيّد، لأنّه محجور عليه.

وللشافعيّة وجهان(1).

### مسألة 830: لو كان بينهما دار فمات أحدهما عن حمل فباع الآخر نصيبه،

فهل للحمل شفعة؟ الأقرب: ذلك، كما أنّه يعزل له الميراث.

إذا ثبت هذا، فإن خرج ميّتا، سقطت الشفعة. وإن خرج حيّا ومات، ثبتت لوارثه الشفعة.

فإن كان للميّت وصيّ، فهل له أخذها حالة الحمل؟ الأقرب: المنع، لعدم تيقّن حياته، ولا ظنّ للحياة، لعدم الاستناد إلى الاستصحاب، بخلاف الغائب، فإن خرج حيّا، كان له الأخذ، فإن ترك، كان للحمل مع بلوغه ورشده الأخذ.

ويحتمل العدم، لأنّ الحمل لا يملك بالابتداء إلا الوصيّة.

وقال الشافعي: لا تثبت للحمل شفعة، لعدم تيقّن الحياة، فإن كان هناك وارث غير الحمل، فله الشفعة. وإن انفصل حيّا، فليس لوليّه أن يأخذ شيئا من الوارث(2). وهو ممنوع.

ولو ورث الحمل شفعة عن مورّثه، فللاب أو الجدّ الأخذ قبل الانفصال، وهو أحد وجهي الشافعيّة(3).

ص: 363

1- العزيز شرح الوجيز 5:545، روضة الطالبين 4:192.

2- التهذيب - للبغوي - 4:370، العزيز شرح الوجيز 5:547، روضة الطالبين 4:194.

3- التهذيب - للبغوي - 4:371، العزيز شرح الوجيز 5:547، روضة الطالبين 4:194.

وقال ابن سريج: ليس لهما الأخذ، لأنه لا يتيقن وجوده(1).

### مسألة 831: قد بينا أن الأقرب ثبوت الشفعة في بيع الخيار،

ولا يسقط الخيار عمّن له الخيار، سواء اشترك الخيار أو اختصّ بأحدهما، ولا يسقط خيار البائع. وكذا لو باع الشريك، ثبت للمشتري الأول الشفعة.

وإن كان لبائعه خيار الفسخ فإن فسخ بعد الأخذ، فالمشفوع للمشتري. وإن فسخ قبله، فلا حقّ للبائع، وفي المشتري إشكال.

### مسألة 832: لو باع المكاتب شقما بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة لعجزه،

لم تسقط الشفعة، لأنها ثبتت أولاً، فلا تبطل بالفسخ المتجدد.

ولو عفا وليّ الطفل عن أخذ الشفعة له وكانت الغبطة في الأخذ، لم يصح العفو.

والأقرب: أنّ للوليّ الأخذ بعد ذلك، لبطلان العفو، ولا عبرة بالتأخير هنا، لأنّ التأخير حصل في حقّ الطفل لعذر، وهو عفو الوليّ و تقصيره.

ويحتمل أن لا يكون للوليّ المطالبة، لأنه عفا، فلو أثبتنا له الطلب، لأدّي إلي التراخي، بخلاف الصبي عند بلوغه، لتجدد الحقّ له حينئذ.

ولو ترك لإعسار الصبي، لم يكن له الأخذ بعد يساره، ولا للصبي، والمغمي عليه كالغائب.

وكذا السكران وإن كان عذره محرّماً.

وليس لغرماء المفلس الأخذ بالشفعة بدله، ولا لهم إجباره علي الأخذ ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظّ.

نعم، لهم منعه من دفع المال ثمنها فيها. فإن رضي الغرماء بالدفع أو

ص: 364

---

1- التهذيب - للبعوي - 371:4، العزيز شرح الوجيز 5:547، روضة الطالبين 4: 194.

المشتري بالصبر، تعلق حقّ الغرماء بالمشفوع، وإلاّ كان للمشتري الانتزاع.

### **مسألة 833: لو كان لأحد الثلاثة النصف و للآخر الثلث و للثالث السدس،**

فباع أحدهم و أثبتنا الشفعة مع الكثرة، فانظر مخرج السهام، فخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت العدة فسّمت المشفوع عليها، و يصير العقار بين الشفعاء علي تلك العدة.

فلو كان البائع صاحب النصف، فسهم الشفعاء ثلاثة: اثنان لصاحب الثلث، و للآخر سهم، فالشفعة علي ثلاثة، و يصير العقار كذلك.

و لو كان صاحب الثلث، فالشفعة أرباعاً: لصاحب النصف ثلاثة أرباع، و للآخر ربع.

و لو كان صاحب السدس، فهي بين الآخرين أخماساً: لصاحب النصف ثلاثة، و للآخر سهمان إن قلنا بثبوتها علي قدر النصيب، و إلاّ تساوا.

و لو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره، لم يصح.

### **مسألة 834: لو باع شقفا من ثلاثة دفعة، فلا شفعة لأحدهم.**

و لو رتب، فإن أخذ من اللاحق و عفا عن السابق، شاركه السابق.

و يحتمل عدمه، لأنّ ملكه حال شراء الثاني يستحقّ أخذه بالشفعة، فلا يكون سبباً في استحقاقها.

و لو أخذ من الجميع، لم يشاركه أحد.

و يحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني، و مشاركة الشفيع الأول و الثاني في شفعة الثالث، لأنّه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثاني، و لهذا يستحقّ لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف، لأنّه إنّما يستحقّ الشفعة

بالمملك لا بالعفو، كما لو باع الشفيع قبل علمه، فحينئذ للشفيع سدس الأول، و ثلاثة أرباع سدس الثاني، و ثلاثة أخماس الثالث، و للأول ربع سدس الثاني، و خمس الثالث، و للثاني خمس الثالث، فيصحّ من مائة و عشرين: للشفيع مائة و سبعة، و للأول تسعة، و للثاني أربعة. و علي الآخر للأول نصف سدس الثاني و ثلث الثالث، و للثاني ثلث الثالث، فيصحّ من ستّة و ثلاثين: للشفيع تسعة و عشرون، و للأول خمسة، و للثاني اثنان.

### **مسألة 835: لو باع أحد الأربعة و عفا آخر، فلآخرين أخذ المبيع.**

و لو باع ثلاثة في عقود ثلاثة و لم يعلم الرابع و لا بعضهم ببعض، فللرابع الشفعة علي الجميع.

و في استحقاق الثاني و الثالث فيما باعه الأول و استحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان.

و في استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني و الثالث، و استحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه: الاستحقاق، لأنهما مالكان حال البيع. و عدمه، لترزّل الملك. و ثبوته للمعفو عنه خاصّة.

فإن أوجبناه للجميع، فللذي لم يبع ثلث كلّ ربع، لأنّ له شريكين، فصار له الربع مضموما إلي ملكه، فكمّل له النصف، و للبائع الثالث و المشتري الأول الثلث لكلّ منهما سدس، لأنّه شريك في شفعة مبيعين، و للبائع الثاني و المشتري الثاني السدس لكلّ منهما نصفه، لأنّه شريك في شفعة بيع واحد، و يصحّ من اثني عشر.

### **مسألة 836: لو وهب المشتري الشقص - الذي اشتراه - لآخر،**

كان للشفيع فسخ الهبة، و أخذ الشقص بالشفعة، و يكون الثمن للواهب، و قد



هذا إذا لم تكن الهبة لازمة، وأما إن كانت لازمة بأن يعوّض عنها أو كانت لذي الرحم، فالأقرب: أنّ الثمن للمتّهب، فإن قلنا بأنه للواهب، رجع المتّهب بما دفعه عوضاً، وإلاّ تخيّر بينه وبين الثمن.

ولو تقايلاً أوردّه المشتري، فللشفيع فسخ الإقالة والردّ، والدرك باق علي المشتري.

ولو تحالفا عند اختلافهما في الثمن، أخذه الشفيع بما حلف عليه البائع، لأنّه يأخذه منه في هذه الصورة، والدرك علي البائع حينئذ، لفسخ العقد بالتحالف، وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البائع.

ولو غرس المشتري أو بني، فللمشتري قلع غرسه وبنائه، ولا- يضمن النقص الداخل علي الأرض بالغرس والبناء، لأنّه لم يصادف ملك الشفيع، ويأخذ الشفيع بكلّ الثمن أو يترك.

ولو امتنع المشتري من القلع، تخيّر الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش - ومع عدمه نظر - وبين النزول عن الشفعة.

فإن اتّفقا علي بذل القيمة أوجبنا قبولها علي المشتري مع اختيار الشفيع، لم يقوّم مستحقاً للبقاء في الأرض، ولا مقلوعاً، لأنّه إنّما يملك قلعه مع الأرش، بل إنّما أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ثمّ تقوّم خالية، فالتفاوت قيمة الغرس، فيدفعه الشفيع، أو ما نقص منه إن اختار القلع، أو يقوّم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه.

ولو اختلف الوقت فاختر الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته 1.

عن قلعه في آخر، فله ذلك.

ولو غرس المشتري أو بني مع الشفيح أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيح، فالحكم كذلك.

### **مسألة 837: لو ردّ البائع الثمن بالعيب، لم يمنح الشفيح، لسبق حقّه،**

ويأخذه بقيمة الثمن، وللبيع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن، ولا يرجع المشتري بالزيادة.

ويحتمل تقديم حقّ البائع، لأنّ حقّه استند إلي وجود العيب الثابت حالة التبايع، والشفعة تثبت بعده، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً، لأنّ حقّه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيح، فلا فائدة في الردّ.

أمّا لو لم يرّد البائع الثمن حتي أخذ الشفيح، فإنّ له ردّ الثمن، وليس له استرجاع المبيع، لأنّ الشفيح ملكه بالأخذ، فلا يملك البائع إبطال ملكه، كما لو باعه المشتري لأجنبيّ.

ولو باع الشفيح نصيبه بعد العلم بالشفعة، بطلت، وللمشتري الأول الشفعة علي الثاني.

ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة، احتمل السقوط، لسقوط ما يوجب الشفعة. والثبوت، لبقاء ما يوجب الجميع ابتداءً، فله أخذ الشقص من المشتري الأول.

وهل للمشتري الأول شفعة علي الثاني؟ إشكال ينشأ: من ثبوت السبب، وهو الملك، ومن تزلزله، لأنّه يؤخذ بالشفعة.

### **مسألة 838: لو وصّى لإنسان بشقص، فباع الشريك بعد الموت**

وقبل القبول، استحقّ الشفعة الوارث.

ويحتمل الموصي له إن قلنا: إنّه يملك بالموت خاصّة، فإذا قبل

الوصية، استحق المطالبة، لأننا تبيننا أن الملك كان له، ولا يستحق المطالبة قبل القبول، ولا الوارث، لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد.

ويحتمل مطالبة الوارث، لأن الأصل عدم القبول، وبقاء الحق، فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصي له، افتقر إلي الطلب ثانيا، لظهور عدم استحقاق الطلب.

ويحتمل أن المشفوع للوارث، لأن الموصي به إنما انتقل إلي الموصي له بعد أخذ الشفعة.

ولو لم يطالب الوارث حتي قبل الموصي له، فلا شفعة للموصي له، لتأخر ملكه عن البيع.

وفي الوارث وجهان مبيتان علي من باع قبل علمه ببيع شريكه.

### **مسألة 839: لو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه ثم باع المشتري علي أجنبي**

ولم يعلم الثالث بالبيعين، فإن أخذ بالثاني، أخذ جميع ما في يد مشتريه، إذ لا شريك له في الشفعة.

وإن أخذ بالأول، أخذ نصف المبيع، وهو السدس، لأن المشتري شريكه، ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من الثاني، لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما.

فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان، فقد باع نصف ما في يده، و الشفيع يستحق ربع ما في يده، وهو السدس، فصار منقسما في أيديهما نصفين، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه، وهو نصف السدس، ويرجع المشتري الثاني علي الأول بربع الثمن، وتكون المسألة من اثني عشر، ثم ترجع إلي أربعة: للشفيع النصف، ولكل واحد الربع.

وإن أخذ بالعقدين، أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول، فله ثلاثة أرباعه، ولشريكه الربع، ويدفع إلي الأول نصف الثمن الأول، وإلي الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني، ويرجع الثاني علي الأول بربع الثمن الثاني، لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول، وهو السدس، فيدفع إليه نصف الثمن كذلك، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني، وهو ربع ما في يده، فيأخذه منه، ويرجع الثاني علي الأول بثمانه، ويبقى المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه، فأخذها منه، ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن.

ص: 370

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ  
الزمر: 9

عنوان المكتب المركزي  
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الالكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

