



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

# الفقيه

آية الله العظمى  
الشيخ محمد باقر القزويني  
رحمه الله

كتاب الفقه

٧٩

دار العلوم  
بمشهد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

|     |  |
|-----|--|
| ٥   | الفهرس                                       |
| ٩   | موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ٧٩ |
| ٩   | اشاره  |
| ٩   | اشاره  |
| ١١  | كتاب الشفعه                                  |
| ١١  | اشاره  |
| ١٤  | تعريف الشفعه                                 |
| ١٨  | مسأله ١ حق الشفعه اجتماعى                    |
| ٣٣  | مسأله ٢ الشفعه فى النهر والطريق              |
| ٤١  | مسأله ٣ الشفعه فى الدولاب والناعوره          |
| ٤٥  | مسأله ٤ لو كان الطريق مشتركاً                |
| ٥٩  | مسأله ٥ البيع لما فيه شفعه ولغيره            |
| ٦١  | مسأله ٦ يشترط الانتقال بالبيع                |
| ٦٤  | مسأله ٧ هل الشفعه بين الوقف وغيره            |
| ٦٩  | مسأله ٨ لا شفعه بالجوار                      |
| ٨٢  | مسأله ٩ عجز الشفعه عن الثمن                  |
| ٩٤  | مسأله ١٠ الشفعه للغائب                       |
| ١٠١ | مسأله ١١ الشفعه للسفيه                       |
| ١٠٩ | مسأله ١٢ لو كان أحدهما كافراً أو مخالفاً     |
| ١١٥ | مسأله ١٣ شفعه الأب مع ولده                   |
| ١٢١ | مسأله ١٤ لا فسخ للمالك فى المضاربه           |
| ١٢٨ | مسأله ١٥ لو كان أحد الشريكين حملاً           |
| ١٣١ | فصل  |
| ١٣١ | مسأله ١ لو تعدد الشركاء                      |

- مسألة ٢ لو كان الشيء بين ثلاثة ..... ١٤٠
- مسألة ٣ لو امتنع الحاضر أو عفا ..... ١٤٢
- مسألة ٤ لو أخذ أحدهم وطلب الآخر الفسخ ..... ١٤٣
- مسألة ٥ لو استغله الأول وشاركه الثاني ..... ١٤٧
- مسألة ٦ لو لم يأخذ الحاضر حتى يأتي الغائب ..... ١٤٨
- مسألة ٧ لو أخذ الحاضر ثم حضر الغائب ..... ١٥٠
- مسألة ٨ لو كانت الدار بين ثلاثة ..... ١٥٢
- مسألة ٩ لو باع من الثلاثة دفعه ..... ١٥٦
- مسألة ١٠ لو باع الحاضرين ولهما شريكان ..... ١٦١
- مسألة ١١ لو كان بين آخرين فمات أحدهما ..... ١٦٢
- فصل في كيفية الأخذ بالشفعة ..... ١٦٥
- مسألة ١ لا يضر الخيار بالشفعة ..... ١٦٥
- مسألة ٢ هل للشفيع تبعيض الحق ..... ١٧٢
- مسألة ٣ الشفعة بالثمن مطلقا ..... ١٧٦
- مسألة ٤ لو اشترى شقضا وعرضا ..... ١٨٥
- مسألة ٥ الشفيع يدفعها مثلا أو قيمه ..... ١٨٨
- مسألة ٦ متى تبطل الشفعة ..... ١٩٩
- مسألة ٧ مما لا ينافي الفور ..... ٢٠٧
- مسألة ٨ في تقابل المتبايعين ..... ٢٢٤
- مسألة ٩ الدرک على المشتري ..... ٢٣١
- مسألة ١٠ التقابل بعد الرضا بالبيع ..... ٢٣٤
- مسألة ١١ لو وقفه المشتري ..... ٢٣٦
- مسألة ١٢ لو انهدم المبيع أو عاب ..... ٢٤٤
- مسألة ١٣ هل يجب إصلاح الأرض ..... ٢٥٤
- مسألة ١٤ إذا زاد الملك ..... ٢٨٢
- مسألة ١٥ لو بان الثمن مستحقا ..... ٢٨٧

- مسأله ١٦ لو قال المشتري خلاف الواقع ..... ٢٩٠
- مسأله ١٧ إذا جهل الشفيع المثلث أو الثمن ..... ٢٩٢
- مسأله ١٨ هل يجب تسليم الثمن أولاً ..... ٢٩٦
- مسأله ١٩ التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول ..... ٢٩٧
- مسأله ٢٠ لا فرق بين الإجاره والزرع ..... ٢٩٨
- مسأله ٢١ إذا سأل البائع الإقاله ..... ٣٠٢
- مسأله ٢٢ لو كان الثمن مؤجلاً ..... ٣٠٣
- مسأله ٢٣ الشفعه تورث ..... ٣١٠
- مسأله ٢٤ الشفعه تورث مطلقاً ..... ٣١٥
- مسأله ٢٥ إذا باع الشفيع نصيبه ..... ٣٢٩
- مسأله ٢٦ بيع الشقص في مرض الموت ..... ٣٣٤
- مسأله ٢٧ الصلح على ترك الشفعه ..... ٣٤٠
- مسأله ٢٨ ضمان الشفيع الدرک ..... ٣٤٦
- مسأله ٢٩ لو وجد بالشفعه عيباً سابقاً ..... ٣٥٢
- مسأله ٣٠ إذا كان لا مثل للثمن ..... ٣٦٢
- مسأله ٣١ لو باع ذو اليد ثبتت الشفعه ..... ٣٧٥
- فصل في مسقطات الشفعه ..... ٣٨٥
- اشاره ..... ٣٨٥
- إسقاط الشفعه قبل البيع ..... ٣٨٥
- لو بلغه البيع فلم يطلب ..... ٣٩٥
- لو تلف الثمن قبل قبضه ..... ٤٠٤
- مسأله ١ إسقاط الشفعه بزياده على الثمن ..... ٤٠٨
- مسأله ٢ إمهال الشفيع المشتري ..... ٤١٠
- فصل في التنازع ..... ٤١٥
- مسأله ١ لو اختلفا في الثمن ولا بينه ..... ٤١٥
- مسأله ٢ لو ادعى البيع وأنكر المشتري ..... ٤٢٩

- مسألة ٣ لو ادعى أن شريكه ابتاع بعده ----- ٤٣٦
- مسألة ٤ لو اختلفا في الإرث والابتاع ----- ٤٤٤
- مسألة ٥ الدعويان المتخالفان ----- ٤٥٢
- مسألة ٦ دعوى الشفعة مجملاً ----- ٤٥٥
- مسألة ٧ لو انكر المشتري ملكية الشفيع ----- ٤٦٣
- مسألة ٨ لو ادعى على أحد الورثة العفو ----- ٤٦٥
- فصل في مسائل مختلفة ----- ٤٦٩
- مسألة ١ لو كان المورث جاهلاً بثبوت الشفعة ----- ٤٦٩
- مسألة ٢ لو ادعى الوكالة وكان جاهلاً بالفوريه ----- ٤٧٠
- مسألة ٣ لو كان النهر مقسوماً لا المال ----- ٤٧٠
- مسألة ٤ لو أخذ بالشفعة ثم قال لا أريد ----- ٤٧٠
- مسألة ٥ لو وقف ومات وأخذ الشفيع بالشفعه ----- ٤٧١
- مسألة ٦ الجهل بالأخذ والفوريه من الأعدار ----- ٤٧١
- مسألة ٧ لو اشترى شيئين أحدهما فيه الشفعة ----- ٤٧٢
- مسألة ٨ لو اختلف الورثة في شراء المشتري ----- ٤٧٢
- خاتمه ----- ٤٧٥
- مأسى بلاد الإسلام ----- ٤٧٧
- المحتويات ----- ٤٨١
- تعريف مركز ----- ٤٩١



سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدید آور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی / المؤلف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم] : موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ ریال (هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ح۵۶ ۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص: ۱

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ \_ ١٩٨٨ م

دار العلوم \_ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسى

ص: ٢

كتاب الشفعه

اشاره

الفقه

موسوعه استدلاليه في الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الشفعه

دار العلوم

بيروت لبنان

ص: ٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٤

والأغلب أن يكون على أسلوب الشرائع.

((تعريف الشفعه))

وهي كما في المسالك: (مأخوذة من قولك: شفعت كذا بكذا، إذا جعلته شفعاً به، كأن الشفيح يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه. ويقال: أصل الكلمة التقويه والإعانه، ومنه الشفاعة والشفيع، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر، ومنه شاء شافع التي معها ولدها لتقويها به) (١).

ولم يعلم وجه لإشكال الجواهر عليه بقوله: (وفيه ما لا يخفى)، لأنه هو الظاهر من الكلمه عرفاً، فتعريف التنقيح لها بقوله: (هي مأخوذة من الزيادة، لأن سهم الشريك يزيد بما يضم إليه، فكأنه وتر فصار شفعاً)، وما عن بعض الكتب من أنها اختلفت في مأخذها لغه هل هي مشتقة من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة أو التقويه أو من الشفاعة أقوال متقاربه، غير ظاهر الوجه.

بل الزيادة والتقويه والشفاعة أيضاً مأخوذة من المعنى السابق، فإن الشفع مقابل الوتر، والشفيع عبارة عن الإنسان الذي ينضم إلى إنسان آخر، وبذلك يتقوى فيخلص من المشكله.

والإشكال في الشفاعة بأنه إن كان بدون استحقاق فهو ظلم، وإن كان مع الاستحقاق فلا وجه لاتخاذ الشفيح، وإنما

ص: ٥

كان الأول ظلماً، لأنه إعطاء غير المستحق شيئاً، فيه: إنه استحقاق بمعنى الأعم أى استحقاق بضميمه لا استحقاق فى الجملة، فإن كون الإنسان فى دين النبى (صلى الله عليه وآله) موقراً له ومعظماً لله سبحانه وتعالى يقتضى أنه إذا حدث له مشكله دنيويه أو أخرويّه تنضم عناية الله سبحانه وتعالى، أو وساطه الرسول (صلى الله عليه وآله) معه فى نجاته من المشكله، ولذا ورد: (قل لله الشفاعة جميعاً) (١).

وكيف كان، فقد سبق المسالك التذكرة وجامع المقاصد فى الكلام المذكور.

وفى الجواهر: (إنما ذكر الشفعه المصنف وغيره متصلاً بكتاب الغصب، تنبيهاً على أن ذلك كالمستثنى من حرمة أخذ مال الغير قهراً، للسنه المتواتره التى سيمر عليك جمله منها فى تضاعيف الكتاب والإجماع بقسميه عليه، بل هو من المسلمين، وما يحكى عن جابر بن زيد والأصم من إنكار الشفعه على فرض صحه الحكايه من الشواذ المعلوم بطلانه، خصوصاً بعد الطعن فى عقيدة جابر منهما بالخروج) (٢) انتهى.

وقد ورد فى متواتر الروايات لفظ (الشفعه)، مثل ما عن أبى العباس البقباق، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «الشفعه لا تكون لشريك» (٣).

وعن عبد الرحمن بن أبى عبد الله، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سمعته يقول: «الشفعه لا تكون إلا لشريك» (٤).

وعن هارون بن حمزة الغنوى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الشفعه

ص: ٦

١- سورة الزمر: الآيه ٤٤

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٢٣٧

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ١ من الشفعه ح ١

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ١ من الشفعه ح ٢

فى الدور، أشىء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره، فقال: «الشفعة فى البوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»<sup>(١)</sup>.

وقد ورد عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) بهذه اللفظه.

ففى غوالى اللئالى، عن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة فى كل مشترك ربع أو حائط، فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به»<sup>(٢)</sup>.

إلى غيرها من الروايات التى تأتى جملة أخرى منها فى تضاعيف الكتاب، إن شاء الله تعالى.

وكأنها وضعت إرفاقاً للشريك حتى لا يدخل عليه من لا يأنس به أو من لا يريد، ويمكن أن يتخلص منها مرید البيع بأن يهب الحصة لمن يريد، ثم المتهب يهب مقداراً من المال للواهب، لوضوح أنه لا شفعة فى الهبة، وليس هذا انحرافاً وخرقاً للقانون أو تحايلاً عليه، وإنما لكل من الشفعة والهبة أحكام خاصة لا تترتب على الأخرى، كما فى سائر موارد الخروج من حكم إلى حكم لتبدل الموضوع إلى آخر، وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى بعض الكتب الفقهية.

وكيف كان، فقد ذكر فى الشرائع: (إن الشفعة هى استحقاق أحد الشريكين حصه شريكه بسبب انتقالها بالبيع).

وفى مفتاح الكرامه: (وأول من عرفها فيما أجد أبو الصلاح صاحب الغنيه، قال فى الغنيه: الشفعة فى الشرع عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته، وتبعه على ذلك صاحب السرائر حرفاً فحرفاً، واقتفاهما المتأخرون فعرفها الرجل الواحد فى كل كتاب بما حصل فى نظره أنه يحصل التمييز به) انتهى.

ص: ٧

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١

٢- غوالى اللئالى: ج ٣ ص ٤٧٥

كما أن القواعد عرفه بقوله: (هى استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع).

وقد أكثر جملة من الفقهاء الإشكال على التعاريف المذكوره فى كلماتهم بالنقض طرداً وعكساً، لكن الكلام فيها قليل الفائدة، كما أشار إليه مفتاح الكرامه، وتبعه الجواهر بقوله: (ضروره معلوميه كون المراد منها التمييز فى الجملة لترتب الأحكام عليه، وإلا فتمامه يعلم بالإحاطه بالأدله التى ستعرفها إن شاء الله، وليس المراد منها التحديد الحقيقى، ولا أن ذلك للاختلاف بينهم فى معنى شرعى لها) (١).

وكذلك قال صاحب الكفايه فى كفايته.

((الشفعه وقانون الإلزام))

ثم إن الكفار إن اعتقدوا بالشفعه وراجعونا، علينا القضاء حسب عقيدتهم من باب قاعده الإلزام (٢)، وإن لم يعتقدوا بالشفعه لم يكن بينهما شفعه.

ولا يخفى أن ما التزموا به أعم من القانون والدين، لوضوح أن فى دين موسى وعيسى (عليهما السلام) تقل عندهم الأحكام قله ظاهره، ولهذا فهم من القديم حتى فى زمن رسول الله (صلى الله عليه وآله) كانوا يعملون بالقوانين الموضوعه من عند كبرائهم، ويؤيده أن الخمر والخنزير محرمان فى دينهما (عليهما السلام)، ومع ذلك رتب الإسلام أحكام الحليه بالنسبه إليهم، وكذلك نكاح المحارم فى دين المجوس، إلى غير ذلك من المؤيدات.

أما إذا اعتقد أحد الأطراف الثلاثه من الشريكين والمشتري بالشفعه، ولم يعتقد الآخر، فالأصل العدم إلا فيما إذا كان المشتري والشريك يعتقدان بها حيث إنهما بحسب اعتقادهما تنتقل الحصه إلى الشريك بأخذه الشفعه.

ص: ٨

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٢٣٨ \_ ٢٣٩

٢- انظر الوسائل: ج ١٧ ص ٤٨٤ الباب ٤ من ميراث الأخوه



أما البائع فلا شأن له بعد البيع حتى يكون عدم نظره بالشفعة موثقاً في العدم.

ومما ذكر في الكافر يعلم الحكم المخالف، وكذلك حال المنافق، لأنه ملتزم بالاسم، وتجرى عليه الأحكام.

أما المختلفون تقليداً، فاللازم أن يراجعوا مرجعاً، فما قضى فيه فهو ثابت عليهم، كما ذكرناه في كتابي: القضاء والإيراث، وغيرهما.

ص: ٩

((الأراضى وحق الشفعه))

(مسأله ۱): قال فى الشرائع: (ثبت \_ الشفعه \_ فى الأرضين، كالمساكن والعراص والبساتين إجماعاً، وهل ثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان، قيل: نعم، دفعاً لكلفه القسمة، واستناداً إلى روايه يونس، عن بعض رجاله، عن أبى عبد الله عليه السلام) ((۱))، وقيل: لا، اقتصاراً فى التسلط على مال المسلم بموضع الإجماع، واستضعافاً للروايه المشار إليها وهو أشبه).

أقول: أما ثبوت الشفعه فى العقار كالمساكن والعراص والبساتين والدكاكين وأراضى الأرحيه وما أشبه، ففى مفتاح الكرامه:

(استفاض نقل الإجماع عليه، حكاه الشيخ فى الخلاف والمحقق فى الشرائع، والنافع فى موضعين من كل منهما، وتلميذه فى كشف الرموز، والمصنف فى التذكره، والشهيد فى غايه المراد، وصاحب جامع المقاصد، والشهيد الثانى فى المسالك، والمقدس الأردبيلى فى مجمع البرهان. وفى التذكره أيضاً: إنه لا خلاف فيه إلا من الأصم) ((۲)).

((الشفعه فى كل مبيع))

وأما أنه ثبت فى كل مبيع، ففيه أقوال: أشهرها اثنان:

الأول: إنه ثابت فى كل مبيع منقول أو غيره، وهو صريح المقنعه والنهائيه والاستبصار والانتصار والكافى والمهذب والغنيه والسرائر. وقيل: إنه خير الصدوق فى المقنع ووالده فى رسالته، وهو المحكى عن أبى على، ونفى عنه البعد فى الدروس، وفى المهذب إنه أظهر فى المذهب، وفى السرائر إنه أظهر أقوال أصحابنا، وإنه مذهب السيد وغيره من المشيخه.

ص: ۱۰

۱- الوسائل: ج ۱۷ ص ۳۲۱ الباب ۷ من الشفعه ح ۲

۲- مفتاح الكرامه: ج ۱۸ ص ۴۰۰ ط الحديثه

وقد حكى شيخنا فى الرياض عنها دعوى الإجماع، وجعله من سنخ إجماع الانتصار، وفى المسالك والكفايه والمفاتيح والرياض إنه مذهب أكثر المتقدمين وجماعه من المتأخرين، وفى الانتصار الإجماع عليه وأنه من متفرداتنا وأن الأخبار به كثيره.

وأما القول بعدم ثبوتها فى المنقولات، فهو خيره الخلاف والمبسوط ومجمع البيان وفقه الراوندى والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصره والمختلف والإيضاح واللعمة والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان.

وحكاه فى المختلف عن والده وابن حمزه، وهو الظاهر من الوسيه والمراسم، ويقتضيه كلام الحسن ابن أبى عقيل، وقد قال به أو مال إليه فى غايه المراد، ونفى عنه البعد فى الكفايه، وهو مذهب أكثر أصحابنا كما فى الخلاف، وأكثر المتأخرين كما فى المسالك والكفايه، والأشهر كما فى المهذب البارع، والمشهور كما فى التذكرة وجامع المقاصد، وبين المتأخرين كما فى مجمع البرهان، وعليه المتأخرون كما فى الدروس، وهو الظاهر من رواياتهم كما فى الخلاف، وأخباره أشهر كما فى التذكرة، وقد نسبه فى الدروس إلى ظاهر المبسوط) انتهى.

وعن المقدس الأردبيلي: (إن الأدله من العقل والنقل كتاباً وسنه وإجماعاً دلت على عدم الجواز فيما ينقل وما لا ينقل، خرج ما لا ينقل مطلقاً بالإجماع، وبقي الباقي تحت المنع بالدليل القوي المفيد لليقين) انتهى.

ويظهر من الجواهر وغيره وجود هذا الاختلاف بين القولين عند العامه أيضاً، فلا يمكن رمى طائفه من الروايات فى أحد الطرفين بالتقيه.

والحاصل: إن فى المسأله قولين مشهورين، ومستندهما طائفتان من الروايات

لا يمكن استضعاف سند طائفه أو تضعيف دلالتها أو رميها بالخلل في جهه الصدور، كما أن كلتا الطائفتين مشهوره، فلا يمكن تقديم بعضها على بعض بالشهره، وإنما يبقى التعارض بما يوجب الرجوع إلى عمومات الأدله كما ذكره الأردبيلي.

((روايات الشفعه في كل شيء))

أما روايات الثبوت فهي ما رواه المشايخ الثلاثه، عن يونس، عن الصادق (عليه السلام)، عن الشفعه لمن هي، وفي أي شيء هي، ولمن تصلح، وهل يكون في الحيوان شفعه، وكيف هي، فقال (عليه السلام): «الشفعه جائزه» (وفي الفقيه: واجبه) «في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على اثنين فلا شفعه لأحد منهم» (١).

وعن الفقيه، بإسناده عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن عبد الله بن سنان، أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال: «بيعه»، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له الشريك: أعطني، قال: «هو أحق به»، ثم قال (عليه السلام): «لا شفعه في الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً» (٢).

وصحيح ابن سنان، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحق، أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً» (٣).

ص: ١٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٧

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٤

وصحيح الحلبي في التهذيب، وحسنه كالصحيح في الكافي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أيضاً، إنه قال في المملوك بين شركاء يبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً»، قيل له: في الحيوان شفعه، قال: «لا»<sup>(١)</sup>.

وهذه الرواية تدل على التفصيل في المنقول، فلا دلالة فيها على وجود الشفعه في المنقول مطلقاً.

وفي الرضوي (عليه السلام): «روى أن الشفعه واجبه في كل شيء من الحيوان والعقار والدقيق»<sup>(٢)</sup>.

((روايات الشفعه في خصوص العقار))

أما روايات القول بعدم الثبوت إلا في العقار، فهي روايه الغنوي، عن الصادق (عليه السلام)، سألته عن الشفعه في الدور أشياء واجب للشريك يعرض على الجار وهو أحق بها من غيره، فقال (عليه السلام): «الشفعه في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن»<sup>(٣)</sup>.

وخبر عقبه بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعه بين الشركاء في الأرض والمسكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا أُرِّفَت الأُرْفُ وحددت الحدود فلا شفعه»<sup>(٤)</sup>.

وخبر السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «لا شفعه في سفينه ولا في نهر ولا في طريق ولا في رحى ولا في حمام»<sup>(٥)</sup>.

ص: ١٣

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعه ح ٣
- ٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ من الشفعه ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعه ح ١
- ٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعه ح ١
- ٥- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٨ من الشفعه ح ١

وخير سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «ليس في الحيوان شفعه»<sup>(١)</sup>.

وما رواه في الكافي: «إن الشفعه لا تكون إلا في الأرضين والدور فقط»<sup>(٢)</sup>.

وما رواه في الفقيه، عن الصادق، عن أبيه (عليهما السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قضى بالشفعه مالم تُؤرف، يعنى تقسم»<sup>(٣)</sup>.

وفى الغوالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعه في كل مشترك ربع أو حائط، فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به»<sup>(٤)</sup>.

وعن الدعائم، روينا عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعه فيما وقعت عليه الحدود»<sup>(٥)</sup>.

وعن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «الشفعه جائزه فيما لم يقع عليه الحدود، فإذا وقع القسم والحدود فلا شفعه»<sup>(٦)</sup>.

وعن الرضى (رحمه الله) في المجازات النبويه، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعه»<sup>(٧)</sup>.

وعن الغوالي، بسنده إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «الشفعه فيما لا يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعه»<sup>(٨)</sup>.

وعن الشيخ الطوسي، بسنده إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «إذا وقعت الحدود فلا شفعه»<sup>(٩)</sup>.

ص: ١٤

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعه ح ٦
- ٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٨ من الشفعه ح ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٣ من الشفعه ح ٨
- ٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعه ح ١
- ٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ من الشفعه ح ١
- ٦- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ من الشفعه ح ٣
- ٧- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ من الشفعه ح ٥
- ٨- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعه ح ٥
- ٩- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعه ح ٦

وفى روايه أخرى، رواها الغوالى، عن النبي (صلى الله عليه وآله): «الشفعه فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وضربت الطرق فلا شفعه»<sup>(١)</sup>.

ورواه درر اللثالى، عن جابر، عنه (صلى الله عليه وآله)<sup>(٢)</sup>.

وعن المقنع، روى: «إذا أرفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعه»<sup>(٣)</sup>.

وعن دعائم الإسلام، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعه إلا فى مشاع»، إلى أن قال: «فإذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفلى شفعه إلا أن يكون بينهما شىء مشترك»<sup>(٤)</sup>.

وفى الغوالى، عن الصادق (عليه السلام) قال: «الشفعه فى كل عقار، والعقار النخل والأرضون والدور»<sup>(٥)</sup>.

وعن الغوالى، عن جابر، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «لا شفعه إلا فى ربع أو حائط»<sup>(٦)</sup>.

إلى غيرها من الروايات، مما أنه لولا كون روايات الإطلاق على خلاف القاعده لكان اللازم الجمع بينهما بكون الروايات المانعه على ضرب من الكراهه ونحوها.

وأما المناقشات الأخرى فى هذه الطائفة أو تلك الطائفة فلا يخفى ما فيها.

ومنه يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر بقوله: (والإنصاف أن ذلك كله

ص: ١٥

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٣ من الشفعه ح ٨

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٣ من الشفعه ح ٨

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ من الشفعه ح ١٠

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعه ح ١

٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٥ من الشفعه ح ٢

٦- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعه ح ٦

مما يورث الشك للفقهاء، خصوصاً بعد عدم الشهره المحققه المعتد بها للقدماء فى ذلك، بل ما حكااه المرتضى عن العامه من اتفاقهم عدا مالك على عدم ثبوتها فى المنقول، معارض لما عن الخلاف من حمل مرسل يونس (١٧) على التقيه من أبى حنيفه ومالك، كما أن ما ادعاه من الإجماع لم نتحققه، إذ لم نعرف من وافقه على ذلك ممن تقدم إلى المفيد، مع أنه حكى عنه فى المختلف أنه لم يصرح بشىء، وإن كان هو خلاف الموجود عندنا فى مقننته من التصريح بذلك فى آخر كلامه، وإلا ابن الجنيد، ولم نقف على عبارته، وليس النقل كالعيان.

وأما الصدوقان وابن أبى عقيل، فقد عرفت الحال فى كلامهم، فالتحقيق حينئذ الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصول العقليه والنقلية، وهو الأخذ فى غير المنقول، وحمل النصوص فى المملوك والحيوان على ضرب من الندب بل لا يبعد حمل مرسل يونس (٢٢) عليه انتهى.

إذ لا يخفى ما فيه من مواضع النظر.

قال فى الشرائع: (وأما الشجر والنخل والأبنيه فتثبت فيها الشفعه تبعاً للأرض).

وقال فى القواعد: (ولو بيع البناء والغرس منضمين إلى الأرض دخلا فى الشفعه تبعاً).

وفى مفتاح الكرامه: بلا خلاف، كما فى موضعين من المبسوط، وظاهره نفيه بين المسلمين.

ونحن أيضاً لم نجد فيه لنا خلافاً، بل وجدنا عباراتهم

ص: ١٦

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعه ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعه ح ٢



مصرحه بذلك، وقد يظهر الإجماع من الشرائع والمسالك والكفايه، حيث قيل فيها تثبت فيهما تبعاً للأرض، ولو أفردا بالبيع نزل على القولين، فظاهرها أنه لا خلاف حيث تُضمَّان، وتبعه في ذلك الجواهر كما لا يخفى على من راجع عبارتهما.

وقد تقدم في روايه الغنوى: سألته عن الشفعه في الدور(١).

وفي روايه منصور: عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصه الدار(٢).

وفي روايه عقبه: قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعه بين الشركاء في الأرضين والمساكن(٣).

وفي جمله من الروايات لفظ: الأرض.

وفي روايه الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «إذا اكترى الشفيع من المشتري الأرض المبيعه أو الدار، أو عامله في النخل وساومه في شيء من ذلك فقد قطعت شفعتة»(٤).

مما يدل على أن في النخل أيضاً الشفعه.

وفي روايه أخرى، عنه (عليه السلام) قال: «الشفعه في كل عقار، والعقار النخل والأرضون والدور»(٥).

وفي روايه الغوالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «لا شفعه إلا في ربع أو حائط»(٦).

وفي جمله من الروايات إطلاق أو عموم يشمل المقام، كقوله (صلى الله عليه وآله) فيما

ص: ١٧

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٧ من الشفعه ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعه ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعه ح ١
- ٤- لمستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ١١ في نوادر الشفعه ح ٢
- ٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعه ح ٦
- ٦- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعه ح ٦

رواه الغوالي: «الشريك شفيح، والشفعه في كل شيء» (١).

وفى روايه الدعائم، عن على (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعه في بئر ولا نهر، ولا شفعه إلا أن يكون مع شيء من ذلك أصل الأرض لم تقسم» (٢).

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (ليس في شيء من النصوص ذكر الحائط بمعنى البستان الشامل للأرض والغرس، وإنما هو موجود في نصوص العامه، إلا أنه لا فرق عند الأصحاب بينه وبين البناء، كما أنه ليس في شيء من نصوصنا لفظ البناء، بل فيها الأراضى والمساكن والدور، ومن هنا قد يتوقف فيما لا يدخل تحت اسم المسكن والدار من البناء كجدار ونحوه، وإن حكى عن ظاهر جماعه وصريح آخرين ثبوت الشفعه فيه تبعاً للأرض، لكنه لا يخلو من نظر، اللهم إلا أن يكون ذلك مثلاً لكل ما يثبت في الأرض، سواء كان مسكناً أو غيره) انتهى.

والأقرب دخول كل ذلك، ولذا قال في محكى التذكرة وتبعه المحقق والشهيد الثانيان: كما أن المساكن يتناول الأبنيه، والدور يتناول الجدران والسقوف والأبواب.

وفى مفتاح الكرامه: (في تناول المساكن لمطلق الأبنيه حتى الحائط الواحد وحده منع واضح) انتهى.

لكن قد عرفت شمول الإطلاقات لمثله، فلو بنى حائطاً في الصحراء لأجل الظل، مما لم تكن أرضه له كان داخلاً في الحكم المذكور.

بل في دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعه إلا في مشاع

ص: ١٨

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعه ح ٧

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٨ من الشفعه ح ٢

أو ما كان من طريق مشترك، أو حائط معقود بخشب، أو حجاره أو ما أشبه ذلك من البناء، ولأصحاب الزائقة غير النافذه الشفعه بعضهم على بعض باشتراك الزائقة»<sup>(١)</sup>.

وتقدم فى روايه الغوالى<sup>(٢)</sup> لفظ الحائط<sup>(٣)</sup>.

بل قد عرفت العمومات أو الإطلاقات الشامله لمثل ذلك خرج منه ماخرج فيبقى الباقي، كقول الصادق (عليه السلام): «الشفعه جائزه» (أو واجبه، كما فى نسخه الفقيه) «فى كل شىء»<sup>(٤)</sup>.

وقوله الآخر: «الشفعه فى البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن»<sup>(٥)</sup>.

بل ويؤيده ما تقدم من خبر عقبه بن خالد، عن الصادق (عليه السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قضى بالشفعه بين الشركاء فى الأرض والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار»<sup>(٦)</sup>.

فإن قوله: «لا ضرر ولا ضرار» بعد كلامه بثبوت الشفعه يدل على إطلاق الشفعه، لأنه كالعلة لهذا الحكم الذى هو على خلاف أصل السلطنه.

((الشفعه ومتعلقات العقار))

ثم الظاهر العرفى أن متعلقات الدار والأرض والمسكن وما أشبهه، مما يدخل تبعاً فى الاسم، داخل فى حكم الشفعه وإن كانت منفصله.

ومنه يعلم وجه النظر فى استثناء الجواهر المفاتيح قال: (لا إشكال فى تناول اسم الدار لجميع ما يثبت فيها من الأبواب والأخشاب والأعتاب ونحوها من المنقولات التى أثبتت تبعاً للدار، بل فى بعض كتب الشافعيه دخول المفاتيح

ص: ١٩

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعه ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعه ح ٦

٣- إلا أن يقال: أنه ظاهر فى البستان (منه دام ظله)

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعه ح ٢

٥- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعه ح ١

٦- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعه ح ١

أيضاً، وإن كان فيه منع واضح، وإن قلنا بتبعيتها لبيع الدار عرفاً) انتهى.

إذ لا وجه لاستثنائها بعد رؤيه العرف شمول اللفظ له.

أما الأجزاء المثبتة وإن لم تكن من الدار حقيقة، كأنايب الماء والكهرباء والمراوح والأشجار الثابتة في الدار والأعشاب كذلك فهي كلها داخله في بيع الدار.

((الشفعة في الحق والملك))

ثم الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون حقاً أو ملكاً، كما إذا كانت غرفه عليا، أرضها سقف الغرفة السفلى، ولكن الحق لصاحب الغرفة العليا، فباع صاحب العليا، فإنه يكون في الأرض أيضاً الشفعة، كما أنه إذا باع صاحب السفلى يكون السقف أيضاً داخلاً في الشفعة، وإن كان تعلق بأرض العليا حق الغير.

وفي روايه الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، أنه قال في الأرض تكون حبيساً على القوم فيبني فيها بعضهم ثم يموت فيبيع بعض ورثته حصته، هل لصاحبه شفعة، قال: «نعم له الشفعة، لأنه يدخل على ما بقي مضره إذا كان يهدم نصف كل بيت فيدخل في ذلك فساد»<sup>(١)</sup>.

هذا بالإضافة إلى ما عرفت من الاستدلال بلا ضرر، وبالعمومات المتقدمة.

وفي روايه أخرى له، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة إلا في شيء مشاع»، إلى أن قال: «فإذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفلى شفعة، إلا أن يكون بينهما شيء مشترك»<sup>(٢)</sup>.

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكى عن القواعد والتذكرة والتحرير وجامع

ص: ٢٠

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ح ٥

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح ١

المقاصد من عدم الشفعه فيما لو كانت أرض الغرفه سقف صاحب السفلى المختص، لعدم التبعية لأرضه.

ولكن عن الدروس: لا شفعه فيها عند الفاضل، مشعراً بنوع تردد فيه.

وقال فى الجواهر بعد نقله الحكم المذكور عن العلامة وغيره: (أما لو كان السقف لهما، ففي القواعد إشكال من حيث إنه فى الهواء فليس بثابت، ولا ترجيح فى التحرير والدروس، بل فى التذكرة الأقرب أن لا شفعه، بل فى جامع المقاصد أنه الأصح، لأن ثبوت الشفعه فيها تبعاً للأرض ولا أرض هنا، وعدم النقل عادة لا يخرجها عن كونها منقوله فى الأصل، وصائرته إلى النقل، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، لصدق اسم المسكن والدار وكون الشيء منقولاً أو ثابتاً ليس عنواناً فى شيء من النصوص، ولعله لذا حكى عن الفخر أن الأولى ثبوت الشفعه) انتهى.

فإن مقتضى القاعده ما ذكره الجواهر كما عرفت.

((الشفعه فى البناء والشجر))

قال فى الشرائع: (ولو أفردا أى النخل والشجر والأبنيه بالبيع، نزل على القولين).

وفى القواعد: (إنه لا شفعه فى البناء والغرس).

لكن مقتضى القاعده الشفعه فى البناء ولو مجرداً عن الأرض، لبعض الإطلاقات المتقدمه، ودليل «لا ضرر» المستدل به فى الروايه (١١)، بل ولقوله (عليه السلام): «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعه بين الشركاء فى الأرضين والمساكن»، فإن عطف (المساكن) على (الأرضين) مع أن بينهما عمومًا من وجه، يقتضى أن يكون الشفعه فى كل المساكن، سواء كانت مع الأرض أم لا، كما يقتضى أن الأرضين فيها الشفعه، سواء كانت مع المساكن

ص: ٢١

أولاً، وليس بين الأمرين عموم مطلق، كما هو ظاهر مفتاح الكرامه حيث قال: (ولا بد في عطف الخاصه على العامه من نكته).

كما أنه لم يعلم وجه قول المسالك: المسكن اسم للمجموع المركب من الأرض والبناء.

وأما الشجر، فإن قلنا بالإطلاق في تلك الروايات السابقة، ومثل دليل «لا ضرر» المستدل به في روايه رسول الله (صلى الله عليه وآله)، كما هو الظاهر من الجملتين المتعاقبتين، فاللازم أن نقول بثبوت الشفعه فيه.

ويؤيده ما تقدم عن الدعائم، عن الصادق (عليه السلام) من قوله: «الشفعه في كل عقار، والعقار النخل والأرضون والدور»<sup>(1)</sup>.

وإلا فإن لم نكتف بمثل هذه العمومات والمؤيدات فالأصل العدم، لكن القول به قريب.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (أما لو بيعا مع مغرسهما وأسيهما خاصه من أرض البستان والدار، فالأصح عند الشافعي عدم الشفعه، لأن المبيع من الأرض هنا تابع وهو الأس والمغرس، والمتبوع هو البناء والشجر، ولا يخلو من وجه للشك في التبعيه هنا، لعدم صدق البستان والدار على الفرض، إذ هما اسم للمجموع المركب من ذلك، وهو المدار) انتهى.

خصوصاً في إشكاله في البناء في الدار.

وبالطريق الأولى تثبت الشفعه في الدار التي ليست أرضها مملوكة الشريكين، لكونها مفتوحه عنوه، وقلنا بعدم ملكها تبعاً للآثار، أو كانت وقفاً على غيرهما، أو وقفاً عاماً، أو كانت مستأجره

ص: ٢٢

---

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعه ح ٢

أو عاربه، وذلك لصدق الدار والبستان والمسكن ونحوها عليها، فأشكال الجواهر فيها بأنه لا يبيع فيها لأرضها مع الآثار حتى تتحقق الشفعه، محل نظر.

ومن ذلك يظهر النظر أيضاً في قوله: (ولو كان في أرض البستان أو الدار زرع يجر مره بعد أخرى، فالذى صرح به بعض الشافعيه الشفعه في أصوله، وإن كان الجزء الظاهره لا شفعه فيها. أما إذا لم يكن كذلك، بل يجر دفعه واحده ويؤخذ فلا شفعه فيه، قلت: لعل الأصح خلافه فيهما، ضروره عدم دخولهما في اسم الحائط والدار حتى تتحق الشفعه فيه، وليس هو من التوابع الثابته، ومن هنا كان المحكى عن الخلاف وفقه الراوندى والتذكره والتحرير وجامع المقاصد وغيرها عدم الثبوت فيه من دون تفصيل) انتهى.

إذ الظاهر من الدليل لدى العرف التبعية، كما تقدم في مثل المفتاح أيضاً، فإن من اشترى داراً لا يشك في دخول مثل ذلك فيه، وكذلك إذا صالح أو استأجر، وهكذا في المقام، بل تعارف وجود مثل هذه الأعشاب في البساتين والدور الواسعه ذات الحدائق مع عدم استثنائها في الأدله، دليل على دخول الأعشاب ونحوها في الشفعه أيضاً.

((فروع))

كما أنه لعله كذلك بالنسبه إلى الحيوانات الموجوده في الأرض كالديدود الموجود في أرض البساتين مما يكثر نفعه أيضاً وبيع لبعض الأدوية، فإنها أيضاً داخله، ولذا إذا باع البستان ثم جاء البائع وأراد إخراج الديدود لنفسه عدّ مخالفاً لما ينصرف من بيعه.

كما أنه يعرف مما تقدم وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (ولو كان في الدار نخله أو شجره أو نحوهما مما لا تسمى بستاناً، فلا شفعه فيها ببيع الدار

إذ ليس هي منها في شيء، والتبعيه الجعليه في البيع لا تجدى، بل قد عرفت أن التبعيه العرفيه كذلك ما لم تدخل في المسمى على وجه تكون من أجزاء الدار عرفاً مثل الرفوف المثبتة فيه) انتهى.

إذ الظاهر أنها تابعه لفهم العرف ذلك من أدله الشفعه، ولو لم تكن تابعه لزم الاستثناء.

أما الرفوف غير المثبتة، كما إذا كان في طرفي الحائط خشبه أو نحوها بحيث يوضع الرف فوقه، فلا يبعد الدخول أيضاً، لأنه المنصرف من الإطلاق هنا، وفي البيع والصلح وغيرها، إلا إذا استثنى في البيع ونحوه.

والظاهر أنه يدخل في الشفعه أيضاً القفص المبنى في الحائط للطيور والدجاج ونحوهما، وكذلك محل وضع التبن والحشيش والشعير للحيوانات المبنية من الطين ونحوه.

وهل تثبت الشفعه في مثل المسكن المتحرك، حيث يعتاد في الحال الحاضر صنع المساكن المتحركة على العجلات، أو المساكن المتحركة في البحر مما يشبه السفن، احتمالان، من أنه مسكن، ومن احتمال انصراف الأدله عن مثله، لكن لا يبعد القول لإطلاق الأدله المتقدمه، ودليل «لا ضرر»<sup>(١)</sup>، وشمول المسكن له بعد ما عرفت من أنه لا يلزم أن يكون المسكن مع الأرض، للتقابل بينهما في الحديث.

ص: ٢٤

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعه ح ١



((الشفعه فى النهر والطريق وما تضره القسمه))

(مسأله ۲): قال فى الشرائع: (وفى ثبوتها فى النهر والطريق والحمام وما تضر قسمته تردد، أشبهه أنه لا تثبت، ونعنى بالضرر أن لا ينتفع به بعد قسمته، فالمتضرر لا-يجبر على القسمه، ولو كان الحمام أو الطريق أو النهر مما لا يبطل منفعتة بعد القسمه أجبر الممتنع وتثبت الشفعه، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما) انتهى.

وقال فى القواعد: (واحترزنا بقبول القسمه عن الطاحونه والحمام وبئر الماء والأما كن الضيقه وما أشبهها، مما لا يقبل القسمه لحصول الضرر بها، وهو إبطال المنفعه المقصوده منها، فلا شفعه فيها على رأى).

أقول: اختلفوا فى أنه هل يلزم إمكان القسمه بلا ضرر حتى تكون شفعه، فلو لم يقبل القسمه لم تكن شفعه، أو أن الشفعه مطلقاً قبل القسمه وإن لم يقبل، المشهور ذهبوا إلى الأول.

قال فى مفتاح الكرامه: (اشتراط قبول القسمه خيره النهايه والخلاف والمبسوط والمراسم والمهذب والوسيله والشرائع والنافع والتذكره والتحرير والإرشاد والتبصره والمختلف والإيضاح وغايه المراد والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروضه، وهو الظاهر من كشف الرموز وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع، ونفى عنه البعد فى المجمع البرهان، وهو المحكى عن على بن بابويه، وعبارته ولده فى المقنع كالمحكى من عبارتهما، وعليه المتأخرون كما فى الدروس، وعليه الفتوى كما فى التنقيح، ومذهب أكثر علمائنا كما فى التذكره، والمشهور كما فى مجمع البرهان، وخصوصاً بين المتأخرين كما فى المسالك، وأكثر المتأخرين كما فى جامع المقاصد.

والقول الثانى: مذهب السيد المرتضى وأبى المكارم وابن إدريس وأبى

على والقاضى، وحكاه فى الإيضاح عن المفيد، ونسبه فى المفاتيح إلى السيد والحلى وأكثر المتقدمين واختاره، وكأنه قال به أو مال إليه فى المسالك وفى الدروس أن القولين مشهوران، ولا ترجيح فيه ولا فى الكفايه، وفى الحدائق أن هذا الشرط ذكره جملة من المتأخرين كالعلامه فى الإرشاد، وأنكر عليه فى التذكرة نسبه إلى أكثر علمائنا وقال: إن شهره المتأخرين إنما وقعت بعد العلامه) انتهى كلام السيد العاملى، ملخصاً.

وقد أخذ منه الجواهر فى نقل الأقوال بتلخيص.

((أدله القولين))

استدل المشهور القائلون بأنه يلزم فى الشفعه أن يكون قابلاً للقسمه، فلو لم يقبل القسمه لم تكن شفعه: بالأصل، ودليل «لا ضرر» ((١))، وجملة من الروايات.

أما الأصل، فلأصله عدم الشفعه إلا فيما خرج بالدليل، لأن الشفعه تسليط على مال الغير، وهو خلاف «الناس مسلطون على أموالهم» ((٢)).

وأما دليل «لا ضرر» فهو كما عن التنقيح: إن نظر الشارع بالشفعه إزاله ضرر المالك بالقسمه لو أرادها المشتري، وهذا الضرر منتف فيما لا يقسم فلا شفعه فيه.

أقول: ويدل على ما ذكره التنقيح ما تقدم من الحديث عن رسول الله (صلى الله عليه وآله)، حيث قال (عليه السلام): «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعه بين الشركاء فى الأرضين والمساكن. وقال: «لا ضرر ولا ضرار» وقال: «إذا أرفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعه» ((٣)). فإن ظاهره تعليل الحكم بالشفعه بدليل

ص: ٢٤

١- انظر: الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١، وج ١٧ الباب ١٢ من إحياء الموات

٢- الغوالى: ج ٢ ص ١٣٨

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعه ح ١

«لا ضرر»، وإلا لم يكن وجه لذكر «لا ضرر» هنا، خصوصاً وأن بعده أيضاً حكم الشفعه، وإلا كان مجيء هذه الجملة في وسط الحكمين غير مناسب كما هو واضح.

وأما الروايات فهي ما تقدم عن السكوني، كما في الكافي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «لا شفعه في سفينه، ولا في نهر، ولا في طريق»<sup>(١)</sup>.

وزاد في الفقيه: «ولا رحي ولا حمام».

ومثل هاتين الروايتين غيرهما مما تقدم، حيث إنه ليس المراد بها الواسعات القابلات للقسمه إجماعاً، كما في مفتاح الكرامه، فلم يبق إلا أن يراد الضيقات، فيكون الباقي كذلك، إذ لا قائل بالفصل، والضعف منجبر بما عرفت.

أما ما احتمل في الرياض من حمل الروايتين عن التقيه تبعاً للمفاتيح، ففيه ما في مفتاح الكرامه، وتبعه الجواهر: إن القائل هنا بمقاله المرتضى أبو حنيفه وأصحابه، وابن شريح والثوري ومالك في إحدى الروايتين عنه، وبعض هؤلاء هم الذين يتقى منهم الصادق (عليه السلام).

واستدل في الخلاف وغيره بما رواه العامه، عن جابر، إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «إنما جعلت الشفعه فيما لم يقسم»<sup>(٢)</sup>، فإن (إنما) يفيد الحصر، و(الشفعه) معرفه بلام الجنس، وأنها لا تدخل إلا على ما يمكن قسمته ويصح اتصافه بالقسمه ولو في بعض الأوقات لأنها تفيد نفي الماضي.

ولهذا يصح أن يقال: السيف لا- يقسم، ولا- يقال: لم يقسم، فالنفي بمعنى عدم الملكه، لا بمعنى السلب، وكأن الخلاف إنما استدل بهذه الروايه العاميه

ص: ٢٧

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٨ من الشفعه ح ١

٢- انظر: الخلاف ص ٢٦٥ المسأله ١٦ من الشفعه، وسنن البيهقي: ج ٦ ص ١٠٢

إلزاماً لا احتجاجاً، مع احتمال كونه احتجاجاً لتأييده للروايات الواردة من طرفنا، كقول أحدهما (عليهما السلام) في مرسل جميل: «الشفعة لكل شريك لم تقاسمه»<sup>(١)</sup>، وفي عده أخبار آخر: «الشفعة لا تكون إلا لشريك لم تقاسمه».

وكانه لذا رجع عن إشكاله على المشهور صاحب الحدائق، حيث قال بعد ذكر أدله المشهور:

(وأنت خير بأنه لا دلالة فيها على ذلك، إذ لا تعرض فيها لذكر القسمة وعدمها، وكأنهم بنوا على أن العله في النفي في هذه الأفراد إنما هي من حيث عدم قبول هذه الأشياء القسمة.

وفيه: إن هذه عله مستنبطه لا يجوز العمل عليها عندنا، نعم يمكن الاستدلال عليه بما في روايه عقبه بن خالد، من قوله (عليه السلام): «إذا رف الأرف وحدت الحدود فلا شفعه»<sup>(٢)</sup>، وفي معناها روايات آخر، فإن ظاهرها أنه لا شفعه إلا فيما يقع فيه الحدود وتضرب له الطرق ويقع فيه السهام.

وكيف كان، فالمسألة لا تخلو من الإشكال، والقدر المعلوم جواز الشفعه فيه هو ما وقع عليه الاتفاق مما قدمنا ذكره، وما عداه فهو محل توقف وإشكال) انتهى ملخصاً.

أما غير المشهور، فقد أجابوا عن أدله المشهور بأن الأصل ليس بأصيل حيث يوجد الدليل، والدليل هو بعض المطلقات السابقه، بالإضافة إلى إجماع المرتضى في الانتصار، حيث ادعى ثبوت الشفعه حتى فيما لا يقسم.

وأما الاستدلال بدليل «لا ضرر»، فعن الرياض إنه في غايه الضعف، وقد فصل الكلام في ذلك، ويمكن أن يقال في وجهه: إنه دليل مشترك، فكل من الشفعه

ص: ٢٨

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٢ من الشفعه ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٢ من الشفعه ح ٥

وعدمها ضرر على طرف، فلا يمكن الاستدلال به لأحد الطرفين، خصوصاً وأن قول الرسول (صلى الله عليه وآله) بالشفعة في الأرضين والمساكن (١)، شامل للضيقة وغير الضيقة، فكما لا تقييد في الأرضين والمساكن، كذلك لا تقييد في غيرهما.

ويمكن أن يكون المراد بالروايات الخاصة ما تقدم في روايه الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة في بئر ولا نهر، ولا شفعة إلا أن يكون مع شيء من ذلك أصل الأرض لم تقسم» (٢).

وكيف كان، فالأدلة الخاصة من الطرفين متكافئه، والشهرة لا تصلح مستنده، فالأمر دائر بين بعض الإطلاقات والعمومات المتقدمة، وبين الأصل كقوله (عليه السلام): «الشفعة جائزه أو واجبه في كل شيء» (٣).

وقوله (عليه السلام): «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن» (٤)، وغيرهما.

وحيث إن الإطلاقات والعمومات مقدمه على الأصل، كان قول غير المشهور أقرب إلى الصنائه، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه.

وبذلك ظهر أنه لا يبقى مجال لما ذكره المسالك وغيره في تفسير عباره الشرائع حيث قال: (ونعنى بالضرر) إلى آخره: (المراد من الضرر الرفع للإجبار على القسمة عند المنصف، أنه هو المبطل لمنفعه المال أصلاً على تقدير القسمة، بأن يخرج عن حد الانتفاع لضيقة، أو لقله النصيب، أو لأن أجزاءه غير منتفع

ص: ٢٩

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٨ من الشفعة ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٢

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١

بها، كالأمثله المذكوره، إلا إذا كانت بالغه فى الصغر هذا الحد، فلو بقى للسهم بعد القسمة نفع ما يثبت الشفعه وللضرر، تفسير آخر: وهو أن ينقص القسمة قيمه المقسوم نقصاناً فاحشاً، وثالثاً: وهو أن يبطل منفعتة المقصوده قبل القسمة، وإن بقيت فيه منافع غيرها، كالحمام والرحى إذا خرجا بالقسمة عن صلاحية الانتفاع بهما فى الغسل والطحن على الوجه الذى كان أولاً، وفى الوسط قوه، ومحل تحقيقه باب القسمة، وذكره هنا بالعرض) انتهى.

أقول: ويمكن أن يتصور وجوه آخر للضرر، كأن يأخذ الظالم الضريبه عن المقسوم دون غيره، كما هو المتعارف الآن، أو أن يوجب القسمة انفراد كل بملكه مما يمكن الظالم على التسليط على انتزاعه منه، بينما إذا كانا معاً لم يتمكن الظالم من ذلك، إلى غيرها.

((الشفعه فى البئر والحمام))

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول الدروس: (لو اشتملت الأرض على بئر لا يمكن قسمتها، وأمكن أن تسلم البئر لأحدهما مع قسمة الأرض تثبت الشفعه فى الجميع، قيل: وكذا لو أمكن جعل أكثر بيت الرحى موازناً لما فيه الرحى، ويلزم منه أنه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيقين، وأمكن سلامه الحمام أو البيت لأحدهما أمكن أن تثبت، وعندى فيه نظر بالشك فى وجوب قسمة ما هذا شأنه) انتهى.

فإنه لا وجه للتفصيل المذكور بعد أن عرفت أن مقتضى القاعده إطلاق دخول الشفعه.

كما أن مثله فى وجه النظر ما فى القواعد حيث قال: (فلو انتفى الضرر بقسمة الحمام تثبت الشفعه، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر بأحدهما، أو كان فى الرحى أربعة أحجار بئر يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين، أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعتة بالقسمة، ولو ضم المقسوم

أو ما لا شفعه فيه إلى ما فيه الشفعه ثبتت في الثاني بنسبه قيمته من الثمن) انتهى.

فإنه وإن حكى في مفتاح الكرامه فرعه في الحمام عن المبسوط والشرائع والتذكره والتحرير وجامع المقاصد وغيرها، وحكى فرعه في الرحي عن المبسوط والتذكره والتحرير وجامع المقاصد، وفرعه في الطريق عن الشرائع والتذكره والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفايه إلا أن الجميع مبنى على التفصيل المذكور بين قابل القسمه وعدمه، وحيث يرتفع الأصل يرتفع الفرع.

نعم لا ينبغى الإشكال على قولهم فيما كان الحمام في الدار، كما هو المتعارف الآن، فإن الشفعه آت في الدار وبتبعه الحمام، لأن الحمام تبع، ومرادهم بالحمام الحمام المستقل.

كما أنه لو كان الحمام ذا طابقين، حمام فوق وحمام تحت، كما يتعارف الآن في بعض الحمامات العموميه، فإن كلامهم في الشفعه آت فيه أيضاً، وهكذا حال الرحي إذا كان منصوباً في البيت، أو ذا طابقين، وكذلك في الطريق الذي يكون في طابقين، فإن دليلهم في منع الشفعه لا يأتي في تلك وإن كانت ضيقه.

((فروع))

ومثل الدار وغيرها الدكان، لشمول بعض الإطلاقات المتقدمه له، وكذلك حال المعمل والمصنع والمطار وموقف السيارات ونقطه المحطه للقطار وغيرها، لعموم الحكم في الجميع.

بل وكذا ينبغى أن يكون حال موقف السفن في البحر إذا أحرزه إنسان فاشترك معه آخر، أو أحرزاه أو حصلاه بسبب آخر من أسباب النقل، وهكذا حال أشباه ذلك كالمدرسه والميتم ودار العجزه والمطبعه والمكتبه والمستوصف والمستشفى والمختبر والصيدليه وغيرها.

ص: ٣١

أما إذا كان ماء البئر أو النهر أو البحر أو ماء العين أو المعدن بدون الأرض فلا شفعه، لعدم شمول الأدله له بعد كون أصل السلطنه تقتضى عدمها، والمسكن فى الفضاء لو فرض حصوله، كما هو بناؤهم فى المجمعات الفضائيه، وتحت البحر مما يسمى مسكناً، يقتضى أن يكون الحكم كذلك فيه أيضاً.

وحيث قد تقدم حال ما كان الأرض وقفاً، فمن ذلك يظهر حال ما بنى فى المشعر كبعض البيوت المبنيه فى منى.



### مسأله ٣ الشفعه فى الدولاب والناعوره

((الشفعه فى الدولاب والناعوره))

(مسأله ٣): قال فى الشرائع. (وفى دخول الدولاب والناعوره فى الشفعه إذا بيعا مع الأرض تردد، إذ ليس من عادته أن ينقل).

وفى القواعد: (وفى دخول الدولاب نظر، ينشأ من جريان العاده بعدم نقله).

وأضاف فى مفتاح الكرامه: ومن أنه منقول فى نفسه، ولذلك تردد فى الشرائع والكفايه، والأصح الدخول كما هو خيره التحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك، لتناول اسم الدار والحمام والبستان له إذا كان من جمله المرافق، كتناوله للأبواب المثبتة عادةً مع قبولها للنقل عاده).

ثم قال: (وموضع التردد والخلاف ما إذا بيع مع الأرض كما هو المفروض فى الشرائع وما ذكر بعدها، وأما إذا بيع وحده فلا بحث ولا إشكال فى عدم ثبوت الشفعه فيه، بناءً على عدم الثبوت فيما ينقل كما فى جامع المقاصد والمسالك) انتهى.

ومقتضى القاعده هو ما ذكره فى كلا الفرعين، أى دخول الشفعه مع البيع منضمًا، وعدم الدخول مع البيع منفردًا.

ولذا قال فى الجواهر: (فما عن التذكرة من أن الأقرب عدم الدخول لا يخلو من نظر).

أقول: ومنه يعلم حال ما إذا بيع مع بعض الدار لا مع البعض، كما إذا باع السرداب الذى فيه البئر ذات الدولاب مثلاً، وكذلك إذا باع قطعه من البستان التى فيها الناعوره.

كما يعلم حال ما إذا باع البستان الذى فيه المضخه للماء، أو باع المضخه وحدها، أو باع بعض البستان معها، لوحده الملاك فى الجميع.

((حبال الدلاء وما أشبه))

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (كما لا خلاف ولا إشكال بينهم فى

أنه لا- تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء في الشفعه، لأنه من المنقول، كالدلاء بنفسها إلا على القول بعموم الشفعه في المبيعات).

وقد سبق مفتاح الكرامه والجواهر حيث قال عند قول العلامه: (ولا- تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء) كما في الشرائع وغيرها.

وفي مجمع البرهان: (يمكن عدم الخلاف فيه، لأنها منقوله حقيقه كما هو ظاهر، بناءً على عدم الثبوت فيما ينقل) انتهى.

لكن ربما يستشكل في ذلك إذا كان مما لا يعد منقولاً، فحال الحبال حال العريش في البستان، ولذا كان الظاهر دخوله في البيع أيضاً إلا إذا كانت قرينه على الخلاف، ولا نقول به في الشفعه من باب التلازم مع البيع، وإنما نقول به في الشفعه من باب شمول الأدله له، إذ أي فرق بين الرفوف القابله للحمل والنقل لكونها تعد جزءاً من الدار، وبين مثل الحبال.

ومثل الحبال حال الكر الموضوع في البيت الذي يعد جزءاً من البيت، على ما تقدم في القدر المثبته.

وكذلك حال الأسلاك الكهربائيه، والأسلاك والحبال التي تمد لأجل نشر الثياب ونحوها عليها إذا كانت ثابتة، وكذلك الحواجز من الشمس والمطر ونحوهما، وكذلك حال عداد الماء وعداد الكهرباء، إلى غير ذلك من الأمثله.

((الشفعه في الثمار))

قال في الشرائع مازجاً مع الجواهر: (ولا إشكال في أنه لا تثبت الشفعه في الثمره مؤبره كانت أو لا، وإن بيعت على رؤوس النخل أو الشجر منضمه إلى الأصل وإلى الأرض، لأنها قد صارت من المنقول، إذ لا يراد دوامها، وإنما لها أمد معين منتظر فليست هي من التوابع الثابته ولا داخله في مفهوم البستان، ولذا لا تدخل في بيع الأصل بعد ظهورها) انتهى.

وقال في القواعد: (ولا في الثمره، وإن بيعت على شجرها مع الأرض).

وفى مفتاح الكرامه نقله عن الخلاف وفقه الراوندى والشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه.

وفى المسالك: إنه أشهر.

والمخالف الشيخ فى المبسوط، قال: تثبت فى الزرع والثمار إذا دخلت فى المبيع بالشروط، وبه قال أبو حنيفه ومالك، ونظر الأصحاب إلى الأصل، وأنها صارت بحكم المنقول، وفى معناها الزرع كما صرح به فى الخلاف وفقه الراوندى والتذكره والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

أقول: لا- إشكال أنه إذا باع الثمره وحدها أو الزرع وحده أو الزوائد على الشجر أو الماء فى البئر أو فى النهر أو الحيوانات الموجوده فى الأرض التى تنتفع بها كالدود فى البستان ونحوه لم يكن فيها شفعه.

كما أنه إذا باع الأصول وحدها مع الأرض أو الأرض لم يكن فى المذكورات شفعه، أما إذا باع البستان أو الدار فالظاهر دخول الثمر والزرع والديدان وماء البئر والنهر ونحوها، وأن هذا هو المنصرف من الأدله، فالقول بعدم الدخول مشكل، والاستدلال بأنها قد صارت من المنقول كما تقدم غير ظاهر الوجه، وهل يقولون بعدم دخول ماء البئر والنهر وزوائد الأشجار ونحوها، فإن قالوا بعدم الدخول كان خلاف ظاهر أدله الشفعه حسب تلقى العرف من الألفاظ الوارده فيها، وإن قالوا بالدخول قلنا ما الفرق بين الأمرين.

وكذا الحال فى الفسيل المعد للقلع والزهر كذلك.

أما إذا قلع الفسيل والزهر أو أخذ الماء مثلاً فى أوان أو قطف الثمر أو

قطف الزهر أو ما أشبهه، فلا ينبغي الإشكال في عدم دخولها في الشفعه.

ثم إنه لا شفعه في الأرض المقسومه وكذلك غيرها من المقسومات، نعم يحكى عن العماني القول بذلك.

وفي الجواهر: (يمكن دعوى أنه مسبوق بالإجماع وملحوق به، مضافاً إلى الأصل والنصوص المستفيضه أو المتواتره المرويه من طريقى العامه (١) والخاصه (٢)) انتهى.

كقوله (عليه السلام): «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم» (٣).

إلى غيره من متواتر الروايات التى تقدمت جملة منها.

ولعل مستند العماني ما رواه الغوالي، عن قتاده، عن الحسن، عن سمره، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «جار الدار أحق بدار الجار والأرض» (٤).

وعن مجموعه الشهيد، عنه (صلى الله عليه وآله) مثله، إلا أنه أسقط قوله: «والأرض» (٥).

لكن أمثال هذه المراسيل لا تصلح سنداً للحكم، خصوصاً وأن فى الطريق مثل قتاده والحسن وسمره.

ص: ٣٤

١- انظر السنن الكبرى: ج ٦ ص ١٠٢

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعه ح ٧

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٣ من الشفعه ح ٢

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعه ح ١٥

٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعه ذيل الحديث ح ١٥

## مسأله ٤ لو كان الطريق مشتركاً

((لا شفعه في الأراضى المقسومه))

(مسأله ٤): قال في الشرائع: (وتثبت في الأرض المقسومه بالاشتراك في الطريق أو الشرب إذا بيع معها، ولو أفردت الأرض المقسومه بالبيع لم تثبت الشفعه في الأرض).

وقال في المسالك: (مذهب الأصحاب إلا ابن أبي عقيل، اشتراط الشركه بالفعل في ثبوت الشفعه، فلا يثبت بالجوار، ولا فيما قسم، لما تقدم من الأخبار وغيرها، واستثنوا منه صورته واحده، وهى ما إذا اشترك في الطريق أو الشرب وباع الشريك نصيبه من الأرض ونحوها ذات الطريق أو الشرب وضمهما أو أحدهما إليها، فإن الشفعه تثبت حينئذ في مجموع المبيع، وإن كان بعضه غير مشترك).

ولو أفرد الأرض أو الدار ذات الطريق أو الشرب بالبيع من دون أن يضمهما أو أحدهما إليهما فلا شفعه، ولو عكس فباع نصيبه من الطريق أو الشرب خاصه تثبت الشفعه فيه إذا كان واسعاً يمكن قسمته منفرداً، لأنه حينئذ مستقل بنفسه فيعتبر فيه ما يعتبر في الشقص المشفوع، بخلاف ما إذا كان منضمماً إلى غيره) انتهى.

وفى الجواهر: (بلا- خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم، بل فى محكى الخلاف الإجماع عليه، وإن كان قد اقتصر على الطريق كالمقنع والمهذب والوسيله، تبعاً لما تسمعه من النص، وإلا فأكثر الفتاوى على عدم الفرق بينه وبين النهر والساقية، وفى بعضها التعبير بالشرب، بل فى آخر التصريح بالبئر، وظاهرهم الاتفاق على عدم الفرق بين الدار والبستان) انتهى.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولا- فيما قسم وميز إلا- مع الشركه فى الطريق أو النهر إذا ضمهما البيع) قال: (كما فى المقنعه والنهائيه والمبسوط

والكافي والمراسم وفقه الراوندى والغنيه والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصره وشرح الإرشاد للفخر والدروس واللمعه وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفايه والمفاتيح والرياض، وفي الأخيرين إنه لا خلاف فيه، وهو كذلك).

إلى أن قال: (والإجماع معلوم على إلحاق الشرب والنهر والساقية به، ولعله لأن المناط منقح، إذ لا فرق في ذلك بين الدار والبستان وبين الطريق والنهر) انتهى.

والأصل في ذلك صحيح منصور بن حازم، (ووجود إبراهيم بن هاشم قد ذكرنا في بعض كتبنا الفقيهه، تبعاً للفقيه الهمداني وغيره، أنه لا يجعل الروايه حسنه، ولعله لذا عبر عنه في الحدائق بالصحيح أو الحسن بإبراهيم بن هاشم)، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصه الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعه، فقال: «إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه» (١).

وربما أيد أيضاً بحسنه الآخر بالكاهلي (كما سماه الحدائق حسنه، خلافاً للمحكي عن العلامه في التذكرة وآخرون ممن تبعوه منهم الشهيد الثاني في المسالك، حيث سموها صحيحه، وفي الجواهر: لعله كذلك: أي صحيح)، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعه فبناها، وتركوا بينهم ساحه فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك،

ص: ٣٨

قال: «نعم، ولكن يسد بابه ويفتح باباً إلى الطريق، أو ينزل من فوق السطح ويسد بابه، فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به، وإلا فهو طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب»<sup>(١)</sup>.

وفى التهذيب والاستبصار كما فى الوسائل نحوه، إلا أنه قال: «أو ينزل من فوق البيت، فإن أراد شريكهم أن يبيع منقل قديمه فهم أحق به، وإن أراد يجيء حتى يقعد على الباب المسدود الذى باعه لم يكن لهم أن يمنعوه»<sup>(٢)</sup>.

قال فى الوسائل: حملة الشيخ على التقيه، لما يأتى من عدم ثبوت الشفعه مع تعدد الشركاء، وجوز حملة على وحده الشريك، ويكون الكلام مجازاً.

وفى الرضوى (عليه السلام): «فإذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها فى عرصه واحده فباع رجل داره منها من رجل كان لصاحب الدار الأخرى شفعه إذا لم يتهيأ له أن يحول باب الدار التى اشتراها إلى موضع آخر، فإن حول بابها فلا شفعه لأحد عليه»<sup>(٣)</sup>.

قال فى الحدائق: (والظاهر أن قوله: إذا لم يتهيأ له أن يحول إلى آخره كناية عن دخول الطريق فى البيع وعدمه بمعنى أنه أن باع الدار وحدها من غير دخول الطريق معها، فلاشفعه، لما عرفت من عدم موجب الشفعه، وإن أدخل الطريق فى البيع وعدم إمكان طريق له غير ذلك فله الشفعه فى الجميع) انتهى.

ومثل الرضوى (عليه السلام) عبارته المقنع<sup>(٤)</sup> التى هى أيضاً متون الروايات، وقد

ص: ٣٩

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعه ح ١

٢- الاستبصار: ج ٣ ص ١١٧، ورواه فى الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٤ ح ٣

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعه ح ٢

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعه ح ٣

أشكل صاحب المسالك في الصحيحه الثانيه أو الحسنه لمنصور بن حازم(١١))، قائلاً: (وظاهر هذه أن بائع الدار لم يبع نصيبه من الساحة المشتركه، فلذلك أمر أن يسد بابه ويفتح له باباً إلى الطريق، أو ينزل من فوق البيت، ولم يذكر الشفعه حينئذ لعدم مقتضيها، ولو فرض يبعه لخصته بالعرصه التي هي الممر جاز للشركاء أخذها بالشفعه، لتحقق الشركه فيها دون الدار، لأنه لم يبعها معها) انتهى.

ومنه يعرف وجه الإشكال في الموثقه الثالثه لمنصور، وقد تبعه الجواهر في الإشكال على الروائين بعدم دلالتها على المقصود.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (إن إطلاق الأخبار يقتضى بعدم الفرق في ثبوت الشفعه بين كون الدار وما في معناها مقسومه بعد أن كانت مشتركه، أو منفرده من أصلها، وبعدم الفرق صرح في التذكره والمسالك والروضه والكفايه والرياض وهو ظاهر المقنع والنهايه والمبسوط والخلاف والمهذب وفقه الراوندى والغنيه والسرائر والتبصره والمفاتيح) انتهى.

وذلك لأن السؤال وإن كان شخصياً، إلا أن جواب الإمام (عليه السلام) بالإطلاق يقتضى أن لا يكون هناك فرق بين الأمرين.

ومنه يعلم وجه النظر في تخصيص جماعه من الفقهاء بما إذا كانت الأرض مقسومه مع الاشتراك في الطريق، كما حكى عن الوسيله والشرائع والنافع والتحرير في موضع منه والإرشاد والمختلف والدروس واللمعه والقواعد.

((فروع))

ثم إنه يستفاد من الصحيح المذكور(٢))، أن الحكم كذلك فيما إذا باع أحد

ص: ٤٠

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعه ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعه ح ١



الشريكين أو الشركاء بعض حصته في الدار الواحد، أو البستان الواحد مثلاً، كما إذا كان للشريكين دار فباع أحدهما نصف حصته أى الربع مثلاً، إذ لو كان بيع المشفوع وغير المشفوع يوجب حق الشفعه يكون بيع بعض المشفوع موجباً لها بطريق أولى، بالإضافة إلى «لا ضرر» وبعض الإطلاقات، كما أنه يقتضى أن يكون الحكم كذلك إن باع أحد أصحاب الدور بعض داره مع بعض الطريق.

ومما تقدم يعلم أن إشكال جامع المقاصد في الروايه بأن ضم غير المشفوع إلى المشفوع لا- يوجب ثبوت الشفعه في غير المشفوع اتفاقاً، وأن الصحيحه معارضه بروايات: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم»<sup>(١)</sup> وما أشبهه، غير ظاهر الوجه، لأنه لا اتفاق في المقام، بل الظاهر كون الاتفاق على خلافه، والعام لا يعارض الخاص، ولذا رده المسالك ومفتاح الكرامه والجواهر، بل في المسالك: إن كلامه عجيب.

قال في مفتاح الكرامه: وتبعه الجواهر، وليس في الروايات تعرض لكون الطريق مما يقبل القسمه، فقد شرط ذلك في الشرئ والتذكره وجامع المقاصد والروضه، وكذلك المسالك إذا بيعت منفرده.

وفي جامع المقاصد: إنه لا ريب فيه، قلت: لأنه يشترط ذلك في كل مشفوع على المشهور، ثم رد ذلك بقوله: فيه مع مخالفته للإطلاق أن قبول القسمه شرط للمجموع، لا لأبعاضه.

وفي الكفايه والرياض: إن الأقوى عدم اعتباره مطلقاً.

وقال في التذكره: (الأقرب عندى أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته، والشريك واحد، وبيع مع الدار المختصه بالبائع صفقه، فللشريك الآخر أخذ

ص: ٤١

الطريق الخاصه إن شاء، وإن شاء أخذ الجميع، وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصه، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك) انتهى.

لكن كون الشريك واحداً خلاف ظاهر النص بل صريحه، ولذا فلا يبعد أن يقال: إن هذا قسم جديد في الشفعه، فلا يشترط فيه ما يشترط هناك، فحمل الشيخ الروايه (١) على التقيه، لعدم ثبوت الشفعه مع تعدد الشركاء، وجوز حملها على وحده الشريك، فيكون الكلام مجازاً، غير ظاهر الوجه.

وكيف كان، فلا وجه ظاهر لاشتراط كون الطريق قابلاً للقسمه، بالإضافة إلى ما عرفت سابقاً من أن هذا الشرط ليس له مدرك يطمئن إليه من الأخبار، وإن كان مشهوراً في كلامهم.

((بيع الدار مع الطريق))

ثم إنه حيث كان الظاهر من روايات الشفعه أن للشفيع أن يأخذ الجميع أو يترك الجميع، فهنا أيضاً كذلك، فإذا باع الدار مع الطريق فللشفيع إما أن يأخذهما أو يتركهما، أما أن يأخذ أحدهما دون الآخر، فليس لذلك وجه إذا لم يرض المشتري.

ثم الظاهر إذا كان البيع واقعاً على الدار والطريق لم يفرق الأمر بين أن تكون الدار مشتركه بين اثنين، والطريق بين ثلاثه، أو بالعكس.

أما إذا كانت الدار مشتركه، والطريق لأحدهم، فباع داره وطريقه، فلا شفيعه إذ لا اشتراك في شيء مبيع، وإنما كان منح لهم مثلاً بالعبور في طريقه، أو كان لهم الحق في العبور لوجه آخر.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في تردد مفتاح الكرامه، حيث قال: (يبقى الكلام فيما إذا كانت الدار مشتركه بين اثنين، ومجازها مشترك بين ثلاثه،

ص: ٤٢

ففي ثبوت الشفعة وعدمها وجهان، من دخول المجاز في مفهوم الدار في البيع من غير خلاف، فقد بنوا على ذلك في الباب أحكاماً كثيرة، وأنها على خلاف الأصل فلا تثبت الشفعة، ومن حصول الضرر بالقسمه الذي هو الأصل في ثبوت الشفعة، وهو محل وفاق بين الخاصه والعامه إلا من المرتضى، وبه صرح خبر عقبه (١)، وقولهم (عليهم السلام): «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم» (٢) فتثبت، ولم أجد لأصحابنا تصريحاً بذلك، والمسأله محل توقف، لكننا إن لم نقل بها ذهب الشفعه آخر الدهر في الدور التي في الطريق المرفوع، مع أنه هو الغالب ولهم أن يلتزموه ولا حجر في ذلك) انتهى.

ثم إنه إذا اشترى هذا الإنسان بعض الدور من أحدهم، وبعض الطريق من الآخر، فالظاهر أنه لا شفعه، وإن كان المناط المذكور في الروايه قائماً هنا، إلا أنه غير متيقن بحيث يقطع بالحكم.

ثم إنه قال في التذكرة: (ولو كانت المزرعه مختصه وبثرها التي يستسقى الزرع منها مشتركه فبيعت المزرعه والبئر، ففي ثبوت الشفعه في المزرعه بمجرد الشركه في البئر إشكال، ينشأ من الاقتصار على مورد النص فيما يخالف الأصل، ولا شك في مخالفه الشفعه للأصل، ومن أنها مشتركه في المستقى، والشافعي ألحق الشركه في البئر بالشركه في الممر) انتهى.

والظاهر أنه ما لم يقطع بالمناط لم يكن أن يقال به.

ومثله لو كانت الدور مشتركه في عداد الكهرباء مثلاً، أو في أنبوب الماء، أو نحو ذلك.

ص: ٤٣

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعه ح ١

٢- الكافي: ج ٥ ص ٢٨١ باب الشفعه ح ٦

ولذا أشكل فى الجواهر على التذكرة، حيث قال: (لا- يخفى عليك ما فى الوجه الثانى بعد فرض عدم الدليل عليه، بل مطلق الشرب إن لم يكن إجماعاً، ولم نتحققه، خصوصاً بعد ما سمعته من الاقتصار على الطريق فى الكتب السابقة، ومن ذلك يعلم عدم ثبوتها فى الدار بالشركة فى أسس الجدار ونحوه، للأصل المعتضد بظاهر النص والفتوى، وإن ثبتت فيه نفسه) انتهى.

ومنه يعلم ما إذا كانت الشركة فى حائط فى الدار مثلاً أو نحو ذلك، أما إذا باع الدار وبعض الطريق، أو بعض الدار وكل الطريق المختص به، فلا يبعد ثبوت الشفعة لظهور المناط.

وإن قال فى الجواهر: (إن المتجه بملاحظه ما ذكرناه من أصاله عدم الشفعة، وخصوصاً فى صوره الاشتراك فى الطريق، الحكم بعدمها فى محال الشك حتى لو فرض حصوله ببيع بعض الدار مثلاً وبعض الطريق ونحوه من الصور، حيث لا يحكم بها، باعتبار كون المنساق من النص بيع الدار مع تمام ممرها، إلا أن يفرض القطع بعدم مدخلية ذلك، أو الظن على وجه معتد به) انتهى.

إذ الظاهر أن العرف يفهم وحده المناط.

ولا فرق فى ذلك بين أن يكون البيع نقداً أو نسيئته، أو بعضها نقداً وبعضها نسيئته، كما لا فرق بين أن يكون البائع معتقداً بالشفعة أو لا، إذا كان المشتري والشريك معتقداً بها كما تقدم.

أما إذا اختلفا فى الاعتقاد، فاللزام مراجعتهم إلى قاض يحكم برأيه، وهو منفذ عليهما، ولو كانا كلاهما مجتهدين وكان للقاضى رأى ثالث فى بعض الخصوصيات، كما ذكرناه فى كتاب القضاء وغيره.

والظاهر أنه لا خصوصية فى الطريق أن تكون منبسطة، فلو كان الطريق درجاً يشتركان فيه ويشرع بائعها على الدرج، كان الحكم كذلك.

ومثل الدار

ص: ٤٤

فى الحكم المذكور إذا كان هناك دكانان لهما طريق واحد، أو كان هناك غرفتان أو سردابان أو ما أشبه، ولهما مصعد ينزلهما إلى تحت، فإنه أيضاً كالدرج نوع من الطريق.

لكن إذا كانت الداران على بحر، وطريقهم فى العبور سفينه مشتركه بينهما، يشكل سحب الحكم إليه، اللهم إلا أن يفهم المناط، خصوصاً بمعونه «لا ضرر»، ولا يبعد أن يكون الطريق المائى الموجود بين البيوت الخشبيه الموضوعه على الماء، كما يتعارف فى البلاد التى تضيق المدن بسبب البحر على أهلها، حيث يجعلون فيها البيوت الخشبيه كالهند وغيرها، محكوماً بذلك الحكم، إذ لا خصوصيه للطريق الترابى، والانصراف بدوى، ولو قيل به أمكن استفاده الحكم من المناط.

((روايات الباب))

ثم إن المشهور هنا حمل الصحيحه على أحد أمرين:

إما على التقيه فى ثبوت الشفعه مع تعدد الشركاء أكثر من الاثنين.

وإما على حمل الجمع على الاثنين، وذلك لمنافاه الصحيح للروايات التى تقدمت بعضها ((١))، ويأتى الكلام فيها مما تدل على عدم ثبوت الشفعه فى أكثر من اثنين، فالمحكى عن الشهيد فى الدروس أنه أجاب عن روايتى منصور ((٢)) بالحمل على التقيه، قال: لموافقتهما لمذهب العامه، واستجوده الحقائق وقال: ويمكن الجواب أيضاً بحمل الجمع على الاثنين، فإنه وإن كان

ص: ٤٥

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ١ ح ١ و ٢

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١ و ٢

مجازاً على المشهور بين الأصوليين إلا أنه لا بأس به في مقام الجمع بين الأخبار، وإليه يميل كلام المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد، ونقله أيضاً عن الاستبصار.

قال: (فإنه يصح إطلاق الجمع على الاثنين بل على الواحد كالقوم وإن كان مجازاً، للجمع بين الأدله)، ثم ذكر الحمل على التقيه أيضاً، ثم قال الحدائق: (ويؤيده ما قدمنا نقله من كتاب الفقه الرضوى (عليه السلام) (١))، حيث إن ظاهر عبارته كون الشريك في هذه الصورة المفروضة في هذين الخبرين واحداً، كما قدمنا الإشارة إليه) انتهى.

لكن لا يخفى أن التخصيص مقدم على الحمل على التقيه أو المجاز وما أشبهه، لأنه مقتضى الجمع عرفاً، خصوصاً الصحيح (٢)) صريح في مفاده بتعدد الشركاء.

أما روايه الرضوى (عليه السلام) فهي هذه: «إذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصه واحده، فباع رجل داره منها من رجل، كان لصاحب الدار الأخرى شفعه إذا لم يتهياً له أن يحول باب الدار التي اشتراها إلى موضع آخر، فان حول بابها فلا شفعه لأحد عليه» (٣)).

وهذه العبارة ليست كما ذكرها الحدائق صريحه في عدم كثره الشركاء، بل لعل ظهورها في التعدد كما في صدرها أقوى من ظهورها في الاثنينية، نعم لا شك أنه المشهور.

قال في التذكرة: (الأقرب عندي أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته والشريك واحد ويبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقه، فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصه

ص: ٤٦

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ١

إن شاء، وإن شاء أخذ الجميع، وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة، بل إما يأخذ الجميع أو يترك).

وأيده الجواهر بقوله: (وربما ظهر مما سمعته من التذكرة من وحده الشريك اعتبار ذلك في صحة الشفعه في الفرض، بناءً على عدم ثبوتها في الكثرة، ولعله كذلك، وإن تردد فيه بعض المعاصرين، لكنه في غير محله، لما تسمعه من الأدله باعتبار ذلك في الشفعه، من غير فرق بين الفرض وغيره، ودعوى ظهور سؤال الصحيح المزبور في التعدد، مضافاً إلى معرفيه ذلك في الطرق المرفوعه واضحه الفساد، يمكن أن يكون ترك التعرض للسؤال المزبور للتقيه، كما في غيره من النصوص الظاهره في ذلك، أو على المجاز جمعاً بينه وبين ما دل على عدمها مع الكثرة، وتعارف التعدد في الطرق المرفوعه لا يقتضى ثبوت الشفعه فيها كما هو واضح. واحتمال خروج الفرض بخصوصه عن حكم الكثرة في غايه البعد، خصوصاً بعد إطلاق الأصحاب، من دون إشاره إلى استثنائه كما ستعرف)(1) انتهى.

فإن فيه ما تقدم من الإشكال في كل من التقيه والمجاز والمعارضه بأخبار اشتراط الاثنيه.

والحاصل: إن مقتضى الصنائه لولا الشهره هو القول بذلك مع تعدد الشركاء، خصوصاً بعد تعارف التعدد في الطرق المرفوعه، فإنه كثيراً ما يموت المورث ويقسم الورثه داره بينهم ويبقى الطريق للجميع واحداً، فعدم

ص: ٤٧

التنبية في الصحيح (١) على ذلك مع التعارف، بل وصراحته في التعدد، يوجب أن يكون الحكم كذلك حتى مع التعدد، إلا أن خلاف المشهور مشكل، وسيأتي بعض الكلام في ذلك في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

ثم إنه يؤيد وجود الشفعه بين الجماعه في المقام المذكور ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعه إلا في مشاع، أو ما كان من طريق مشترك أو حائط معقود بخشب أو حجاره أو ما أشبه ذلك من البناء، ولأصحاب الزائقه غير النافذه على بعض باشرط الزائقه» (٢)، فإن قوله (عليه السلام): «ولأصحاب الزائقه» ظاهر في التعدد أكثر من الاثنين.

ثم إن الجواهر قال: (ظاهر المعظم إلحاق الشرب بالطريق في الحكم المزبور وإن كنا لم نجد في نصوصنا، بل ولا في نصوص العامه، فإن كان إجماعاً، وإلا كان محلاً للإشكال، خصوصاً بعد ما عرفت من أصاله عدم الشفعه في غير الفرض، فضلاً عنه.

وعلى الأول ينبغي الاقتصار على النهر والساقية، لأنه المتيقن منه، كما عساه يومي إليه تعبير المصنف به هنا، ثم نفاها بعد ذلك عن المقسوم إلا مع الشركه في الطريق والنهر، كما في التذكره جعل العنوان النهر والساقية) انتهى.

أقول: الدليل على ذلك، بالإضافة إلى «لا ضرر» (٣) المصرح به في النصوص، والإجماع المحتمل، والشهره المحققه، ملاك الطريق، فكما أن ملاك الدار

ص: ٤٨

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعه ح ١



يتعدى منه إلى البستان، كذلك ملاك الطريق يتعدى منه إلى الشرب.

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعه إلا في مشاع»، إلى أن قال: «فإذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفلى شفعه، إلا أن يكون بينهما شيء مشترك»<sup>(١)</sup>، فإن عموم قوله: «شيء مشترك» يشمل الشرب أيضاً.

وقد نقل في مفتاح الكرامه عن المفاتيح والرياض أنه لا خلاف فيه، عند قول العلامة: «إلا مع الشركه في الطريق أو النهر إذا ضمهما البيع، ثم قال: ولعلمهم إنما تركوا الشرب لعدم التعرض في الأخبار إلا للطريق، لكن الإجماع معلوم على إلحاق الشرب والنهر والساقية به.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في اقتصار الجواهر على النهر والساقية، إذ الإجماع ونحوه أيضاً في غيرهما.

((الشفعه في البئر المشتركة))

نعم يمكن الإشكال في مثل البئر المشتركة بين الدور، كما هو المتعارف في البيوت في القرى والأرياف، حيث يحفرون بئراً في وسط دارين أو دور يكون استقاؤهم منها، وكذلك في البساتين المتعدده إذا كان المستسقى بئراً أو ناعوراً أو دلاءً أو ما أشبهه، لأن الإجماع غير محقق، والدليل غير شامل، واحتمال أن «لا ضرر» يشملها وإن لم يكن بذلك البعد إلا أنه لا يتمكن أن يقاوم الحكم الذي هو خلاف الأصل.

ومن ذلك يعلم وجه ما ذكرناه سابقاً من عدم الشفعه فيما إذا كان أنبوب الماء أو عداد الكهرباء مشتركاً، أو مثل ذلك، وأولى بعدم الشفعه لو كان ثور

ص: ٤٩

الكراب مشتركاً بين البساتين أو المزرعتين، أو كانت الدابه التي تنقل الفواكه إلى البلد مشتركه، أو ما أشبه ذلك، فإنه لاملاك، وروايه الدعائم و«لا ضرر»<sup>(١)</sup> لضعفهما دلالةً وسنداً لا- يتمكنان من مقاومه الأصل الثابت عقلاً وشرعاً بتسلط الناس على أموالهم<sup>(٢)</sup>.

أما اقتصار الحدائق على الطريق فقط، حيث قال: (لا يخفى ما فى الشفعه فيما إذا كان النهر فقط مشتركاً، لأن الحكم على خلاف أصولهم المقرره، والروايات المعبره من عدم جواز الشفعه فى المقسوم، مؤيداً بأصالة عدم التسلط على مال الغير، فالواجب فيه الوقوف على مورد النص، كما قدروه فى غير مقام).

فلا يخفى ما فيه، وتأبيده بعدم ذكر المقنع والخلاف والمهذب والوسيله بغير الطريق غير ظاهر، إذ عدم الذكر ليس ذكراً للعدم، ولا يضر ذلك بالإجماع وبطريق أولى بلا خلاف، خصوصاً بعد ما عرفت من الملاك و«لا ضرر» وروايه الدعائم.

ص: ٥٠

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

٢- انظر الغوالى: ج ٢ ص ١٣٨

## مسأله ٥ البيع لما فيه شفعه ولغيره

((لو باع ما فيه الشفعه وما ليس فيه))

(مسأله ٥): قال في الشرائع: (ولو باع عرصه مقسومه وشقصاً من أخرى صفقه، فالشفعه في الشقص خاصه بحصته من الثمن).

وقال في القواعد: ولو ضم المقسوم أو ما لا شفعه فيه إلى ما فيه الشفعه، ثبت في الثاني بنسبه قيمته من الثمن.

وفي مفتاح الكرامه: (إجمالاً، كما في جامع المقاصد والمفاتيح، وقد نسبه في التذكره إلى علمائنا مؤذناً بدعوى الإجماع عليه، وقد يظهر من المسالك حيث اقتصر في نسبه الخلاف إلى بعض العامه) انتهى.

وذلك لوضوح أن الدليل يشمل أحدهما دون الآخر.

وفي الجواهر: (وهكذا الحكم في كل بيع مشفوع وغيره صفقه، بلا خلاف ولا إشكال، بل حكى الإجماع عليه صريحاً وظاهراً، لوجود المقتضى فيه على وجه يندرج في إطلاق الأدله دون غيره، واتحاد الصفقه لا يخرج كلاً منهما عن حكمه) انتهى.

ومنه يعلم أن احتمال عدم وجود الشفعه في المشفوع، لأن ظاهر الأدله البيع مستقلاً لا بانضمام غيره، غير ظاهر بعد إطلاق الأدله والملاك و«لا ضرر» وغيره، والانصراف لو كان فهو بدوى.

هذا بالإضافة إلى أن البيع منضمماً على قسمين، فقد يكون بعنوان أن كل واحد جزء، وقد يكون بعنوان أنهما مستقلان وإنما الصيغه واحده، كنكاح الزوجتين لرجلين في صيغه واحده، حيث إنهما مستقلان والصيغه واحده، والاحتمال في انصراف الأدله لو كان إنما هو فيما كانا جزئيين، لا ما كانا مستقلين بصيغه واحده.

قال في مفتاح الكرامه: (ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح

المشفوع كبقر الضيعه وعدمه، ولم يخالف فى ذلك سوى مالك إلا إذا كان غير المشفوع طريقاً أو شرباً كما تقدم، ولا يثبت للمشترى فى المسأله الخيار لتبعض الصفقه، لأنه هو الذى أدخله على نفسه، إلا إذا كان جاهلاً انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر، حيث قال: (مقتضى التعليل الثانى، الذى ذكره المصنف وغيره، فيما يأتى عدم الفرق فى ذلك بين الجاهل والعالم)<sup>(١١)</sup>، أى فى عدم الخيار، فإنه لا وجه لعدم الفرق.

أمّا ما ذكره المحقق والعلامه من أنه بالحصه من الثمن، ويئنه مفتاح الكرمه والجواهر (بأن المراد به قيمته من الثمن أن يقوم المجموع ثم يقوم المشفوع، فينسب قيمته إلى مجموع القيمتين فيأخذ من الثمن بتلك النسبه، فإذا قيل قيمه المجموع مثلاً مائه، وقيمه المشفوع خمسون، أخذه الشفيح بنصف الثمن) انتهى.

فهو من باب المثال، إذ ربما يكون للمجموع من حيث المجموع قيمه، كما فى مثل زوجى الحذاء ومصراعى الباب، فليس المثال مستقيماً على كل حال.

وسياتى بعض فروع الخيار فى المسأله، وأنه فرق بين كون بيعين فى بيع، أو أن يكون بيعاً واحداً، كما هو كذلك فى مثل خيار الغبن والعيب وبعض الخيارات الأخر.

ص: ٥٢

((الشفعه فى المبيع فقط))

(مسأله ٦): قال فى الشرائع: (ويشترط انتقال الشقص بالبيع، فلو جعله صداقاً أو صدقه أو هبه أو صلحاً فلا شفعه).

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (وإنما تثبت لو انتقلت الحصه بالبيع، فلو وهب الشقص بعوض، أو جعله صداقاً أو عوضاً عن صلح أو غير ذلك لم تثبت الشفعه) قال: (إجماعاً كما فى السرائر والتذكره وجامع المقاصد ومجمع البرهان، وهو مجمع عليه اليوم كما فى التنقيح، وهو المشهور بل كاد يكون إجماعاً كما فى المسالك، وقول ابن الجنيده شاذ كما فى الدروس، وفى المختلف والكفايه أنه المشهور، وقال فى المبسوط: إذا تزوج وأصدقها شقصاً، فإنه لا يستحق الشفيع عليها الشفعه بإجماع الفرقه وأخبارهم) انتهى.

وفى الجواهر عند قول الشرائع المتقدمه: (حكى الإجماع عليه جماعه، ولعله كذلك، لأن خلاف ابن الجنيده فى ذلك حيث أثبتها فى الهبه بعوض وغيره، غير قادح فى محصل الإجماع، فضلاً عن محكيه) انتهى.

أقول: ويدل على ذلك بالإضافة إلى الأصل (وربما يقال: بأن هنا أصولاً: أصل سلطه المشتري، وأصل عدم الانتقال إلى الشفيع، وأصل عدم حق الشفيع فى ذلك) روايه الغنوى المتقدمه، حيث قال (عليه السلام): «الشفعه فى البيوع»<sup>(١)</sup>.

وروايه يونس: «الشفعه جائزه فى كل شىء»، إلى أن قال: «إذا كان الشىء بين شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٥٣

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٧ من الشفعه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعه ح ٢

وروايه الغوالي: «فإن باعه فشريكه أحق به» (١).

والرضوى (عليه السلام): «إذا كان الشيء بين الشريكين فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب» (٢).

إلى غيرها من الروايات التي ذكرت فيها لفظ البيع.

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «إذا دفع الرجل الحصه في صداق امرأته فلا شفعه» (٣).

بل ربما استدل أيضاً بصحيح أبي بصير، عن الصادق (عليه السلام)، قال: سألت عن رجل تزوج امرأه على بيت في دار وله في تلك الدار شركاء، قال: «جائز له ولها، ولا شفعه لأحد من الشركاء عليها» (٤).

لكن لا دلالة في هذه الرواية، لاحتمال أن نفى الشفعه من جهة تعدد الشركاء، نعم استدل بها غير واحد بناءً على ظهور نفيها من حيث كونه صداقاً، لا من جهة أخرى، وعليه فما عن المسالك والمفاتيح من أنه ليس على الاختصاص دليل صريح، محل نظر.

كما يظهر بذلك وجه النظر في قول ابن الجنيد على ما حكاه عنه المختلف، حيث قال: (إذا زال ملك الشريك عنه بهبه منه بعوض شرط يعوضه أياه، أو غير عوض، كانت للشفيع شفعه فيه، فإن حبس ملكه أو أسكنه لم يكن للشفيع شفعه، ثم نقل عنه أنه احتج بأن الحكمه الباعثه لإيجاب الشفعه في صوره البيع موجوده في غيره من عقود المعوضات، ولا- اعتبار بخصوصيات العقود في نظر الشارع، فإما أن يثبت الحكم في الجميع، أو ينتفى عن الجميع، فإثباته في البعض دون البعض ترجيح من غير مرجح) انتهى.

ص: ٥٤

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعه ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعه ح

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من الشفعه ح ٢

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١١ من الشفعه ح ٢

إذ فيه: إن مثل هذا الاستدلال إنما هو استدلال بالملاك والمناطق وهو غير قطعي، فلا يمكن أن يؤخذ به، ولذا كان المحكي عن المختلف أنه أجاب عنه بأن الحكمه لا يجوز التعليل بها، لعدم انضباطها، فلا بد من ضابط، ولما رأينا صور ثبوت الشفعه موجود فيها مطلق البيع جعلناه ضابطاً للمناسبه والاقتران على أن القياس عندنا باطل.

ولذا قال في الحقائق: (إن مقتضى الدليل العقلي والنقلي، كتاباً وسنّه والإجماع، هو عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذن منه، والشفعه قد خرجت على خلاف مقتضى هذه الأدله المتفق عليها وعلى قوتها والاعتماد عليها، وحينئذ فلا بد في كل فرد ادعى فيه جواز الشفعه من دليل واضح من الكتاب أو السنه أو الإجماع الذي يعتمدونه ليتمكن الخروج به عما اقتضته هذه الأدله المذكوره، فمدعى الجواز في الانتقال بغيره عليه الدليل ليخرج عن عموم تلك الأدله القاطعه المانعه من جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه) انتهى.

ثم الظاهر أنه يثبت حق الشفعه في كل أقسام البيع الصحيحه عند الشارع، بل وحتى فيما إذا كان البيع من قبيل الكلى في المعين، أو من قبيل المشاع، لإطلاق تلك الأدله.

أما ما في روايه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعه إلا في مشاع»<sup>(1)</sup>، فالظاهر أنه في قبال المقسوم، لا في قبال الكلى في المعين، لأن الكلى في المعين أيضاً يصطلح عليه بالمشاع عرفاً ولغاً.

والحاصل: إن المتبادر من المشاع أعم منهما، فلا يختص بالمشاع في قبال الكلى في المعين.

ص: ٥٥

## مسألة ٧ هل الشفعة بين الوقف وغيره

((لو كانت الدار وقفاً وطلقاً))

(مسألة ٧): قال في الشرائع: (ولو كانت الدار وقفاً وبعضها طلقاً، فبيع الطلق، لم يكن للموقوف عليه شفعه، ولو كان واحداً، لأنه ليس مالكا للرقبه على الخصوص، وقال المرتضى: تثبت الشفعة).

وفي القواعد: (ولو كان الشريك موقوفاً عليه ثبتت الشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي).

وفي مفتاح الكرامه: (عليه المتأخرون، كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح، وعليه الفتوى كما في التنقيح، وهو خيره السرائر والتحرير والتبصره والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد، وهو المستفاد من كلام التذكرة، وفي المقتصر والمسالك والمفاتيح أنه حسن).

وفي الجواهر بعد أن قواه قال: (ضروره قصد الواقف تمليك الموقوف عليهم في سائر الطبقات، ولذا يتلقون منه، لا من الموقوف عليه الأول، وخصوصاً إذا كان الواحد المزبور من أفراد غير المنحصر ابتداءً، إلا أنه اتفق الانحصار فيه، كما لو كان الوقف على بنى زيد، فاتفق انحصار ذلك في واحد، فإن التمليك للجنس حينئذ انتهى).

ففي المسألة دليلاً: الأصل بعد عدم شمول الروايات له، ودعوى الإجماع الذي حكي عن المبسوط، حيث قال: (إذا كان نصف الدار وقفاً ونصفها طلقاً فبيع الطلق لم يستحق أهل الوقف الشفعة بلا خلاف).

خلافاً للمنسوب إلى آخرين، حيث أثبتوا الشفعة:

فعن الدروس وغيرها إن المتأخرين على ثبوت الشفعة مع كون الموقوف عليه واحداً، لأنه مالك حينئذ على المشهور، بل لم يعرف فيه خلاف، فيندرج في إطلاق الأدله، ولا مانع إلا كونه محجوراً عليه في التصرف، وذلك لا ينافي كونه مالكا مقاسماً، ولذلك ثبت لغيره ممن هو محجور عليه في التصرف،



كما لا ينافيه الانتشار بعد ذلك، كانتشار المملوك بالبيع والموت ونحوهما، مضافاً إلى الاشتراك في الحكمه أو العله.

هذا بالإضافة إلى دعوى السيد المرتضى الإجماع على وجودها في الموقوف، فقد قال ما حكى من نصه: (مما انفردت الإماميه به القول بأن لإمام المسلمين وخلفائه المطالبه بشفعه الوقوف التي ينظرون فيها على المساكن، أو على المساجد، أو على مصالح المسلمين، وكذلك كل ناظر بحق في وقف من وصى وولى)، وادعى على ذلك الإجماع وقال: (إنه من متفرداتنا، وإن باقى الفقهاء يخالفون).

ثم قال: (ويمكن أن يقال للمخالف على سبيل المعارضه له الشفعه إنما وجبت لدفع الضرر، فأولى الأشياء بأن يدفع عنها الضرر حقوق الفقراء ووجوه القربات).

فإن قالوا: الوقوف لا مالك لها فيدفع الضرر عنه بالمطالبه بشفعته.

قلنا: إذا سلم أنه لا مالك لها فهيناً منتفع بها ومستضر يعود إلى المشاركه فيها وهم أهل الوقوف، ومصالح المسلمين إنما يجب دفع الضرر عنها مثل ما يجب من دفع ضرر الآدميين).

لكن لا يخفى أن الدليل المذكور غير كاف، فإنه استدلال بلا ضرر<sup>(١)</sup> وبالمناط، والمناط غير مقطوع، ودليل «لا ضرر» لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وإلا للزم القول به فى كل مورد من الصداق والصدقه والهبه والصلح ونحوها، وكذلك مع كثره الشركاء، إلى غير ذلك مما هو معلوم عندهم، وإن كان لم يرد فى بعضها أدله خاصه بتخصيصها عن ثبوت الشفعه.

ص: ٥٧

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعه ح ١

أما إجماع المرتضى فقد رده مفتاح الكرامه، وتبعه الجواهر بأنه لم نجد من وافقه عليه، لا قبله ولا من تأخر عنه، عدا ما يحكى عن التقى تلميذه وهو غير محقق، لأنه كما قالوا: لم يجدها فى الكافى، بل عن السرائر أن الأكثرين على خلافه.

وقد تقدم نفي الشيخ الخلاف مما قالوا: إن ظاهره نفيه بين المسلمين، وإلا لنقل خلاف ذلك عن بعض العامه مثلاً، كما هو دأبه فى المبسوط والخلاف.

((فروع))

هذا كله فى ما أراد المالك بيع حصته، وأنه هل للموقوف عليه إذا كان واحداً أو ولياً كإمام المسلمين ونحوه، الأخذ بالشفعه أم لا.

أما إذا انعكس، بأن كان الموقوف عليه حق له بيع الوقف بسبب من الأسباب حتى خرج عن الحجر، وخرج عن الانتقال إلى البطون اللاحقه حتى يؤول إلى الانتشار، فهل للمالك الأخذ بالشفعه، الظاهر أن له ذلك، لأن الوقف الذى جاز بيعه خرج عن كونه وقفاً، وليس البيع يخرج عن الوقف، بل إجازة الشارع ببيعه، فيكون كسائر الأملاك.

فإذا باع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح، فإنها تثبت لصاحب الطلق قطعاً كما فى الدروس، وبلا إشكال كما فى المسالك، وقد نص عليه فى التحرير وجامع المقاصد أيضاً لوجود المقتضى وانتفاء المانع كما فى مفتاح الكرامه، وهو كذلك لإطلاق الأدله.

ومنه يعرف وجه النظر فى قول الجواهر: (قد يشك فى ثبوتها لدى الطلق لو فرض بيع الوقف على وجه يصح)، ثم قال بـ: (إمكان منع وجود المقتضى عليه بعد انسياق غير ذلك من الأدله، وخصوصاً فى الوقف العام أو الخاص مع تعدد الشركاء... بل ظاهر المسالك وجامع المقاصد ثبوتها على

كل حال، وفيه منع واضح(١١) انتهى.

إذ فيه: إن ظاهر كلامهم مع ثبوت سائر الشرائط بأن كان صاحب الوقف واحداً وله البيع، ولم يعلم وجه نسبه إلى المسالك، حيث إن عبارته المسالك هكذا: (إذا كان متعلق الشفعة كالدار والأرض بعضه طلقاً وبعضه وقفاً، فإن بيع الوقف على وجه يصح فلا إشكال في ثبوت الشفعة لصاحب الطلق، لوجود المقتضى وانتفاء المانع) انتهى.

فإن هذه العبارة لا يظهر منها تعدد الموقوف عليه حتى يكون التزاماً بعدم مراعاة هذا الشرط.

وكذلك لم يظهر الإطلاق المذكور من عبارته جامع المقاصد حيث قال بعد المسألة المتقدمة: (فرع، لو بيع الوقف في صورته الجواز تثبت للآخر الشفعة) انتهى.

وهذه العبارة ليست ظاهره فيما ذكره الجواهر من الإطلاق، فإنه ليس بناء الفقهاء بيان الشروط في كل فرع فرع، وإنما يحيلون الأمر في الشروط إلى مواضعها.

ثم إن المالك الذي يحق له أخذ الشفعة، حيث يبيع شريكه، لا فرق فيه بين أن يكون محجوراً أو لا، كما إذا انتقل المال إلى هذا الإنسان الذي يريد الأخذ بالشفعة، بشرط أن لا يبيعه، أو بشرط أن يسكنه مثلاً، فإن الحجر على المالك لا يضر الشفعة، بإطلاق الأدلة، واحتمال انصرافها إلى ما إذا كان الأخذ بالشفعة مالكاً مطلقاً، غير ظاهر.

والظاهر أنه لا يصح شرط المالك، فيما إذا مثلاً كانت له دار، فأعطاها إياهما بشرط أنه إذا باع حصته أحدهما لا يحق لشريكه الأخذ الشفعة، لأن

ص: ٥٩

الشفعة حكم لا يسقطه الشرط.

نعم للواهب ونحوه الحق في اشتراط أن لا يأخذ بالشفعة، ومن الواضح الفرق بينه وبين اشتراط أن لا يكون له شفعة.

أما لو وهب المالك مثلاً داره لشريكين، بشرط أن لا يبيع أحدهما إطلاقاً، فباع أحدهما، فالظاهر بطلان البيع، لأن الشرط يقتضى الوضع، وحيث يبطل البيع فلا شفعة، إلا إذا أسقط الواهب ونحوه شرطه.

وإذا باع الفضول حصه الشريك لا شفعة بالنسبة إلى الشريك، لأن البيع الفضولى ليس ببيع قبل إجازة المالك، فإذا أخذ الشفعة ثم أجاز المالك لم ينفع ذلك الأخذ بالشفعة، وإنما يحتاج الأمر إلى الأخذ بالشفعة بعد إجازة المالك، إلا إذا قلنا بالكشف.

ثم إن بعض ما تقدم في الوقف يأتي في الثلث أيضاً، لو حده المناط فيهما.

ومما تقدم ظهرت الأحوال الأربعة في الوقف، بأن يكون عاماً أو خاصاً، ويكون الأخذ بالشفعة هو الموقوف عليه والمتولى أو صاحب الملك.

وكذلك حال ما إذا كان ملك كلا الشريكين وقفاً، وجاز لأحدهما أو لهما البيع.

((لا شفعه فى الجوار))

(مسألة ٨): قال فى الشرائع: (لا يثبت الشفعه بالجوار).

وقال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (واحترزنا بالمشترك عن غيره، فلا تثبت بالجوار): (إجماعاً، كما فى الخلاف والغنيه والسرائر، وظاهر التنقيح، كما يظهر من كلامه فى المسألة الآتية.

وفى المسالك: إنه مذهب الأصحاب إلا العماني.

وفى المفاتيح: لا خلاف فيه منا، فلم يعده مخالفاً كالثلاثة الأول.

وفى الدروس وغيره: إن خلاف العماني شاذ، وهذا يجرى مجرى دعوى الإجماع، وتنطبق على ذلك بالأولوية الإجماعات المحكية على نفي الشفعه فيما قسم) (١) انتهى.

أقول: وفى مقابل هذا القول قول العماني، حيث حكى عنه أنه قال: (لا شفعه لجار مع الخليط)، وهو يقضى بثبوتها للجار، لكن الخليط مقدم عليه، وقد حكى هذا عن أبى حنيفة وجماعه من العامه.

ومقتضى القاعده هو المشهور، ويدل عليه بالإضافه إلى الأصل والإجماعات التى عرفتها متواتر الروايات:

كقوله (عليه السلام): «لا تكون الشفعه إلا لشريكين مالم يتقاسما» (٢).

وقوله (عليه السلام): «لا شفعه إلا لشريك إلا غير مقاسم» (٣).

وقوله (عليه السلام): «الشفعه لا تكون إلا لشريك» (٤).

وقوله (عليه السلام): «الشفعه لكل شريك لم يقاسمه» (٥).

ص: ٦١

١- مفتاح الكرامه: ج ٦ ص ٣٢٢ ط الحديثه

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٣ من الشفعه ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٣ من الشفعه ح ٢

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعه ح ٦

٥- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعه ح ٣

وقوله (عليه السلام): «إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة»<sup>(١)</sup>.

وقوله (عليه السلام): «إذا أرفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة»<sup>(٢)</sup>.

ورواه الغنوي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك، ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره، فقال: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»<sup>(٣)</sup>.

وفي الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة فيما وقعت عليه الحدود»<sup>(٤)</sup>.

وعنه (عليه السلام) أيضاً، إنه قال في حديث: «ولا شفعة في مقسوم»<sup>(٥)</sup>.

وعن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «الشفعة جائزه فيما لم يقع عليه الحدود، فإذا وقع القسم والحدود فلا شفعة»<sup>(٦)</sup>.

وفي الرضوى (عليه السلام): «إنما يجب الشفعة لشريك غير مقاسم، فإذا عرفت حصه رجل من حصه شريك فلا شفعة لواحد منهم»<sup>(٧)</sup>.

وعن أبي عبد الله (عليه السلام) إنه قال: «لا شفعة إلا في مشاع»<sup>(٨)</sup>.

وعن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط، فلا يحل له

ص: ٦٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ ح ٥

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ ح ١

٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ ح ٢

٦- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ ح ٣

٧- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ ح ٤

٨- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ١

أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به» (١).

إلى غيرها من الروايات المتعدده.

والتي يظهر منها أن مارواه الغوالي قائلاً: روى قتاده، عن الحسن، عن سمرة، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «جار الدار أحق بدار الجار والأرض» (٢).

ورواها الشهيد، عنه (صلى الله عليه وآله) في مجموعته بإسقاط: «والأرض» (٣).

لابد وأن يحمل على الجار المشترك في الأرض لا مطلقاً.

ولذا أجاب ابن إدريس وابن زهره عن الاستناد إلى قوله (صلى الله عليه وآله): «إن الجار أحق بالشفعه» بأن المراد بالجار في الخبر الشريك، لأنه خرج على سبب يقتضى ذلك، لأنه روى عمر بن الشريد، عن أبيه، قال: بعث حقاً من أرض لي فيها شريك، فقال شريكى: أنا أحق بها، فرفع ذلك إلى النبي (صلى الله عليه وآله)، فقال (عليه السلام): «الجار أحق بالشفعه» (٤).

كما أنهما أجابا أيضاً بأن الزوجه تسمى جاره لمشاركتها للزوج في العقد، قال الأعشى:

(أيا جارتا بينى فإنك طالقه).

فإنها تسمى جاره وإن كانت بالمشرك والزوج بالمغرب، فليس لأحد أن يقول: إنما سميت بذلك لأنه قريبه مجاوره.

قالا: فقد صار اسم الجار يقع على الشريك، نقل ذلك مفتاح الكرامه عنهما، وتبعه الجواهر وحتى لو لم

ص: ٦٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ ح ٥

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ١٥

٣- المستدرک ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١

٤- السرائر: ص ٢٥٠

نؤول هذا التأويل، لا يمكن الاستناد إلى النبوى الذى تقدم، والذى رواه أيضاً سنن البيهقى (١) وكنز العمال (٢) وغيرهما، عنه (صلى الله عليه وآله) فى قبال الأخبار الصحيحه الصريحه المجمع عليها.

ومما تقدم يظهر وجه قول الشرائع: (ولا فيما قسم وميز، إلا مع الشركه فى طريقه أو نهره) انتهى.

وقد تقدم الكلام فى المستثنى، أما المستثنى منه فقد قال فى مفتاح الكرامه عند قول علامه: (ولا فيما قسم وميز): صرح بالحكم المذكور فى المقنع والمقنعه والنهايه والخلاف والمبسوط والكافى والمراسم والمهذب وفقه القرآن للراوندى والوسيله والغنيه والسرائر والشرائع والنافع وكتب المصنف وكتب الشهيدين وسائر من تأخير إلى الرياض.

وفيه: وفى الكفايه أنه أشهر، وفى المختلف أنه المشهور، والظاهر أن مرادهما فى قبال قول العماني، لأنهم نقلوا عن العماني الخلاف.

وحيث تقدمت الروايات (٣) الداله على ذلك فلا داعى إلى تكرارها.

((الشفعه بين شريكين فقط))

ثم قال الشرائع: (وهل تثبت لما زاد عن شفيح واحد، فيه أقوال:

أحدها: نعم تثبت مطلقاً على عدد الرؤوس.

والثانى: تثبت فى الأرض مع الكثره، ولا تثبت فى العبد إلا للواحد.

والثالث: لا تثبت فى شىء مع الزياده على الواحد، وهو أظهر).

ص: ٦٤

---

١- السنن الكبرى: ج ٦ ص ١٠٦ باب الشفعه ح ٦

٢- كنز العمال: ج ٧ ص ٨ ح ١٧٧٠٧

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ ٣١٩ الباب ٣ و ٤ من الشفعه



وفى الجواهر: (أشهر، بل المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً، بل هي كذلك، كما ستعرف).

وفى المسالك: (اختلف علماؤنا فى أن الشفعه هل يثبت مع زياده الشركاء على اثنين، فمنعه الأكثر، منهم الشيخان والمرضى والأتباع بلا خلاف حتى ادعى عليه ابن إدريس الإجماع، وذهب ابن الجنيد إلى ثبوتها مع الكثره مطلقاً، وقواه فى المختلف بعد ذهابه إلى المشهور، وخطأ ابن إدريس فى دعوى الإجماع، وذهب الصدوق فى الفقيه إلى ثبوتها معها فى غير الحيوان، ووافق فى المقنع المشهور، ونسب ثبوتها مع الكثره إلى الروايه) انتهى.

أقول: ويدل على المشهور بالإضافه إلى الأصل، صحيح عبد الله بن سنان، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «لا تكون الشفعه إلا لشريكين مالم يقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه»<sup>(١)</sup>.

وما رواه المشايخ الثلاثة فى الكتب الأربعة، عن يونس، عن بعض رجاله، عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث: «إذا كان الشىء بين شريكين لاغيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على الاثنين فلا شفعه لأحد منهم»<sup>(٢)</sup>.

وصحيح الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: فى المملوك يكون بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً»، قيل له: فى الحيوان شفعه، قال: «لا»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٦٥

١- الكافي: ج ٥ ص ٢٨١ باب ١ ح ٧

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعه ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعه ح ٣

وفى روايه أخرى لعبد الله بن سنان، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحق به، أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً» (١).

وفى روايه أخرى له، رواها الصدوق فى الفقيه، أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال (عليه السلام): «بيعه»، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطنى، قال: «هو أحق به»، ثم قال (عليه السلام): «لا شفعه فى الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه رقبه واحده» (٢)، (إلا أن يكون الشريك فيه واحداً)، خ ل.

وفى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا (عليه السلام): «روى أن الشفعه واجبه فى كل شىء من الحيوان والعقار والرقيق إذا كان الشىء بين الشريكين فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب، وإذا كانوا أكثر من اثنين فلا شفعه لواحد» (٣).

وفى قبال هذه الروايات جملة من الروايات الداله على الإطلاق:

مثل روايه السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن على (عليهم السلام)، قال: «الشفعه على عدد الرجال» (٤).

ومثله ما رواه طلحه بن زيد، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) (٥).

وما رواه البحار، عن كتاب (الإمامه والتبصره) لعلى بن بابويه، بسنده إلى

ص: ٦٦

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعه ح ٤
- ٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعه ح ٧
- ٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ من الشفعه ح ١
- ٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعه ح ٥
- ٥- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ذيل ح ٥

ابن فضال، عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة على عدد الرجال وليس بأصل»<sup>(١)</sup>.

وعن الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال في حديث: «والشفعة على قدر الأنصاء بالحصص»<sup>(٢)</sup>.

وعن عقبه بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعة بين الشركاء»<sup>(٣)</sup>.

وقد تقدم خبراً منصور بن حازم<sup>(٤)</sup> الدالان على ثبوت الشفعة في المتعدد.

لكن هذه الروايات لا تقاوم روايات المشهور، لأن صحيح المنصور قد تقدم الكلام فيهما، وأنهما من التخصيص، وسائر الروايات ضعيفه الدلالة كخبر عقبه<sup>(٥)</sup>، إذ لم يعرف أن المرد بالشركاء الشركاء في الشيء الواحد، أو المراد الشريكان في كل بيع بيع، وإن شئت قلت: إنه مجمل يجب حمله على المبين مما تقدم.

وأما سائر الروايات مثل ما عن السكوني وطلحه وما أشبهه، فبالإضافة إلى ضعف السند، محموله على التقيه كما ذكره الشيخ وغيره، وقرينه التقيه كون روايتها من العامة في روايتي السكوني وطلحه.

ومن ذلك يعرف وجه النظر في قول المسالك، فإنه بعد احتمال تساقط الطائفتين والرجوع إلى حكم الأصل، قال: (فيه نظر لمنع التعارض، لأن هذه الروايات أكثر وأوضح دلالةً، لأن روايه ابن سنان التي هي عمده الباب لا

ص: ٦٧

- 
- ١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ ح ٢
  - ٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ ح ٤
  - ٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١
  - ٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١ و ٢
  - ٥- الكافي: ج ٥ ص ٢٨١ الباب ١ من الشفعة ح ٧

صراحه فيها، حيث إنه أثبت الشفعه للشريكين باللام المفيده للاستحقاق أو ما فى معناه، والمطلوب لا يتم إلا إذا أريد ثبوتها بين الشريكين لا- لهما، ولا- ينافيه قوله: «ولا- تثبت بثلاثه»، إذ لا قائل بالفرق بين الاثنين والثلاثه، ولجواز إرادته عدم استحقاق كل واحد من الثلاثه بخصوصه دون الآخر).

وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلا أن فيه طريقاً للجمع، مع أن روايه منصور(1) أصح طريقاً، ومقيدته لروايه بن سنان الآتية.

ولذا قال عليه فى الجواهر: إنه (من غرائب الكلام، وكأن الذى أوقعه فى ذلك ما فى مختلف الفاضل، فإنه بعد أن ذكر المسأله بتامها قال: وقول هؤلاء لا يخلو من قوه، لصحه حديث منصور بن حازم، وادعاء ابن إدريس الإجماع على سقوطها مع الكثره خطأ) انتهى كلام المختلف.

ثم قال الجواهر: (ولا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً حكمه بخطاء الإجماع المذكور الذى هو مع شهادته التتبع له قد سبقه إليه من تقدمه، ووافقه عليه من تأخر عنه... ولعله لذا جزم فى الروضه بموافقه المشهور، وهو فيها أفقه منه فى المسالك كما لا يخفى على من لاحظهما)(2) انتهى.

ولذا قال فى جامع المقاصد: (ابن الجنيد والصدوق قالا: بثبوت الشفعه مع الكثره، لروايات ضعيفه لا تنهض حجه مع معارضتها بأقوى منها، والمذهب الأول) انتهى.

((فروع))

ثم الظاهر أنه لا فرق بين أن يبيع الشريك حصته من نفرين، أو من نفر

ص: ٦٨

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٢٧٥ \_ ٢٧٦

واحد، سواء باعه من نفرين متعاقبين أو في وقت واحد، لأن الإطلاق هو الظاهر من إطلاق الروايات والفتاوى.

قال في مفتاح الكرامه: (هل المراد بالكثرة المانع الكثرة السابقة على عقد البيع، كأن يكون ثلاثة فيبيع أحدهم، أو الأعم منها ومن اللاحقه، كما لو كان الشريكان اثنين وباع أحدهما نصيبه من اثنين، فلا يصح للشريك الآخر الأخذ منهما، ولا من أحدهما لمكان الشركه اللاحقه، لأن كل واحد من المشتريين من الشريك شريك خصوصاً إذا اشتريا على التعاقب ولم يعلم الشريك الآخر إلا- بعد شرائهما، وقيل: إنها إنما تمنع في المثال فيما إذا أخذ من أحدهما دون الآخر. أما إذا أخذ من الجميع فلا، لأن الشريك المستحق للشفعه واحد، أقوال، وظاهر قوله (عليه السلام): «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعه» (1) يقضى بنفى الاستحقاق في المثال مطلقاً، وهو ظاهر المحقق الثاني والشهيد الثاني، والتفصيل ظاهر المصنف في آخر الفروع على القول بالكثرة، وظاهر الشهيد حمل الكثرة على السابقه، ذكره في حواشيه وهو المتبادر من الفتاوى، ومن إطلاق خبر عبد الله بن سنان (2)، ومرسل يونس (3)، مضافاً إلى الاستصحاب وعدم عدّه في المسقطات لأحد منهم) انتهى.

وهو كما ذكره مفتاح الكرامه، إذ لا يفهم من قوله (عليه السلام): «فإذا صاروا ثلاثة» إلا الثلاثة قبل البيع، لا الثلاثة بعد البيع، وهذا هو الذى اختاره الجواهر

ص: ٦٩

١- الكافي: ج ٥ ص ٢٨١ الباب ١ ح ٧

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٢

أيضاً، حيث قال:

(إن المنساق من الأدله والفتاوى عدم الشفعه مع الكثره السابقه على عقد البيع، كما لو كان الشىء مشتركاً بين ثلاثه فيبيع أحدهم نصيبه، أما إذا كانت لاحقه كما لو كان الشىء مشتركاً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه على اثنين دفعه أو ترتيباً، ثم علم الشريك بذلك، فالظاهر ثبوتها، كما عن الشهيد فى حواشيه(١)) إلى إن قال: (واحتمال عدم ثبوت الشفعه إلا مع بيع تمام النصيب ولو من اثنين، فلا يتحقق شفعه بيع بعض النصيب خاصه، لا أظن أحداً يلتزمه)(٢) انتهى.

وذلك لأنه خلاف ظاهر الأدله، فإن ظاهر الأدله الأعم، خصوصاً ويؤيده الملاك إذا لم نقل بالإطلاق، ودليل «لا ضرر»(٣) وغيرهما.

ومما تقدم يعلم أنه إذا باع البائع بعض حصته حق للشريك الأخذ بالشفعه وإن وهب بعد البيع بعض حصته الآخر، أما لو انعكس بأن وهب بعض حصته أولاً ثم باع بعض الحصه ثانياً، لم يكن للشريك الأخذ بالشفعه، لأنه بسبب الهبه صار المال مشتركاً بين الثلاثه، فلا شفعه حين البيع.

ولو تقارن البيع والهبه فى حاله واحده، فالظاهر بقاء حق الشفعه ولو للاستصحاب.

ولو اختلفا فقال الشفيع: بعث أولاً فلى الشفعه، وقال البائع: وهبت أولاً فلا شفعه لك، فإنه من التداعى، لا من الادعاء والإنكار، لعدم اجتماعهما على شىء واحد.

ص: ٧٠

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٢٧٦

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٢٧٧

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

ولو كانوا ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحدهما، ثم باع المشتري النصيبين إلى ثالث، تحققت الشفعة بالنسبة إلى الأول، لأن الاعتبار حين البيع لا قبل ذلك، والمفروض أنه حين البيع هما شريكان فقط، كما هو واضح.

ثم إن الحدائق قال في مسأله اشتراط أن لا يكون أكثر من شريكين: (إنه ينبغي أن يستثنى المملوك من محل الخلاف، لما تضمنته جملة من الأخبار الصحيحة الصريحة في اشتراط وحده الشريك في صحة الشفعة فيه، ويجعل محل الخلاف فيما عداه) انتهى.

لكن حيث لا مورد لمسأله المملوك الآن فلا داعي إلى بسط الكلام فيه، وأنه هل هناك فرق بينه وبين غيره أم لا.

ثم إنه قال في المسالك: (اختلف القائلون بثبوتها مع الكثرة، هل هو على عدد الرؤوس، أو على قدر السهام، فصرح الصدوق بالأول، ونقله الشيخ عنه مطلقاً.

وقال ابن الجنيّد: الشفعة على قدر السهام من الشركه، ولو حكم بها على عدد الشفعاء، جاز ذلك.

ويدل على الأول: روايه طلحه بن زيد، إن علياً (عليه السلام) قال: «الشفعة يثبت على عدد الرجال»<sup>(١)</sup>، ولأن من حصته قليله لو كان منفرداً لأخذ المال جميعه كصاحب الأكثر فيتساويان في الاستحقاق، إذ المقتضى هو مطلق الشركه.

ويدل على الثاني: إن المقتضى للشفعة الشركه والمعلول يتزايد بتزايد علته، وينتقص بنقصها إذا كانت قابله للقوه والضعف<sup>(٢)</sup> انتهى.

ص: ٧١

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٥

٢- مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ٢٨٣ - ٢٨٤

وأنت خير بأن وجه الثاني استحسانى محض، فمقتضى القاعده هو الوجه الأول، كما أنه لا يخص الدليل بروايه طلحه، بل روايه السكونى (١٧) أيضاً كما تقدم تدل على ذلك، ولذا أيد الحدائق القول الأول، وتبعه الجواهر.

ثم قال الجواهر: (ولا ينافى ذلك التوزيع فى تعلق الديون على قدرها دون الرؤوس بعد اختصاصه بالدليل الكاشف عن كون التعلق من جهتها لا- أصل الدينه المشتركه بين القليل والكثير بخلاف المقام، خلافاً للمحكى عن أبى على فجعلها على قدر السهام، ولكن قال: ويجوز قسمتها على عدد الرؤوس، ومقتضاه التخيير، ثم أشكل عليه بما ذكره من التخيير، وقال بالآخره: ومن هنا كان القول الأول الأصح كما اعترف به غير واحد) انتهى.

((لو اختلفا فى ثبوت الشفعه))

ثم إنه لو اختلفا اجتهاداً أو تقليداً فى أصل وجود الشفعه فى مقام، أو فى أن الشفعه على عدد الرؤوس، أو عدد السهام، أو غير ذلك مما يمكن الاختلاف فيه، فالمرجع القاضى، فإذا حكم يجب عليهما الأخذ به، ولو كانا مجتهدين متخالفين لما حقق فى كتاب القضاء وغيره من لزوم اتباع رأى القاضى ولو كان مخالفاً لاجتهاد كليهما أو أحدهما، كما سبق الإلماع إليه.

أما إذا كان عند العامه الشفعه، فيما لم يكن عند الشيعه، وكان الآخذ بالشفعه شيعياً، حق له ذلك من باب قاعده الإلزام (٢٢)، وإذا راجعونا حق لنا أن نحكم على طبق رأيهم، كما حق لنا أن نحكم على طبق رأينا، كما ذكرنا تفصيله فى

ص: ٧٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٥

٢- انظر الوسائل: ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من ميراث الإخوه



كتاب القضاء، ولعل روايتى على (عليه السلام) (١) من باب قاعده الإلزام لا من باب التقيه، كما ذكرنا مثله فى غير مورد من (الفقه) كالفقه المنبريه وغيرها.

ص: ٧٣

---

١- التهذيب: ج ٩ ص ٤٥، وانظر شرح ابن أبى الحديد على النهج: ج ١ ص ١٩

((لا شفعه مع عجزه عن الثمن))

(مسأله ٩): قال فى الشرائع: (وتبطل الشفعه بعجز الشفيع عن الثمن).

وقال فى مفتاح الكرامه: (قد صرح بالحكم فى النهايه والسرائر والشرائع والنافع والتذكره والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه وغيرها، وهو معنى ما فى التبصره واللمعه، وغيرهما من اشتراط القدره على الثمن، وإجماعاً كما يفهم من المسالك، وبلا خلاف كما فى الغنيه والرياض، وفى مجمع البرهان يمكن أن يكون دليله الإجماع) انتهى.

وقيده فى الجواهر بعدم رضى المشتري بالصبر، وأنه لا يكفى بذل الضامن والرهن والعوض.

ويدل عليه الأصل بعد انصراف الروايه إلى القادر، ودليل «لا ضرر» بالتقرير الذى ذكره فى خيارى الغبن والعيب.

بالإضافه إلى حسن على بن مهزيار، قال: سألت أبا جعفر الثانى (عليه السلام) عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعه، قال: «إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال، وإلا فليبع وبطلت شفعته فى الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر، فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلده وينصرف، وزيادة ثلاثه أيام إذا قدم، فإن وافاه، وإلا فلا شفعه له»<sup>(١)</sup>.

وروايته تدل على مورد الكلام إما بالظهور وإما بالمناط القطعى.

ومنه يعرف أنه لا- وجه لإشكال صاحب الحدائق حيث قال بعد ذكر الروايه: (وأنت خبير بأن مورد الروايه المذكوره إنما هو الشفعه قبل البيع،

ص: ٧٤

وأن الذى ينتظر الشريك الذى يريد أن يبيع لا-المشترى، والأصحاب قد استدلوا بها على الشفعه بعده، ولعلمهم قاسوا حال المشتري على البائع وهو مشكل).

وبذلك يظهر أنه لا حاجه إلى تجشم صاحب الجواهر حيث قال: (قد يمنع ظهور الروايه فيما ذكره الحدائق، كما عساه يشهد له قوله: طلب شفعه أرض، فإن الشفعه حقيقه لغه وعرفاً فى الاستحقاق بعد البيع. بل قيل: المراد حينئذ بالطلب الأخذ بها، بل لعل البطلان أيضاً ظاهر فى ذلك، وحينئذ يكون المراد بصاحب الأرض المشتري، بل لو قلنا بإرادته المعنى الحقيقى من الطلب فيه للأخذ، كان المراد أنه أرادها ومضى ليحضر الثمن ليحصل استحقاق الأخذ بها، أو التملك على حسب ما سمعته فى اعتبار سبق دفع الثمن كان أيضاً دالاً على المطلوب) انتهى.

فإنه لو لم نقل بالظهور كان المناط قطعياً، ولذا لم يستشكل أحد من الفقهاء الذين تعرضوا للروايه (١) فيها، كما أن إشكال المقدس الأردبيلي فى الروايه من جهه تقييد الفقهاء لها بعدم الضرر حيث قال: (وظاهر الروايه غير مقيد بعدم الضرر، فكأنهم قيدوا بعدم الضرر لأنه منفى بالعقل والنقل، لكنه غير ظاهر، لأننا نجد وقوعه فى الشرع كثيراً، فليس له ضابط واضح خصوصاً مع وجود النص) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ دليل «لا ضرر» بالإضافه إلى ذكره فى نفس هذه الروايات، قاعده ثانويه مطلقاً يقيد بها الأدله الأوليه فى كل مورد، فلا يمكن التمسك

ص: ٧٥

بإطلاق الروايات في قبال القاعده المذكوره.

ولذا قال في الحدائق في رده: (إن الأصحاب قيدوا الجواز بعدم الضرر، لأنه منفي بالعقل والنقل، وحينئذ فلو كان البلد بعيداً جداً ويتضرر بالتأخير فلا شفعه، وما ذكره المحقق الأردبيلي من المناقشه هنا، الظاهر ضعفه، وما ادعاه من وقوعه في الشرع كثيراً في محل المنع، فمع تسليمه يجب الاقتصار به على موضعه، ويخص به الدليل العقلي والنقلي الدال على عدم جوازه، وما أطلق من هذه الروايه ونحوها يجب تخصيصها بالأدله المذكوره، كما هو مقتضى القواعد المقرره، وبالجمله فإن مناقشته بمحل من الضعف والنظر) انتهى.

ومنه يعرف أن اللازم التقييد بلا ضرر ولو في الثلاثه، أو فيمن يذهب إلى البلد ولو لم يكن بلداً بعيداً، وإنما مثلاً يستوعب عشره أيام، لكن في انتظار الثلاثه أو العشره ضرر على المشتري أو على البائع، بل ينبغي أن يخص ذلك بالخرج أيضاً، لأنه أيضاً من القواعد الثانويه المخصصه للأدله الأوليه كلا ضرر، بالإضافة إلى أنه يمكن أن يقال: إن كلاً منهما يشمل الآخر فيما إذا أفرد.

ولذا استدل الإمام (عليه السلام) في حديث مولى آل سام (١) لمنع الضرر بدليل (ما جعل عليكم في الدين من حرج) (٢).

وفي المسالك: يتحقق العجز باعترافه، وفي تحققه بإعساره وجهان، أجودهما العدم، لإمكان تحصيله بقرض ونحوه فينظر به ثلاثه أيام كمدعى غيبته ولا يتوقف على الحاكم، لعموم «لا ضرر ولا ضرار»، وهو كما ذكره.

ص: ٧٦

١- الوسائل: ج ١ ص ٣٢٧ الباب ٣٩ من الوضوء ح ٥

٢- سوره الحج: الآيه ٧٨

لكن من الواضح أن الاعتراف إنما يؤخذ به إذا لم نعلم خلافه، أو لم يقيم الشهود على خلافه، فإذا اعترف بعجزه وأخذ بالشفعة، كان للمشتري الرجوع إلى الحاكم لبيع بعض أمواله أو التقاص أو ما أشبه فتأمل.

كما أنه لو علمنا بعجزه فلم يعترف هو، بل كان يعترف باليسار لم ينفع أخذه بالشفعة، لأن الحكم معلق على الواقع لا على الادعاء ونحوه، بل لو قامت الشهود على يساره وأخذ بالشفعة وعلمنا اشتباه الشهود لم ينفع ذلك في تحقق الأخذ.

((فروع))

أما إذا عجز عن دفع الثمن ورضى المشتري بالصبر، أو قبل بالضامن والرهن والعوض وما أشبه، فلا ينبغي الإشكال في صحة الشفعة، لأن الحق لا يعدو هما، ودليل «لا ضرر» ليس ملزماً إلا في مقامات خاصة مما لا يريد الشارع حتى إذا أراد المتضرر.

والظاهر أنه يصح الأخذ بالشفعة إذا كان الأخذ بالشفعة معسراً، ولكن كان مستحقاً للزكاه، أو الخمس الذي يتعلق بدمه المشتري، هو عاص عن الأداء، حيث للحاكم الشرعي التقاص بجعل الثمن للأخذ بالشفعة من باب الزكاه أو الخمس الذي على المشتري.

((تبطل الشفعة بالمماطلة))

قال في الشرائع: (وكذا تبطل الشفعة بالمماطلة، وكذا لو هرب).

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولا المماطل والهارب): (كما في الشرائع، وما ذكر بعدها فيما قبلها)<sup>(1)</sup>، أى فى العاجز.

وفى المسالك: (المراد بالمماطل القادر على الأداء ولا يؤدي، ولا يشترط فيه مضي الثلاثه، لأنها محدوده للعاجز ولا عجز هنا، ويحتمل إلحاقه به،

ص: ٧٧

لظاهر روايه ابن مهزيار، عن الجواد (عليه السلام) (١) بانتظاره ثلاثه أيام حيث لم ينصّ الثمن) (٢).

وأشكل عليه الجواهر: (بأنه لم يعرف التحديد بالثلاثه لغير المسالك، بل ظاهرهم الاتفاق على عدمه، وأنه لا شفعه له مع فرض عجزه المتحقق باعترافه أو بالقرائن أو بغير ذلك حال البيع، وإن تجدد له قدره بعد ذلك بيسير، بل ظاهرهم سقوطها بتحقيق المماطله كذلك) انتهى.

وحيث إن الدليل على ذلك «لا ضرر»، فاللازم أن نقول بإبطال المماطله فيما إذا كان ضرراً، وإلا فلا وجه له.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه: وظاهر إطلاقهم كما فى جامع المقاصد أن المطل يتحقق قبل الثلاثه، ولا يشترط فيه ثلاثه أيام، لأنها للعاجز ولا عجز، ويحتمل إلحاقه به لظاهر الحسنه (٣) كما عرفت، ولعل الأولى الإناطه بالضرر بالصبر وإن قل عن الثلاثه، لأن المماطل هو القادر، ولا يؤدي فليتأمل) (٤).

والظاهر أنه لو أخذ بالشفعه وماطله، حق للمشتري الأخذ من ماله كسائر المديونين بالشرائط المقرره هناك.

وفى مفتاح الكرامه: (وليعلم أن العلم بأنه مماطل من قبل لا- يمنع من أخذه بالشفعه)، وهو كذلك، إذ الأخذ بالشفعه حق والمماطله مانعه، والحق مقدم، فلا يسقط بالعلم ما لم تتحقق خارجاً.

ولا فرق بين المماطله عن كل الثمن أو بعضه، لإطلاق دليل «لا ضرر».

ص: ٧٨

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

٢- مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ٢٨٤

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

٤- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٤٦٦ ط الحديثه

أما إذا كانت المماثلة بحق، فإن تحقق «لا ضرر» بالنسبة إلى المشتري فهو، وإلا لم تكن المماثلة مما يسلبه على الفسخ، لما عرفت من أن الدليل هو «لا ضرر».

ومن الكلام في المماثل يعرف الكلام في الهارب كما ذكره، بل ومثل الهارب كالسجين والمغنى عليه، والذي لم يعرف خبره ومن أشبهه، لأن الدليل في الجميع هو «لا ضرر»، فإنه إن كان قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له، وإن كان بعده فللمشتري الفسخ إذا لم يتمكن المشتري من ماله.

أما إذا تمكن فلاحق له في الفسخ إلا إذا كان تمكنه من الأخذ بماله موجباً لضرر أو حرج ونحوهما مما هو مرفوع، ومقتضى القاعده هو ما ذكره مجمع البرهان، فإنه بعد أن ذكر دليل البطلان بالعجز قال: (وكذا دليل البطلان بالمماثلة مع الوجدان فإنه كالعجز، بل أقبح، وكذا الهرب بعد البيع لثلا يعطى الثمن معها، ولكن ينبغي أن يكون المراد بالمماثلة والعجز إلى وقت يضر بحال المشتري أو البائع عرفاً الصبر إليه ولو كان قليلاً، ويؤيده جواز الصبر ثلاثه أيام مع دعوى غيبه الثمن، وصبر الثلاثه أيام مع مده الرواح إلى بلد الثمن ومجيئه) انتهى.

فإشكال الجواهر فيه غير ظاهر الوجه.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول التذكرة إن الفسخ للحاكم، إذ لا دليل على ذلك بعد دليل «لا ضرر»، وأنه ليس من شأن الحكام حتى يشمل قوله (عليه السلام): «إني جعلته عليكم حاكماً» (١). فإن ظاهر هذه الروايه أن شأن الحاكم الشرعي هو شأن الحكام العرفيه، فما كان من شأنهم كان من شأنه أيضاً.

ص: ٧٩

قال في مفتاح الكرامه: (وفي التحرير إنه لا يتوقف على حكم الحاكم لمكان الضرر، وإن لم يكن له أى المشتري ذلك في البيع إذا هرب المشتري أو أخر الدفع، لأن البيع حصل باختيارهما، وهنا أخذه الشفيع لغير اختيار بإزاله الضرر عن نفسه، فإذا اشتمل على إضرار المشتري منع) انتهى.

وفيه: عدم ظهور الفرق بين المقامين بعد كون الدليل فيهما «لا ضرر».

ثم إن قلنا بثلاثه أيام مطلقاً، أو في مورد الروايه (١١)، ولم نقل أنه مثال للضرر، حيث يكون المناط حينئذ الضرر لا الثلاثه، فالظاهر أن المراد بها بياض الأيام الثلاثه بالليلتين المتوسطتين، ولا يلزم مرور اثنين وسبعين ساعه، كما ذكروا تفصيل ذلك في عشره المسافر وغيرها، وفي حكم الثلاثه المستقيمه في مسائل الحيض وغيرها في العده وغيرها.

وإذا كان المناط الضرر فهو عرفي، فلو ادعى أنه يتضرر والعرف لا يراه كان عليه بينه، إذ لا دليل على سماع قوله.

((لو ادعى غيبه الثمن))

ثم قال الشرائع: (ولو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثه أيام، فإن لم يحضره بطلت شفيعته، فإن ذكر أن المال في بلد آخر بمقدار وصوله إليه وزيادة ثلاثه أيام ما لم يتضرر المشتري).

ومراده بوصوله إليه وصوله منه، كما هو عبارته القواعد، حيث قال: (ولو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه، وثلاثه أيام بعده ما لم يستضر المشتري).

وفي مفتاح الكرامه: (كما صرح بذلك كله في النهايه والمهذب والكافي والغنيه والسرائر والشرائع والنافع والتذكره والتحرير والإرشاد والتبصره

ص: ٨٠



والدروس واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفايه والمفاتيح وغيرها).

وفى الجواهر: لا أجد خلافاً بينهم فى ذلك، وعن الغنيه: هذا إذا لم يؤد الصبر عليه إلى ضرر فإن أدى إلى ذلك بطلت شفيعته بدليل إجماع الطائفه.

ثم قال الجواهر: إن ظاهر الخبر المزبور(١) أن ابتداء الثلاثه من حين شفيعته لا من حين البيع، وهو كذلك، إذ ربما يتأخر الأخذ بالشفيعه بعد أيام لعدم علم الشريك بالبيع.

((فروع))

ثم إنه حيث عرفت أن الميزان الضرر لم يكن الاعتبار ببعد البلد أو قربه، فربما كان البلد قريباً لكن يحتاج إلى شهر مثلاً من جهه مانع فى الطريق، أو عدم الوسيله أو ما أشبهه، وربما كان بعيداً لكنه يمكن تحصيل المال منه بسبب الآلات الحديثه فى وقت قريب، بل يدخل فى المماطله إذا تمكن من تحصيل المال بسبب التليفون ونحوه فى هذه الأيام فلم يفعل.

ومما تقدم يظهر وجه الإشكال والاستقامه فى قول المسالك: (هذا إذا لم يتضرر المشتري بالتأخير بأن كان البلد الذى نسب الثمن إليه بعيداً جداً كالعراق من الشام ونحو ذلك، وإلا بطلت، والمراد ببطانها على تقدير عدم إحضاره فى المده المضروبه سقوطها إن لم يكن أخذ، وتسلط المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ، ويعتبر الثلاثه ولو ملفقه لو وقع الإمهال فى خلال اليوم، والليالى تابعه للأيام، فإن وقع نهائياً اعتبر كمال الثلاثه من اليوم الرابع ودخلت

ص: ٨١

الليالى تبعاً، وإن وقع ليلاً أجلاً ثلاثة أيام تامه، وتام الليله من الرابعه كذلك) انتهى.

إذ لا- دليل على لزوم أكثر من ثلاث بياضات نهار واللياليتين المتوسطتين، فلا حاجة إلى تمام الليله من الرابعه، فإن ثلاثه أيام عرفاً مختلفه بسبب اختلاف الموضوعات.

مثلاً- إذا قيل: ثلاثه أيام من العمل، أريد بها ثلاث نهارات فقط، وإذا قيل: كان ثلاثه أيام فى المكان الفلانى، أريد به مع الليل، وربما يراد به مع كمال الليالى، وإلا فلا اعتبار بالليالى إلا المتوسطه، إلى غير ذلك.

ثم إنه إن احتاج إلى السفر إلى بلد ليحضر المال، فاللازم السير المتوسط فلا يجوز البطؤ، كما لا يجب السريع خارج المتعارف، وفى كل ذلك يجب الرجوع إلى العرف لأنه المرجع فى الفهم من النص.

ولذا قال فى المسالك: (ويعتبر فى الذهاب إلى بلد المال حصول ما يحتاج إليه عادة من الرفيق وغيره، ولا يجب تحصيله بأجره عملاً بالعرف، ولا يستثنى له فى نفس البلد زياده عن تحصيل المال بالمعتاد) انتهى.

وتبعه فى ذلك الجواهر وغيره، ولو لم يكن ضرر بذهاب الشفيح إلى البلد والمجىء إلى المال فذهب، ثم فى الأثناء حصل الضرر على المشتري حق له فى الفسخ أو الامتناع، إذ الحكم معلق على الضرر، فلا فرق فيه بين حصوله من الأول أو فى الأثناء.

ثم فى النص المتقدم عن ابن مهزيار: «فإن أتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت

شفعته فى الأرض»، إلى أن قال: «فإن وافاه وإلا فلا شفعه له» (١).

والظاهر ولو بقرينه فهم العرف أن الشفعه لا تسقط تلقائياً، وإنما إذا لم يرد المشتري الشفعه، وإلا فللشريك الأخذ بالشفعه إن رضى المشتري.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه فى أول كلامه: (إن الحكم بالبطلان إنما هو لمكان مراعاة المشتري، فإذا رضى بالتأخير فقد أسقط حقه، وأقصى ما دلت عليه الروايه (٢)) أن حق الشفيع يسقط، بمعنى أنه ليس له المطالبه بالشفعه، وهو لا يستلزم سقوط حق المشتري من مطالبه الشفيع بالثمن بعد أخذه بالصيغه الناقله، ورضى المشتري بالتأخير، ولا دلاله فيها على بطلان حق الشفيع، إذ الشأن فيها كالشأن فيما ورد فى خيار التأخير من أنه لا يبيع له، مع إطباق الأصحاب على بقاء الصحه وبقاء الخيار لا فساده من أصله.

فمعنى قوله (عليه السلام): «بطلت الشفعه» فى الفرض الأول فى الخبر أنه لا شفعه له، كما قال (عليه السلام) ذلك فى الفرض الثانى.

ومعنى قوله (عليه السلام): «لا شفعه له» أنها غير لازمه، كما قلناه فى قوله (عليه السلام): «لا يبيع له» (٣) فى خيار التأخير، من أن معناه لا يلزم البيع، هذا أقصى ما يمكن أن يقال فى توجيه ذلك، وهو خروج عن صريح الروايه، لأنها صرحت بالبطلان، فيكون معنى قوله: «لا شفعه له» أنها باطله، فيحمل الظاهر أو المحتمل على الصريح لا العكس.

ثم إنه إذا بطل حق الشفيع وصار للأجنبى، كيف يبقى حق المشتري، وكيف يكون من قبيل قوله (عليه السلام) فى خيار التأخير: «لا يبيع له» (٤) انتهى.

ص: ٨٣

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٥٦ الباب ٩ من الخيار ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٥٦ الباب ٩ من الخيار ح ١
- ٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٩ من الشفعه ح ١

وأنت خير بأن أخير كلامه غير ظاهر من الروايه، فإن الظهورات إنما هي تابع للعرف لا- الألفاظ فقط، وتبعه في أخير كلامه الجواهر، ولو أخذ بظاهر النص كان اللازم سقوط الحق حتى إذا رضى المشتري بالتأخير لإطلاقه، فاللازم إما القول بالسقوط في كلا المقامين، أو عدم السقوط.

((إذا رضى المشتري بالتأخير))

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (أما لو رضى بالتأخير في ابتداء الأمر، أو في أثناء الثلاثه، فلا يندرج في النص المزبور، فيبقى على ما تقتضيه القواعد من الصحه، بخلاف ما لو مضت الثلاثه وهو مستمر على طلب الثمن، فلم يأت به الشفيع، فإن ظاهر النص حينئذ عدم الاستحقاق والانفساخ، فلو رضى بعد ذلك لم يجد في ثبوت حق الشفعه، أو في بقاء الثمن في ذمه الشفيع، كما لو كان في الابتداء مثلاً، خصوصاً بعد إمكان الفرق بينها وبين العقد الذى له وجهه صحه ولزوم، بل قاعده الضرر ونحوها إنما تنزل لزومه الذى هو مناط الضرر) انتهى.

غير ظاهر الوجه، والذى يؤيد ما ذكرناه الاستدلال فى الروايه بلا ضرر، كما أن «لا ضرر» هو الدليل العام أيضاً، حيث يفهم منه أن الضرر هو الذى سبب التشريع فهو منه، كما قالوا مثله فى ما إذا كان فى الوضوء أو الغسل أو الصلاه واقفاً أو الصوم ضرراً لا بقدر ما منع الشارع عن تلك الأمور، كما إذا سبب الموت أو ما أشبهه، وإنما كان ضرراً خفيفاً، فإنه يحق له أن يصوم ويغتسل ويتوضأ ويصلى واقفاً، وإنما يرفع الضرر اللزوم لا الجواز.

كما أنه يؤيده أيضاً أن الشفعه حق عرفى، والعرف يرون ذلك، ولم يعلم أن الشارع قرر خلاف العرف.

ومنه يعلم وجه النظر فى الشق الأول فى المحكى عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك من كون المراد ببطان الشفعة على تقدير عدم إحضاره فى المدة المضروبه سقوطها إن لم يكن أخذ، وتسلط المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ، إذ اللازم أن يقال سقوط اللزوم لا سقوط الجواز، وسيأتى بعض الكلام فى ذلك فى مسأله الخيار، وفى مسأله مدخله دفع الثمن فى ملك الشقص.

((إذا تضرر المشتري بالتأخير))

ثم إنه قد ظهر مما تقدم أن الشريك لو أخذ بالشفعة لكنه لا يتمكن من دفع المال، وإن كان المال موجوداً بأن كان المال مثلاً فى البنك، والحكومة قد حجزت على المالك فى رصيده إلى مده شهر أو إلى إشعار آخر أو ما أشبهه، كما هى شأن الحكومات الحاضره فى بعض الأحيان، فمقتضى القاعده أنه إن تضرر المشتري بالتأخير لم يكن للشفيع الأخذ، وإن لم يتضرر كان له الأخذ بإطلاق دليل الشفعه، خرج منه صوره الضرر أو الحرج، فإذا لم يكن ضرر وحرج كان للشريك ذلك.

وكذا الحال فى العكس، بأن حجز الدوله على المشتري بحيث لا- يتمكن من تسلّم المال من الشريك، فليس الاعتبار بحجز الدوله وعدم حجزها، وإنما الاعتبار بدليل «لا ضرر»، كما أنه لا اعتبار بكل شؤون الدوله المخالفه لقواعد الشفعه شرعاً.

كما أنه كذلك بالنسبه إلى القوانين المخالفه لسائر الشؤون الشرعيه فى مختلف أبواب المعاملات وغيرها، فيصح أخذ الشريك بالشفعه واقعاً، وإن منع الدوله من البيع للشريك، كما أنه كذلك فيما منعت الدوله بيع المشتري، إلى غير ذلك من الأمثله.

((ثبت الشفعة للغائب))

(مسألة ١٠): قال في الشرائع: وتثبت للغائب.

وقال في مفتاح الكرامه: بإجماع الفرقه وأخبارهم كما في الخلاف، وإجماع علمائنا كافة كما في التذكرة، ولا شبهه في ذلك كما في المسالك.

وقال في الغنيه: يستحق الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف، وإن كان حاضراً في البلد، وكذلك حكم المسافر إذا قدم من غيبته، وبالحكم صرح في المقنع، وأكثر ما تأخر عنه.

وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، بل عن الخلاف والتذكرة الإجماع عليه.

أقول: ويدل على الحكم المذكور، ما رواه السكوني، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، قال: «وصى اليتيم بمنزله أبيه، يأخذ له الشفعة إذا كان له فيه رغبة، وقال: للغائب الشفعة»<sup>(١)</sup>.

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «ولا يقطع الشفعة الغيبه»<sup>(٢)</sup>.

وقال (عليه السلام): «الشفعة للغائب والصغير، كما هي لغيرهما إذا قدم الغائب وبلغ الصغير»<sup>(٣)</sup>.

وعن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: في الشفيع يكون غائباً عن البيع، قال: «لا يقطع الشفعة حتى يحضر، علم بالبيع أو لم يعلم»<sup>(٤)</sup>.

وعنه (عليه السلام) إنه قال: «في الشفيع يحضر وقت الشراء ثم يغيب ثم يقدم فيطلب

ص: ٨٦

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٨

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٢

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٣

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٤

شفعه، قال: هو على شفعه ما لم يذهب وقتها، ووقت الشفعه للحاضر البالغ سنه، فإذا انقضت السنه بعد وقت البيع ولم يطلب شفעתه فلا شفعه له» (١).

وعن الصدوق في المقنع، الذي هو متون الروايات، قال: «ووصى اليتيم بمنزله أبيه، يأخذ له بالشفعه، وللغائب شفعه» (٢).

لكن لا يخفى أنه لا يمكن العمل بروايه الدعائم في جعل وقت الشفعه سنه، لأنه مخالف للنص والفتوى، ولعله من جهه التقيه أو غيرها.

ثم إن الجواهر قال: (ولا فرق نصاً وفتوى بين طول الغيبه وقصرها، نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يتمكن من الأخذ بنفسه أو وكيله، كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم، وإلا فإن آخر مع إمكان المطالبه كذلك بطلت شفעתه، كما صرح به في محكى التذكرة، بل في التحرير: لو أشهد على المطالبه ثم آخر المقدوم مع إمكانه فالوجه بطلان شفעתه، وكذا لو لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل فترك) انتهى.

((لا شفعه في المده الطويله))

أقول: وينبغي أيضاً استثناء المده الطويله، كما إذا حضر بعد خمسين سنه مثلاً، فإنه منصرف عن النص، بل والفتوى أيضاً، ولعل مراد صاحب الجواهر ما لا يشمل مثل ذلك، خصوصاً إذا كان ضرر ونحوه.

أما التقييد الذي ذكره الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم، فوجه الانصراف عن الغائب المتمكن، خصوصاً بضميمه دليل «لا ضرر» الوارد في النص الخاص والعام، واللازم أن يراد بقول التذكرة (بطلت شفעתه) بطلان اللزوم لا الأصل، كما تقدم في المسأله السابقه، وكذلك حال كلامه في التحرير، ولا حاجه في قوله في التحرير: (لو أشهد على المطالبه)، إذ الحكم كذلك ولو لم يشهد،

ص: ٨٧

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعه ح ٥. والدعائم: ج ٢ ص ٨٩

٢- المقنع من الجوامع الفقيهيه: ص ٣٤ سطر ٧

ولا فرق فى الأحكام المذكوره بين قدره الشفيع على نفس المشتري، أو على وكيله العام، أو الخاص بالنسبه إلى هذا المورد، لوحده الملاك فى الجميع.

ثم قال الجواهر: (وكذا لا تسقط شفيعته بترك الإشهاد وإن تمكن منه، فضلاً عما لو عجز عنه، أو قدر على إشهاد من لا يقبل قوله، أو على من لم يقدم معه، أو من يحتاج إلى التزكيه).

أما لو ترك الطلب بمعنى إنشاء الأخذ قولاً بعد علمه بالحال، وعدم تمكنه من المسير والتوكيل فى دفع الثمن، فلم أجد لهم تصريحاً فيه، ولكن ينساق من فحواه عدم بطلان الشفعه لعدم ثبوت الفوريه على الوجه المزبور والأصل بقاؤها) انتهى.

ووجه عدم سقوط الشفعه فى فرعه الأول إطلاق دليل الشفعه بعد عدم الدليل على الإشهاد فى الفرض المذكور، كما أن دليل الفرع الثانى أيضاً إطلاق دليل الشفعه نصاً وفتوى من غير تقيد بالطلب.

ولو قال: أخذت بالشفعه، وأشهد فيما كان اللازم عليه الأخذ العملى لا الأخذ القولى فقط لم ينفع.

أما إذا أخذ بالشفعه عملاً بدون قصده إنشاءً، فالظاهر أنه لا يصح، لأنه نوع معامله والمعاملات بحاجه إلى الإنشاء، نعم الظاهر أنه لا يحتاج إلى اللفظ لجريان المعاطاه فيه أيضاً بإطلاق أدلتها.

((فروع))

ولو وقف المشتري الشقص أو نذره أو وهبه لمن لا- يتمكن من الاسترجاع منه أو ما أشبه ذلك، لم تبطل الشفعه، إذ الشفعه سابقه على هذه الحقوق، فإطلاق أدلتها تقتضى عدم الفرق بين وقوع هذه الحقوق على المبيع وعدمه، وسيأتى الكلام فى ذلك.

ص: ٨٨



ولو كان للغائب وكيل عام، ففي التحرير: له الأخذ بالشفعة مع المصلحة للغائب، وكذا لو كان وكيلاً في الأخذ وإن لم يكن مصلحة.

قال في الجواهر بعد نقله كلام التحرير: (وفيه: إنه لا فرق بينهما في مراعاتها مع الإطلاق، وعدمها مع التصريح)، والظاهر أنه لا وجه للإشكال المذكور، إذ معنى كونه وكيلاً في الأخذ، وإن لم يكن مصلحة أنه لا إطلاق، فالفرق واضح كما ذكره التحرير.

ثم إن الميزان في المصلحة وعدمها العرف لا الواقع، فإذا أخذ بالشفعة ثم تنزل السوق مثلاً لا يقال إنه حيث لم يكن مصلحة في الواقع تبطل الشفعة، لأن الظاهر في وقت الأخذ وجود المصلحة.

وعن التحرير أنه لو ترك هذا الوكيل الأخذ كان للغائب المطالبة بها مع قدومه، سواء ترك الوكيل لمصلحة أو لا.

وعلق عليه الجواهر بقوله: (هو كذلك إن لم يكن ذلك منه إسقاطاً لها، مع فرض عموم وكالته ووجود المصلحة فيه) انتهى.

وذلك لأن إسقاط الوكيل العام كإسقاط أصل المالك، أما إذا لم يكن الوكيل عاماً فلا أثر لإسقاطه إلا أن يكون وكيلاً خاصاً في الإسقاط والإثبات، وحيث إن الشفعة حق كما يفهم من العرفية التي هي مناط الحكم الشرعي على ما سبق، كانت قابله للإسقاط من الأصيل أو الوكيل.

نعم لو أسقط شفعته قبل البيع يحتمل أن لا تسقط، لأنه كالإبراء قبل الدين، فالحق قبل ثبوته ليس قابلاً للسقوط إلا إذا كان دليل على ذلك، ولا دليل في المقام.

ولو نذر أن لا يأخذ بالشفعة أو نهاه والده أو زوجها أو ما أشبه فأخذ، أو

أخذت بها، لم يضر النذر ونحوه في الشفعة، إذ النذر ونحوه تكليفي فلا- يوجب الوضع، نعم لو أخذ بالشفعة فعل حراماً في ذلك، فهو كما إذا نذر أن لا يشتري، أو باع وقت النداء، فإن البيع صحيح وإن كان الفاعل فاعلاً للحرام.

أما إذا شرط عليه في ضمن عقد ونحوه أن لا يأخذ بالشفعة، فالظاهر أن أخذه بها لغو، لأن الشرط يوجب الوضع، كما قرّر في مبحث الشرط، وذكرناه في المكاسب.

ثم إن الجواهر قال: (ومن لم يعلم بالحال كالغائب وإن كان حاضراً، وكذا المريض الذي لا- يتمكن من المطالبة بنفسه ولا بوكيله، ونحوهما المحبوس ظلماً أو بحق يعجز عنه، أما إذا كان محبوساً بحق يقدر عليه، فهو كالمطلق) انتهى.

ومراد المحبوس ظلماً بحيث لا- يقدر على نجاه نفسه، وإلا- فلو قدر فهو والمحبوس بالحق سواء كما لا- يخفى، فإن الميزان القدره.

أما كون حبسه بالحق أو بالباطل فليس بميزان، والظاهر أن الجواهر فرضه في المحبوس ظلماً الذي لا يتمكن من الانفكاك.

وكيف كان، فالظاهر أنه لا فرق بين الحاضر والغائب الذي هو أحد أفراد المطلق، وإنما ذكره الأصحاب بالخصوصية تبعاً للنص عليه، وإلا فالحاضر أيضاً إذا فرض كون المانع عن إحضار الثمن عذر شرعي، مثل مرض أو حبس بحق يعجز عنه أو غير ذلك كان حكمه حكمهم، ولا- ينافيه حسن ابن مهزيار المتقدم (١) الظاهر في البطالين من حيث عدم إحضار الثمن بمعنى عدم تيسره،

ص: ٩٠

لا- من جهة أخرى كما قاله الجواهر، إذ من الواضح أنه لا فرق بين الحاضر والغائب في الملاك، فالحاضر غير القادر والغائب القادر يحكم على الأول ببقاء حقه، وعلى الثاني بزوال حقه.

ثم قال الجواهر: (والمغمى عليه كالغائب، كما في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والدروس، أى ينتظر إفاقة وإن تطاول الإغماء، إذ لا ولاية لأحد عليه، فلا يتصور الأخذ عنه، كما في الدروس وجامع المقاصد، فإن أخذ أحد لغى، وإن أفاق وأجاز ملك بالإجازة لا- قبلها، فالنماء للمشتري قبلها، قيل: ولعله لأنه لا مجيز له في الحال، فيكون كالصبي الذى لا ولى له فى أحد القولين) انتهى.

وفيه: إنه لا دليل على أن المغمى عليه الذى يطول إغماؤه لا ولى له، بل مقتضى القاعده أن يكون أبوه وجده ولياً للملاك، ولما دل على أن (أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض) (١١))، و(الأقربون أولى بالمعروف)، بعد خروج غير الأب والجد عن ذلك فى المقام، ولو بدليل عدم ولاية غيرهما فى الطفل.

ولو فرض عدم القول بولايتهم على المغمى عليه كان الحاكم ولياً، فإنه ولى الغائب والممتنع والقاصر ونحوهم، والمغمى عليه أحدهم، فإنه لا يمكن القول بأنه ليس له ولى يتصرف فى شؤونه حسب الصلاح إذا كان إغماؤه ممتداً كشهر وما أشبه، ولعل مراد المذكورين من المغمى عليه ما يتعارف من الإغماء ساعه ونحوها، بل وحتى فى الإغماء ساعه إذا احتاج إلى الولى.

ثم إنه لو أخذ بالشفعة فى حاله السكر، فإن كان سكرًا موجباً لذهاب العقل

ص: ٩١

١- سورة الأحزاب: الآية ٦

فلا اعتبار بأخذه، ولا يمكن قياس المسأله بعقد السكرى نفسها، لأنه إن قلنا هناك بصحه العقد كان للدليل الخاص كما هو واضح.

أما إذا كان السكر خفيفاً لا ينافى عقله وشعوره، وإن كان على عقله غشاوه خفيفه، فالظاهر صحه أخذه بالشفعه بإطلاق الأدله.

وحيث إن الظاهر أن الشفعه ليست معامله، وإنما هى إيقاع، لا يشترط الصحه فى المشتري بنفسه أو وليه أو وكيله، فإذا اشترى ثم أغمى عليه أو سكر أو ما أشبهه، أو اشترى ولى لطفل والمجنون ثم أغمى عليه، حق لمالك الشقص أن يأخذ بالشفعه، وذلك لإطلاق النص والفتوى.

ولو أكرهه مكره على الأخذ بالشفعه وهو لا يريد لها لم تقع شفعه لعدم قصد الإنشاء، أما إذا قصد الإنشاء فالظاهر أيضاً أنه مرفوع بدليل رفع الإكراه<sup>(١)</sup> كسائر المعاملات والإيقاعات الإكراهيه كالطلاق ونحوه، أما إذا أكرهه على عدم الأخذ بالشفعه، فإن الظاهر أنه لا تنفع النيه.

نعم إذا ارتفع الإكراه كان له الحق فى الأخذ إذا لم يوجب طول المده ضرراً على المشتري، وذلك لإطلاق الأدله فى المستثنى والمستثنى منه.

ص: ٩٢

---

١- الوسائل: ج ١١ ص ٢٩٥ الباب ٥٦ من جهاد النفس ح ١

((ثبت الشفعة للسفيه))

(مسألة ١١): قال في الشرائع: وتثبت للسفيه.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة مثله: (قد سمعت إجماع الخلاف وكذا الغنيه على ثبوتها له للعموم، فالذى يأخذ له وليه).  
وفي الجواهر بعد ادعائه عدم الخلاف والإشكال فى ثبوتها له، قال: (إلا أن الذى يأخذ له الولى ولو بإجازته له ذلك أو إذنه له فيه على حسب غيره من التصرفات المالىه).

أقول: أما أصل كون الشفعة للسفيه فلا إطلاق الأدله، وأما أن الآخذ هو الولى فلما دل على أن السفيه ممنوع من التصرف فى أمواله، كما ذكرناه فى الكتاب الحجر، فالولى هو الذى يتولى شؤونه، وأما ما ذكره الجواهر أخيراً فلأن عبارته ليست مسلوبه كعباره الصبى والمجنون على ما قالوا فى الصبى، والإجماع فى المجنون، فللولى أن يأخذ بنفسه، كما له أن يوكل نفس السفيه فى الآخذ.

نعم ما ذكره الجواهر أخيراً (بأن له الآخذ بنفسه مع إجازة الولى، بل قد يحتمل جواز ذلك له مع رضى المشتري بالبقاء فى ذمته، أو إبرائها له، وإن كان خلاف ظاهر الأصحاب) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ قد ذكرنا فى الكتاب الحجر أن كل تصرفات السفيه ممنوع عنها وإن كان بالمصلحه، فما هو ظاهر الأصحاب هو الاستفادة من الأدله.

كما أن ما ذكرناه أيضاً بالفرق بينهما بسلب عبارتهما أى الصبى والمجنون دون السفيه أيضاً محل تأمل بالنسبه إلى الصبى المميز، فإنه أى دليل على سلب عبارته، وإذا لم يكن الدليل فما المانع من أن يوكله الولى فى أن يأخذ بالشفعه.

ثم إنه إذا لم يأخذ ولى الطفل والمجنون والسفيه وكملاوا فلهم الآخذ،

سواء كان في المصلحه أو لا، لأن الشفيع له الأخذ، وإن لم تكن المصلحه في الأخذ، نعم يشترط في الأولياء عدم المفسده كما قرر في محله، خلافاً لمن اشترط المصلحه.

وقد ذكرنا وجه القولين في كتابي النكاح والحجر، ومقتضى القاعده أن لهم الأخذ وإن طال الزمان إذا لم يكن ضرراً، نعم إذا أسقط الولي الشفعه، حيث إنها حق كما تقدم، ولم يكن الإسقاط مفسده مما كان ممنوعاً عنها، لم يحق لهم بعد الكمال الأخذ، كما أنه إذا تبدل الولي كان للولي الثاني الأخذ إذا لم يكن إسقاط من الولي الأول بحق.

وإذا كملوا واختلفوا مع الولي في أنه هل كان الإسقاط بحق أم لا، فادعى الولي أنه كان بالحق، وادعوا أنه لم يكن حقاً، كان الحكم مع الولي، لأنه المفوض فهو كذي اليد فقوله حجه، إلا أن يقام على خلافه دليل.

((شفعه الصغير والمجنون))

ومما تقدم يظهر وجه الأخذ والرد في قول القواعد، حيث قال: (وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحه، فلو ترك فلها بعد الكمال المطالبه إلا أن يكون الترك أصلح، ولو أخذ الولي مع أولويه الترك لم يصح، والملك باق للمشتري) انتهى.

ولو لم يعلم الحال بأن تركه هل كان إسقاطاً أو تركاً، فالظاهر أن لهم أو للولي المتجدد الأخذ، لأن الإسقاط خلاف الأصل.

كما أنهم لو لم يعلموا هل أن الأخذ كان عن مصلحه أو عدم المفسده أو مع المفسده، كان مقتضى القاعده حمل فعل الولي على الصحه.

قال في الجواهر: (وكذا لا أجد خلافاً بينهم في ثبوتها للمفلس، لإطلاق الأدله وإمكان رضی المشتري بالبقاء في ذمته أو إبرائها، أو استدانتة من غير

ماله الذى تعلق به حق الغرماء، أو رضوا هم بدفع ذلك من ماله، وإن كان لا يجب عليهم، بل لهم منعه من ذلك، بلا خلاف أجده فيه، ولا إشكال) انتهى.

وذلك كما ذكره.

وهناك فرق بين المفلس والسفيه، حيث إن أعمال المفلس بالنسبة إلى أمواله الموجوده ليست بصحيحه لا مطلقاً، أما السفيه فأعماله بالنسبة إلى المال مطلقاً غير صحيح، كما ذكرنا التفصيل فى كتاب المفلس.

أما ما عن القواعد والتحرير وجامع المقاصد من أنه ليس للغرماء الأخذ بها ولا إجباره عليها وإن بذلوا له الثمن، ولا منعه منه وإن لم يكن لهم فيه حق، لأنه لا ملك له قبل الأخذ لیتعلق بهم حقهم، وكونها حقاً مالياً لا يقتضى التعلق المزبور بالأصل، ولا يجب عليه الاكتساب لهم، ولأن ذلك حق له وليس من لوازم التصرف فيما تعلق حقهم به من ماله، فلا دخل له بذلك، وإن لم يكن فيه حظ له) انتهى.

فمحل تأمل، إذ قد ذكرنا فى الكتاب المفلس أن من المحتمل قريباً وجوب الاكتساب عليه بأداء ديونه، فإذا امتنع كان لهم إجباره بواسطة الحاكم الشرعى، وإذا لم يتيسر الحاكم الشرعى كان لهم ذلك من باب ولاية عدول المؤمنين، أو من باب التقاص بملاكه، وتفصيل المسأله هناك.

قال فى الجواهر: (ولو أخذ ولم يتيسر له الثمن ولم يرض المشتري بالصبر كان له الانتزاع منه، ولا ينافيه تعلق حق الغرماء، لأنه انتقل إليه على الوجه المزبور، كما هو واضح) انتهى.

وهو كما ذكره، إذ حق الغرماء فى طول حق المشتري، فإذا لم يسقط حق المشتري لم يكن وجه لحق الغرماء.

((الولى يأخذ بالشفعه مع المصلحه))

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه قول الشرائع: (وكذا تثبت للمجنون

والصبي، ويتولى الأخذ الولي لهما مع الغبته، ولو ترك الولي المطالبه فبلغ الصبي أو أفاق المجنون فله الأخذ، لأن التأخير لعذر) انتهى.

وتقييده بالغبته مبنى على أن تصرفهما يجب أن يكون مع الغبته، لكننا ذكرنا في كتابي النكاح والحجر، أنه يلزم أن يكون خالياً عن المفسده، لا أن يكون مع الغبته، ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه لم يجده في كلام من تقدم عليه حتى معقد إجماع الخلاف وغيره.

ثم قال: ولعله لحظ الرغبة المراد بها المصلحه في الخبر.

ومراد الجواهر بالخبر ما رواه السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «ليس لليهودى والنصرانى شفعه»، وقال: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم». وقال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «وصى اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له الشفعه إذا كان له رغبه»، وقال: «للغائب شفعه»<sup>(١)</sup>.

نعم لا شك في أنه مع المفسده لا تصح، كما يدل عليه أبواب عقد النكاح وأبواب المهور وأبواب ميراث الأزواج من كتاب الإرث.

بل يؤيده ما عن الدعائم، عن علي (عليه السلام)، إنه قال: «الوالد يقوم بالشفعه لولده الطفل، والوصى لليتيم، والقاضى لمن لا وصى له، إذا كان ذلك من النظر إليه»<sup>(٢)</sup>.

فإن ظاهره أنه إذا لم يكن من النظر إليه لم يكن له.

أما إذا كانت الشفعه مفسده للطفل وكان الولي يتدارك المفسده بما يصبح مصلحه، أو بدون مصلحه ومفسده، فالظاهر أنه لا مانع من الأخذ، إذ ليس

ص: ٩٤

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ من الشفعه ح ٢

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢٤٨ الباب ٦ ح ٥



مثل هذا الأخذ مفسده بعد تداركها، وكذا في سائر ما يفعله وليه وولى المجنون والحاكم والوصى والقيم وما أشبه بالنسبه إلى أموال القصر، حيث إن المفسده المتداركه لا تسمى مفسده.

((إسقاط الولي لحق الشفعه))

ومما تقدم يعلم أنه إذا كانت المصلحه في الأخذ بالشفعه لم يكن للولي إسقاطها إلا إذا تدارك الضرر، أما إذا لم تكن مصلحه ولا مفسده، فكما أنه له الأخذ كذلك له الإسقاط.

ومن ذلك ظهر، وجه قول الشرائع: (إنه لو عفا الولي في الحال المزبور لم يمض عفوهُ حتى من الأب والجد مع فرض مفسده في ذلك للمولى عليه)، أما قوله بعد ذلك: (كما لا- ينافيه أيضاً الضرر على المشتري بطول الانتظار، إذ هو كالاتجاه في مقابله إطلاق النص والفتوى، خصوصاً بعد أن كان هو السبب في إدخال الضرر على نفسه بذلك، وخصوصاً بعد ثبوت مثله في الغائب) انتهى.

فغير ظاهر الوجه، إذ قد عرفت فيما تقدم أن لا ضرر محكم على دليل الشفعه، فإنه من الأدله الثانويه المحكمه على الأدله الأوليه مطلقاً.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (والظاهر أن ذلك غير واجب على الولي للأصل وعدم تصريح أحد بالوجوب، بل ظاهرهم عدمه، حيث يقولون كان لوليه، فلوليه أن يتولى الأخذ له، ولم يقل أحد على الولي، أو يجب على الولي، نعم احتمال المقدس الأردبيلي فيما يأتي في مسأله ما إذا أهمل أن يكون إهماله حراماً ثم استظهر العدم) انتهى.

والظاهر أن في المسأله التفصيل بأنه إذا كان ترك الأخذ بالشفعه مفسده كان واجباً على الولي الأخذ، لأن الولي وضع لدرء المفسده، أما إذا لم يكن في

الترك مفسده، كان كما ذكره على ما تقدم.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أن قول الشرائع: (وإذا لم يكن في الأخذ غبطه فأخذ الولي لم يصح)، يلزم أن يراد بالغبطه الأعم من المصلحه أو عدم المفسده بالنسبه إلى نظر كل جماعه من الفقهاء في الشرط المذكور، فإذا قلنا باعتبار المصلحه ولم تكن مصلحه لم يصح، وإذا قلنا باعتبار عدم المفسده وكانت الشفعه مفسده لم يصح.

ومما تقدم يظهر أنه يجب أن يقيد كلام الفاضل في جملة من كتبه وجامع المقاصد والروضه من (أنه لا شفعه لهما بعد الكمال إذا كان الترك من الولي أصلح من الأخذ، أو كان في الأخذ فساد على المولى عليه) انتهى، بقيد واحد كما صنعه الجواهر، حيث قال: (ولعله كذلك إذا كان ذلك لإعسار الصبي ونحوه مما يقتضى عدم ثبوت الشفعه له للعجز، بناءً على سقوط الشفعه به كما عرفت، أما إذا لم يكن كذلك فيشكل السقوط لإطلاق الأدله، ولا- ينافيه عدم جواز أخذ الولي المعتبر فيه المصلحه أو عدم المفسده) انتهى.

والقيد الثاني: هو قيد عدم تضرر المشتري لطول المده، وإلا فلم يكن للصبي بعد الكمال الأخذ، وكذلك المجنون، ويحتمل حينئذ أنه إذا كان الولي سبباً للضرر كان الواجب عليه التدارك بدليل «لا ضرر» وغيره، كما ذكرنا تفصيله في بعض مباحث الغصب، وقلنا: إن «لا- ضرر» كما ينفي الحكم كذلك يثبت الحكم أيضاً ولو بمعونه الأدله الآ-خر، مثل: «لا- تبطل حقوق المسلمين»<sup>(١)</sup>.

وكيف كان، فإذا ترك الولي الأخذ بالشفعه، فإن كان إسقاطاً فيما له الإسقاط

ص: ٩٨

---

١- انظر: الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٨، والمستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات

لم يكن له الحق في الرجوع، وإن كان تركاً كان له الحق في الرجوع.

نعم إذا كانت المصلحة في الأخذ لم يكن له حق الترك والعفو، فإذا ترك أو عفا لم تبطل الشفعة بذلك، ولذا قال في الجواهر: (لعل الأقوى جواز تجديد الولى الأخذ، وإن ترك سابقاً أو عفا، كما صرح به بعضهم لبطان تركه وعفوه، فلا يترتب على أحدهما أثر، وليس هما من التراخي المسقط للشفعة قطعاً، لأن تقصيره السابق بمنزله عدمه بعد فرض بقاء حق الشفعة للمولى عليه) (١).

وقول الخلاف في الترك ظاهر في غير الإسقاط (٢).

فقد قال في محكيه كما في مفتاح الكرامه: (إذا كان للصبى شفعه ولا حظ له فى تركه (٣) فترك الولى وبلغ الصبى رشيداً، فله المطالبه بالأخذ وله تركه، لأنه حقه، وليس على إسقاطها دليل، وأيضاً جميع العمومات التى وردت فى وجوب الشفعه تناول هذا الموضوع ولا دلالة على إسقاطها بترك الولى) (٤) انتهى.

((فروع))

ولو ترك الأخذ الولى السابق ثم جاء الولى اللاحق ولم يعلم هل أن الترك كان لعدم المصلحة، أو عفواً، أو تركاً خالياً، فله أن يعمل حسب نظره، فإذا رأى المصلحة ولم يعلم أن الترك كان إسقاطاً صحيحاً كان له الأخذ.

أما إذا لم ير مصلحة، أو علم أن الترك كان إسقاطاً صحيحاً، فليس له الأخذ.

وإذا أخذ الولى السابق وجاء الولى اللاحق، فإن علم أنه كان مفسده فله الإسقاط لما فعله، وإن لم يعلم فالواجب عليه الإبقاء على ما فعله الولى السابق حملاً لفعل المسلم على الصحيح.

ثم إنه إن لم تكن مصلحة فى الأخذ بالشفعه فى حين البيع ثم تجددت المصلحة للولى الأخذ، كما أنه لو انعكس بأن كانت المصلحة فأخذ ثم تجددت المفسده كان أخذه صحيحاً.

ص: ٩٩

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٢٩١

٢- انظر الخلاف: ج ٣ ص ٤٤٤ \_ ٤٤٥

٣- فى الخلاف: (الحظ له تركها)، وفى مفتاح الكرامه: (والحظ له فى تركه)

٤- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٤٨١

أما إذا كانت مفسده فأخذها، ثم تجددت المصلحه، فهل الأخذ باطل باعتبار وقته، أو صحيح باعتبار ما استأنف، احتمالان، والظاهر أن المرجع العرف في أنه هل يرى أن العمل كان مصلحه في الجملة فالأخذ صحيح، وإن رأى أنه لم يكن مصلحه فالعمل باطل. ولو قيل بأن الاستصحاب يقتضى البطلان، فالظاهر أن له الآن الأخذ، لأنه مصلحه.

وقد ذكر الفقهاء مثل هذه المسأله فيما إذا كان غبناً ثم تجدد عدم الغبن، أما إذا لم يكن غبن ثم تجدد الغبن فلا خيار له.

ولو ادعى الصبي أنه كان بالغاً حين أخذ الشفعه وهو لا- يريدها، أو تركها أو أسقطها وهو يريدها، كان عليه الإثبات، لأن الاستصحاب يقتضى بقاء الصغر، وكذلك في السفیه والمجنون ونحوهم.

وفي المقام فروع كثيره، ذكرها شراح الفاضلين وغيرهم هنا وفي كتاب الحجر وغيرها، تركناها خوف التطويل، والله سبحانه العالم.

ص: ١٠٠

((شفعه الكافر))

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: (وتثبت الشفعه للكافر على مثله، ولا تثبت له على المسلم ولو اشتراه من ذمى، وتثبت للمسلم على المسلم والكافر) انتهى.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمى، وإلا فلا) (١):

(فلا شفعه لكافر على مسلم، كما صرح به في المقنعه والانتصار والنهايه والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيله وفقه الراوندى والغنيه والسرائر وسائر ما تأخر عنها).

وقد حكي عليه الإجماع في الانتصار والخلاف والمبسوط والغنيه ومجمع البرهان، وظاهر التذكرة، حيث نسبه إلى علمائنا، وفي السرائر إنه لا خلاف فيه، وفي المسالك كأنه موضع وفاق) (٢).

وفي الجواهر: (بلا-خلاف، بل عن جماعه الإجماع عليه، قاله عند الفرع الأول للمحقق، وعند الفرع الثانى: بلا خلاف فيه أيضاً، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى عنهما مستفيض إن لم يكن متواتراً، وفي الفرع الثالث: إجماعاً، أو ضروره من المذهب إن لم يكن الدين).

أقول: إذا كان المشتري والشريك كلاهما كافراً، وكان من دينهما الشفعه، سواء في حدود ما نقول أو أوسع أو أضيق، كانت الشفعه لقاعده الإلزام، ذمياً كانا أو حريباً، لما ذكرناه في بعض مباحث (الفقه) من أن الحربى أيضاً يجرى عليه أحكام دينه إذا راجعونا، وكذلك في المخالفين بنفس القاعده، ولا شأن للبائع في المسأله، فإنه سواء رأى الشفعه أم لا، حق للشريك الأخذ بالشفعه، فإن البائع يبيعه قد خرج عن الأمر، ولا يبعد أن يكون الفرق المحكوم بكفرهم

ص: ١٠١

١- قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٤٤

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٤٧١ \_ ٤٧٢

فى حكم الكافر أيضاً، وإن كنا قد أشكلنا فى بعض فروض المسأله فى كتاب الإرث وغيره.

وإذا كان كلاهما مسلماً يريان الشفعه أو لا يريان الشفعه فلا كلام، أما إذا كان أحدهما يرى الشفعه والآخر لا يرى الشفعه، فإن كان الشريك لا يرى الشفعه فلا كلام أيضاً لأنه لا يأخذ بها.

أما إذا كان المشتري لا يرى الشفعه لاختلاف المذهب، فهل للشريك الأخذ بالشفعه، لأن الشفعه حكم واقعى، والناس جميعاً مكلفون بالفروع كتكليفهم بالأصول، أو لا يتمكن من الأخذ لقاعده الإلزام، وقد ذكرنا فى بعض مباحث (الفقه) أن قاعده الإلزام أعم مما له ومما عليه، ولذا يحق لمن طلق زوجته ثلاثاً فى مجلس بلا شهود عدول أن يتزوج بأختها أو بالخامسه، وكذلك يحق للمرأة كذلك أن تتزوج بعد انقضاء عدتها إذا كانت لها عدّه، وبدون الانقضاء إذا لم تكن لها عدّه كغير المدخوله واليائسه ونحوهما، احتمالان، وإن كانت الصنائه تقتضى تقديم قاعده الإلزام<sup>(١)</sup>، أما ما يظهر من مذاق الفقهاء فهو تقديم حكم الشفعه فتأمل.

ولا يخفى أن الكلام فى المذهبين، لا المختلفين اجتهاداً أو تقليداً، إذ فى المختلفين قد ذكرنا غير مره أن اللزام المراجعة إلى قاض، فما قضى فهو نافذ حتى على من لا يرى رأيه.

ومنه يعلم الكلام فى القسم الثالث: وهو ما كان الشريك مسلماً والمشتري

ص: ١٠٢

كافراً، فإن الكافر إذا كان من رأيه الشفعه فلا إشكال فى أخذ المسلم منه.

أما إذا لم يكن من رأيه الشفعه ففيه الاحتمالان المذكوران.

نعم قد عرفت أن الجواهر ادعى الإجماع أو الضروره من المذهب إن لم يكن من الدين، على أن للمسلم الأخذ من الكافر مطلقاً، فإن ثبت الإجماع فهو، وإلا فهو محل نظر، إذ كيف يجبر الكافر على ما لا يعتقد به من الفروع، مع أنه يقر على دينه فى باب الذمه.

أما فى القسم الرابع: وهو ما كان الشريك كافراً والمشتري مسلماً، فلا يتمكن بما عرفت، ولقوله سبحانه وتعالى: (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) (١١).

وقوله (عليه السلام): «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (١٢).

فلا يتمكن الكافر من قهر المسلم على أخذ ماله من يده، لكن ربما يقال: إنه من باب الحكم الشرعى لا من القهر، فهو كسائر الأحكام الشرعيه، كما إذا كان المسلم مستديناً من الكافر أو كان أجييراً عنده أو ما أشبه، حيث إنه ليس من السبيل ولا من علو الكافر على المؤمن، وإنما هو من باب التزام المسلم بأحكام الإسلام والتي منها الشفعه، ولذا إذا تزوج كافر وجب عليه النفقه، فلا يقال: إنها سبيل منها عليه، إلى غير ذلك من الأمثله، والعمده فى المسائل المذكوره الإجماع.

وفى حديث الفقيه، عن طلحه بن زيد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن على (عليهم السلام) فى حديث قال: «ليس لليهودى ولا للنصرانى شفعه» (١٣).

ص: ١٠٣

١- سورة النساء: الآية ١٤١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٥٥ الباب ١ من الموارىث ح ٥

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ من الشفعه ح ١

وفى روايه الكافى وغيره، عن السكونى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «ليس لليهودى ولا للنصرانى شفعه»<sup>(١)</sup>.

وعن الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «الشفعه لليهود والنصارى فيما بينهم، وليس لأحد منهم على مسلم شفعه»<sup>(٢)</sup>. وهذا يؤيد فتوى المشهور.

وعن الرضوى (عليه السلام): «ولا شفعه لليهودى ولا نصرانى ولا مخالف»<sup>(٣)</sup>.

وفى مفتاح الكرامه: (قالوا: إن المراد على المسلم، للإجماع على ثبوتها لهما على غيره، حكاه جماعه، واختصاص النص وأكثر الفتاوى بالذمى، لعله لندره اتفاق شركه المسلم مع الحربى، أو للتنبيه عن الأدنى بالأعلى) انتهى.

وقد ذكرنا فى بعض مباحث (الفقه) أن الحربى يعامل أيضاً فى سائر المعاملات كسائر الكفار، نعم للمسلم أخذ ماله، فهى مسأله ثانويه، فما ذكره مفتاح الكرامه هو مقتضى القاعده.

ثم لو اشتراه وهو كافر فأسلم والشريك كافر، فالظاهر أنه لا يتمكن الشريك من الأخذ بالشفعه، لأن الشفعه وإن كانت لكنها سقطت بالإسلام، فاستصحاب الشفعه لا وجه له.

ولو اشتراه وهو مسلم والشريك كافر ثم كفر، فهل للكافر الأخذ بالشفعه باعتبار الحال، أو ليس له ذلك باعتبار حال الاشتراء، احتمالان، لكن لا يبعد أن لا يكون له حق الشفعه، لأن حق الشفعه يتعلق حين البيع، وحين البيع لم يكن شفعه.

ص: ١٠٤

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ من الشفعه ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٦

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٧



ولو كان المسلم الشريك لا- يرى الشفعه، كما فى الجيران مثلاً- أو فى الأ-كث من الاثنين، أو فيما لا شفعه فيه، ولكن الكافر المشتري والمخالف يريان الشفعه، فالظاهر أن للمسلم الحق فى أخذ الشفعه، لقاعده الإلزام الوارده على القاعده الأوليه، ولهذا للعصبه الحق فى أخذ الإيرث من المخالف، وإن كان فى المذهب الشيعى لا يحق له لوجود الأقرب، وفى المقام فروع أخرى تظهر مما سبق.

ثم إنه لا ينبغى الإشكال فى ثبوت الشفعه للمخالف على المؤمن، إلا أن يكون المخالف من الفرق المحكوم بكفرهم فلا شفعه، وكذلك الشفعه للمنافق على غير المنافق، لإطلاق أدله الشفعه الشامل لهما، وكون المنافق كافراً واقعاً، لا يضر لجريان أحكام الإسلام عليه، كما ذكرناه فى بعض مباحث (الفقه) وهو المعلوم من سيره الرسول (صلى الله عليه وآله) وسيره على (عليه السلام).

وبذلك يظهر وجه النظر فى قول الحدائق، فإنه بعد أن روى الرضوى المتقدم: «لا شفعه ليهودى ولا نصرانى ولا مخالف»<sup>(١)</sup>، قال: وهو صريح فى عدم جواز الشفعه للمخالف، وفيه رد على من حكم بإسلام المخالفين فى أصحابنا (رضوان الله عليهم) فإن الظاهر منهم بناءً على حكمهم بإسلام المخالفين ثبوت الشفعه لهم.

وأما من يحكم من أصحابنا بكفرهم كما هو المشهور بين المتقدمين فلا، وكلامه (عليه السلام) هنا مؤيد لذلك.

وفى التقييد فى نفى شفعتهم بكون المشتري مسلماً، إشاره إلى أنه لو كان المشتري منهم فلهم الشفعه، وهو كذلك بغير خلاف، وعليه يحمل إطلاق الخبرين المذكورين أيضاً، بناءً على أن إطلاق الخبرين

ص: ١٠٥

دال على نفي الشفعه أعم من أن يكون المشتري مسلماً أم لا، ولا بد من تقييده بكونه مسلماً، لعدم الخلاف في جواز الشفعه لو كان منهم.

ومراده بالخبرين ما تقدم عن السكونى والفقيه: «ليس لليهود ولا للنصارى شفعه»<sup>(١)</sup>.

ص: ١٠٦

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ ح ١

((شفعه الأب مع ولده))

(مسألة ١٣): قال فى الشرائع: (فإذا باع الأب أو الجد عن اليتيم شقصه المشترك معه، جاز أن يشفعه).

وقال فى القواعد: (وللأب وإن علا الشفعه على الصغير والمجنون، وإن كان هو المشتري لهما، أو البائع عنهما على إشكال).

وفى مفتاح الكرامه قال: (هو خيره المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه، أما إشكال القواعد فينشأ من أن إيقاع العقد يتضمن الرضا به، وذلك مسقط للشفعه، وهو خيره المختلف وحده لا شريك له) انتهى.

وفى الجواهر: لا أجد فيه خلافاً، ثم استثنى إشكال القواعد ورأى المختلف وما ذكره هو مقتضى القاعدة، لإطلاق أدله الشفعه، إذ ليس الرضا بالعقد رضى بإسقاط الشفعه، فلا تلازم بين الأمرين.

ومنه يعلم أنه لا- وقع للإشكال بأن البيع والشراء مع إرادته الشفعه لا- يقعان صحيحين، إذ لا- غبطه لهما فى ذلك، لوضوح أن المفروض صحه التصرف، وهى مقيدة بالمصلحه أو بعدم المفسده، فمتى وجدت صح، كما ذكره مفتاح الكرامه، فهو خروج عن محل الكلام، كما أن الإشكال فى شفعه الأب أو الجد بأن عدم الشفعه للتهمة له بتقليل الثم، يرد عليه:

أولاً: بأنه أخص من المدعى، بإمكان ارتفاع التهمة بإحضار العدول ونحوه.

وثانياً: إنه مناف لائتمانه الشرعى.

وثالثاً: النقض بأن الأخذ بالشفعه لا يزيد عن بيع ماله من نفسه المعلوم جوازه.

ورابعاً: بأن إطلاق دليل الشفعة شامل له، فلا يمكن رفع الحكم بالاحتمال.

((شفعة الحاكم مع الغائب والقصير))

ومثل الأب والجد ما لو باع الحاكم شقصه المشترك مع غائب أو قصير ممن هو وليه، ثم أخذه شفعه، وكذا تثبت الشفعة للولد على والده، لإطلاق الأدلة كما في الجواهر.

ولذا قال في جامع المقاصد: فيه احتمالان، وفي الاستحقاق قوه، وكأن الاحتمال الثاني أنه نوع تسلط من الولد على والده، وذلك خلاف أنه موهوب له، ومناطق أنه لا يمكن أن يقتص للولد من الوالد وغير ذلك، لكن كل هذه الأمور لا تقاوم الإطلاق.

((شفعة الوكيل))

ومن ذلك يعلم ثبوتها أيضاً للوكيل في البيع والشراء، والوكيل المطلق، بل عن جامع المقاصد في الأول أن ذلك له قولاً واحداً، وأشكل عليه صاحب الجواهر بأن المخالف الشيخ فيما حكى عن مبسوطه، والفاضل في المختلف، وعن محكى التذكرة الإشكال فيه نحو ما سمعته سابقاً، وقد عرفت ضعفه.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في إشكال القواعد، حيث تقدم أنه قال: (وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون، وإن كان هو المشتري لهما، أو البائع عنهما على إشكال).

كما أنه ظهر وجه قول القواعد: (وكذا الوصي على رأى والوكيل).

وفي مفتاح الكرامه: (قد نص على الحكم في الوكيل الخلاف والسرائر والشرائع وغيرها، ويأتي في مسقطات الشفعة للمصنف وغيره أنه غير مسقط، ومنع من أخذه في المبسوط والمختلف، واستشكل في التذكرة)، إلى آخر كلامه.

ولو كان الكافر وكيلاً عن قبل المسلم، فهل له أخذ الشفعة للمسلم من المسلم، احتمالان، من أنه سبيل، ومن أنه يمثل موكله، فهو كما إذا وكله في أن

يجلب زوجته العاصيه المسلمه أو نحو ذلك، ودليل السبيل منصرف عنه، وإن قلنا به في أصله، ولم نستشكل فيه كما استشكل فيه الحدائق، حيث قال في مسأله اشتراط كون الشفيع مسلماً: إن المراد من الآيه (١٢) المذكوره إنما هو السبيل من جهه الحججه، كما ورد به النص (٢٢) في تفسيرها عنهم (عليهم السلام)، وإن كانوا قد أكثروا من الاستدلال بها في مثل هذا الموضوع، إذ فيه: إن التفسير المذكور لا يدل على الانحصار، كما في سائر التفسيرات للآيات المباركه، وإنما هو من باب المصداق، فالسبيل منفي مطلقاً، سواء من جهه الحججه أو من جهه التسلط أو من جهه غيرهما.

أما لو كان الموكل كافراً والوكيل مسلماً، ولو كان وكيلاً عاماً، فالظاهر أنه لا يتمكن من الأخذ بالشفعه لموكله على المسلم، إذ هو بالآخره سبيل من الكافر على المسلم، فتأمل.

ثم إنه لو أخذ الوكيل بالشفعه، فقال الموكل بعد ذلك: إنه لم يكن وكيلاً عنى، فالظاهر أن له إجازة الأخذ، لأن الأخذ بالشفعه أيضاً من أقسام الفضولى القابل للإجازة، لإطلاق أدله الفضولى الشامله لمثل المقام.

والظاهر أن فى الولي والوكيل ونحوهما يحتاج الأمر إلى المصلحه العامه، لا المصلحه فى خصوص الأخذ بهذه الشفعه، وأنه هو المفهوم من (بالتى هى أحسن) (٣٢) فى الآيه المباركه، ومن الارتكاز فى التوكيل للموكلين، فإن الباعين والمشتريين وسائر المعاملين قد يعاملون لأجل وجود المصلحه فى نفس هذه المعامله، وقد يعاملون لأجل مصلحه عامه، وإن كانت المعامله الخاصه ضرراً، مثل اشتراء

ص: ١٠٩

١- سورة النساء: الآيه ١٤١

٢- تفسير البرهان: ج ١ ص ٤٢٣

٣- سورة الإسراء: الآيه ٣٤

شئ من الجائر بأكثر من قيمته لأجل أن لا يتعدى الجائر بما يكون ضرره أكثر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

((شفعه الوصى))

وكيف كان، ففي الشرائع: (هل ذلك للوصى، قال الشيخ: لا، لمكان التهمة، ولو قيل بالجواز كان أشبه كالوكيل).

قال فى محكى المبسوط: (إذا باع ولى اليتيم حصته المشترك بينه وبينه لم يكن له الأخذ بالشفعه إلا أن يكون أباً أو جداً، لأن الوصى متهم فيؤثر تقليل الثمن، ولأنه ليس له أن يشتري لنفسه بخلاف الأب والجدة) انتهى.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (وكذا الوصى على رأى): (أى له الأخذ بالشفعه إذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه، كما هو خيره التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه).

أقول: وهذا المشهور هو مقتضى القاعده، أما قول الشيخ فقد عرفت جوابه فى مسأله الأب والجدة، فعلى هذا فمقام الأبوه والوصايه من باب واحد فى جميع الأمور حتى فى الأخذ بالشفعه، بل فى مفتاح الكرامه عن ظاهر المختلف الإجماع على أنه يجوز للوصى أن يشتري لنفسه كالأب والجدة، ثم قال السيد العاملى: وهو كذلك.

ويؤيده ما تقدم من روايه الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «الوالد يقوم بالشفعه لولده الطفل، والوصى لليتيم، والقاضى لمن لا وصى له إذا كان ذلك من النظر له»<sup>(١)</sup>.

ثم إنه إذا كبر اليتيم وقال للوصى أو الجدة: إنه لم تكن الشفعه فى مصلحته

ص: ١١٠

أخذاً أو عطاءً، كان عليه إقامه البيئه، لأن الوصى والوالى فعلهما محمول على الصحه.

وإذا كان وصيان أو قيماً مثلاً فأخذ أحدهما بالشفعه ولم يأخذ الآخر بأن أسقطها، قدم المقدم منها، ولو تقارنا بأن أسقط أحدهما وأخذ الآخر، فهو من مسأله تقارن النجاسه والكريه، يأتى فيه ما ذكرناه هناك فى كتاب الطهاره.

قال فى مفتاح الكرامه وتبعه الجواهر: (ولو رفع أمره إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعه فلا بحث فى الصحه، كما فى جامع المقاصد والمسالك، لارتفاع التهمه، والاستناد إلى الرضا بالبيع قد تبين فساده) انتهى.

وهذا الكلام جديد لو انحصر مستند الشيخ فى ذلك، لكن من المحتمل أن الشيخ كان يعلل بمثل هذه التعليقات فى بعض المواضع فى قبال العامه، وإنما كان نظره إلى روايه وجدها فى المقام.

وعلى أى حال، فالاحتمال لا يمكن أن يكون مانعاً عن الأخذ بإطلاق الأدله وعمومها.

وإذا أخذ بالشفعه الولى أو الوصى الأولين، ثم جاء بعدهما ولى ووصى آخر، وقال: إنه كان ضرراً على المولى عليه، فإن أثبتا بطلت الشفعه، وإلا بقيت كما كانت، كما أنها لو تركا الشفعه كان للآخرين الأخذ بها.

أما لو أسقطها، فإنما يكون للآخرين الأخذ بها إذا أثبتا عدم صحه إسقاطها، بأن الإسقاط ضرر على المولى عليه، فإنهما موضوعان للمصلحه، فلا يحق لهما العمل الذى هو فى ضرر المولى عليه كما تقدم.

قال فى القواعد: ولو أخذ الولى مع أولويه الترك لم يصح، والملك باق للمشترى.

وفى مفتاح الكرامه فى الأول: كما فى الشرائع والتذكره

والتحرير والدروس والمسالك وجامع المقاصد، وفي الأخير: إنه لا ريب فيه، لأن الأخذ مقيد بالمصلحة، وقال عند قوله: (والملك باق للمشتري): كما في التذكرة والتحرير.

أقول: فإذا لم يمكن إرجاعه إلى المشتري يمكن الأخذ تقاصاً، وكان على الآخذ تدارك الضرر، أما لو انقلب الأمر من عدم المصلحة إلى المصلحة فيصح الأخذ مجدداً.

أما البقاء بالأخذ السابق فلا، إذ ما فعله في السابق عقد يحتاج إلى المصلحة، والعقد في السابق لم يكن صحيحاً، فإذا لم يأخذ في اللاحق لم يقع العقد.

وقد تقدم مسأله ما لو انقلب الصلاح إلى الفساد، أو الفساد إلى الصلاح فلا حاجة إلى تكرارها، لكن ذلك فيما لم يناف الأخذ الفوريه.



((شفعه العامل في المضاربه))

(مسأله ١٤): قال في الشرائع: (ولو ابتاع العامل في القراض شقصاً، وصاحب المال شفيعه فقد ملكه بالشراء لا بالشفعه، ولا اعتراض للعامل إذا لم يكن ظهر ربح وله المطالبه بأجره عمله).

وقال في المسالك: (إذا اشترى العامل بمال المضاربه شقصاً لصاحب المال فيه الشركه، ملك صاحب المال الشقص بالشراء لا بالشفعه، لأنه اشترى بعين ماله فيقع الشراء له، وإن استحق العامل التصرف فيه بالبيع وغيره بمقتضى الإذن السابق، ولا يعقل أن يستحق الإنسان أن يملك ملكه بسبب آخر).

هذا إذا لم يكن هناك ربح، أو كان وقلنا إن العامل إنما يملك نصيبه منه بالانضاض لا بالظهور، ولو قلنا إنما يملكه بالظهور صار شريكاً في الشقص لصاحب المال، سواء فسخ المضاربه أم لا، وليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعه أيضاً، لأن العامل لم يملكه بالشراء الذي هو شرط ثبوت الشفعه وإنما ملكه بظهوره، سواء قارن الشراء أم تأخر، وليس ذلك من أسباب استحقاق الشفعه عند الأصحاب، حيث خصوا مورده بالبيع، وليس لصاحب المال قطع تسلط العامل على الحصه بالفسخ ورضى رده إلى الأجره كما قال بعضهم، بل يستقر ملكه عليها إن لم يتجدد ما يبطله كخساره المال، لأصالة بقاء ملكه عليه إلا بوجه ناقل شرعاً وهو منتف هنا(١)، إلى آخر كلامه.

أقول: الفرع الأول هو مقتضى القاعده، لما ذكره من أنه لا يعقل أن يستحق الإنسان أن يملك ملكه بسبب آخر، ومنه يظهر الإشكال فيما عن الكركي في بعض حواشيه المكتوبه بخطه على جامع المقاصد، من أنه (لا يمتنع أن يستحق الملك بالشراء ثم بالشفعه إذا لا يمتنع اجتماع العلتين على معلول واحد، لأن علل الشرع معرفات) انتهى.

فإن ذلك وإن لم يكن ممتنعاً عقلاً، لأن الملك اعتبار من الممكن تقريره

ص: ١١٣

هكذا تاره، وهكذا تاره، وبكلا الوجهين تاره ثالثه، إلا أنه ليس بناء العقلاء في الشفعه ذلك، والشارع لم يقرر هكذا اعتبار، بأن يملك الإنسان بالشفعه والشراء معاً، وحيث إن المال اشترى بملك المالك فلا وجه للشفعه، وهذا هو المراد من عدم المعقوليه في كلام المسالك.

ولذا قال في الجواهر: إن ما عن الكركي واضح الفساد، وإن كان ستسمع اختيار مثله من المصنف والفاضل وغيرهما في الفروع على القول بالكثرة، وعدم وجود العله بعد أن كان الشراء له بالوكالة عن العامل، والفرض ظهور أدله الشفعه، بل صراحتها في بيع الشريك حصته من غير من له الشفعه، كما هو واضح.

ثم إنه إذا لم يكن ربح أو كانت خساره فلا شفعه للمالك أصلاً.

أما إذا كان ربح فإن قلنا: إن العامل لا يملك إلا بالانضاض، فهو كذلك لا شفعه أيضاً، لأن الكل صار للمالك، وإنما بعد الانضاض تكون حصه من النقد للعامل أجره لعمله.

أما إذا قلنا: يملك العامل بمجرد الربح، وكان الربح من حين البيع، فمقتضى القاعده أنه لا شفعه أيضاً، لأن الانتقال إلى العامل لم يكن بالبيع، بل بحق العمل، فهو مثل ما لو قال المالك للعامل: اشتر حصه شريكي، وحق عملك نصف ما اشترت مثلاً، حيث لا شفعه للمالك على العامل.

ومنه يظهر وجه قول المسالك في الفروع الثلاثه، أي لم يكن ربح، أو كان وقلنا بأنه يملكه بالانضاض، أو قلنا بأنه يملكه بالظهور.

ومنه يعلم أن قول العلامه في القواعد أوفق بالقاعده، حيث قال: (يملك صاحب المال القراض بالشراء لا بالشفعه إن لم يكن ربح، أو كان، لأن

العامل لا يملك بالبيع وله الأجره، خلافاً للعبارة المتقدمه من الشرائع، حيث ظاهرها الفرق بين الربح وعدم الربح، فإنه قال: ولا اعتراض للعامل إذا لم يكن ظهر ربح، وله المطالبه بأجره عمله) انتهى.

ثم الظاهر أنه ليس للمالك فيما إذا كان ربح أن يفسخ المضاربه، كما عن الشافعي.

وقال في مفتاح الكرامه: (إنه قضيه كلام القواعد والتحرير، قال الشافعي: إن للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربه، لأنه لما امتنع استحقاقه الشفعه فلا أقل من أن يستحق قطع سلطنه العامل عن الشقص، لأنه ممكن، فلا يلزم من انتفاء الشفعه لامتناعها انتفاء هذا، كما نقول فيما إذا جنى المرتهن على عبد المولى فإنه يكون للمولى فكه من الرهن بسبب الجنايه، وحينئذ فيكون على صاحب المال أجره المثل عن عمله لكونه محترماً، سواء ظهر ربح أم لا) انتهى.

إذ أى وجه لقوله: (فلا- أقل من أن يستحق) إلى آخره، وتوجيه جامع المقاصد له غير ظاهر، فإنه قال فى محكى كلامه: (بأن العامل لا يستحق الحصه من الربح بالظهور، إلا أن استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركه سلط المالك على قطع استحقاقه من العين، فإن الشركه إن لم تكن موجب لاستحقاق التملك لكونه حقه، فلتكن رافعه لتملك العامل بعض العين، ومتى فات حقه من الربح استحق أجره المثل) انتهى.

فإن قوله: (فالتكن رافعه) إلى آخره لم يظهر له دليل، ولذا كان الظاهر من عباره الشرائع كصريح الشهيد فى الدروس وحواشيه أنه ليس لصاحب المال قطع سلطان العامل عن الحصه التى ملكها بظهور الربح بأن يفسخ المضاربه،

ويرده إلى الأجره، فإنه قال في الدروس: (ليس للمالك أخذ ما شراه العامل بالشفعه، بل له فسخ المضاربه فيه، فإن كان فيه الربح ملك العامل نصيبه وإلا فله الأجره) انتهى.

ولذا قال في مفتاح الكرامه في رد قول الشافعي: (بأن الفسخ لا يسقط حق العامل من الربح الذي قد استحقه قبل الفسخ، وإنما يؤثر بالنسبه إلى المستقبل، والجنايه الموجهه للقصاص ليست مآلاً)، ثم قال: (وما ذكره الشهيد ثابت في جميع أقسام المضاربه، فلا خصوصيه لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ، وإنما فرضه في الشقص المشفوع لدفع توهم أن له أخذه بالشفعه، وأن الاستحاله ممنوعه لمكان ثبوت مثله في الجنايه) انتهى.

ومن عدم اقتضاء المضاربه الشفعه ظهر وجه قول الجواهر، حيث قال: (لو فرض أن ما اشتراه به من الثمن قد ظهر فيه الربح، وقلنا بملكه به على وجه به صار شريكاً، اتجه حينئذ كون المبيع مشتركاً بينه وبين المالك بالبيع، بل اتجه أخذ المالك فيه بالشفعه) انتهى.

فإنه وإن لم يستقم في المضاربه الابتدائيه، إذ قد عرفت أن ملك العامل لبعض الشقص ليس من باب الاشتراء، وإنما من باب العمل، أما إذا كان الثمن كان بعضه للعامل بحكم مضاربه سابقه ربح فيها فاشترى بهذا المخلوط ملكه وملك المالك الشقص، فإن بعض الشقص يكون له بالاشتراء، ومراد الجواهر ما إذا كان الثمن مشتركاً بين المالك وبينه لمعامله سابقه سببت ملكيه العامل الثمن، فإن هذا يكون من اشتراء العامل من الشريك، إلا أنه خروج عن محل الفرض.

وكيف كان، فقول الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: (ولا اعتراض للعامل إذا

لم يكن ظهر ربح، ولكن له المطالبه بأجره عمله المحترم، كما في غير ذلك من أعيان المضاربه) انتهى.

محل نظر، فإنه إذا لم يكن ربح فلا أجره لعمل العامل ولا احترام له، فإنه هو الذى أذهب احترام عمله بقبوله المضاربه مما يعلم أن لا شىء له إذا لم يكن ربح، وأن المالك له الفسخ، إلا إذا فرض أنه سبب الربح.

قال فى العروه: (إذا كان الفسخ أو الانفساخ، ولم يشرع فى العمل ولا فى مقدماته فلا إشكال، ولا شىء له ولا عليه، وإن كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك، إذ مع حصول الربح يقتسمانه، ومع عدمه لا شىء للعامل ولا عليه إن حصلت خساره، إلا أن يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحه هذا الشرط، أو يشترط العامل على المالك شيئاً إن لم يحصل ربح، وربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجره المثل مع عدم الربح، ولا وجه له أصلاً، لأن بناء المضاربه على عدم الاستحقاق للعامل لشىء سوى الربح على فرض حصوله كما فى الجعالة) انتهى.

وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى الشرح.

أما قول القواعد: (ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا- بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان، لأن العامل لا يملكه بالبيع وله الأجره). فقد استظهر منه أن للمالك الاختصاص بالعين على كل حال، وأنه ليس للعامل إلا الأجره وإن كان قد ظهر الربح.

وحكى عن جامع المقاصد النظر فيه عن حواشى الشهيد بأن فتوى المصنف ملك الربح بالظهور، وحينئذ يملك العامل حصه من الشقص، ويكون شريكاً، قال: ثم أجاب بما لا يدفع السؤال ثم اعترف بورود السؤال وأشكل على إشكال على القواعد الجواهر بقوله: (قد يدفع

بأن المراد استحقاق الأجره مع الفسخ وعدم ظهور الربح كما عساه يشعر به قول، لأن العامل) إلى آخره.

أقول: فيه إن كون مراد القواعد ذلك خلاف ظاهر عبارته، وقوله: لأن العامل لا يدل على ما استظهره الجواهر، وقد استشهد الجواهر لما ذكره من توجيه عباره القواعد بما فى التحرير، قال: (ولو اشترى المضارب بمال القراض شقصاً فى شركه رب المال، فليس لرب المال فيه شفعه على الأقوى، لأن الملك له، ولو كان فيه ربح فكذلك، سواء قلنا إن العامل يملك بالظهور أو بالانضاض، لأنه شراء مأذون فيه، وإن لم يكن ظهر ربح لم يكن للعامل اعتراض، ولو كان له الأجره عن عمله)، هذا مع أن عباره التحرير أيضاً يرد عليها ماتقدم.

ثم إن مفتاح الكرامه وتبعه الجواهر قال: (بقى هنا شىء يرد على ظاهر العبارة وما كان نحوها، وهو أنه إذا لم يظهر الربح أو ظهر، فإن المضاربه تبقى على حالها إن لم يفسخ صاحب المال، ولا أجره للعامل، بل له ما شرط له من الربح، ولا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ، لأن جميع مال القراض مملوك لصاحب المال وإن لم يكن فى شركته، فالعبارات محموله على ما إذا فسخ القراض، ولعل الترك لمكان شده الظهور) انتهى.

أقول: لا حاجه إلى الفسخ، إذ ربما تنتهى مده المضاربه، فالكلام يأتى فى المقامين، لا فى صوره الفسخ أو الانفساخ فقط.

ولذا قال فى العروه: (ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما، وقد يحصل البطلان

والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجاره بتمامها، أو لعدم إمكان التجاره لمانع أو نحو ذلك) انتهى.

والمسأله طويله الذيل، ومرتبطة بباب المضاربه، وفي كلامهم فيها نوع غموض، كما لا يخفى على من راجع شرح الفاضلين وغيرهم.

ص: ١١٩

## مسأله ١٥ لو كان أحد الشريكين حملاً

((لو كان أحد الشريكين حملاً))

(مسأله ١٥): قال فى القواعد: (ولو بيع شقص فى شركه حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعه إلا بعد أن يولد حياً).

أقول: ذلك فيما مات أب مثلاً وورثه ولدان، أحدهما فى البطن وأحدهما فى الخارج، فباع الذى فى الخارج حصته، فإنه لا يحق لولى من فى البطن الأخذ بالشفعه لمن فى البطن.

وقال فى مفتاح الكرامه: إن الحكم كما فى التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، لعدم تيقن حياته ولا ظنها لعدم الاستناد إلى الاستصحاب، بخلاف الغائب، والحمل لا يملك بالابتداء الإرث والوصيه، وقضيه كلامهم أنه لا يفرق فيه بين من مضى له أربعة أشهر أو خمسسه ومن لم يمض له ذلك، فالمراد به ما لم يولد حياً، كما إذا كانت بينهما دار فمات أحدهما عن حمل فباع الآخر نصيبه.

ثم قال عند قوله: (إلا بعد أن يولد حياً):

(يريد أنه لو انفصل حياً كان لوليه الأخذ بالشفعه، أو له بعد كماله، كما هو خيره التذكرة لتناول دلائل الشفعه له. وفى جامع المقاصد: إن فيه قوه، وتردد فى الدروس، واقتصر فى التحرير على ذكره احتمالاً، فهو متردد أيضاً) إلى آخر كلامه.

ويمكن الإشكال فيه بأنه لا- دليل على أن الحمل لا يملك بالابتداء، بل مقتضى إرثه ووصيته والنذر له وما أشبه أنه يملك، وملكه عقلائى ولم يردع عنه الشارع، فأى مانع من ملكه، والتعليل المتقدم بعدم تيقن حياته ولا- ظنها لعدم الاستناد إلى الاستصحاب بخلاف الغائب محل نظر، لأن الكلام فى القضية المفروضه الموضوع، فلا يبعد أن يكون لوليه ذلك، كما لا يبعد أن يكون لشريك الحمل الأخذ بالشفعه من الحمل إذا باعه ولية لإطلاق أدله الشفعه.

ثم إن اشترى العامل للمالك



وربح بما سبب أنه يكون شريكاً مع المالك، فإذا باع مال المالك فله أن يأخذ لنفسه بالشفعة، كما أنه إذا باع مال نفسه، فله أن يأخذه للمالك بالشفعة، وقد تقدم شبه هذه المسألة.

نعم إنما يحق له الأخذ للمالك بالشفعة إذا كان فيه مصلحة، أو كان وكيلًا عامًّا في الابتاع له ولو بدون المصلحة، وإلا لم يصح أخذه بالشفعة له.

نعم المالك إذا علم بذلك وأخذ بالشفعة ولو بدون مصلحته، كان له ذلك لأن تصرفات الإنسان لا تتوقف على الصلاح إذا كانت عقلائية.

أما غير العقلائية الموجهة لعدم صدق الأدلة عليها، فبطلان المعاملة من هذه الجهة.

ثم إن القواعد قال: (ولو بيع شقص في شركه مال المضاربه فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح، ومطلقاً إن أثبتناها مع الكثرة، فإن تركها فللمالك الأخذ).

وفي مفتاح الكرامة: (كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير، لكنه لم يقيد بعدم الربح، بل قيد بالغبطه، ولا بد من التقييد بها، لأنه نائب عن المالك في التصرف بكل ما يشمل على الغبطه، فكان المقتضى موجوداً والمانع منتف حينئذ، لعدم تكثر الشركاء) انتهى.

ولا يخفى أنه لا يلزم التقييد بالغبطه إذا كان الإذن من المالك مطلقاً كما تقدم.

أما قوله: (فإن تركها فللمالك الأخذ) فقد ذكر في مفتاح الكرامة أنه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد كذلك، وعمله بما تقدم أيضاً من أنه لا يسقط

حقه بترك العامل، ولو كان ذلك مع المصلحة على الأئبه كأن قد عفا عنها.

أقول: لكن قد تقدم الفرق بين الترك وبين الإسقاط، فإنه إذا أسقط وكان وكيلاً عاماً لم يحق للمالك لأن الشفعة حق، والحق قابل للإسقاط.

وفى المقام فروع كثيرة يمكن استفادتها من الجمع بين كتابى الشفعة وكتاب القراض.

ص: ١٢٢

((فروع ذكرها الشرائع))

ذكر في الشرائع فروعاً على القول بثبوت الشفعة مع كثره الشفعاء، ونحن نذكرها في ضمن مسائل:

((لو عفى أحد الشركاء))

(مسألة ١): قال الشرائع: (لو كان الشفعاء أربعة فباع أحدهم وعفا آخر فلآخرين أخذ المبيع، ولو اقتصر في الأخذ على أحدهما لم يكن لهما، لأن الشفعة لإزالة الضرر وبأخذ البعض يتأكد).

وفي القواعد: (ولو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك، سواء كان واحداً أو أكثر)<sup>(١)</sup>.

وفي مفتاح الكرامة قال: (كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك. وفي الأخير: إنه المشهور، وإن كثيراً منهم لم يذكر غيره)<sup>(٢)</sup>.

لكن في الجواهر الإشكال على ذلك بقوله:

(أولاً: إن الضرر هو الذي أدخله على نفسه بإقدامه على شراء ذى الشفعاء المتعددين إذا قلنا بتوزيع الشفعة عليهم.

وثانياً: إن الشفعة حق مالي قابل للتسقيط والانقسام، بل هو المنساق من

ص: ١٢٣

١- قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٤٧

٢- مفتاح الكرامة: ج ١٨ ص ٥٠٨

قوله (عليه السلام): «الشفعة على عدد الرجال»<sup>(١)</sup>، فإن معنى كونها عليهم دون السهام توزيعها عليهم، ولا معنى للتوزيع إلا بإرادته تبعيه شفعه كل واحد نصيبه.

وثالثاً: إن العفو يقتضى استقرار المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعاً.

ورابعاً: قد سمعت سابقاً ما حكاه المرتضى (رحمه الله) من أنه في روايات أصحابنا إذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعة، فمن لم يسمح بحقه على قدر حقه فالمتجه حينئذ سقوط حق الأولين، وبقاء حق الآخرين، بل ليس لهما أخذ حق الأولين بالشفعة لعدم ثبوته لهما) انتهى.

لكن يرد على الأول: إنه أخص من المدعى، إذ قد لا يعلم المشتري بتعدد الشركاء فلا يكون قد أقدم بإدخال الضرر على نفسه.

وعلى الثانى: إنه لم يعلم أن معنى (الشفعة على عدد الرجال) ذلك، لاحتمال أن يكون المراد أنه لا- يحق لأحدهم الأخذ بالجميع، وإنما لكل الأخذ بقدر حقه، مقسماً للمشتري على عددهم، وفي هذه الصورة تكون مجمله ويكون «لا ضرر» على قوته فى تحكيمه على الأدلة الأولية.

نعم إن علم أن المراد بالرواية ذلك كانت الرواية فى موضوع «لا ضرر»، وقد قرر فى بحث «لا ضرر» أن الحكم الضررى الوارد من الشرع بصورة خاصه كالزكاه والجهاد والخمس وما أشبه لا يتمكن دليل «لا ضرر» من تقييده، وإنما يكون العكس.

أمّا جوابه الثالث: فلم يعلم وجهه، إذ استقرار المعفو عنه على ملك

ص: ١٢٤

المشترى لا- ينافى التجزئه الموجب لضرر المشترى، والظاهر أنه أخذ هذا الجواب الثالث عن مفتاح الكرامه فى نقله كلام أبى على على ما سياتى، وسياتى ما فيه.

نعم الجواب الرابع: إن تم سنده ودلالته يكون وارداً على دليل «لا ضرر»، لكنه مرسله لا تقاوم ما ذكر سنداً ولا دلاله، أما السند فواضح، وأما الدلاله فلاحتمال أن يراد به مثل ما أريد فى قوله: «الشفعه على عدد الرجال»<sup>(1)</sup>، بأن يراد أن الشفعه لا تخص أحدهم بل لكلهم، لا أن يريد أن لبعضهم الأخذ ولبعضهم عدم الأخذ حتى يوجب الضرر على المشترى، فلاأحدهم الأخذ بالشفعه، لكنه إذا أوجب الضرر على المشترى كان دليل «لا ضرر» محكماً بتخييره بين القبول وعدم القبول، فيكون حاله حال ما إذا كان الشريك واحداً وأخذ ببعض الشقص المبيع، حيث إن المشترى مخير بين القبول والرد، وهذا لا يستبعد أن نقول به فى الشريك أيضاً، خلافاً لما حكاه الحدائق عن ظاهر الأصحاب.

قال: (لا يخفى أن مقتضى الأدله الداله على الشفعه هو استحقاق الشفيع لمجموع الشقص المشترك إذا أخذه بالشفعه، وأن ذلك حقه شرعاً، وحينئذ فهل له تبعيض حقه بأن يشفع فى بعضه ويترك بعضاً أم لا، ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف هو الثانى، لما فى التبعيض من الإضرار بالمشترى، ولا يناسب بناء الأخذ بالشفعه الذى شرع لدفع الإضرار. والأظهر فى تعليل ذلك إنما هو ما قدمناه من أن الأصل بمقتضى الأدله العقلية والنقلية كتاباً وسنّه هو عدم الأخذ بالشفعه، فيقتصر فى جواز الأخذ بها

ص: ١٢٥

على ما قام عليه الدليل، والأخبار الواردة بالشفعة على كثرتها وتعددتها إنما وردت باعتبار المجموع، وما عداه تبقى صحته موقوفه على الدليل) انتهى.

وبذلك يظهر أن قول المحقق: (لو اقتصرنا في الأخذ على أحدهما لم يكن لهما، لأن الشفعة لإزالة الضرر فبأخذ البعض يتأكد) محل نظر، إذ مقتضى ما يفهم العرف من الأدلة أن له ذلك، لكنه متدارك بدليل «لا ضرر»، كما أن البيع الغبني والعيبي وما أشبه كذلك، فإن «لا ضرر» لا يقف دون صحة البيع، وإنما يقف دون لزومه، وإن كانت المسألة بعد محتاجه للتبع والتأمل.

بل يمكن أن يقال: إنه أولى بالصحة فيما إذا كان للشريكين داران فباع أحدهما حصته منهما للمشتري، فأخذ الشريك في إحدى الدارين فإنه يصح شفعه وإن كان نصف الدار بعض المبيع، وحيث «لا ضرر» هنا على المشتري فليس له الأخذ بدليل «لا ضرر»، اللهم إلا أن يكون ضرر بالنسبة إلى المشتري في الأخذ بنصف إحدى الدارين.

ثم إن في المسألة حسب ذكر مفتاح الكرامه وغيره ثلاثة أقوال آخر غير قول المشهور:

(الأول: ما عن أبي علي من أن للباقي واحداً كان أو أكثر الاقتصار على أخذ حقه، لأن العفو من الشريك يقتضى استقرار الشقص المعفو عنه على ملك المشتري، كما لو عفوا جميعاً، وليس للمشتري أن يلزم الآخر أخذ الجميع، بل ليس له أى الآخر إلا أن يأخذ قسطه، فقد اختاره في التذكرة عند الكلام على أن الشفعة موروثه، وعن ابن شريح أنه يسقط حق الجميع، واحتمل جماعه أنه لا يصح عفو، لأن الشفعة لا تتبع بعض فيغلب جانب الثبوت، ورماه في الدروس بالعبد) انتهى.

وفى الكل ما لا يخفى، لأن العفو من الشريك يقتضى استقرار الشقص.

كما استدل به القول الأول، لا يقف أمام دليل المشهور، وهو «لا ضرر»، إذ استقرار الشقص المعفو عنه على ملك المشتري لا يسبب عدم ضرره بتبعض الصفقه له، كما أن سقوط حق الجميع لا وجه له، فإنه خلاف ظاهر «على عدد الرجال» (١).

فإذا قال: لكل رجل من الرجال درهم من هذه الدراهم، فعفا أحدهم لم يكن وجه لسقوط حق الآخرين، ولو شك فلاستصحاب محكم، كما أن عدم صحه عفوه معناه أنه ليس مسلطاً على ماله ونفسه، وهو خلاف دليل السلطنه.

وعلى هذا فالأقرب من كل الأقوال المذكوره ما اخترناه كما تقدم.

ثم إن المسالك بعد ذكر القول الأول والذي نسبه إلى الشهره بين الأصحاب.

والقول الثاني: بأن العفو يسقط حق العافى، وليس لصاحبه إلا أن يأخذ بقدر حقه.

والقول لثالث: بأنه لا يسقط حق واحد منهما، لأن الشفعه لا تتبعض فيغلب جانب الثبوت.

قال: (وهذا البحث يأتى مع اتحاد الشريك إذا مات وترك جماعه، ويزيد هنا احتمال رابع ببطلان حقه مع عفو البعض، بناءً على أنهم يأخذون الشفعه للمورث، ثم يتلقون منه فيكون عفو بعضهم بمثابة عفو المورث عن بعض حقه، ولو قلنا بأنهم يأخذون لأنفسهم فهم كالشركاء المتعددين، وسيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى) انتهى.

ص: ١٢٧

أقول: مقتضى ما ذكرناه في كتاب الإرث أن لكل واحد منهم أن يأخذ حقه أو أن يترك، إلا أنه لو أخذ الجميع أو ترك الجميع فلا بأس.

أما إذا أخذ بعضهم دون بعض، فللمشتري خيار تبعض الصفقة، وهل يشترط في الأخذ أن يكون الوارث يرث عين الشيء، فإذا كانت أرضاً وكان الوارث زوجه، فحيث لا حق لها في الأرض لا حق لها في الشفعة، أو لا يشترط، لأن عدم الإرث من الأرض لا يلازم عدم الإرث من الشفعة، فـ «ما تركه الميت لوارثه»<sup>(١)</sup> يشمل الحق، احتمالاً، قد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب الإرث.

((الشفعة إذا غابوا))

ثم إن الشرائع قال: (ولو كان الشفعة غيباً فالشفعة لهم، فإذا حضر واحد وطالب فإما أن يأخذ الجميع أو يترك، لأنه لا شفع الآن غيره، ولو حضر آخر أخذ من الآخر نصفاً أو ترك، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك) انتهى.

وقال في المسالك: (إنما لم يكن لمن يحضر الاقتصار على حصته، لأنه ربما لا يأخذ الغائبان فتفرق الصفقة على المشتري، وهو المراد بقوله: لأنه لا شفع الآن غيره، وإن كان لا يخلو من حزازه، لأن الغائب أيضاً شفع كما فرضه في أول المسألة، وما ذكره من التعليل يتم بالنسبة إلى الأول، أما من بعده فافتصاره على نصيبه لا يضر بالمشتري، لأن الشقص قد أخذ منه تماماً على التقديرين، بخلاف اقتصار الأول على حصته، فإنها تفرق الصفقة على المشتري)، إلى آخر كلامه.

ص: ١٢٨

---

١- انظر المسالك: ج ٢ ص ٢٨٠ سطر ٣٥



أقول: فيما ذكره الشرائع نظر، وهو أن الغيبة لا تسقط حق الشفعة، فلا وجه لأخذ الأول الجميع على وجه يكون ملكاً له، أو يترك الجميع، بل مقتضى كون «الشفعة على عدد الرجال» أن له أن يأخذ بقدر حصته أو أن يترك، منتهى الأمر أنه إذا جاء الآخرون وأخذوا بالشفعة لم يكن حق للمشتري، وإن لم يأت الآخرون يأخذون بالشفعة فله حق تبعض الصفقة، وكذلك حال الثاني والثالث والرابع وغيرهم.

ومنه يعلم وجه النظر في بقيه ما ذكره، فإنه لا دليل على أخذ الأول الكل، كما لا دليل على أخذ الثاني الشفعة من الأخذ الأول، وهكذا.

هذا بالإضافة إلى ما عرفته من المسالك من الإشكال بالنسبة إلى الشفيع الثاني، فإن اقتصار الشفيع الثاني على نصيبه لا يضر بالمشتري، لأن الشقص قد أخذ منه تماماً على التقديرين، بخلاف اقتصار الأول على حصته، فإنه تفرق الصفقة على المشتري، اللهم إلا أن يتمسك له بالملاك، فكما أنه لا يحق للشفيع الأول إلا أن يأخذ الجميع أو يدع الجميع حتى لا يتبعض الصفقة على المالك، كذلك بالنسبة إلى الشفيع الثاني بملاحظه الشفيع الأول، حيث إن تبعض الصفقة عليه أيضاً خلاف «لا ضرر».

وبذلك يظهر وجه النظر أيضاً فيما ذكره المسالك: (من أنه يحتمل على هذا تخيير الثاني بين أن يأخذ النصف أو الثلث، فإذا قدم الثالث ووجدهما قد تساويا في الأخذ أخذ الثالث منهما على السوية، وإن وجد الثاني قد اقتصر على الثلث تخير بين أن يأخذ من الأول نصف ما في يده وهو تمام حقه، ولا يتعرض للثاني، وبين أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، لأنه يقول ما من جزء إلا ولى منه ثلثه، فإن ترك الثاني حقه حيث لم يشارك الأول، فلا يلزمني أن

أترك حقى، ثم له أن يقول للأول: ضم ما معك إلى ما أخذته لنقسمه نصفين لأننا متساويان فى الحق.

وعلى هذا، فيصح قسمه الشقص من ثمانية عشر، لأننا نحتاج إلى عدد له ثلث، ولثلاثة ثلث، وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة فى يد الثانى، وستة فى يد الأول، ثم نزع الثالث من يد الثانى واحداً، ويضمه إلى الستة التى فى يد الأول يكون سبعة يقسمانها بينهما، وهى لا تنقسم إلى اثنين فتضرب اثنين فى تسعة تبلغ ثمانية عشر، للثانى منها أربعة مضروب الاثنين الذين بقيا له فى اثنين، يبقى أربعة عشر لكل واحد من الأول والثالث منها سبعة، وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين) انتهى.

وعن القواعد والدروس وجامع المقاصد الحكم بهذا التخيير، وكأن المسالك أخذه منهم.

وكيف كان، فكل ذلك خلاف الظاهر من دليل الشفعة، حيث إن ظاهره أن كل واحد حضر منهم فله أن يأخذ بمقدار حقه أو يترك، فإذا أخذ الجميع فلا- إشكال، وإذا ترك الجميع فلا- إشكال، وإذا أخذ البعض دون البعض كان للمالك خيار تبعض الصفقة.

ثم قال المسالك: (ويحتمل هنا أن لا يأخذ الثالث من الثانى شيئاً، بل يأخذ نصف ما فى يد الأول فيقسم المشفوع أثلاثاً، بناءً على أن فعل الثانى لا- يعد عفواً عن السدس، بل اقتصاراً على حقه، وإلا اتجه بطلان حقه، لأن العفو عن البعض عفو عن الكل على قوله، وإنما أخذ كمال حقه مع أنه قد قال بعضهم بسقوط حقه، لكونه قد عفا عن بعضه) انتهى.

وحيث قد تقدم جواز أن يأخذ الشفيع بعض الحق مع تخير المشتري حينئذ بين الفسخ والإمضاء من جهة تبعض الصفقه، يأتي ذلك بالنسبه إلى كل واحد من هؤلاء أيضاً ذلك.

ص: ١٣١

((إذا اختلفت حصص الشركاء))

(مسألة ٢): قال في القواعد: (لو كان لأحد الثلاثة النصف، وللآخر الثلث، وللثالث السدس، فباع أحدهم فانظر مخرج السهام، فخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت العده قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العده، فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة، اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم فالشفعه على ثلاثة، ويصير العقار كذلك، ولو كان صاحب الثلث فالشفعه أربعاً لصاحب النصف ثلاثة أربعه، وللآخر ربعه، ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين أخماساً، لصاحب النصف ثلاثة، وللآخر سهمان، وعلى الآخر يقسم المشفوع نصفين) انتهى.

أقول: من الواضح أن التقسيم الأول حسب السهام، وأما على الثاني فيلاحظ عدد الرجال لا السهام، وهو مذهب الصدوق كما تقدم، أما كيفية التقسيم الأول على حسب السهام فهو رأى أبي على.

وقال في مفتاح الكرامه بعد أن ذكر أن هذا الفرع لم يذكر إلا في هذا الكتاب والتذكرة: (إن الوجه في الجميع ظاهر، لأنه في الأول إذا باع صاحب النصف كانت سهام الشفعاء ثلاثة، لأن صاحب الثلث له سهمان من ستة، ولصاحب السدس سهم، فإذا أخذ النصف بالشفعه صار العقار بينهما كذلك، أي أثلاثاً.

وإذا باع صاحب الثلث كما في الفرض الثاني كانت سهام الشفعاء أربعه، النصف وهو ثلاثة من ستة، والسدس، فتكون الشفعه أربعاً، ولا نصف لكل سهم من سهمي الثلث، فنضرب اثنين في ستة يبلغ اثني عشر، لصاحب النصف ثلاثة أربعه، وللآخر الربع، فيكون العقار بينهم أربعاً.

وإذا باع صاحب السدس كانت الشفعه بينهما أخماساً، لصاحب النصف ثلاثة، وللآخر سهمان، لأن سهامهما خمسه، ولا خمس للواحد فنضرب خمسه

فى ستة فىبلغ ثلاثىن؁ وسدسها خمسة تقسم بينهما أخماساً؁ فىكون العقار بينهما أخماساً) انتهى.

أقول: وىمكن استخراج حصه كل واحد على مذهب أبى على؁ أن كل واحد منهم أراد معرفه قدر سهامه من المبيع يجمع بين سهام نفسه والسهام غير المبيعه؁ وىنسب سهام نفسه إلى ذلك المجموع؁ وىأخذ من المبيع بتلك النسبه.

مثلاً إذا باع صاحب الثلث؁ قال صاحب النصف: إن ثلاثى ثلاثه أرباعه: الأربعه المجموعه من مالى ومال من له السدس؁ فى ثلاثه أرباع المبيع وهو اثنان؁ وىكون ثلاثه أرباعه واحداً ونصفاً؁ وهكذا.

ومنه يعرف كىفیه استخراج الحساب بالأربعه الممتاسبه؁ فى المثل السابق وهو ما إذا كان لأحدهم ثلاثه؁ وللآخر اثنان؁ وللثالث واحد؁ وباع صاحب الاثنىن ىقال: إنه إذا كان لهذا (صاحب الثلاثه) أربعه كان له الاثنان بالشفعه؁ فإذا كان له ثلاثه فكم له؁ أو إذا كان له أربعه كان له اثنان؁ فإذا كان له واحد فكم له؁ فىضرب الوسطىن وىقسم الحاصل على الطرف المعلوم؁ ىخرج الطرف المجهول.

إلى غير ذلك من الأمثله.

ص: ١٣٣

((الشفعه بين الحاضر والغائب))

(مسأله ٣): قال فى الشرائع: (لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعه وكان للغائب أخذ الجميع، وكذا لو امتنع ثلاثه أو عفوا كانت الشفعه بأجمعها للرابع إن شاء) انتهى.

ومقتضى القاعده ما ذكرناه من أنه ليس لأحد منهم إلا بقدر حقه على عدد الرجال، لكن للمشتري خيار الفسخ بسبب تضرره بتبعض الشقص، ولذا أشكل الجواهر عليه بأنه على ما قلناه إن للغائب قدر استحقاقه، ففى المثال الثانى، وهو ما إذا امتنع ثلاثه، أو عفواً كان للرابع الرابع خاصه، فى المسالك أنه الأشهر.

وكيف كان، فمنه يعلم الحال فى أنه إذا كان ثلاثه أطفال لم يأخذوا بالشفعه ويريد الرابع الأخذ بها أو ما أشبه ذلك، فإن الجميع بملاك واحد المستفاد من قوله (عليه السلام): «على عدد الرجال»<sup>(١)</sup> ونحوه مما تقدم.

ص: ١٣٤

((إذا أخذ أحد الشركاء بالشفعة))

(مسألة ٤): قال في الشرائع: (إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة وقاسم، ثم حضر الآخر فطلب فسخ القسمة وشارك الأول، وكذا لو رده الشفيع الأول بعبث ثم حضر الآخر كان له الأخذ، لأن الرد كالعفو).

وقال في المسالك: (إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة، فله مقاسمه وكلاء الغائبين لأن الحق الآن مختص به، فإذا قدم الغائب فإن عفا استقرت القسمة، وإن أخذ فله فسخ القسمة والمشاركة، لأن حقه شائع في المأخوذ في باقى السهام).

أقول: مقتضى القاعده أنه إذا جاء أحد الشفيعين مثلاً، وأخذ الجميع على تقدير صحه أخذ الكل وقسم بين المالك وبين الشفيع، ثم جاء الثانى فله إبطال كل القسمة بين المالك والشفيع، لأن حقه شائع فى الجميع، ولم يكن الأول وكيله فى التقسيم.

ومنه يعرف حال ما إذا كانوا أربعة مثلاً فأخذ أحدهم كل حصه المشتري، ثم جاء الثانى فله إبطال كل القسمة بين المالك والشفيع، ثم إذا جاء الثالث فله إبطال كل القسمة، وهكذا إذا جاء كل واحد منهم، لا أن للشفيع الثانى التنصيف مثلاً مع الشفيع الأول، ثم للشفيع الثالث أن يبطل القسمة بين الشفيعين فقط، وإنما له إبطال القسمة بين الكل، ولا يبعد أن يكون مراد الشرائع ما ذكرناه لا ما ذكره المسالك، وتبعه الجواهر حيث أقحما فى المسألة وكلاء الغائبين.

قال فى الجواهر ما زجاً مع الشرائع: (إذا حضر أحد الشركاء فأخذ الجميع بالشفعة، بناءً على ما سمعته من المصنف وغيره، فقاسم وكلاء الغائبين

فله ذلك، لأن الحق الآن مختص به، ثم حضر الآخر الغائب فإن عفا استمرت القسمة، وإن طالب وأخذ ففي القواعد وغيرها فسخ القسمة إن شاء وشارك الأول، لأن حقه شائع في المأخوذ، وفي باقى السهام) انتهى.

وأنت ترى أن (قاسم) لا يظهر منه أن المراد به وكلاء الغائبين، بل المراد به قاسم مع المالك فى قبال أنه إذا لم يقاسم وجاء الآخر لم تكن قسمة حتى تفسخ، وإنما كان كالمشاع بين المالك وبين الاثنين، أو الثلاثة أو الأربعة.

وكذلك لا يظهر من عبارته القواعد ما ذكره المسالك والجواهر، فإنه قال فى القواعد: (ولو حضر الثانى بعد أخذ الأول فأخذ النصف وقاسم، ثم حضر الآخر فقاسم وطالب فسخت القسمة)، وعلق عليه مفتاح الكرامه: (لأن حقه شائع فى المأخوذ لكل منهما).

ومنه يعلم وجه النظر فى مناقشه صاحب الجواهر على كلام الشرائع، حيث قال: (ولكن قد يناقش بأصالة بقاء القسمة الواقعه بينه وبين الوكلاء، إذ المستحق هو حينئذ، والغائب حقه متجدد فيما أخذه الأول، فلا وجه للتسلط على فسخ القسمة، ولذا بناءً على ما ذكرناه إذا أخذ حصته وقاسم مع وكلاء الغائبين لم يكن لأحد منهم الفسخ) انتهى.

وفيه: إنه لا وجه لأصالة بقاء القسمة بعد كون الحق شائعاً، وقوله: (المستحق هو والغائب حقه متجدد فى ما أخذه الأول) غير ظاهر، إذ المستحق إنما كان هو وحده فيما إذا لم يأت الغائب، فقد تبدل الموضوع ولا مكان للاستصحاب.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا لو رده الشفيع الأول، أى ما شفيع فيه وهو الجميع على مختار المصنف بعيب، ثم حضر الآخر كان له



الأخذ للجميع، كما صرح به الفاضل والكركى وثانى الشهيدين، لأن الرد المزبور أبطل الأخذ من أصله، فكان كالعفو الذى قد عرفت أن حكمه ذلك) انتهى.

وفى مفتاح الكرامه: (إن هذا هو خيره التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك).

لكن فى القواعد احتمال آخر قال: (ولو رده الأول بعيب فللثانى أخذ الجميع، لأن الرد كالعفو، ويحتمل سقوط حقه من المردود، لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب، فكان كما لو رجع إلى المشتري ببيع أو هبه) (١).

قال: إن هذا الاحتمال (هو مذهب محمد بن الحسن الشيبانى، فقد قال: إنه لا يأخذ إلا حصته، لأن الأول لم يعف وإنما رده بالعيب، ورده به أحدث للمشتري ملكاً جديداً بعد أن خرج عنه، فلم يتوفر نصيبه على الآخر، وكان كما لو رجع إلى المشتري نصيب أحدهما ببيع أو هبه.

وفى جامع المقاصد: إنه لا شبهه فى ضعفه، لأن الأول وإن لم يعف إلا أن الرد بالعيب اقتضى سقوط حقه من الشفعة، فجرى مجرى العفو) (٢) انتهى.

وهو كما ذكر، لأنه بالرد لم ينشأ سبباً جديداً بالملك، وإنما يكون كما لو لم يأخذ من الأصل، فإذا كان على مبنى الشرائع وغيره يحق لكل واحد أخذ الجميع، كان للثانى أخذ الجميع، لكن قد عرفت أن مقتضى القاعده أنه ليس لأحد منهم إلا أخذ مقدار حصته، فإن رضى المشتري بتبعض الصفقه فهو، وإلا- كان له الفسخ، فلا فرق فى أن يرد الشفيع الأول أو لا يرد فى أنه ليس للثانى إلا قدر حقه.

ولذا قال فى الجواهر: (هذا على مذهب المصنف، وأما على المختار فليس

ص: ١٣٧

١- قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٤٩

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٥٢٣

للآخر إلا نصيبه، كما أنه ليس للأول إلا ذلك، فإذا فرض رد نصيبه كان كالعفو بالنسبة إليه، ولا حق للآخر فيه.  
ثم الظاهر أن الحكم ليس خاصاً بالرد بالعيب، بل وبغير العيب أيضاً كالغبن ونحوه، لو حده الملاك في الجميع.

ص: ١٣٨

((لو استغله الأول ثم جاء الثاني))

(مسأله ٥): قال في الشرائع: (لو استغله الأول ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغله).

ومثله في القواعد، وفي مفتاح الكرامه: (كما جزم به التذكرة والتحريير والدروس وجامع المقاصد والمسالك).

أقول: وذلك لوضوح أن الغله تكون للمالك ولم يكن المالك إلا الأول.

وفي الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامه: (نعم لو كان الأول وكيلاً عن الثاني وأخذ لهما بالوكاله، كان شريكاً له، بل لو قبل ذلك فضولاً وأجاز، بناءً على جريان الفضولي في الشفعه، كان كذلك أيضاً كما هو واضح)، وهو كما ذكرناه.

ثم إنه لا فرق في الغله بين المنفصله كالثمره، والمتصله كنمو الشجر، فإذا كانت الغله متصله فاللازم أن يشترك الثاني مع الأول بالنسبه الجديده لا بالنسبه القديمه، فإذا اشتراه الثاني وقيمته خمس، ثم زادت على الضعف فصارت عشره، يكون الشفيع الثاني شريكاً مع الشفيع الأول في الربع لا في النصف، إذ النصف أصبح خمس، بينما حقه في نصف الخمسه، لا في نصف العشره، واحتمال أنه يشاركه في نصف الشجر كاملاً وهو يساوى عشره، وإنما على الثاني أن يدفع التفاوت إلى الأول أي الاثنيتين والنصف في المثال، لا يظهر له وجه.

أما إذا سبب الشفيع الأول النقص، كما لم يسق البستان فسبب هزال الأشجار مما صارت القيمه من عشره خمس، فليس للشفيع الثاني أخذ الجميع باعتبار أنه نصف الأصل قيمه، وإنما له أخذ نصف ما أخذه الشفيع الأول بقدر قيمه النصف الحالي لا بقدر قيمه النصف السابق.

ومما تقدم يعلم حال ما لو غرس الشفيع الأول في البستان أشجاراً، أو قلع منه اشجاراً.

((لو أخر الحاضر حتى يأتي الغائب))

(مسألة ٦): قال في الشرائع: (لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب، لم تبطل شفيعته، لأن التأخر لغرض لا يتضمن الترك، وفيه تردد).

وفي القواعد: (لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب، لم تبطل شفيعته على إشكال).

وقال في مفتاح الكرامة: (إن عدم بطلان الشفيعه هو الذي قواه في المبسوط والمسالك، وقربه في التذكرة، وفي الدروس إن فيه قوه، ثم بين وجه الإشكال بأنه متمكن من الأخذ فكان مقصراً ونشك في كون مثل ذلك عذراً، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري، والشفيعه مبنية على الفور، فينبغي أن يقتصر فيها على موضع اليقين، فلا شفيعه له، وهو أشبه بأصول المذهب في البعد وغيره، وكأنه قال به أو مال إليه في جامع المقاصد، ولا ترجيح في الشرائع والتحرير والإيضاح) انتهى.

لكن الأقرب هو الأول، لأن استفاده الفوريه بهذا القدر من دليل الشفيعه فيما لم يكن ضرر على المشتري غير ظاهر، كما سيأتي الكلام في قولهم بأن الأخذ فوري.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر من (أنه قرب الإشكال لما تسمعه من الإجماع المحكي على الفوريه التي ينافيها ذلك لتمكنه من الأخذ، ولا أقل من الشك في كون ذلك عذراً، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري على أنك قد عرفت مخالفه الشفيعه للأصل، فينبغي الاقتصار فيها على اليقين) انتهى.

وإن كان الجواهر أخيراً قوى الأول.

ومنه يعلم بقاء الشفيعه أيضاً إذا قال الشفيع الأول: لا آخذ حتى أخطر سائر الشفيعاء أو ما أشبه ذلك، أو حتى أرى وكيل الشفيعاء الآخرين، أو وليهم، أو حتى أرى هل أن مالي يكفي للأخذ أم لا.

إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما بالنسبة إلى الشفيع الثاني فيما إذا حضر وعلم بأخذ الشفيع الأول، فهل له التأخير حتى يحضر الشفيع الثالث أو لا، لم أجد لهم فيه كلاماً، وإن كان مقتضى القاعده ما ذكرناه.

هذا كله إذا قلنا بالشفعه مع تعدد الشركاء، أما مع العدم، كما اخترناه تبعاً للمشهور، فلا يأتي هذا الفرع كما هو واضح.

ومنه يظهر حكم ما لو قال الشفيع الأول: لا آخذ بالشفعه حتى يحضر كل الشركاء، وحكم الورثه المتعديين، كما أن حكمهم أيضاً يظهر في كل المسائل السابقه واللاحقه.

ص: ١٤١

((لو أخذ الحاضر ثم جاء الغائب))

(مسألة ٧): قال في الشرائع: (لو أخذ الحاضر ودفع الثمن، ثم حضر الغائب فشاركه ودفع إليه النصف مما دفع إليه البائع، ثم خرج الشقص مستحقاً، كان دركه على المشتري دون الشفيع الأول، لأنه كالنائب عنه في الأخذ) انتهى.

وفي المسالك: (إذا خرج الشقص مستحقاً بعد أخذ الشفيعا مترتين، فالمشهور أن عهده الجميع على المشتري لاستحقاقهم الشفيعه عليه، فأخذ بعضهم قبل بعض لا يغير هذا الحكم لبقاء الاستحقاق، فكان الأخذ أولاً كالنائب عن المتأخر، لاستواء الجميع في الاستحقاق، ويشكل بأن أخذ الثاني ليس مبنياً على أخذ الأول، بل يفتقر إلى أخذ جديد وصيغه خاصة كأول، وملك الأول للجميع لا يرتفع من أصله بأخذ من بعده، بل من حين الأخذ، ومن ثم كان مجموع النماء المنفصل له، فكونه كالنائب في محل المنع، وخصوصاً في عهده الثمن، فإن المشتري لم يتسلم من غير الأول شيئاً، وإنما الأول أخذ من الثاني نصفه، وثالث دفعه إلى الأولين أو إلى الأول خاصة على الاحتمال السابق، فرجوعه على المشتري غير جيد) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة هو ما ذكره المسالك، إذ كونه كالنائب أول الكلام، فحال المسألة حال ما إذا لم يكن أيا مترته، مثلاً إذا كان زيد وعمرو شريكين فباع عمرو لخالد فأخذ زيد من خالد شفيعه وسكن الدار سنه بعنوان المجانيه إذ لا أجره في سكنى الإنسان لملك نفسه، فإنه إذا ظهر كون نصف الدار لبكر كان للمالك أن يأخذ نصف داره، وإيجارها من الشفيع، والشفيع يرجع إلى المشتري، والمشتري يرجع إلى البائع، فكل يد إنما تعرف اليد السابقة لا يد من كان سابقاً على اليد السابقة.

وعليه فالشفيح الثاني يرجع إلى الشفيح الأول لا إلى المشتري، فإن «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(١)</sup> ظاهر في اليد المباشرة لا ما قبلها.

ولذا رده في مفتاح الكرامة بعد أن ذكر أنه لا ترجيح في المسألة في التذكرة بقوله: (وأنت خير بمنع كونه كالثائب، كما تقدم لهم آنفاً، لأن أخذ الثاني مفتقر إلى أخذ جديد غير أخذ الأول، وصيغته خاصة كأول، ثم إنه كيف يرجع على المشتري بالثمن ولم يستلم من غير الأول شيئاً) انتهى.

وبذلك يظهر أنه لا فرق في رجوع الشفيح الثاني إلى الشفيح الأول بين الثمن وأجره الدار وأرش ما هدم منها وغير ذلك، فإن درك كله على الشفيح الأول، لا على المشتري.

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكى عن التذكرة حيث قال: (قال بعض الشافعية: هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجره ونقص قيمه الشقص، وأما الثمن فكل يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف)<sup>(٢)</sup>.

ثم قال في التذكرة: وهو المعتمد.

(واستجوده المحقق الثاني، واستحسنه الشهيد الثاني على ما حكى عنهما)<sup>(٣)</sup> انتهى.

فإنه لا فرق بين الأمور من الدرر والثلث والأجره، ولهذا قال في الجواهر: (الإنصاف أن التفصيل المزبور لا يخلو من نظر أيضاً، ضروره كون المفروض مع ملاحظه ملك كل منهم من الآخر حقيقه يكون كترتب المشتريين بعضهم من بعض، من غير فرق بين الثمن وغيره، وإلا كان كالثائب فيهما) انتهى.

ومنه يعلم أن قول الجواهر أخيراً: (ولا يخفى عليك أن الأول أوفق بالقواعد) غير ظاهر الوجه، كما يعلم حال الشفيح الثالث والرابع وغيرهما.

ص: ١٤٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من الغصب ح ٤

٢- تذکره الفقهاء: ج ١٢ ص ٣٤٠ - ٣٤١

٣- مفتاح الكرامة: ج ١٨ ص ٥٢٦

((إذا كانت الدار بين ثلاثة))

(مسألة ٨): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لو كانت الدار بين ثلاثة مثلاً فباع أحدهم من شريكه، ففي محكى الخلاف في موضع منه والدروس: استحق الشفعة الثالث دون المشتري، لأنه لا يعقل أن يستحق الإنسان شيئاً على نفسه، ولظهور أدله الشفعة في غيره أو صراحتها، فإن قوله (عليه السلام): «فشريكه أحق من غيره بالثمن»<sup>(١)</sup>، صريح في غير المشتري، إذ لا يصدق عليه نفسه أنه غيره، وقيل والقائل الشيخ في المحكى من مبسوطه وموضع من خلافه: يكون بينهما، وحينئذ فهو \_ أى الشريك \_ مخير بين أخذ نصف المبيع أو تركه لا جميعه، كما في المسالك وغيرها) انتهى.

وفي المسالك بعد قوله: (إن القولين للشيخ) قال:

(وجه الأول: واضح، لأن الشفعة للإنسان على نفسه غير معقوله، لامتناع أن يستحق الإنسان تملك ملكه بها.

ووجه الثاني: اشتراكهما في العله الموجه للاستحقاق، ولا يمنع أن يستحق تملك الشقص بسببين البيع والشفعة، لأن علل الشرع وأسبابه معرفات، فلا- يمنع أن يجتمع اثنان منهما على معلول واحد، ولأن للشفعة أثراً آخر غير استحقاق الملك، وهو منع الشريك الآخر من تملك مقدار مشفوعه بالشفعة، وهذا الأثر لا- مانع منه، ومن ثم قرب المصنف، هذا وكلام العلامة في المختلف تفريراً على القول بثبوتها مع الكثرة وفيه قوة، وإن كان لا يخلو من نظر، إلى آخر كلامه.

قال في مفتاح الكرامه، عند قول العلامة (وقيل بالشركه): (كما هو خيره الخلاف والمبسوط، وفي الشرائع لعله أقرب، وفي المختلف إنه أوجه، وفي

ص: ١٤٤



جامع المقاصد إنه أصح، وفي المسالك فيه قوه، وهو ظاهر من التذكرة، واستقر كلام التحرير على التردد ونسبه أى التردد فى الدروس إلى الخلاف، والموجود فيه أولاً الجزم بالأول، ثم إنه بعد سبع مسائل قال: أما الثانى فهو أقوى) انتهى.

لكن القول الأول هو مقتضى القاعده، لظهور الأدله فى المغايره كما عرفت، ولأن سبب الاستحقاق بالشفعه مترتب على سببته بالشراء، فليسا معلولين لعله واحده حتى يقال إن علل الشرع لا يمتنع اجتماعها.

ومنه يعلم وجه النظر فى رد الجواهر لهذا الدليل بقوله: (ضروره عدم المنع من ترتب الملك على الشراء، وترتب الشفعه عليه نحو الانعتاق للقريب المترتب على ملكه الحاصل بالشراء، لأن استحقاق الشفعه أمر غير الملك الحاصل من الشراء) انتهى.

إذ قد عرفت عدم ظهور الأدله إلا فى التعدد، فكيف يمكن أن يستند إلى بعض العلل الاعتباريه، والاحتمالات الضعيفه فى قبال الأدله، لكن الجواهر إنما أراد رد مفتاح الكرامه فى قوله المذكور لا أنه رأيه.

لأنه أولاً: قال فى رد بعض أدله القائلين بالاشتراك: بأن الجميع كما ترى بعد أن عرفت قصور أدله الشفعه عن ثبوتها فى الفرض.

وتم قال ثانياً: ومن الغريب تسالمهم على ما ذكرناه، فيما تقدم من أنه لا يشتري العامل ما فيه شفعه للمالك، معللين له بأن المالك يملكه بالشراء لا بالشفعه، وقولهم هنا أن الأقرب والأصح والأقوى صحه الشفعه للمشتري نفسه) إلى أن قال: (وكيف كان، فقد ظهر لك أن القول المذكور فى غايه السقوط، وإن كان لما ذكرناه لا لما ذكره مما هو واضح الاندفاع) انتهى.

نعم إذا قلنا بالمقاله الثانيه لا حق للمشتري أن يقول خذ الكل أو أترك الكل، كما ذكره المسالك قال: (فإن قال المشتري: خذ الكل أو أترك الكل وقد تركت أنا حقى، لم يلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري الشفعه، لأن ملكه مستقر على النصف بالشراء، فأشبهه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب فأخذ الحاضر الجميع، ثم عاد الغائب فإن له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول أترك الكل أو خذ الكل وأنا تركت حقى، ولا نظر إلى تبعض الصفقه عليه، فإنه لزم من دخوله فى هذا العقد) انتهى.

((فروع))

ثم إن باع أحد الثلاثة نصفه مثلاً من شريكه الذى لكل ربع الدار قبل ذلك، فاللازم أن يكون لكل حق الشفعه على الآخر، إن لم نقل بانصراف الأدله عن مثله، ويظهر الأثر فيما إذا كان الثمن مختلفاً، بأن باع نصف ما باع بدينار ونصف ما باع بدينارين، أو كانت السهام المبيعه مختلفه فباع لأحدهما ثلث ما يملك وباع للآخر ثلثيه، من غير فرق بين أن يبيعهما فى بيعين أو فى بيع واحد، وما كان فى بيعين من غير فرق بين المتقارنين، كما إذا كان البائع ونائبه باعاً فى حاله واحده، أو متعاقبين.

ولو كان الشركاء أربعة مثلاً فباع أحدهم نصيبه من الثلاثة، كان لكل من الثلاثة أن يأخذ الشفعه من أحد الآخرين، لا من جميعهم، لأنه مقتضى كون «الشفعه على عدد الرجال»، ويحتمل أن يكون الحق له فى الأخذ من كل الشركاء، فإنه كما إذا كان شريكاً وباع أحدهما نصيبه من شخصين، حيث إن للشريك الثانى الأخذ منهما معاً لا من أحدهما فقط.

ويحتمل أن لا شفعه لأحد من الثلاثة على الآخر، لأن تقابل الشفعه يوجب

التهاثر، فلا حق لأحدهم فى أخذ الشفعه من الآخر، لانصراف الأدله عن مثل الشفع المتهاتره.

ثم على الاحتمال الأول لو أخذ الثانى الشفعه من الثالث انتفت شفعه الرابع عن الثالث، لأنه لا موقع لشفعته بعد أن ذهب مال الثالث إلى الثانى، ولو أخذ الثانى والثالث الشفعه من الرابع دفعه سقطت الشفعتان وبقي المال للرابع على حاله حسب مقتضى الاستصحاب، أو يقال بالقرعه، أو يقال بأنهما أى الثانى والثالث شريكان بالنسبه إلى المال بعد أخذهما الشفعه منه.

وحيث إن الشفعه ليست بيعاً لا- تكون دوريه، فإذا باع الأول قسماً من حقه إلى الثانى فأخذ الثالث بالشفعه من الثانى لم يكن للأول أن يأخذ بالشفعه من الثالث، إذ الانتقال من الثانى إلى الثالث كانت شفعه لا بالبيع حتى يحق للأول أن يقول: لى الشفعه على الثالث.

وفى المقام فروع كثيره تركها خوف التطويل.

ص: ١٤٧

((لو باع اثنان من الثلاثة صفقه))

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (لو باع اثنان من ثلاثة صفقه فللشفيع أخذ الجميع، وأن يأخذ من اثنين ومن واحد، لأن هذه الصفقه بمنزله عقود متعدده، ولو كان البائع واحداً من اثنين كان له أن يأخذ منهما أو من أحدهما، ولو باع اثنان من اثنين كان ذلك بمنزله عقود أربعه، فللشفيع أن يأخذ الكل، وأن يعفو، وأن يأخذ الربع والنصف، أو ثلاثة الأرباع) انتهى.

أقول: الأصل في هذه المسألة أنه ليس للشفيع تبعيض الصفقه على المشتري بدون رضاه كما تقدم، فإن بعض الصفقه على المشتري كان له القبول أو الرد، نعم يأتي الكلام في أنه هل للشفيع ذلك في الوارث بما إذا مات المشتري وورثه وراث متعددون أو لا.

الأول: إن له ذلك باعتبار تعددهم فلا ضرر.

والثاني: عدمه لانصراف الأدله إلى أخذ الكل أو ترك الكل.

ولا يبعد الأول، وقد ذكرنا سابقاً أنه للشفيع أن يأخذ البعض حتى من المشتري إذا لم يكن له مانع من ذلك، فإن الشفعه عامه ودليل «لا- ضرر» مخصصها، فحيث لا ضرر لم يكن مانع من ذلك، والانصراف لو كان سواء في المسألة السابقه أو في مسأله الوارث، فإنما هو بدوى.

وكيف كان، ففي المسأله المفروضه هنا لا- تبعيض للشفعه لو اقتصر على الأخذ من واحد أو اثنين أو أكثر في الشركاء المتعددین، لأنها شفعات متعدده، وكون البيع بصيغه واحده لا يضر بعد أن كانت بيوع في صيغه بيع، كما لو كان أنكحه في صيغه نكاح، بل وحتى إذا كانت الصيغه والبيع واحدين، لكن كان في بعضها شفعه دون بعض، كما إذا باع الشفيع صفقه واحده ما فيه الشفعه وغيره من المشتري، حيث إنه للشفيع الأخذ بالشفعه، ولا يقال: بأن تبعيض

الصفقه على المشتري يوجب أن يأخذ الشفيح الكل أو يترك الكل، إذ للشفيح أن يأخذ ما فيه الشركه دون ما ليس كذلك.

وعلى هذا، فإذا باع الشريك نصف داره صفقتين فى بيع واحد لشخص واحد، كان للشفيح أن يأخذ إحدى الصفقتين، ويدع الأخرى لفرض أنهما بيعان.

نعم إذا كان بيع واحد وأخذ الشفيح بعضه، كان للمشتري خيار الفسخ بتبعض الصفقه عليه، فالمناط فيما للشفيح الأخذ بالبعض بدون حق للمشتري فى الإبطال بلا ضرر، أنه إما أن يكون البيع متعدداً، وإما أن يكون بيع ما فيه شفعه وما ليس فيه شفعه مع وحده البيع، أما فى غير هاتين الصورتين فللشفيح الأخذ بالبعض، وإن كان للمشتري خيار تبعض الصفقه.

وكيف كان، فقد كان الأولى بالشرائع أن يذكر الأقسام الثلاثه، من وحده البائع أو المشتري وتعدد الآخر أو تعددهما، وإذا أضيف إلى الأقسام الثلاثه وحدتهما حصلت أقسام أربعه.

أما ذكر بيع الاثنتين من ثلاثه والاثنتين من اثنتين فهو كالتكرار، وفى قبالة لم يذكر بيع الاثنتين من واحد بينما هو من الأقسام أيضاً.

ولذا قال الجواهر: (المراد هنا بيان أنه لا تبعض فى الشفعه مع تعددها بتعدد البائع والمشتري، بل قد يقال بتعددتها أيضاً بتعدد الثمنين وإن كان البائع والمشتري والمبيع واحداً فى الظاهر، وأولى من ذلك بالتعدد بيع الشقصين من دارين، وإن كان البائع والمشتري واحداً) انتهى.

وقد ظهر بذلك حال ما إذا اختلف الثمنان قدرأً أو اتحداً، مثلاً باع نصف ما يملك بدينار ونصفه الآخر بدينارين، أو باع كل نصف بدينار.

كما أنه لا فرق بين تساو المبيعين كالنصف والنصف، أو اختلافهما كالثلث والثلثين كما تقدم.

وفى القواعد قال: (لو باع شقصاً من ثلاثه دفعه، فلشريكه أن يأخذ من الثلاثه، ومن اثنين، ومن واحد، لأنه بمنزله عقود متعدده).

وفى مفتاح الكرامه: (كما صرح بذلك فى المبسوط وغيره، لأن الصفقه تتعدد بتعدد المشتري، ومتى تعددت العقود كان بالخيار).

أقول: لا يخفى أن هذه العله أيضاً موجوده فى تعدد البائع، وتعدد البيع حتى مع وحده البائع والمشتري والمبيع، كما تقدم فى كلام الجواهر.

ثم إن الشرائع قال: (وليس لبعضهم مع الشفيع شفيعه، لا تتقال الملك إليهم دفعه فيتساوى الآخذ والمأخوذ منه. ولو باع الشريك حصته من ثلاثه فى عقود متعاقبه، فله أن يأخذ الكل، وأن يعفو، وأن يأخذ من البعض، فإن أخذ من الأول لم يشاركه الثانى والثالث. وكذا لو أخذ من الأول والثانى لم يشاركه الثالث، ولو عفا عن الأول وأخذ من الثانى شاركه الأول، وكذا لو أخذ من الثالث شاركه الأول والثانى لاستقرار ملكهما بالعفو) انتهى.

أقول: أما الفرع الأول، فقد ذكره المبسوط فى محكى كلامه، وتبعه غيره، فقد قال فيه: (فإن أخذ من واحد وعفا عن الآخرين كان له ذلك، فإن قال الآخر: إن قد عفوت عنا فصرنا لك شريكين فعليكم أن تشاركنا فى شفيعه الثالث، لم يلزمه ذلك، لأن الملك انتقل إليهم دفعه فلم يسبق ملك أحدهم صاحبه) انتهى.

أما فى صورته التعاقب، فوجه ما ذكره أنه يستحق الآخذ من الجميع ومن البعض، كون الصفقه متعدده، وكونه شريكاً عند كل بيع، فأدله الشفيعه شامله للجميع، سواء أخذ بالجميع أو أخذ بالبعض، فإن أخذ من الأول

خاصه لم يشاركه الثانى والثالث، لأنهما لم يكونا شريكين فى وقت شراء الأول، فلا شفعه لهما، وإن أخذ من الأول والثانى لم يشاركه الثالث، لأنه لم يكن شريكاً عند شرائهما، وإن أخذ من الثانى وعفا عن الأول شاركه لاستقرار ملكه بالعفو، وكونه شريكاً عند شراء الثانى فيستحق الشفعه، وإن عفا عن الأول وأخذ من الثالث شاركه، لكونهما شريكين حال شرائه، وقد استقر ملكهما قبل الأخذ، كما صرح بذلك المسالك وغيره.

ثم إن القواعد احتمل احتمالاً آخر، قال: (ولو رتب للشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض، فإن أخذ من السابق لم يكن لللاحق المشاركه، وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق، ويحتمل عدم المشاركه، لأن ملكه حال شراء الثانى يستحق أخذه بالشفعه فلا يكون سبباً فى استحقاقها) انتهى.

وقد أطال فى مفتاح الكرامه تبعاً للمسالك فى شرح قول العلامة هنا وتضعيفه، وفيما بعده، وألمع الجواهر إلى هذا الاحتمال إلماعاً، لكن حيث كان الاحتمال المذكور ضعيفاً، وكذلك الاحتمال الذى ذكره بعد ذلك فيما لو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد، حيث قال فى القواعد:

(ويحتمل مشاركه الأول الشفيع فى شفعه الثانى، ومشاركه الشفيع الأول والثانى فى شفعه الثالث، لأنه كان ملكاً صحيحاً، حال شراء الثالث. ولهذا يستحق لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف، لأنه استحق الشفعه بالملك لا بالعفو، كما لو باع الشفيع قبل علمه فحينئذ للشفيع سدس الأول، وثلاثه أرباع سدس الثانى، وثلاثه أخماس الثالث، وللأول ربع سدس الثانى، وخمس الثالث، وللثانى خمس الثالث، فتصح من مائه وعشرين، للشفيع مائه وسبعه، وللأول تسعه، وللثانى أربعه، وعلى الآخر للأول نصف سدس الثانى، وثلاث

الثالث، وللثاني ثلث الثالث، فتصح من ست وثلاثين، للشفيح تسعة وعشرون، وللأول خمسة، وللثاني اثنان) انتهى.

تركنا تفصيل الكلام في ذلك خوف التطويل، فعلى الطالب أن يرجع الكتابين المذكورين.

ومما تقدم ظهر ما لو باع بعض حقه لإنسان أولاً، ثم بعض حقه لنفس ذلك الإنسان ثانياً، وأبقى بعض حقه لنفسه، أو لم يبق بعض حقه لنفسه، وإنما باع كل حقه لإنسان مرتين أو أكثر.

وكذلك إذا باع كل حقه أو بعض حقه لثنتين في بيعين سابق ولاحق، أو في بيع واحد، أو في بيعين متقارنين.

ص: ١٥٢



## مسأله ١٠ لو باع الحاضرين ولهما شريكان

((لو باع أحد الحاضرين ولهما شريكان غائبان))

(مسأله ١٠): قال في الشرائع: (لو باع أحد الحاضرين ولهما شريكان غائبان، فالحاضر هو الشفيع في الحال، إذ ليس غيره، فإذا أخذ وقدم أحد الغائبين شاركه فيما أخذ الحاضر بالسويه، ولو قدم الآخر شاركهما فيما أخذ، فيكون له ثلث ما حصل لكل واحد منهما) انتهى.

وحيث قد تقدم هذه المسأله في المسأله الأولى، لا داعى إلى تكرار التفصيل فيها، وقد عرفت هناك وجه النظر في قوله: (إن الحاضر هو الشفيع في الحال)، إذ الغيبه لا تنافى حق الشفعه، سواء حضر أو لم يحضر.

ومثل الغائب الصغير فكبير، أو المجنون والمغمى عليه فصحا، أو ما أشبه.

ص: ١٥٣

((الشفعة بين العم وابن الأخ))

(مسألة ١١): قال في الشرائع: (لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما وورثه ابنان له فباع أحد الوارثين، كانت الشفعة بين العم وابن الأخ لتساويهما في الاستحقاق، وكذا لو كان وارث الميت جماعه) انتهى.

أقول: بعد وضوح عدم الفرق بين كون وارث الميت اثنين أو جماعه، وجه المسألة واضح، فإن العم وابن الأخ شريكان، وإن اختلف سبب الملك، لوضوح عدم مدخليته في استحقاق الشفعة.

قال في المسالك: (ونبه بذلك على خلاف بعض العامة، حيث ذهب إلى اختصاص ابن الأخ بالشفعة استناداً إلى أن ملكه أقرب إلى ملك الأخ، لأنهما ملكا بسبب واحد، ولهذا لو ظهر دين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم. وإن كان أقرب ملكاً كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار، ورد بأن النظر إلى ملك المشتري لا إلى سببه، لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف) انتهى.

وهو كما ذكره، ولذا تبعه في ذلك الجواهر وغيره.

((فروع))

ثم لو مات الشفيع وله وارثان وأخذ أحدهما بالشفعة دون الآخر، كان للمشتري الفسخ لتبعض الصفقة عليه، فحاله في ذلك حال ما إذا أخذ الشفيع بعض المبيع دون بعضه الآخر.

ثم لا يخفى أنه إذا ترك أحدهما شفעתه لم يكن للوارث الآخر أخذ الجميع، إذ الترك حاله حال الإعراض عن الإرث، حيث إن سائر الورثة لا يرثون إرث الذي أعرض عن إرثه، لأن الإعراض عن الإرث يلحقه بالمباحات، وكذلك الإعراض عن الحق فإنه يسقطه، فلا حق لغيره في ادعائه، وارثاً كان أم لا، فهناك فرق بين العين التي أعرض الوارث عنها حيث إنها لكل أحد أخذها، بخلاف الحق فإنه إذا أعرض عن حقه لا يكون لكل أحد أخذه.

نعم لو قلنا: بأن حق الشفعه قابل للنقل، كان لأحدهما أن يهب حقه في الشفعه إلى الآخر، بل له الحق في أن يهبه إلى أجنبي، لكن ظاهر الأدله أن حق الشفعه لا ينتقل، ولو شك في قابليه الانتقال وعدمها فالأصل عدم قبوله الانتقال، لأن الشفعه كما عرفت خلاف الأصل، يقتصر فيه على موضع الدليل.

ولو كان الشركاء ثلاثه، فباع أحدهم حصته من أجنبي، كان للشريكين الأخذ بالشفعه، كل على قدر نصفه حسب «عدد الرجال» كما تقدم في الروايه (١٢)، وقد تقدم أنه إذا أخذ بالشفعه أحدهما بمقدار حقه لم يكن للمشتري حق تبعض الصفقه، لأنه داخل على ذلك.

ومنه يعلم أنه لو ورث هذين الشريكين وارث واحد كان له الحق في أخذ كلا الحقين أو أحدهما، ويكون حاله حال مورثه في أنه ليس للمشتري خيار تبعض الصفقه إذا أخذ أحد الحقين دون الآخر.

نعم إذا أخذ الوارث بعض حق أحدهما كان له خيار تبعض الصفقه، لأنه لم يدخل على ذلك، فدلليل «لا ضرر محكم»، والله سبحانه العالم.

ص: ١٥٥



فصل

فى كيفية الأخذ بالشفعه

((هل الشفعه بالعقد وانقضاء الخيار))

(مسأله ١): قال فى الشرائع: (ويستحق الشفيع الأخذ بالعقد وانقضاء الخيار لأنه وقت اللزوم، وقيل: بنفس العقد وإن لم ينقض الخيار، بناءً على أن الانتقال يحصل بالعقد وهو أشبه. أما لو كان الخيار للمشتري خاصة، فإنه يستحق بنفس العقد لتحقق الانتقال) انتهى.

وقال فى القواعد: (والأقرب عدم اشتراط اللزوم، فلو باع بخيار تثبت الشفعه، اشترك أو اختص بأحدهما، ولا يسقط خيار البائع حينئذ).

وفى مفتاح الكرامه: (إن عدم اشتراط اللزوم، وأنه لا فرق بين أن يشترك الخيار أو يختص، هو خيره السرائر والشرائع والتذكرة والإرشاد والمختلف والكتاب والإيضاح واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفايه والمفاتيح، لكن فى الخلاف والمبسوط والمهذب والغنيه أن لا شفعه فى البيع الذى فيه الخيار للبائع أو لهما، لأن الملك لم يزل عن البائع، قالوا: أما ما لا خيار فيه أو فيه خيار للمشتري وحده ففيه الشفعه، لأن الملك قد انتقل للمشتري وزال عن البائع، وهو المحكى عن أبى على.

وقال فى التحرير أولاً: فى قول الشيخ قوه من حيث إن فى الأخذ إسقاط حق البائع، ثم قال بعد ذلك: أنا فى ذلك من المتوقفين، ولا ترجيح فى الدروس.

وأما إذا كان الخيار للمشتري، فقد نص فى الخلاف والمبسوط والمهذب والغنيه أن الشفعه تجب للشفيح، وله المطالبه بها قبل انقضاء الخيار، وهو المحكى عن أبى على، وفى المسالك أنه لا خلاف فيه، وفى الكفايه الإجماع عليه، وفى التذكره أنه مذهبنا، لكن عن خيار الخلاف أنه إذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عنه بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول) انتهى ملخصاً.

((لا تتوقف الشفعه على مضى الخيار))

أقول: مقتضى أدله الشفعه أن للشفيح الحق فى الأخذ بالشفعه بمجرد حصول البيع، سواء كان الخيار لأحدهما أو لهما أو لثالث معهما أو مع أحدهما أو بدونهما، والقول بأنه لا ينتقل من البائع أو إلى المشتري فى زمن الخيار ضعيف كما حقق فى كتاب البيع.

ومنه يعلم وجه النظر فى استدلال الإرشاد الذى جعل الأخذ بعد انقضاء زمن الخيار بعدم الفائدة قبله، إذ ليس له انتزاع العين قبله لعدم استقرار ملكه.

إذ فيه: بالإضافة إلى إطلاق الأدله، أن الفائدة تظهر فى النماء وغيره.

أما قول من تقدم من أنه لا شفعه فى البيع الذى فيه الخيار للبائع أو لهما، مستدلين بأن الملك لم يزل عن البائع، أما ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعه، لأن الملك قد انتقل إلى المشتري وزال عن البائع.

ففيه أولاً: إن الملك ينتقل وإن كان الخيار موجوداً، كما ذكرناه فى كتاب البيع، وهو المشهور بين الفقهاء أيضاً.

وثانياً: ما ذكره الجواهر من أن مقتضى إطلاق أدله الشفعه ثبوتها ببيع

الشريك، وإن لم نقل بالانتقال إلى المشتري، إذ لعل تهيئ ذلك له كاف في ثبوتها.

ولذا قال السرائر فيما حكى عنه: (إن المقتضى وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك موجود، لمكان عموم النص من دون تبادل اللزوم، والخيار غير صالح للمانع، لأن التزلزل لم يثبت كونها مؤثراً) انتهى.

ومنه يعلم الوجه في الحق في أخذ الشفعة إذا كان الخيار للمشتري كما ذكره المشهور، بل ادعى عليه الإجماع كما تقدم، وقول الشيخ في خيار الخلاف لا- يتمكن أن يقف أمام دليلهم، فإنه لا دليل على أنه لم ينتقل إلى المشتري في زمان خياره، بالإضافة إلى أنه على تقدير تماميته وأنه لم ينتقل إلى المشتري يأتي قول الجواهر المتقدم بأن إطلاق الأدلة يقتضى كون التهيئ كاف في ثبوت الشفعة.

((بقاء الخيار مع الأخذ بالشفعة))

ثم إن مقتضى إطلاق أدله الخيار أن الخيار باق وإن أخذ الشفيع بالشفعة، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما، أو للأجنبي معهما أو مع أحدهما أو بدونهما، لأن الأخذ بالشفعة مبنى على البيع، فإذا زال البيع زالت الشفعة، فيكون حال المقام حال ما إذا باع المشتري العين في حال خيار البائع، فإن البائع إذا فسخ العقد أخذ العين حيث وجدها، وكذلك في صورته تصرف البائع في الثمن فيما إذا كان المشتري له الخيار، وهكذا حال خيار الأجنبي.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (وتبعه عليه الجواهر بتقطع، وهل يسقط حينئذ خيار المشتري أم لا، قال في التذكرة: يثبت له خيار الفسخ، وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة، وقال في المسالك: ظاهرهم سقوط الخيار، وفي المفاتيح: إنه ظاهر

الأكثر، وفي الحكايتين تأمل ظاهر إن كانا فهما ذلك من كلامهم، مع أن الأول حكاة في الروضة عن الشهيد احتمالاً، وستسمعه قريباً، وإن كانا فهما ذلك من أنه إذا انتقل الملك عنه كيف يبقى له خيار، ففيه: إن البائع والأجنبي يثبت لهما ذلك مع عدم الملك، ووجهه أى سقوط خياره: أنه لا فائده في فسخه، لأن غرضه على تقديره حصول الثمن، وقد حصل من الشفيع.

وقال في الدروس: ويلزم على قول الفاضل كون أخذ الشفيع على تقدير خيار البائع مراعىً أن تكون المطالبة، يعنى الأخذ على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاة أيضاً) انتهى.

ثم قال: (وتبعه المسالك، ويمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشتري، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع، لأن الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع، إلا أن يجاب بأن المشتري يريد دفع الدرر) انتهى.

أقول: قد عرفت أن مقتضى القاعده بقاء الخيار، إذ لا دليل على سقوطه، ولو شك فالاستصحاب محكم، والقول بأنه من تبدل الموضوع غير ظاهر، لأن الموضوع عرفى وهو لا يرى التبدل، حتى إذا لم يكن أى نفع فى الأخذ بالخيار، إذ الخيار لا يقيد بالنفع وعدم النفع كما هو واضح، كما فيما إذا لم تكن شفيعه أو لم يؤخذ بها، بل مقتضى الصنائه ما عرفت من أنه إذا أخذ بالخيار استرجع العين، لا المثل أو قيمه.

ومنه يظهر وجه النظر فى قول الجواهر: (ولكن لا يخفى عليك ما فى الجميع، ضروره عدم مدخله حصول الفائده، وعدمها فى ثبوت الحق مع فرض اقتضاء إطلاق الأدله والاستصحاب بقاءه، وعدم الرد بالعيب مع فرض أخذ



الشفيع ورضاه به أنه انتقل الملك عنه، ولا تسلط له على فسخه، فيتعين له الأرش، ولكن الأصل براءة الذمه منه هنا بعد أخذ الشفيع بالثمن الذي اشتراه، فلم يلحقه منه ضرر، فالتحقيق بقاء ماله من الخيار الذي لا يبطل بأخذ الشفيعه كخيار الشرط ونحوه مثلاً، فيفسخ حينئذ إن شاء ويدفع القيمة أو المثل، كما في غير الفرض، إلا أنني لم أجد أحداً احتمل هذا هنا، وكذا ما ذكرناه سابقاً، وإن كان هو مقتضى قواعد الخيار) انتهى.

إذ أولاً: لا وجه لسقوط الأرش بعد كونه حقه، ولا يقاوم الأدله أصل البراءة الذي ذكره، فهو مثل ما إذا باع المشتري المبيع الذي له فيه الأرش لغيره مما سبب أن يكون لمشتري المشتري أيضاً الأرش على المشتري، فإن المشتري الثاني سواء أخذ الأرش أو لم يأخذ كان للمشتري الأول الأرش.

وثانياً: إنه قد عرفت أن بعد الفسخ يدفع القيمة أو المثل خلاف مقتضى الصناعة، إذ مقتضاها استرجاع العين أين وجدها، أما إذا رد الشفيع العين لعيب أو نحوه فالظاهر أن لدى الخيار من الثلاثه، أي البائع أو المشتري أو الأجنبي، الأخذ بخياره، لأن بعد بطلان الشفيعه من رأس لا وجه لعدم الخيار، أو لعدم استرجاع العين بعد الأخذ بالخيار، وإن كانت المعاملات، كما إذا باع الشفيع لغيره والمشتري لثالث ثم رجعت العين إلى الشفيع بالإقاله أو بالخيار أو ما أشبه، ثم أرجعها الشفيع إلى المشتري بخيار أو إقاله أو ما أشبه، فإن الظاهر أن الشفيع والمشتري لهما حق الإقاله والاستقاله، لإطلاق أدلتها.

قال فى القواعد: (ولو باع الشريك ثبت للمشتري الأول الشفعة، وإن كان لبائعه خيار الفسخ، فإن فسخ بعد الأخذ فالمشروع للمشتري، فإن فسخ قبله فلا حق للبائع، وفى المشتري إشكال) انتهى.

وأوضحه فى مفتاح الكرامه، وتبعه الجواهر فقال: (ظهر مما ذكرناه ثبوت الشفعة للمشتري الأول الذى فرض وجود الخيار لبائعه لو لم يأخذ شفعه بالشفعه، بل باع شقصه من آخر، بالاندراج فى إطلاق الأدله، فإن فسخ بائعه بعد الأخذ فمشوعه له، وإن فسخ قبله فلا شفعه للبائع قطعاً، لتجدد ملكه حين الفسخ. وأما المشتري فقد ذكرنا قوه سقوطها منه أيضاً، اقتصاراً فى ثبوت الشفعه المخالفه للأصل على المتيقن الذى هو وجود الملك وقت الأخذ كوقت البيع، مع أنه احتمله غير واحد للأصل، ولكن الأقوى الأول كما عن الكركى التصريح به) انتهى.

مثلاً كان زيد وبكر شريكين، فباع بكر حصته من خالد بخيار، ثم بعد ذلك باع زيد حصته من عمرو، حيث إن خالد صار شريكاً لزيد ووقع بيع زيد لعمرو بعد شركه خالد له، فكان لخالد حق الشفعه على عمرو المشتري الثانى، فإذا فسخ بائعه وهو بكر مال خالد بحيث رجع المال إلى بكر فحصه عمرو تبقى لخالد، حيث إن حصه عمرو انتقلت إلى خالد، فلا وجه لبطلان شفعه خالد بسبب بطلان البيع الذى كان بين بكر وخالد.

أما إذا فسخ بكر قبل أخذ خالد بالشفعه مال عمرو فلا شفعه لخالد على مال عمرو، لأنه انتفى ماليته، وبذلك انتفى الموضوع، وبانتفاع الموضوع فلا شفعه لخالد على مال عمرو، كما أنه لا شفعه لبكر بالنسبه إلى مال عمرو، لأن بكرأ صار مالكاً بعد بيع زيد لعمرو.

ومن ذلك يعرف ما إذا كان لزيد أيضاً على عمرو خيار ففسخ قبل أخذ خالد الشفعة من عمرو، أو فسخ بعد أخذ خالد الشفعة من عمرو.

ثم إن الجواهر قال: (هذا، ولا يتوهم من ذكر العقد في المتن وغيره باعتبار كون البيع بصيغته في ثبوت الشفعة، إذ الظاهر ثبوتها بالمعاطة بناءً على إفادتها البيع وإن كان مترزلاً لإطلاق الأدلة، ويأتي البحث في الفسخ من البائع أو المشتري بعد الأخذ نحو ما سمعته في الخيار) انتهى.

ولا هو كما ذكره، إذ المعاطة أيضاً بيع فيشمّلها الأدلة، وقد ذكرنا في باب المعاطة أن مقتضى القاعده أنها بيع لازم لا بيع جائز، كما ذكره غالب المتأخرين.

ثم إن من الحكم في الخيار يظهر حكم ما إذا حصلت الإقالة، لأنهما من هذه الجهة التي نحن فيها سواء.

((لا تبعض الشفعة))

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (وليس للشفيع تبعض حقه، بل يأخذ الجميع أو يدع).

وقال في مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما): (يريد أنه إذا باع شقصين من دارين وكان الشريك واحداً فيهما، فله أخذ الجميع وأحدهما، لأن الشركه في كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركه في الآخر، فلا تكون الشركه فيهما واحده، ولا- أثر لاتحاد الصفقه في ذلك، فإن حقه في أحدهما غير شائع في حق الآخر من الآخر، بخلاف الدار الواحد، فإن سبب الشركه فيها واحد وحقه فيها شائع، وبما في الكتاب صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك) إلى آخر كلامه.

وعلله في المسالك بأن حقه هو المجموع من حيث هو مجموع، ولما في تبعض الصفقه من الإضرار بالمشتري، ولا يناسب بناء الأخذ الذي شرع لدفع الإضرار على الإضرار.

وفي الحدائق إنه ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف، ثم علل ذلك بعلمته في المسالك، ثم قال: (والأظهر في تعليل ذلك إنما هو ما قدمناه من أن الأصل بمقتضى الأدله العقلية والنقلية كتاباً وسنّه هو عدم الأخذ بالشفعه، فيقتصر في جواز الأخذ بها على ما قام عليه الدليل، والأخبار الوارده بالشفعه على كثرتها وتعددتها إنما وردت باعتبار المجموع، وما عداه تبقى صحته موقوفه على الدليل) انتهى.

وفي الجواهر: (للضرر بالتفريق الذي ينافي حكمه مشروعيه الشفعه،

ولأنه المنساق من قوله (عليه السلام): «فشريكة أحق به من غيره بالثمن»<sup>(١)</sup> انتهى.

لكن مقتضى الصنائه الصحه، وإنما يتدارك ضرر المشتري بخياره فى بعض الصفقه، إذ لا إجماع فى المسأله، وقد اعترف الجواهر بترك التعرض له من جماعه، والضرر متدارك كما عرفت، وكون حقه هو المجموع من حيث هو مجموع وإن صح فى الجملة، لكنه خلاف المستفاد عرفاً من أمثال هذه العبارة.

فإذا قال: حرك هذه الدار أو هذا المال، فله أخذ البعض وترك البعض، فإن المجموعيه من حيث المجموعيه قيد زائد يحتاج إلى دليل، وأى فرق بين بيع شقصين من دارين أو شقص من دار حتى أجازوا الأول كما تقدم فى مفتاح الكرامه وغيره، ولم يجيزوا الثانى.

أما كون الشفعه خلاف الأصل كما استدل به الحدائق وتبعه الجواهر، فلا ينافى ما يظهر من الدليل عند العرف، ولا مشابيه للمسأله بحق القصاص، حيث قال فى الجواهر: (بل لا يبعد كونها من قبيل حق القصاص الذى لا يقبل التجزئه فلا يصح وإن رضى المشتري)<sup>(٢)</sup>، لأن المعيار هو الفهم العرفى، والفهم فى المالىات غير الفهم فى مثل حق القصاص، بل القصاص أيضاً يتبع فى الجملة.

نعم محل الاحتياط فى المسأله واضح، خصوصاً بعد ما رواه الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام): إنه سئل عن البيع يقع على المشاع والمقسوم صفقه واحده، هل لشفع المشاع أن يأخذ المشاع بقيمته دون المقسوم، قال: «لا، إنما

ص: ١٦٥

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ من الباب ٢ ح ١

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٢٥

له الصفقه بكمالها ما كان فيها من مشاع ومقسوم، فإن أراد أخذهما معاً وإلا يسلمهما معاً»(١).

لكن التعليل بالضرر فى بعض الروايات السابقه، وروايه الدعائم أيضاً عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: فى الأرض تكون حبيساً على القوم فيبنى فيها بعضهم ثم يموت فيبيع بعض ورثته حصته، هل لصاحبه شفعه، قال: «نعم له الشفعه، لأنه يدخل على ما بقى مضره إذا كان يهدم نصف كل بيت فيدخل فى ذلك فساد»(٢).

يؤيد أن العله الضرر، وأنه حيث لا ضرر لا بأس، فإذا لم يكن ضرر كما فى الشقصين، أو رضى به المشتري كان مقتضاه عدم البأس بذلك، إلا أن يقال: إنه حكمه كما هو الغالب فى تعليل الروايات.

ثم إنه سيأتى أنه لا فوريه فى الشفعه على النحو الذى ذكره جماعه، فما قالوه من أنه لو قال: أخذت نصف الشقص خاصه بطلت شفعتة فى الجميع، لأن العفو عن البعض يبطلها حينئذ، بل عن الفاضل والكركى وثانى الشهيدين بطلانها لو قال: أخذت نصف الشقص، وإن لم يقل خاصه، بالتبعيض وفوات الفوريه، كما عن محمد بن الحسن الشيبانى، خلافاً للمحكى عن أبى يوسف من الصحه فى الجميع لاستلزام أخذ البعض أخذ الجميع، لعدم صحه أخذه وحده، إلى آخر ما ذكروا، غير ظاهر الوجه.

فإذا أخذ البعض وصح أن يأخذ البعض الآخر وأن يدع، لكن لا مع طول الزمان كما سيأتى فى مسأله الفوريه، فإن أخذ البعض ورضى به المالك صار ذلك البعض له، لا أن يكون الكل له كما قاله أبو يوسف.

ص: ١٦٦

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ٧

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ٥

قال فى محكى الدرورس: (لو قال: أخذت نصف الشقص خاصه بطلت، لأن العفو عن البعض يطلها، ويحتمل أن يكون ذلك أخذاً للجمع، ولو اقتصر على قوله: أخذت نصفه، فوجهان، وأولى بالبقاء، لأن أخذ البعض لا ينافى أخذ الكل، إلا أن يؤدى إلى التراخى) انتهى.

وفيه مواقع للنظر كما لا- يخفى، نعم على الفوريه المشهوره إذا كان أخذ البعض غير مناف للفوريه، كما لو قال هو: أخذت النصف، وقال وكيله مقارناً له: أخذت النصف الآخر، أو قال أحد الوليين: أخذت النصف، وقال الآخر: أخذت النصف، وهكذا فى الوارثين صحح، لأنه لا ينافى الفوريه، بل لا يبعد الصحه على الفوريه إذا قال: أخذت بالنصف والنصف أو ما أشبهه، لأنه لا ينافى الفوريه، ولا يظهر من الدليل حتى على القول بالفوريه أن ذلك مناف لها.

نعم لا إشكال فيما إذا جهل بالقدر، كما إذا زعم أن البائع باع نصف ما يملك، فقال: أخذت ما اشتريته، مريداً لما فى ذهنه من نصف مال المالك، أو زعم أن المالك كان له الثلث مثلاً- فباع الثلث، ثم علم بعد ذلك بأنه أكثر، لما يأتى من أن الجهل لا يضر بالتأخير.

((الشفعة بنفس الثمن))

(مسألة ٣): قال فى الشرائع: (ويأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، وإن كان قيمه الشقص أكثر أو أقل).

وقال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (وإنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد): هذا مما اتفق عليه الخاصه والعامه، طفحت بذلك عباراتهم وصرحت به رواياتهم، فقد روى العامه، عن جابر: إن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «هو أحق به بالثمن» (١). وفى خبر الغنوى: «هو أحق بها من غيره بالثمن» (٢).

أقول: حديث الغنوى هو ما تقدم، مما رواه الكلينى والشيخ، عن هارون بن حمزه الغنوى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الشفعه فى الدور أشىء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره، فقال: «الشفعه فى البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن».

بل سيأتى فى مسأله ما لو تلف بعض المبيع روايه محمد بن على بن محبوب، عن رجل فيما كتبه إلى الفقيه (عليه السلام) (٣)، مما يدل على ذلك أيضاً، ولذا ادعى فى الجواهر أنه لا خلاف فيه بين الخاصه والعامه نصاً وفتوىً.

كما أرسله الحدائق إرسال المسلمات، وقال: (مقتضى الأدله، وبه صرح الأصحاب أنه يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، وإن كان قيمه الشقص المشفوع فى حد ذاته أكثر أو أقل، ولا يلزمه ما يغرمه المشتري من المؤن كأجره الدلال والوزان ونحو ذلك، والمراد من

ص: ١٦٨

١- انظر: الجواهر: ج ٣٧ ص ٣٢٦، والسنن الكبرى: ج ٦ ص ١٠٤

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعه ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ من الشفعه ح ١



أخذه بالثمن يعنى مثله لعدم إمكان الأخذ به نفسه غالباً) انتهى.

((لا يتحمل الشفيع أكثر من قيمه المبيع))

ثم قال الشرائع: (ولا يلزمه ما يغرمه المشتري من دلالة أو وكالة أو غير ذلك من المؤن، ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد وانقضاء الخيار لم تلحق الزيادة، بل كانت هبه فلا يجب على الشفيع دفعها، ولو كانت الزيادة في زمن الخيار قال الشيخ: تلحق بالعقد لأنها بمنزلة ما يفعل في العقد، وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد، وكذا لو حط البائع من الثمن لم يلحق بالعقد) انتهى.

أقول: أما إذا كانت قيمه الشقص أقل أو أكثر فهو مقتضى القاعده، ولذا لم يختلف فيه أحد ممن رأيت كلامهم، وأما لا يلزمه ما يغرّم المشتري، فقد ذكر في مفتاح الكرامه عند قول العلّامة: ولا يلزمه الدلالة والوكالة وغيرهما من المؤن، كما في الشرائع والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه وغيرها لأنها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه، وأشار بقوله: وغيرهما إلى أجره النقاد والوزان وغير ذلك) انتهى.

لكن ربما يقال: إن الثمن أعم عرفاً، ويؤيده أنه مقتضى دليل «لا ضرر»، وهذا غير بعيد، وإن كانت المسألة بحاجة إلى تتبع أكثر.

وأما ما ذكره من أنه لو زاد المشتري في الثمن بعد العقد أو حط البائع من الثمن، فهو كما ذكره، وهذا لم نجد فيه خلافاً.

وقد استدلل الجواهر بالنسبه إلى الزيادة بالأصل، وظهور النص والفتوى في أنه ليس عليه إلا- الثمن، كما أن ما ذكره المحقق خلافاً للشيخ هو مقتضى القاعده أيضاً، لأنه قد حقق في كتاب البيع أن العين تنتقل بمجرد العقد أو المعاطاه، ولا مدخليه للخيار وعدمه في الانتقال وعدمه.

وفى روايه الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «إذا وضع البائع من المشتري بعد عقد الشراء ما يوضع مثله بين المتبايعين وضع مثل ذلك من الشفيع، وإن كان الذى وضع ما لا يوضع مثله، فإنما هو هبه للمشتري، وليس يوضع عن الشفيع»<sup>(١)</sup>، والفرع الأول فى الروايه هو مقتضى القاعده، لأن الثمن هو ذلك، لا الثمن الصورى.

((فروع))

ثم إنه إذا باع بالأقل ثم ارتفعت قيمه السوقيه، أو بالأكثر ثم انخفضت قيمه السوقيه، فاللازم هو الأخذ بالشفعه بنفس قيمه، بدون ملاحظه زياده أو النقيصه العارضه بعد ذلك، فتأمل.

أما إذا كان التضخم والتنزل باعتبار البلدين كمائه فى العراق وخمسين فى إيران، أو المائه فى العراق ومائتين فى إيران، فاللازم ملاحظه التضخم والتنزل، لأنه قيمه الواقعيه للشئ فى هذا البلد، وإن كان الحجم فى البلد الأول مختلفاً عن الحجم فى البلد الثانى، ولا يختلف فى ذلك تسليم قيمه فى البلد الثانى أو تسليم العين والقيمه كما تقدم فى البيوت التى تبنى كالسفن على البحر مما تنتقل والبيوت التى تبنى على العجلات مما تنتقل لو لم نقل أن دليل الشفه منصرف عنها.

ومما تقدم ظهر أنه لو لاحظ البائع المشتري فى الأخذ بالأقل، أو لاحظ المشتري البائع فى الأخذ بالأكثر، كان للشفيع أن يأخذ بنفس تلك قيمه.

أما إذا كانت المبايعه محاباته، كما لو اشترى ما قيمته ألف بدينار أو ما قيمته دينار بألف، فالظاهر انصراف النص والفتوى عن مثل ذلك، وعليه

ص: ١٧٠

فإن أراد الشفيع فاللازم دفع القيمة العادله.

ثم إنه حيث لا يشترط في الكبيرين الشفيع والمشتري أن يكون المصلحه لهذا أو ذاك، فلهما الحق في الأخذ بالشفعه بثمان أقل أو أكثر.

أما في الصغيرين فاللازم ملاحظه الصغير الشفيع في المصلحه كما تقدم، وكذلك بالنسبه إلى القاصر.

أما بالنسبه إلى المشتري فلا، فإذا اشتراه بالأقل من الثمن كان لولى الشفيع الأخذ، ولم يكن لولى المشتري الامتناع، وإن اشتراه بالاكتر فليس لولى الصغير الأخذ، لأنه خلاف مصلحته.

نعم لو تواطأ الولي والمشتري الكبير بأنه إذا أخذه بالأكثر أسقط الزيادة بعد ذلك بما لا يضر مصلحه الصغير كان له ذلك.

والحاصل: أنه لا يراعى في الأخذ بالشفعه مصلحه الصغير المشتري، وإنما يلزم ملاحظه مصلحه الصغير الشفيع.

((إذا لم يدفع الشفيع الثمن))

قال في الشرائع: (ولا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الذى وقع عليه العقد).

وقال في القواعد: ويجب تسليم الثمن أولاً، فلا يجب على المشتري الدفع قبله.

وفى مفتاح الكرامه: هو صريح المبسوط واللمعه والروضه، وقضيه كلام الشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد والدروس، وإن تسلمه المشتري قبل أداء الثمن كما هو صريح التذكره وقضيه إطلاق الباين.

أقول: استدلووا له بجمله أمور:

الأول: ما فى المسالك بأنه (إنما اعتبر هنا دفع الثمن أولاً، ولم يعتبر ذلك فى غيره من المعاولات كالبيع، بل اعتبر التسليم معاً، لأن هذه معاوله

قهره، أخذ العوض فيها بغير رضى المشتري، فيجبروهن قهره بتسليم الثمن إليه أولاً بخلاف البيع فإن مبناه على الاختيار، فلم يكن أحد من المتبايعين أولى بالبداة من الآخر(١) انتهى.

وفى الجواهر: (قلت: يمكن أن يكون مدركه قوله (عليه السلام): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»، بناءً على أن المراد من كونه أحق من غيره مع دفع الثمن. بل قد يقال: إن منه يستفاد مدخله دفع الثمن فى حصول الملك، أو فى استحقاق الأخذ بالشفعه، فلا وجه لوجوب التقابض هنا بعد توقف ملك الشفيع أو استحقاقه الأخذ بالشفعه على دفع الثمن) (٢).

واستدل ثالث بالأصل، فإن الأصل عدم حق الشفعه بدون إعطاء الثمن أولاً، فاللزام الاقتصار فيه على القدر المتيقن.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ الأول وجه اعتبارى لا يمكن أن يكون مستنداً لحكم شرعى، ولذا قال فى المسالك: (وهذه فى الحقيقة عله مناسبة لكن لا دلالة فى النصوص عليها، وإثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من إشكال، نعم اعتبرها العامه فى كتبهم، وهى مناسبة على قواعدهم) (٣).

وما استدل به الجواهر لا دلالة فيه إطلاقاً، إذ الظاهر من قوله: «أحق بها من غيره بالثمن»، يعنى فى مقابل الثمن، لا أن المراد أنه يعطى الثمن أولاً.

ومنه يعلم وجه النظر فى قوله بعد ذلك: (بل قد يقال: إن منه يستفاد مدخله دفع الثمن فى حصول الملك) (٤) إلى آخره.

بل لا دلالة لما حكى عن الغنيه والسرائر على أنه إنما يملك إذا دفع الثمن، حيث ربما توهم ذلك من

ص: ١٧٢

١- مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ٣١٢

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٢٨

٣- الجواهر: ج ٣٧ ص ٣٢٨

٤- مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ٣١٢

عبارتهما، حيث قالوا: (واشترطنا عدم عجزه عن الثمن، لأنه إنما يملك الأخذ إذا دفع إلى المشتري ما بذله للبائع، فإذا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعة) انتهى.

لظهور هذه العبارة في أنه بدون بذل الثمن بسبب التعذر لا حق له في الشفعة، لا أن اللازم أن يعطى الثمن حتى يملك.

ومنه يعلم حال الأصل الذي استدل به ثالثاً، ولذا كان المحكى عن المبسوط التصريح بأنه لا يشترط مع الأخذ باللفظ دفع الثمن في حصول الملك.

((الشفعة في معنى المعاوضة))

وقال في محكى جامع المقاصد: (إن اشتراط دفع الثمن في حصول الملك، لا- دليل عليه، والأصل عدمه، والشفعة في معنى المعاوضة إذ هي من توابع العين، ودفع أحد العوضين غير شرط في تملك الآخر، ولأنه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فورياً كالأخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن، وإمهال الشفيع ثلاثة أيام قد يدل على خلاف ذلك، وليس في النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور، والذي في روايه ابن مهزيار: «إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام إن أتاه بالمال وإلا فليبيع وبطلت شفعه في الأرض»<sup>(١)</sup>، وكذا الذي في كلام الأصحاب ليس صريحاً في اشتراط ذلك) انتهى.

ولذا فاللازم القول بأنه كسائر المعاملات يشترط التقابض.

قال في المسالك: (ولو قيل هنا بأن المعتبر التقابض معاً كالبيع كان وجهاً، فهو كالبيع فإن تقابضا فهو، وإلا فإن أخذ بالشفعة ورضى المشتري بالتأخير،

ص: ١٧٣

فهو، وإن لم يرض كان له إجباره والتقصص منه، فإن لم يرد ذلك حق له الفسخ كما فى البيع، كما أنه إذا أعطاه الثمن ولم يدفع إليه حق له إجباره والتقصص منه، فإن لم يرد حق له الفسخ.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر حيث قال:

(والذى يقع فى الذهن راجياً من الله تعالى أن يكون هو الصواب، هو أن الشفعة من الحقوق كالأختيار ونحوه، لا-المعاوضات المحتاجة للتقاض، كما عساه يشهد له ما تسمعه من الأصحاب فيما يأتى من أنه لا يكلف المشتري بقبض الشقص من البائع إن لم يكن قد قبضه وتسليمه للشفيع، بل ويشعر به أيضاً قوله (عليه السلام): «فهو أحق به من غيره»<sup>(١)</sup>). وحينئذ فالمتجه حصوله وإسقاطه بالفعل والقول على نحو الأختيار، فلا إشكال فى تحقق الأخذ بالشفعة مع التخليه من المشتري والقبض من الشفيع مع دفع الثمن منه أو الرضا بالصبر عليه)، إلى آخر كلامه.

فإن الذى يظهر من الأدله أن المصحح على الأخذ بالشفعة القول أو الفعل كالمعاطاه فى سائر المعاملات، وأن اللازم التقاض، إذ لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر فى الأخذ والعطاء، وأن المبطل هو عدم إعطاء المبيع مع عدم رضى الشفيع بالبقاء، فله الفسخ لما أخذه بالشفعة كما فى البيع، أو عدم إعطاء الثمن مع عدم رضى المشتري بالبقاء، كما أن الإسقاط من الشفيع مبطل، فإن هناك ثلاثه أمور: فقد يسقط، وقد يأخذ، وقد يترك، والترك على عدم الفوريه ليس معناه الأخذ أو الإسقاط كما هو واضح.

ص: ١٧٤

كما أن مقتضى الأدلة أنه يحق لكل منهما مراجعته الحاكم بعد الأخذ بالشفعة وإجبار الآخر بالتسليم، فإذا لم يمكن ذلك فللكل منهما التقاض، فإن أراد الجواهر من كونه من الحقوق كالخيار ما ذكرناه فلا بأس به، وإلا ففي ما ذكره نظر، ومن الواضح أن التقاض إنما هو في مرتبه متأخره عن المعاملة أو الحق، كالتقاض في باب سائر المعاملات، حيث إنه متأخر عن المعاملة.

فظاهر الجواهر حيث قال: (إن الشفعة من الحقوق كالخيار ونحوه لا-المعاوضات المحتاجة إلى التقاض، حيث جهل الأمرين أحدهما في قبال الآخر بإثبات أنه حق ونفى أنه كالمعوضه) غير ظاهر الوجه، فهو مثل أن يقال: إن البيع معاملة لا أنه تقاض.

ولا- إشعار في قوله (عليه السلام): «فهو أحق من غيره»<sup>(١)</sup>، لما ذكره إذ الحق يطلق على الملك وعلى الدرجة الأخرى من الملك، كحق التحجير عندهم، وعلى الأخرى من ذلك أيضاً، كحق السكنى في غرفه المدرسه، أو الجلوس في مكان من المسجد، وعلى الأخرى من ذلك أيضاً كحق السلام وتشيع جنازه وعياده المريض وما أشبه.

وليس المقام كالخيار، لأنه إذا أخذ بالخيار انفسخ العقد فلا رجوع، وليس هنا إذا أخذ الشفيع بالشفعة انتهى الأمر، بل إذا أخذ بالشفعة ثم لم يسلم المال حق للطرف الآخر إنهاء الحق، لأنه فوري في الجملة، كما يظهر من روايه ابن مهزيار المتقدمه<sup>(٢)</sup> بأنه إذا لم يأت بالمال ثلاثه أيام باع وبطلت شفيعته في الأرض.

ومما تقدم ظهر استقامه قول المسالك: (واعلم أن الملك للشفيع يحصل

ص: ١٧٥

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

بالأخذ قبل دفع الثمن، كما أن الملك يحصل في البيع بالعقد، ووجوب التسليم حكم آخر بعد.

نعم ما جعله بعد ذلك ليس بذلك البعيد، حيث قال: (وهل الحكم هنا كذلك، بمعنى عدم توقف الملك على التقابض، أم لا يتم ملك الشفيع هنا بدون تسليم الثمن، ليس في عبارته المصنف ما يدل على الأول، وذهب بعضهم إلى الثاني، وليس بذلك البعيد، ثم على تقديره هل يكون دفع الثمن جزءاً من السبب الملك، أم كاشفاً عن حصول الملك بالأخذ القولي، وجهان، أوجهما الثاني، وتظهر الفائدة في النماء المتخلل) انتهى.

بعيد، إذ مقتضى القواعد أن الملك لا يتوقف على التقابض، وإنما للمشتري أن يبطل أخذ الشفيع بالشفعه إذا لم يرض بتأخير الثمن، وإذا رضى بالتأخير بقي الملك، وإذا لم يرض بالتأخير أبطله أو بطل، وحينئذ فلا نماء متخلل للشفيع.

ومن ذلك يظهر وجه قول القواعد: (يملك الشفيع الأخذ بالعقد، وإن كان في مده الخيار على رأى، وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن، أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ، ولفظاً كقوله: أخذته أو تملكته، وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر) انتهى.

ثم الظاهر أنه إن رضى المشتري رضى مطلقاً كان له عدم دفع الثمن مده مديده، أما إن رضى بعدم الدفع مده محدد فبعد تلك المدة كان للمشتري مراجعه الحاكم والإجبار، أو الرضى الجديد بالصبر أو الفسخ، والنماء المتخلل قد عرفت حاله.



((لو اشترى شقصاً وعرضاً))

(مسألة ٤): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو اشترى شقصاً وعرضاً في صفقة أخذ الشقص خاصه بالشفعه بحصته من الثمن، بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، ولا يثبت بذلك للمشتري خيار لإقدامه، ولأن استحقاق الشفعه تجدد في ملك المشتري فلم يحصل شرط خيار تبعض الصفقه الذى هو كون التبعض فى العقد نفسه، ومن هنا لا فرق بين الجاهل والعالم كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره، لكن فى مجمع البرهان يمكن ذلك إذا ادعى كونه جاهلاً وقبل منه، فيثبت له الخيار، وإليه أشار المحشى، ولا يخفى عليك ما فيه) انتهى.

وهو كما ذكرناه، فإنه لا فرق بين العالم والجاهل، كما أنه لا فرق بين العالم والجاهل فى أصل الاشتراء بما فيه شفعه، فإذا اشترى محاباه بالأقل من قيمته وقد تعب للمحابه تبعاً كبيراً من وسائل ورشاوى ونحوها، فلا يحق له أن يقول: إني كنت جاهلاً بالشفعه، وإلا لم أتعب هذا التعب لأجل تقليل الثمن، فلى الخيار فى فسخ البيع حتى لا أبتلى بالشفعه.

ثم لو كان الانفكاك بين الشقص والعرض يوجب تقليل القيمة لكل منهما، فهل الشفيع مكلف بإعطاء القيمة القليله أو بتحمل نصف الضرر، أو بتحمل كل الضرر؟

مثلاً- كانت قيمتهما مجتمعاً عشرة، أما قيمه كل واحد منهما ثلاثه، فهل الشفيع يعطى الثلاثه أو خمسه، لفرض أن الضرر موزع على كل واحد منهما بقدر اثنين، أو السبعه، لأنه هو الذى سبب ضرر المشتري بقدر سبعه، احتمالات، من أن الثمن ثلاثه، ومن أن مقتضى قاعده العدل توزيع الضرر بينهما، إذ لا وجه لتحمل أحدهما أكثر من الآخر، ومن أنه لا يبقى فى يد المشتري إلا بقدر ثلاثه،

فلا وجه لتضرره، ودليل «لا ضرر محكم».

لا يبعد أن يكون للشفيع إعطاء الثلاثه، لكن إذا كان المشتري جاهلاً حق له فسخ معاملته مع البائع بدليل «لا ضرر»، كما استدلوا به في خيارى العيب والغبن، حيث إن الشيء الذى فيه الشفعه الموجه لضرر المشتري مع جهله بذلك، مشمول لدليل «لا ضرر».

أما مع علمه فلا، لأنه هو الذى أقدم على الضرر، وإن كانت المسأله بعدُ بحاجه إلى التأمل.

ولو كان الانفكاك بين الشقص والعرض يوجب زياده العرض قيمه، فالظاهر أن للمشتري الحق فى الأخذ من الشفيع بقدر قيمه الشقص لا- أقل منها، فلو كانا معاً سته بما كانت قيمه الشقص ثلاثه، لكنه إذا انفصل العرض عن الشقص صارت قيمته سبعة، فكل السبعة للمشتري، لإطلاق ما دل على أنه للشفيع بالثمن.

ولو انعكس بأن صارت قيمه الشقص بالانفكاك سبعة، فلا- حق للمشتري فى أخذ الزيادة عن الثلاثه، لأنه مقتضى كونه له بالثمن.

وقد تقدم عدم الاعتبار لزياده قيمه السوق، بل ظاهر بعض الروايات أنه يأخذ بالثمن وإن نقص بسبب حادث، فكان هذا هو البيع السابق، ويكون النقص من الشفيع لا من المشتري.

فقد روى محمد بن على بن محبوب (كما عن التهذيب)، عن رجل قال: كتبت إلى الفقيه (عليه السلام) فى رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم، وكان شريكه الذى له النصف الآخر غائباً، فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق جارف فهدمها وذهب بها، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعه من هذا، فأعطاه الشفعه على أن يعطيه ماله كاملاً الذى نقد فى ثمنها، فقال له:

ضع عنى قيمه البناء فإن البناء قد تهدم وذهب به السيل، ما الذى يجب فى ذلك، فوقع (عليه السلام): «ليس له إلا الشراء والبيع الأول إن شاء الله»<sup>(١)</sup>.

كما أن مقتضى دليل الشفعه أنه لو اشترى المشتري من المالك نسيئاً أو أقساطاً، فإنه ليس للشفيع تأخير الثمن، بل اللازم عليه الثمن النقد، بإطلاق روايه ابن مهزيار<sup>(٢)</sup> وغيرها، فتأمل.

ص: ١٧٩

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

((الشفيع ودفع مثل الثمن أو قيمته))

(مسألة ٥): قال الشرائع: (ويدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثلياً كالذهب والفضه، وإن لم يكن له مثل كالحيوان والثواب والجوهر، قيل: تسقط لتعذر المثليه، ولروايه على بن رثاب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) (١))، وقيل: يأخذها بقيمه العرض وقت العقد وهو أشبه) انتهى.

وقال في القواعد: (وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأى، سواء كان مثل قيمه المشفوع أم لا) انتهى.

أقول: إذا كان مثلياً فعليه مثله، ففي مفتاح الكرامه: (بلا خلاف كما فى الخلاف والمبسوط وغايه المراد والمسالك، والمراد نفيه فى الأولين بين المسلمين، وإجماعاً كما فى المختلف والإيضاح وغايه المراد أيضاً والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان وغيرها، وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر).

أقول: ويدل عليه الاعتبار والأخبار، فإن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن كما هو المتعارف فى الشفعه عند العقلاء، والشارع إنما قرر الشفعه كذلك لأنه لم يتصرف فيها، وقد ذكرنا غير مره: الشارع إذا سكت على معامله كان معنى ذلك أنه قد قرر العرفيه.

وأما الأخبار، فقد تقدم قوله (عليه السلام): بالثمن (٢))، مما ظاهره أنه بمثل الثمن، لكن حيث إن العرفيه وظاهر الخبر المستفاد عند العرف منه ليس أكثر من المماثله

ص: ١٨٠

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١١ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

العرفيه، فلا خصوصيه لخصوصيات الثمن إذا لم تكن خصوصيه عرفيه، مثلاً اشتراها بمائه دينار في دنانير فرديه، فإنه يحق للشفيح أن يعطيه دنانير أمهات العشره أو ما أشبه ذلك.

نعم إذا كان العرف يفرق بين القسمين لم يكن له التبديل، كما إذا كان الفرق بين الدنانير الذهبيه والدراهم الفضييه فيما لو كانتا رائجتين.

قال في مفتاح الكرامه: والأصل في ذلك قبل الأخبار الاعتبار بأن الشفيح يأخذ الشقص بالثمن، كما صرحت به أخبار الطرفين، وخصوصيات الشخص غير مراده غالباً قطعاً، فالمراد المثل لمساواته لما دفعه المشتري في غالب الأوصاف والخواص.

أما إذا كان المبيع قيمياً، فقد اختلفوا في ثبوت الشفعه بالقيمه وسقوطها، الثبوت هو خيره المقنعه والمبسوط والكافى والغنيه والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكره والإرشاد والتبصره والدروس واللمعه والمقتصر والتنقيح والمسالك والروضه والمفاتيح.

وفي السرائر إنه الأظهر من الأصحاب، وفي التحرير والمسالك إنه مذهب الأكثر، وفي الرياض إنه أشهر، وعليه عامه من تأخر، وفي الدروس إن القولين مشهوران، وبه قال أبو حنيفه والشافعي ومالك، وسقوط الشفعه خيره الخلاف والوسيله والمختلف وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والكفايه، وهو ظاهر الإيضاح، وميل إليه في التحرير ومجمع البرهان وهو المحكى عن الطبرسى، وقد يشعر به كلام النهايه والمهذب، وفي خلاف الإجماع عليه.

وفي جامع المقاصد إن الروايه نص فيه، ونحوه ما في التحرير، وبه قال سوار القاضى والحسن البصرى، ولا ترجيح في

جامع الشرائع وغايه المرام، ولا يظهر من المراسم وفقه الراوندى شىء من القولين، ونفى أبو على الشفعه إلا أن يأتى الشفيع بعين الثمن.

وقال فى الدروس: إن فى روايه هارون الغنوى(١) به إماماً، وفى الإيضاح: إن الإجماع على خلافه.

أقول: مقتضى القاعده هو ثبوت الشفعه، لعموم الأدله والاعتبار، فإن المتعارف فى زمن النبى والأئمه (صلوات الله عليهم أجمعين) تبديل العروض بالعروض، وإن كانت الأثمان النقديه أيضاً رائجه، فلا يمكن حمل روايات الشفعه الكثيره على ما إذا كانت أثماناً فقط، ولله أو الحكمه المذكوره فى بعض الروايات السابقه(٢) من دليل «لا ضرر»، فإنها تشمل كلا القسمين، وربما أيد أيضاً بفتوى المفيد به فى المقنعه التى هى متون أخبار، وعمل من لا يعمل إلا بالقطعيات كأبى الصلاح وأبى المكارم وأبى عبد الله.

((لو تعذر المثل فى ثمن الشفعه))

وأما القول بعدم الشفعه، فقد استدل له بتعذر المثليه المعتبره فى الشفعه، وأن ظاهر قوله (عليه السلام): «بالثمن(٣)» مثل الثمن لا قيمته.

وخبر على بن رثاب الذى رواه فى الفقيه، وفى قرب الإسناد فى الصحيح، وفى التهذيب فى الموثق، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل اشترى داراً برقيق وممتع ويز وجوهر، قال: «ليس لأحد فيها شفعه».

بل ومرسل ابن محبوب المتقدم، حيث قال (عليه السلام): «ليس له إلا الشراء

ص: ١٨٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١

والبيع الأول إن شاء الله تعالى»(١).

مما ظاهره أن يكون مثل الثمن.

ويؤيد روايه دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «من اشترى حصه برقيق أو متاع بز أو جوهر أو ما أشبه ذلك فليس فيه شفعه»(٢).

هذا بالإضافة إلى أصالة عدم الشفعه في مورد الشك، كما تقدمت غير مره.

والعمده هي روايه على بن رثاب(٣)، ولذا اقتصر عليها المحقق، بل وبعض آخر، إذ خبر هارون وغيره: من أن الشريك أحق من غيره بالثمن(٤)، ومرسل ابن محبوب: «أن يعطيه ماله كمالاً الذي نقد في ثمنها... وليس له إلا الشراء والبيع الأول»(٥)، لا دلالة فيهما، للعرفيه في معنهما، خصوصاً وقد عرفت تعارف كون الثمن بضاعه في زمن الروايات فهو ليس بمجاز، وإن قال به المسالك، حيث إنه قال بعد تعذر العلم بعدم إرادته الحقيقه: (فالواجب أقرب المجازات إليها بحسبها، فإن كان مثلياً فالأقرب إليه مثله، وإن كان قيمياً فالأقرب إليه قيمته، وهذا واضح، أما اختصاصه بالمثل فلا، إذ لو كان الثمن قيمياً فلا بد من اعتبار مجازه، حيث لا تراد الحقيقه، وإلا لزم اختصاص الحكم بالحقيقه فيرد مثله في المثلي، لأن المثل ليس بحقيقه) انتهى.

ومنه يعلم بعد ما عن أبي على من أنه اعتبر في الشفعه عين الثمن التي دفعها

ص: ١٨٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٩ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

٥- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

لتقيده بحقيقه اللفظ، إذ ليس ذلك حقيقه اللفظ، فإن الألفاظ لها ظهورات عرفيه، والظهورات العرفيه هي المتبعه وإلا انهدمت اللغات، ولذا قال فى الجواهر إنه: (يمكن دعوى القطع بخلافه، وأن المراد المثل) (١)، وكان المحكى عن الإيضاح أن الإجماع على خلافه.

ومنه يعلم ضعف ما عن الدروس أن فى روايه هارون الغنوى إماماً بما ذكره أبو على، فأى إمام هذا والعرف لا يفهمه إطلاقاً.

وروايه الدعائم (٢) ضعيفه سنداً، ولم أر من الفقهاء من استدل بها، فلا يمكن الاعتماد عليها.

((ما أشكلوا على روايه ابن رثاب))

أما خبر ابن رثاب (٣)، فقد أشكل عليه:

أولاً: ضعف السند، قال فى المسالك فى وجهه: (إن فى طريقه الحسن ابن سماعه) (٤) وهو واقفى، والعجب من دعوى علامه فى التحرير صحته مع ذلك) انتهى.

وثانياً: بضعف الدلاله، قال فى المسالك فى وجهه: (إنه لا يدل على موضع النزاع، فإن نفى الشفعه أعم من كونه بسبب كون الثمن قيمياً أو غيره، إذ لم يذكر أن فى الدار شريكاً فجاز نفى الشفعه لذلك عن الجار وغيره، أو لكونها غير قابله للقسمه، أو غير ذلك، وبالجمله فإن المانع من الشفعه غير مذكور وأسباب المنع كثيره، فلا وجه لحمله على المتنازع فيه أصلاً، والعجب مع ذلك من دعوى أنها نص فى الباب مع أنها ليست من الظاهر فضلاً عن النص) انتهى.

وقد أشار بذلك إلى قول جامع المقاصد، حيث إنه ادعى أن الروايه نص فى الباب.

ص: ١٨٤

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٣٥

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٩ ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١

٤- انظر رجال النجاشى: ص ٣٢



وثالثاً: باضطراب النسخه، ففي مفتاح الكرامه:

إنه رواه مرتين كاشف الرموز: «في رجل اشترى دراهم برقيق ومتاع» بل ظاهره أنه لا يعرف فيها لفظ الدار أصلاً، قال في شرح قوله في النافع: فلا تسقط الشفعه استناداً إلى روايه فيها احتمال (١)، مانصه: «إنها مقصوره على من اشترى دراهم برقيق ومتاع وبز جوهر، فالتعدى إلى غير ذلك من المحتمل، وكذا يحتمل أن تكون الشركه في الدراهم) انتهى.

وكلامه كالصريح في أنه ليس هناك لفظ دار، وإلا لما احتمل هذين الاحتمالين، لأنه لا مناص له عنهما، وهو من العلماء المتقدمين الكبار ممن إذا قال يسمع، فلا بد أن يكون قد تأمل وتتبع، فقد حصل وهم في الخبر من هذه الجبهه، انتهى.

ورابعاً: بأنه يستلزم نقض الغرض، إذ لكل إنسان يبيع ما فيه الشركه أن يجعل شيئاً ولو قليلاً مع الثمن حتى لا يتمكن الشفيع من أخذ الشفعه، وبعيد عن الشارع الحكيم أن يجعل الأمر كذلك.

وخامساً: إنه لو قيل به لزم الانحصار فيه على مورد النص، وهو رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبز جوهر، إذ لا وجه للتعدى بعد الإطلاقات المتقدمه، ولا بأس بالقول بالاختصاص.

وسادساً: الحمل على التقيه.

قال في الجواهر: (لا يخفى عليك انسياق كون الشفعه في الدار المزبوره لمكان الثمن المذكور، وإلا فلا فائده في تعداده في السؤال، وعدم ذكر الشريك لمعلوماته كون الشفعه عند الإماميه له لا لغيره، واحتمال نفيها لاحتمال عدم القسمة وغيره خلاف ما يشعر به تعداد الثمن في السؤال، بل كان ينبغي التعبير بغير

ص: ١٨٥

١- انظر الجواهر: ج ٣٧ ص ٣٣٧، ومفتاح الكرامه: ج ٦ ص ٣٦٦ س ١٤

هذه العبارة على أن ترك الاستفصال فيها كاف، بل قد يدعى الصراحة في ذلك بملاحظته إرادته الرد بها على ما هو المعروف من فتوى أبي حنيفة والشافعي ومالك بثبوت الشفعة في نحو ذلك) انتهى.

وسابغاً: إنه خلاف الحكمه في الروايات المصرح بها بعدم الضرر(1))، فإنه أى فرق فى تضرر الشفيع بأن يكون الثمن عيناً أو نقداً.

وثامناً: بأنه خلاف الشهره المحققه القدمائيه مما لا يعارضها شهره المتأخرين، فإنه لم يقل بالمنع من المتقدمين إلا الخلاف والوسيله كما يظهر من المجاميع، والشيخ له فتويان فى الخلاف اختار سقوط الشفعه، وفى المبسوط اختار وجود الشفعه، وعليه فليس من المتقدمين إلا الوسيله.

((رد الإشكالات))

لكن لا يخفى عدم استقامه بعض هذه الإشكالات.

أما الأول: فلأن السند لا بأس به (2)).

قال فى الجواهر فى رد إشكال المسالك على السند: (لا يخفى عليك ما فيه:

أولاً: إنها مرويه فى الفقيه وغيره فى الصحيح.

وثانياً: إنها على ما ذكر من قسم الموثق الذى فرضنا حجته فى الأصول.

وثالثاً: إنها معتضده ومنجبره بما سمعت من الإجماع المحكى والروايات المرسله والشهره المحكيه فى الدروس) انتهى.

لكن لا يخفى أن وجهه الثالث فيه ما فيه.

وأما الثانى: فقد أشكل فيه بالدلاله لظهور الروايه (3)) فى أن المسقط للشفعه

ص: ١٨٦

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

٢- انظر ترجمه الحسن بن محمد سماعه، فى رجال النجاشى: ص ٣٢

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١

كون الثمن المذكور منها، لكن فيه ما ذكره الجواهر ولم يجب عنه بجواب مقنع.

قال: (ودعوى معارضه ذلك بأنها ذكر فيها أن المبيع الدار والمتبادر منها المجموع، وهو مما لا يتأتى فيه بعد الشراء شركه توجب الشفعه، ولا- تثبت إلا- من حيث الجوار، فنفي الشفعه فى الروايه يحتمل أن يكون مستنداً إلى هذا، ولو أريد من الدار بعضها تعين ما استظهر من السياق، لأن إطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلا بالقرينه، وهى فى الروايه مفقوده، يدفعها ظهورها على كل حال فى أن المسقط للشفعه كون الثمن المذكور منها) انتهى.

وفيه: إنه لم يعرف وجه الظهور المذكور على كل حال، غايه الأمر أن تكون الروايه مجمله وهى كافيه فى عدم الاعتماد عليها، ولو كانت صريحه أو ظاهره لم يقع هذا الاختلاف العظيم بين الفقهاء فى دلالتها.

ولذا رد مفتاح الكرامه هذا الاحتمال بقوله: (وأما ما فى مجمع البرهان مما حاصله من أن الظاهر أن السؤال فيها إنما هو من حيث الشراء بذلك الثمن، ولو كان المراد من السؤال معنى آخر ككون الدار لا شريك فيها، وأن المراد نفي الشفعه بالجوار، لما كان لذكر قيمه وجه، ولكان حق السؤال التصريح بذلك بعبارة أخرى تؤدى ذلك).

ففيه: إن الظاهر المتبادر من الدار جميعها، وأن الظاهر من السؤال ما ذكرت، ونفي الشفعه فيها يحتمل أن يكون مستنداً إلى هذا وإلى هذا، ويحتمل أن يكون تجاوز بالدار اعتماداً على قرينه حاله، ويحتمل أن يكون أراد بيان حال المشتري فى السؤال، وأنه تكلف ودفع فى ثمنها ما يقدر عليه وما هو تحت يده، ولذلك خلط فى السؤال بين الخاص والعام معرضاً بشكايه حاله، وأن

جاره يريد أن يشفع فيها أخذاً بقول أبي حنيفة والثوري وابن شبرمه وابن أبي ليلى الذين هم قوه الكوفه في عصر علي بن رثاب، فقال (عليه السلام): «لا شفعه لأحد عليها»<sup>(١)</sup> غير متق منهم لمخالفه عمر وعثمان وسعيد بن المسيب ويحيى بن سعيد الأنصاري وربيعه وغيرهم لهم، ولعل هذا أظهر لأن الأصل عدم القرينه الحاليه) انتهى.

وعن الثالث: إن اضطراب النسخه لا يمكن أن يمنع من العمل بالروايه على تقدير دلالتها، إذ الأقوى ما في النسخ المشهوره.

ومنه يعلم أن احتمال رمى روايه كشف الرموز بالغلط، كما في الجواهر محل نظر، فقد قال في الجواهر معرضاً بمفتاح الكرامه: (ومن الغريب ما في بعض الكتب من المناقشه في الخير المزبور بأن الأبي في كشف الرموز رواه: رجل اشترى دراهم بريق ومتاع، إذ هو وإن كان كذلك كما هو عندنا في نسخه قديمه، لكن منه الغلط الذي لا يصلح معارضاً لما في الجوامع العظام وكتب الفروع، إذ لعل هناك روايه أخرى وجدها ولم نظفر لها.

ويرد على كل من الرابع والسابع: إنه على تقدير دلالة الروايه لا يتمكنان من مقاومته كما هو واضح.

وعلى الخامس: بأنه وإن كان محتملاً- إلا- أنه لا قائل به، ففهم الفقهاء من الطرفين حجه على خلافه، نعم هو محتمل في نفسه، وإن كان خلاف ما يستفاد من الملاك.

أما التقيه، فلا- يظهر وجه لها بعد تضارب أقوال العامه في ذلك كما عرفت، ولذا قال في مفتاح الكرامه: ولا ترجيح لأحدهما بموافقه العامه أو مخالفتها،

ص: ١٨٨

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١

لأنه قد قال بكل قوم.

وعلى الثامن: إن الشهره القدامئيه وإن كانت محققه إلا أنها معارضه بشهره المتأخرين، وقد قال جمع من المدققين: إن شهره من المتأخرين أقوى لأنهم أدق وأكثر استيعاباً، وإن كان في هذا الكلام نظر إلا أن مثل هذه الشهره لا تكفى في الاستناد، فإنها ليست داخله في قوله (عليه السلام): «خذ بما اشتهر بين أصحابك، ودع الشاذ النادر»<sup>(١)</sup>، لاحتساب مورده ولا حسب الملاك، لأنه إذا كانت شهره الروايه موجه للاستناد فشهره الفتوى موجه أيضاً.

وعلى كل حال، فلا يمكن الاعتماد على مثل هذه الشهره في تضعيف الروايه<sup>(٢)</sup>.

((ثبوت الشفعه في القيمي أيضاً))

وكيف كان، فقد علم مما تقدم ثبوت الشفعه في القيمي كالمثلى.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: الإنصاف أن عدم ثبوت الشفعه (أقوى)، ولو للشك من تعارض الأدله، وقد عرفت أن الأصل عدم الشفعه<sup>(٣)</sup>، كوجه النظر فيما حكى عن الخلاف من أن على عدم ثبوت الشفعه إجماع الفرقه وأخبارهم، كما يظهر وجوه النظر في قول الحدائق، فإنه بعد أن اختار عدم الشفعه، قال: ويؤيد القول بالبطالان أن الشفعه إنما يكون بمثل الثمن، والثمن هنا ليس من ذوات الأمثال. والقائلون بالجواز إنما يجيبون القيمه وقت العقد وهي ليست مثل الثمن والمثمن.

ويشير إلى ذلك أيضاً روايه الغنوى المتقدمه<sup>(٤)</sup>، وقوله فيها: «فهو أحق بها

ص: ١٨٩

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٧٥ الباب ٩ من صفات القاضى ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١

٣- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٣٤

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

من غيره بالثمن» وهو إنما يتحقق بالمثل، لأن الحمل على الثمن الحقيقي متعذر فيصير حينئذ إلى أقرب المجازات وهو المثل، والمحقق في النافع بعد أن اختار جواز الشفعه نسب القول بسقوط الشفعه إلى روايه فيها احتمال. وقال بعض الأصحاب في الاحتمال المذكور: قصر الروايه على موردها، ولا يخفى ما فيه من البعد، سيما مع اعتضاد الروايه المذكوره بما ذكرناه في الأصل) انتهى.

ص: ١٩٠

((هل طلب الشفعة فورى))

(مسألة ٦): قال فى الشرائع: (وتبطل بترك المطالبه مع العلم وعدم العذر، وقيل: لا تبطل إلا أن يصرح بالإسقاط ولو تناولت المده، والأول أظهر).

وفى مفتاح الكرامه عند قول علامه: (ويجب الطلب على الفور، فلو أخر مع إمكانه بطلت شفעתه على رأى) القول: (بأن أخذ الشفعه على الفور هو المشهور كما فى التذكره، والأشهر كما فى الروضه، ومذهب الأكثر كما فى المفاتيح، ومذهب الشيخ وأتباعه وأكثر المتأخرين كما فى المسالك، وعليه الفتوى كما فى التنقيح، وإجماع الفرقه كما فى الخلاف، وقد حكاه عنه كاشف الرموز والمصنف فى المختلف والشهيدان فى غايه المراد والدروس والمسالك وغيرهم ساكتين عليه.

وفى الرياض تاره إن الشهره به عظيمه، وأخرى إنه المشهور، وعليه عامه المتأخرين، وهو خيرها النهايه والخلاف والمبسوط، وصرح به فى عدده مواضع منه، والوسيله والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكره والإرشاد والتبصره والمختلف والإيضاح وشرح الإرشاد والفخر وغايه المراد والدروس واللمعه والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضه والمفاتيح، وهو المحكى عن على ولد الشيخ والطبرسى، وعن والد المصنف وسديد الدين ونجيب الدين والقاضى.

والمخالفون القائلون بالتراخى، وأنه لا- تسقط إلا- بالإسقاط: أبو على وعلى بن الحسين الصدوق على ما حكى عنهما، وعلم الهدى وأبو المكارم وابن إدريس، وهو ظاهر أبى الصلاح، وفى الانتصار الإجماع عليه، وفى السرائر إنه أظهر بين الطائفه.

وقد نسب هذا القول فخر الإسلام إلى سلاله، ولا تعرض له فى المذهب والمقنع والمقنعه والمراسم وفقه الراوندى، ولا ترجيح فى التحرير والمذهب

أقول: استدل القائلون بالفور بالنبوين (صلى الله عليه وآله)، أحدهما: «الشفعه لمن واثبها»<sup>(١)</sup>، والآخر: «الشفعه كحل العقل»<sup>(٢)</sup>، وبحسن ابن مهزيار السابق المشتمل على بطلان شفعه من طلب ثم مضى لاحضار الثمن فلم يأت إلى ثلاثه أيام<sup>(٣)</sup>، بتقريب أنه لو كانت الشفعه على التراخي لم تبطل بذلك، ويقول (صلى الله عليه وآله): «بالشفعه بين الشركاء، ولا ضرر ولا ضرار»<sup>(٤)</sup>، إذ التراخي يوجب الضرر والضرار. ويقول (عليه السلام): «الغائب على شفعتة»<sup>(٥)</sup>، المشعر بكون ذلك من جهه الغيبه التي هي عذر له.

هذا بالإضافة إلى الإجماع المتقدم عن الخلاف، وأن ذلك مقتضى الأصل، لأن المتيقن ثبوتها على الفور، وإلى قاعده «لا ضرر» وإلى ما أيد ذلك أيضاً بأن مذهب العامه التراخي، فالفور هو مقتضى كون الرشد في خلافهم.

لكن الظاهر أن شيئاً من ذلك لا يوجب الإطمينان بالفور.

إذ يرد على النبوين بالإضافة إلى عدم صحه السند ضعف الدلاله، فإن (لمن واثبها) لا يدل على السرعة، بل يمكن أن يكون المراد أخذها، فكأن الشفيع يثب ليعلو على المشتري فيأخذ العين منه، فإن قول فلان وثب لا يدل على أنه أسرع، فهما مفهومان، والمواثبه التي هي من باب المفاعله تدل على أن كل واحد من الشفيع والمشتري يريد الاستعلاء على الآخر بأن تكون العين

ص: ١٩٢

١- انظر المسالك: ج ٢ ص ٢٨٣ سطر ٩

٢- انظر سنن ابن ماجه: ج ٢ ص ٨٣٥ ح ٢٥٠٠

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

٥- امستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦



له، كما أن (كحل العاقل) لا يدل على السرعة، وإنما ظاهره أنه حل للعقد، كما أن حل العقال حل للبعير أو لرجله.

والقول بأن الرويتين المذكورتان في كتب الأصحاب ومنجرتان بالشهره، فيه: إن ذكرهما في كتب الأصحاب مستندين إلى العامه لا ينفع، وقد قال في المسالك: (في الاستدلال من الجانبين نظر، لأن الخبرين الأولين عاميان) انتهى.

هذا وفي الجواهر ضعف السند حتى عند العامه فيهما، قال: (في الإسعاد الذي هو من أجل كتب الشافعيه: إن إسناده ضعيف. وقال ابن حيان: لا أصل له، وقال البيهقي: ليس بثابت) (١) انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره مفتاح الكرامه تأييداً للخبرين بقوله: (وما في الرياض من أن الشهره المتأخره عن حكاية الإجماع لا تجبره ولا تعضده فغير مسلم، لأنها كما توهنه إذا كانت مخالفه له فكذلك تجبره إذا وافقته كما حرر في محله، وقد تحرر في موضعه أن الخبر العامي إذا نقله أصحابنا واستدلوا به إنه يصح لنا العمل به، ولا سيما إذا شهد مثل الشهيد باشتهاره، إلى آخر ما ذكره، وسيأتي الكلام في اعتضاد الشهره بالقول بالفور.

وأما خبر ابن مهزيار (٢)، فالظاهر أن دلالة غير واضحه، لأنه:

أولاً: بعد حصول سبب الشفعه.

وثانياً: يناهى الفوريه، إذ القائل بها لا يجعل انتظار ثلاثه أيام لإحضار الثمن من جمله العذر فيها، خصوصاً مع دعوى الغيبه في بلد آخر.

ص: ١٩٣

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٢٥

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

قال في الجواهر: (خصوصاً مع ما فيه من رائحه الموافقه للمحكي عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى، من أنها تمتد إلى ثلاثه أيام كالشافعي في أحد أقواله) انتهى.

ولذا قال في الحدائق: (وأما استدلال العلامة على هذا القول بروايه على ابن مهزيار(١)) بالتقريب الذي ذكره، فيمكن معارضته بأنه لو كان الفوريه واجبه لما رخص في التأخير ثلاثه أيام أيضاً) انتهى.

وأما روايه قضاء رسول الله (صلى الله عليه وآله) بلا ضرر ولا ضرار(٢))، ففيه: إنه على التراخي أدل، حيث يمكن أن يستدل به على أنه ليس للشفيع عدم الأخذ إلى حين ضرر المشتري، وحديث الغائب على شفيعته(٣)) لا دلالة فيه، لظهور الحديث في إرادته بيان عدم اعتبار الحضور في الشفعه وإلا فالحديث شامل للمتمكن من المجيء والتوكيل وغيرهما.

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، قال: «الشفعه للغائب والصغير كما هي لغيرهما إذا قدم الغائب وبلغ الصغير»(٤)).

فإن الصغير غالباً يكون له ولي، وكثيراً ما يعلم الولي بالبيع، بل وأصرح منه قول أبي عبد الله (عليه السلام) كما في الدعائم، في الشفيع يكون غائباً عن البيع قال: «لا يقطع شفيعته حتى يحضر، علم بالبيع أو لم يعلم»(٥)).

أما الإجماع، فقد عرفت أنه معارض بإجماع المرتضى على الخلاف،

ص: ١٩٤

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦

٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦

فهو صغرى ممنوع، مضافاً إلى أنه محتمل الاستناد، بل ظاهره، والأصل لا مجال له في قبال المطلقات، بل ربما يعارض بما ذكره المرتضى (رحمه الله) قال: (ويقوى ذلك أن الحقوق في أصول الشريعة وفي العقول أيضاً لا تبطل بالإمساك عن طلبها، فكيف خرج حق الشفعه عن أصول الأحكام الشرعية والعقلية، فإن من لم يطلب دينه أو وديعته لا يبطل حقه بالتغافل عن الطلب) انتهى.

وحاصله: وجود الأصل العقلاني والأصل الشرعي، وهو قوله (عليه السلام): «فإن حقوق المسلمين لا تبطل»<sup>(١٢)</sup>، وما أشبهه، بعد رؤيه العرف أنه حق، فهما الأصل في هذه المسألة الواردة على الأصل الأولى، كأصالة الصحة في البيع الواردة على أصل عدم الانعقاد، وأما خلاف العامه ففيه إن العامه مختلفون.

قال في مفتاح الكرامه: (إن العامه مختلفون في المسألة أشد اختلاف، إلا أن القول بأنها على التراخي ولا تسقط إلا بالإسقاط والتصريح بالترك أحد أقوال الشافعية وقول مالك، وفي انقطاعه عنه روايتان إحداهما أنه يمتد إلى سنه، فإن عفا وإلا كان للمشتري أن يرافعه إلى الحاكم، وللشافعي قول آخر وهو أنها على التأييد كالقصاص، ولا يملك مرافعته للحاكم، وقد قال ابن المنذر: هذا قول جماعه من أهل العلم، وآخر وهو أنها تمتد ثلاثه أيام.

والحاصل: إن للشافعي خمسه أقوال، وله في كل قول منها موافق، وقد وافقه في أنها على الفور أبو حنيفه وابن أبي ليلى وابن شريك، وحكى أبو الحسن عن أبي حنيفه أنها تمتد ثلاثه أيام، وهو المحكى عن ابن أبي ليلى، وحكى عنه (أى أبي حنيفه) محمد أنه على شفعته أبداً بعد الإشهاد، وقال محمد: إذا

ص: ١٩٥

تركها شهراً بطلت، وقال أبو يوسف: إذا أمكنه أن يطالب عند القاضى فلم يفعل بطلت، وعن الشعبي إن خياره يمتد يوماً، إلى غير ذلك مما حكى عنهم فى الانتصار والمبسوط والخلاف والتذكرة) انتهى.

ولعل الخبر المروى فى الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (1) محمول على التقية، أو على الإلزام، ولعله كان ما ذكره (عليه السلام) قول بعض من تقدمه، قال: فى الشفيع يحضر وقت الشراء ثم يغيب ثم يقدم فيطلب شفيعته، قال: «هو على شفيعته ما لم يذهب وقتها، ووقت الشفيعه للحاضر البالغ سنه، فإذا انقضت السنه بعد وقت البيع ولم يطلب شفيعته فلا شفيعه له».

وكيف كان، فالشهره القدمائيه للقول بالتراخى، لأنه كما عرفت قول أبى على والصدوق والمرتضى وأبى المكارم وابن إدريس وأبى الصلاح، وفى السرائر إنه أظهر بين الطائفة.

أما القول بالفور، فهو محكى عن الشيخ والوسيله فقط من المتقدمين، إذ القاضى أيضاً غير معلوم أنه قال به.

قال فى مفتاح الكرامه: (لا تعرض له فى المهذب، فالحكاية أنه من القاضى لعله فى الكامل).

وأما التأييد بقاعده «لا ضرر»، فقد عرفت ما فى «لا ضرر» من عدم الدلاله على الفور إن لم يكن دالاً على التراخى.

وعلى هذا، فإطلاقات أخبار الباب هى المحكمه فى المسأله، وأنها على التراخى، وربما أئيد بإجماع المرتضى والاستصحاب والشهره القدمائيه،

ص: ١٩٦

ودليل «لا ضرر» والروايه المتقدمه عن الدعائم(١) وغيرها.

ورجحه الجواهر قائلاً: (مال فى الرياض إلى التراخى، ولعله لا يخلو من قوه ما لم يصل إلى حد الضرر، نحو ما سمعته منهم فى انتظار مدعى غيبه الثمن فى بلد آخر، بل لو وجد قائل بأنه على التراخى ما لم يتضرر المشتري نحو ما سمعته فى دعوى غيبه الثمن التى مرجعها إلى ما يقرب من ذلك، لكان فى غايه القوه) انتهى.

أقول: بل ظاهر القائلين بالتراخى هو ما ذكره، إذ دليل «لا ضرر» محكم، فالقائل بالتراخى لابد وأن يقيد قوله بلا ضرر.

ومنه يعلم عدم وجه توقف المسالك فى المسأله، حيث قال: (وفى الاستدلال من الجانبيين نظر، لأن الخبرين الأولين عاميان، والثالث كما لا يدل على التراخى لا يدل على الفوريه كما لا يخفى، وثبوتها على خلاف الأصل يوجب المصير إليها حيث يدل عليه الدليل، سواء حصل الاتفاق عليه أم لا، والضرر يزول بضمان الشفيح الأرض على تقدير القلع كما سبق، ودعوى الإجماع من الجانبيين تحكم ظاهر، وهذا مما يرشد بفساد هذه الدعاوى وعدم الوثوق بها فى مواضع الاشتباه لكثرة المجازفه الواقعه فيها) انتهى.

ومراده بالثالث حسنه ابن مهزيار المتقدمه(٢)، كما أن منه يعلم وجه النظر فى قول الحدائق، حيث جعل التراخى هو مقتضى القاعده، قال: (والتحقيق أن المسأله لعدم النص الواضح محل إشكال، وإن كان القول الأول لاعتباره بالأصل الذى

ص: ١٩٧

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

قدمنا ذكره في غير موضع مما تقدم مع اعتباره بالاحتياط الذي هو واجب في موضع الاشتباه الذي منه خلو المسأله من الدليل لا يخلو من قرب) انتهى.

ص: ١٩٨

((مما لا ينافى الفور))

(مسألة ٧): قال فى الشرائع: (وإذا علم \_ أى الشفيع \_ بالشفعه فله المطالبه فى الحال، فإن آخر لعذر عن مباشره الطلب وعن التوكيل فيه لم تبطل شفعتة، وكذا لو ترك لتوهمه كثره الثمن فبان قليلاً، أو لتوهم الثمن ذهباً فبان فضه، أو حيواناً فبان قماشاً، وكذا لو كان محبوساً بحق وهو عاجز عنه وعجز عن الوكاله، وتجب المبادره إلى المطالبه عند العلم، لكن على ما جرت العاده به غير متجاوز عاداته فى مشيه، ولو كان متشاغلاً بعباده واجبه أو مندوبه لم يجب عليه قطعها وجاز الصبر حتى يتمها، وكذا لو دخل عليه وقت الصلاه صبر حتى يتطهر ويصلى متأيداً، ولو علم بالشفعه مسافراً فإن قدر على السعى أو التوكيل فأهمل بطلت شفعتة، ولو عجز عنهما لم تسقط وإن لم يشهد بالمطالبه) انتهى.

أقول: المسأله على التراخى الذى اخترناه واضحه، وأما على الفور فقد استثنى منه الأشياء التى لا تنافى الفوريه العرفيه كصلاه الجماعه، كما استثنى منه ما لو كان جاهلاً، كما أنه لا يلزم عليه الأخذ القولى فيما إذا كان غائباً أو محبوساً أو ما أشبهه، وسيأتى وجه هذه المسائل الثلاث.

قال فى المسالك: (لا كلام فى أن الشفيع إذا علم بالشراء له المطالبه بالشفعه فى الحال، وإنما الكلام فى أن المبادره مع الإمكان شرط فى الاستحقاق، فتبطل مع الإخلال به أم لا، والمصنف لم يصرح هنا بذلك، بل اقتصر على أن له المطالبه فى الحال، وعلى أن التأخير لعذر غير مبطل للشفعه، وكلاهما لا إشكال فيه، وحيث يعتبر الفوريه فلا يقدر فيها تأخيره لعذر يمنع المبادره إليها مباشره أو توكيلاً.

وقد ذكر من الأعداد ما لو ترك لتوهمه كثره الثمن لأماره أوجبته كإخبار

مخبر ثم ظهر كذبه ونحو ذلك لا- بمجرد الاحتمال، فإن الشفعه باقيه إلى حين العلم بحقيقه الحال، فتصير فوريه حينئذ على القول به، وإنما كان ذلك عذراً، لأن قله الثمن مقصوده فى المعاوضه، وربما كان الترك مستنداً إلى الكثره، ومثله ما لو اعتقده ذهباً فبان فضه، أو حيواناً فبان قماشاً، ونحو ذلك، لأن الغرض قد يتعلق بجنس دون آخر، لسهوله تحصيله عليه أو غيرها. وكذا لو كان محبوساً بحق هو عاجز عن أدائه، بخلاف ما لو كان قادراً، لأن التأخير من قبله حينئذ، إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبه)، إلى آخر كلامه.

ثم إنه استدل لعدم ضرر ما لا ينافى الفوريه، بأن المستفاد من الأدله الفور العرفى، والأمور المذكوره لا تنافيه، فإطلاقات الأدله شامله للأخذ بالشفعه ولو بتراخ لا يضر الفور العرفى.

((إذا كان جاهلاً بالشفعه))

كما أنه استدل لعدم الضرر فيما إذا كان جاهلاً بدليل «لا ضرر»، و«الغائب على شفعتة»<sup>(١)</sup> وما أشبهه، وكلا الأمرين مقتضى القاعده إذا قلنا بلزوم الفور.

ولذا قال فى القواعد: (وتسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توانياً على رأى، فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فإن منع بمرض أو حبس فى باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنه ومنه ثقيله، فإن لم يجد فليشهد، فإن ترك فالأقرب عدم البطلان، فإن بلغه الخبر متواتراً أو بشهاده عدلين، فقال: لم أصدق، بطلت شفعتة، ويقبل عذره لو أخبره صبى أو فاسق أو عدل واحد. ولو أخبره مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعه بطلت وإن لم يكن عدلاً، لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن) انتهى.

ص: ٢٠٠

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعه ح ٤



ومنه يعلم عدم الفرق بين الأعذار التي ذكرها الشرائع مما لا- تنافى الفوريه، وبين غيرها كمقدمات الصلاه والطهاره وانتظار الجماعه وتطلب الرفقه فيما يكون إلى محل المشتري طريق، وكان الطريق مخوفاً ليصحبهم هو أو وكيله إلى المشتري، أو زوال الحر والبرد المفرطين، وليس الخف ونحوه، وغلق الباب والخروج من الحمام بعد قضاء وطره لو سمع بعد دخوله، والخروج من الكنيف، والصبر إلى أن يفتح المشتري دكانه، لعدم تعارف الذهاب إلى داره، والسلام على المشتري بعد وصوله إليه، وتحيته بالمعتاد، والانتظار حتى يقضى أشغال من تقدمه ممن وقفوا في الصف.

بل ومثل تشييع الجنازه وقضاء حاجه المؤمن وعياده المريض والاعتكاف فيما كان محل المشتري بعيداً، حيث يكون الخروج من محل الاعتكاف موجباً لإبطال اعتكافه، وانتهاء الدرس فيما إذا كان يدرس أو يدرس، وانتهاء الأذان أو الإقامه فيما إذا كان مؤذناً أو مقيماً، إلى غير ذلك من الأمثله الكثيره والتي ذكر جملته منها الشيخ والفاضل والشهيدان وجامع المقاصد وغيرهم، هذا كله بالنسبه إلى ما لا ينافى الفوريه.

((ضابط العذر في التأخير))

وأما بالنسبه إلى الجهل، فقد حكى عن المبسوط أنه عقد لها ضابطاً يدخل فيه الجهل بقوله: (وجملته أن الشفيع متى بلغت الشفعه ولم يأخذ لغرض صحيح ثم بان خلاف ذلك لم تسقط شفعته).

وقال الكركي في ضابطه: (كل أمر ظهر له وقوع البيع عليه، والغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه، فالشفعه بحالها لا تبطل للعذر).

وفي المسالك: (إن التأخير لغرض صحيح أو عذر معتبر لا يخل بالفوريه).

وفي الجواهر: (الأصل في ذلك أن المسلم من دليل الفوريه لو قلنا بها

بملاحظه ما ذكره من الأعذار المزبوره، وما ورد من النص على الغائب(11))، ودعوى غيبه الثمن، البطلان مع الإهمال وعدم الأخذ رغبه عنها من حيث فيه لا لأمر غير ذلك، وقد تبين خلافه) انتهى.

وهو قد أشار إلى ما ذكرناه من الدليل فى الأمرين، أى فى الجهل وما لا ينافى الفوريه، فعدم العلم بالشفعه، أو توهم كون الذهب فضةً أو حيواناً فبان خلاف ذلك أو بالعكس، أو توهم أن المشتري لا يمكن الأخذ منه لصعوبته، وعدم مبالاته بالدين وعدم خوفه من الحكومه، أو توهم كون الثمن قيمياً والقيمه لا- شفعه فيها، أو توهم كون المبيع سهاماً قليله فبان كثيره أو بالعكس، أو أنه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس، أو أنه اشتراه لشخص فبان أنه لآخر، أو أنه اشترى الكل بثمان فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه مع غيره أو بالعكس، أو توهمه أن الحاكم يأخذ منه ضريبه متزايدة فبان الخلاف، أو خوفه من ظهور ماله إذا اشتراه فيقصده السراق أو الظالم أو ما أشبه فبان الخلاف.

إلى غير ذلك من الأعذار التى ذكر جملته منها جماعه من الفقهاء فى هذا المقام، فإنها لا توجب إسقاط الشفعه، لكونها داخله فى الضابط المذكور المصرح به فى الفتوى المستفاده من النص.

ولا- فرق بين عدم علمه لأجل كونه محبوساً أو مريضاً أو مغمى عليه أو فى سفر أو أن البائع أخفى البيع أو غير ذلك من أمثال ذلك، لأن المناط فى الجميع واحد.

ص: ٢٠٢

ومن الضابط المتقدم فى كلام المبسوط والمحقق والشهيد الثانى يظهر حال ما إذا كان محبوساً فلم يتمكن من الأخذ بالشفعة بنفسه أو بوكيله، بأن لم يتمكن من نجاه نفسه من السجن لىأخذ بالشفعة، فإن كل ذلك داخل فيما ذكر من الضابط.

((إذا كان فى التأخير ضرر على المشتري))

نعم ينبغى أن يستثنى من كل ذلك ما إذا سبب تأخير أخذ الشفعة ضرراً على المشتري، فإن «لا ضرر» محكم على الأدله الأوليه كما تقدم غير مره.

ولو تعارض «لا ضرر» الشفيع و«لا ضرر» المشتري تساقطا وكانت المحكم أصاله سلطه الناس على أموالهم، فلا شفعه.

((إذا كان المشتري حاضراً))

ثم إن المسالك بعد ذكر جمله مما لا- ينافى الفوريه كغلق الباب والخروج من الحمام والسلام على المشتري بعد وصوله إليه وتحيته بالمعتاد ونحو ذلك قال: (هذا كله إذا كان غائباً، أما مع حضور المشتري فلا يعد شىء من هذه عذراً، لأن قوله: أخذت بالشفعه، لا ينافى شيئاً من ذلك، وبالجمله فالمرجع فى ذلك كله إلى العرف، فما يعد فيه تقصيراً أو توانياً فى الطلب تسقط به الشفعه، وما لا يعد تقصيراً لا يسقطها) انتهى.

وأشكل عليه الجواهر (بأن كلامهم فى المقام فى ثبوت الشفعه للغائب صريح أو كالصريح فى عدم وجوب المبادره إلى القول المزبور وإن كان متمكناً، بل ليس شىء مما ذكره عذراً عن الفوريه من الحبس وغيره صالحاً لأن يكون عذراً عن القول المزبور الذى لا ينافيه حبس ولا غيره. ومنه يعلم أن الأخذ بالشفعه ليس عباره عن القول المزبور، بل هو مع دفع الثمن، أو أنه لا يثبت حق الشفعه إلا بعد دفعه كما ذكرناه سابقاً، وحينئذ

فلا- يترتب على القول المزبور بدونه أثر من تملك العين أو غيره، وذلك كله شاهد على خلاف ما سمعته سابقاً من الكركي وبعض أتباعه، بل ذكرهم كيفية ذكر الشفيع بالنسبه إلى حضوره عند المشتري كالصريح أيضاً في ذلك، ضروره أنه إذا كان أخذ الشفعه الذي هو فوري هو قول أخذت لا- يحتاج معه إلى ذكر كيفية الفور في مشيه إلى المشتري، بل لا يحتاج معه إلى أصل حضوره معه، كما هو واضح بأدنى تأمل) انتهى.

وهو كما ذكره الجواهر، ويدل عليه روايه ثلاثه أيام(١)، وروايات الغيبه(٢) وغيرها، إذ لو كان الأخذ بالشفعه بمجرد القول لم يحتج إلى الأمور المذكوره، خصوصاً بعد قوله (عليه السلام)، في الشفيع يكون غائباً عن البيع، قال: «لا يقطع شفعتي حتى يحضر، علم بالبيع أو لم يعلم»(٣).

ومنه يعلم ما في أتباع الحدائق للمسالك في ذلك قال: (هذا كله مع غيبه المشتري عنه في حال العلم، أما مع حضوره فلا يعد شيئاً من هذه عذراً، لأن قوله: أخذت بالشفعه، لا ينافي شيئاً من ذلك) انتهى.

وكذا لا- حاجه إلى الكتابه، ولو شك فالأصل عدم الاحتياج إلى القول والكتابه، مثلاً كان الشفيع أو المشتري غائباً، وتمكن الشفيع من الكتابه إلى المشتري، فإنه لا حاجه إلى الكتابه إليه في إثبات الشفعه له، بل ينتظر حتى يتلاقيا هما أو يتلاقى الشفيع مع وكيل المشتري فيأخذ بالشفعه.

ص: ٢٠٤

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ ح ٢

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٣

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المسالك بعد ذلك: (العدر الذى لا يسقط الشفعه معه بسبب عدم الفوريه قسمان:

أحدهما: ما ينتظر زواله عن قرب كالاشتغال بالصلاه والطعام وقضاء الحاجه ونحوها، وهذا لا يجب عليه التوكيل، بل ينتظر زوال العذر.

والثانى: ما لا ينتظر زواله عن قرب، كالسفر والمرض والحبس على الوجه السابق، وهذا يجب عليه المبادره أو التوكيل مع القدره عليهما، وتعين أحدهما مع القدره عليه خاصه، وإلا بطلت شفعتة لما فيه من طول المده، وعدم المسامحه فى مثله، ولو عجز عن الأمرين معاً لم يسقط شفعتة، لعدم التقصير) انتهى.

إذ وجوب المبادره بالقول المذكور فى مقابله التوكيل لا دليل عليه.

((إذا كان الشفيع مسافراً))

ثم إنه إذا كان مسافراً وكان بإمكانه التعجيل لكنه بقى فى السفر لغرض صحيح لم يوجب ذلك إسقاط شفعتة، لما تقدم عن المسالك من أن التأخر لغرض صحيح أو عذر لا يخل بالفوريه، وقد ذكرنا دليله هناك.

ولو تمكن من الحضور بنفسه أو بوكيله فالظاهر عدم الفرق، إذ كلاهما آخذ بالشفعه، أما إذا تمكن من أحدهما فلم يفعل فهو مبطل للشفعه، ولذا اختار فى محكى التذكره أنه إذا أصر التوكيل مع قدرته عليه بطلت شفعتة، وقد تقدمت عبارته القواعد: (فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فإن منع بمرض أو حبس فى باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنه ومنه ثقيله) انتهى.

والظاهر أن المراد بالمؤنه، المؤنه العرفيه المنافيه للإضرار ونحوه، أما غير مثل هذه المؤنه فلا، إذ مع تلك المؤنه الإنسان متمكن عرفاً، ولا دليل على خلاف التوكيل بالمؤنه، وإذا توقف إعطاء الثمن على بيع ملك أو

سحب من رصيد له في المصرف أو ما أشبه وجبت الفوريه العرفيه أيضاً بالنسبه إلى ذلك، لوحده الملاك.

((إذا ادعى العذر في التأخير))

ثم إنه إن أخر الأخذ بالشفعه وادعى العذر، فعن الفاضل في التذكرة والكركى في جامع المقاصد، التصريح بقبول دعواه في وجود تلك الأعدار، بل في الجواهر إنه ظاهر الأصحاب من غير فرق بين ما لا يعرف إلا من قبله وغيره، قال: (ولعله لما أشرنا إليه سابقاً من اقتضاء إطلاق الأدله ثبوت حقه مطلقاً، ولكن خرج منه صورته الإهمال مع عدم عذر أصلاً، فما لم تتحقق فهو على حقه، ومنه يعلم حكم حال الشك) انتهى.

هذا بالإضافة إلى أصاله الصحه في قول المسلم وعمله، نعم إن قال المشتري: إنه لم يكن له عذر، وأقام الدليل، كان الحق مع المشتري في سقوط الشفعه، وإن لم يقد الدليل كان الحق للمشتري في تحليفه، فإن حلف فهو، وإن لم يحلف ابنتى على مسأله رد الحلف مع النكول وعدمه.

((إذا أهمل الوكيل بالأخذ))

ثم إنه إن وكل لكن الوكيل أهمل فليس مسقطاً للشفعه، للفرق بين إهمال الأصيل والوكيل، وعليه فإن تمكن الأصيل على التعجيل فلم يفعل بطلت الشفعه، وإن لم يتمكن بقيت الشفعه وإن أهمل الوكيل.

ومما تقدم ظهر وجه قول المسالك: (ولو قصر الوكيل في الأخذ لم يعد تقصيراً من الموكل، حيث لا يعلم بحاله) (١٢)، فإذا كان الوكيل وكيلاً - عاماً كالتجار الذين لهم وكلاء عامون في بلد آخر، يتصرفون حسب رأيهم، فإنه إذا قصر كان للموكل الشفعه إلا فيما إذا سبب التأخير الضرر، كما تقدم في نفس الشفيع إذا كان غائباً وغيبته أوجبت الضرر على المشتري ونحوها.

ص: ٢٠٦

ولو لم يكن المالك قادراً لا على مبادره نفسه ولا على التوكيل، ثم قدر وجبت المبادره إلى أحدهما بعد زوال العذر كما فى المسالك.

((الإشهاد على المطالبه))

والظاهر أنه لا يجب الإشهاد على المطالبه وإن تمكن منه، كما أفتى به القواعد قائلاً: (فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان)، وعمله فى جامع المقاصد: بأن الحق قد ثبت والأصل بقاءه، ولأن فائده الإشهاد ثبوت العذر وهو يثبت بإقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفى التقصير، لأن الأصل معه، فلا أثر لتركه، ولعموم دلائل الشفعه المتناوله لمحل النزاع.

ومنه يعلم وجه النظر فى المحكى عن الإيضاح من أن الأصح البطلان إذا لم يشهد، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب، فتركه كتركه، وأن الترك أعم من أن يكون لعذر أو لا، ولا يعلم إلا بالإشهاد، والشفعه على خلاف الأصل، إذ فيه: إنه لا دليل على أن الإشهاد قائم مقام الطلب، ولو استدل بالملاك ففيه: إنه غير قطعى، بل وخلاف إطلاق الدليل بالنسبه إلى الغائب.

((فروع))

ثم فى هذه الأيام التى يتمكن الإنسان فيها من الإبراق إلى المشتري أو التلفن فيما كان له هنالك عند المشتري مال يمكنه أخذه، إذا لم يستعجل الشفيع فى إعلامه وأخذه، كان من المفوت للفور أيضاً للملاك.

ولا حاجه إلى إعطاء الشفيع للمشتري الثمن عيناً، بل إذا كان للشفيع على ذمه المشتري بقدره أو أكثر حق له أن يقول للمشتري: أسقطه من حقى ثمناً للمبيع، ولا حق للمشتري فى الامتناع بأن يقول: إنى لا أريد إلا العين نقداً، ولو قال المشتري ذلك لم ينفع، ويكون الشقص للشفيع.

ولا حاجه للحضور عند الحاكم، إذ لا دليل عليه، كما صرح به غير واحد، كما لا حاجه للحضور عند المشتري أيضاً بعد إمكان إرسال الثمن ونحوه.

ص: ٢٠٧

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما حكى عن التذكرة أنه قال: (لو لم يتمكن من المضى إلى أحدهما، أى المشتري أو القاضى، ولا من الإشهاد، فهل يؤمر أن يقول: تملك الشقص أو أخذته، الأقرب ذلك، لأن الواجب الطلب عند القاضى أو المشتري، فإذا فات لم يسقط الآخر، وللشافعية وجهان)، ولذا قال فى الجواهر فى الإشكال عليه: (لا يخفى عليك ما فيه من عدم الدليل على وجوب القول المزبور، بل الظاهر أنه لا أثر له كما عرفت).

ولو ذهب إلى المشتري لإعطائه الثمن وأخذه بالشفعة، لكن المشتري لما عرف بذلك هرب، لم يكن منافياً للفور وبقى على شفעתه، لأنه فعل ما تمكن منه، فيشمله إطلاق أدله الشفعة.

والظاهر أنه لا يكفى الحضور عند الحاكم إذا كان بإمكانه الحضور عند المشتري من دون محذور، إذ ليس الحاكم ولياً له فى هذا الحال، نعم إذا كان المشتري ممتنعاً صح للشفيع الحضور عند الحاكم، لأنه ولي الممتنع.

ولو كان المشتري صغيراً ولا-ولى له وجب على الشفيع الحضور عند الحاكم، كما أنه إذا اشتراه ثم جن أو أغمى عليه أو نحو ذلك يجب عليه الحضور عند الحاكم.

هذا لكن ربما يقال: من المحتمل أنه إذا لم يكن ضرر على المشتري فى الصبر، لم يجب على الشفيع الحضور عند الحاكم، ومثله ما إذا كان المشتري سجيناً أو مسافراً أو ما أشبه، إذ لا فرق بين عذر الشفيع أو عذر المشتري، فكما أنه إذا كان الشفيع غائباً لا يجب عليه الحضور عند الحاكم هناك لتسليمه الثمن، كذلك إذا كان المشتري غائباً أو سجيناً أو نحوها.



ومنه يعلم وجه النظر في قول التذكرة: (لو لم يمض إلى المشتري ومضى إلى الحاكم لم يكن مقصراً في الطلب).

أما قول المبسوط: (إذا وجبت له الشفعة فسار إلى المطالبة على العادة، قال قوم: إن أتى المشتري فطالبه فهو على شفيعته، وإن تركه ومضى إلى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفيعته عند قوم، وقال قوم: تبطل شفيعته، فإن ترك الحاكم والمشتري معاً ومضى فأشهد على نفسه أنه على المطالبة بطلت شفيعته. وقال أبو حنيفة: لا تبطل ويكون على المطالبة بها أبداً، وقال من خالفه: إنه خلط، لأنه ترك المطالبة بها مع القدره عليها، وقول أبي حنيفة أقوى، لأنه لا دليل على بطلانها)(١).

فالظاهر أنه كما ذكره الجواهر بعد نقل هذه العبارة وعبارته عن التذكرة، قال: (الغرض من نقل هذه العبارات بيان أن المبسوط والتذكرة لا وثوق بما يصدر من بعض العبارات فيهما، لأنهما مساقان للبحث مع العامه، فربما وقع فيهما ما يظن أنه على مذهبنا وهو بحث منهما مع العامه على أصولهم، وإلا فتحقيق الحال أنه لا أثر في نصوصنا ولا في أصولنا لاعتبار حكم الحاكم أو حضوره في الأخذ، لا بالشفعة ولا للإشهاد، لا بالنسبة إلى الصحة ولا بالنسبة إلى إثبات ذلك، أو إثبات العذر المانع له).

إلى أن قال: (ولعل إهمال الأصحاب ذكر الأعذار الحاصلة للشفيع بسبب المشتري اتكالا على ظهور الأمر، وأنها أولى من الأعذار المتعلقة بالشفيع) انتهى.

وكيف كان، فمن الواضح أنه لو كان البائع الولي في مثل الصغير والمجنون لم يكف الحضور عند المولى عليهما وتسليمها الثمن.

نعم إذا باع الولي ثم كمل المولى عليه صح الحضور عنده وإعطاؤه الثمن،

ص: ٢٠٩

ولا يصح الحضور عند الولي حينئذ لسقوط ولايته بكمال المولى عليه.

ومنه يعلم أنه ربما يصح الحضور عند الوكيل أو الولي، وربما لا يصح إلا عند المولى عليه والموكل، وربما يصح الحضور عند أحدهما، بل وربما عند الحاكم فيما إذا كان المشتري ممتنعاً وكان الطريق منحصراً بالحاكم.

((الجهل التقصيري عذر أيضاً))

وكيف كان، فلا ينبغي الإشكال في أنه لا يضر الجهل بعدم الأخذ بالشفعة، وإن كان الجهل عن تقصير لما عرفت من الدليل.

ومنه ظهر وجه قول الجواهر: (لقد ظهر لك مما ذكرناه من الأصل المزبور أنه لو جهل استحقاق الشفعة فهو على شفيعته، كما صرح به غير واحد للإطلاق، نعم قيده بعضهم بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بريه لا يعرفون الأحكام، مع أن الأصح خلافه، ضروره عدم كون ذلك من الضروريات التي لا يعذر فيها إلا من كان كذلك، وكذا الحال فيما علم ثبوتها وجهل فوريتها، ولكن في جامع المقاصد: أن الظاهر السقوط، وفيه: إنه لا فرق بينه وبين الأول الذي اعترف فيه بعدم السقوط، كما هو الموافق لما ذكرناه من الأصل) انتهى.

بل مقتضى ما تقدم أنه حتى إذا كان من أهل العلم والفضل وادعى الجهل، إلا أن نقطع بأنه كاذب، إذ كثيراً ما أهل العلم والفضل أيضاً لا يعرفون ذلك أصلاً أو كونه فوراً.

أما إذا لم يأخذ بالشفعة، ثم قال: كنت أعلم بالشفعة لكن اجتهدى أو اجتهد مرجعى أنه ليس فيه فور، فالظاهر القبول في غير ما يوجب ضرراً على المشتري، حيث إن الضرر يوجب العلم.

((النسيان عذر))

ومما تقدم يعلم أن نسيان أصل الشفعة أو الفوريه أيضاً من الأعذار.

قال في الجواهر: (وكذا الحال في النسيان، وإن تردد فيه في محكى التحرير

بل قال بعض الناس: إن السقوط به لأنه معذور، لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه الذى مرجعه الاقتصار فى سقوطها على إهمالها بعد التمكن منهما من سائر الوجوه، وإن أطلق بعضهم على ذلك اعتبار الفوريه فيها، لكن المراد منه بقرينه ما سمعت من الأعدار ذلك) انتهى.

((الاضطرار والإكراه من الأعدار))

ومنه يعلم حال الاضطرار بأن كان متمكناً فى نفسه لكن هناك ضروره تلجئه إلى عدم الحضور فوراً، كما إذا كان له ولد مريض مخطور أو نحو ذلك، وكذلك حال الإكراه، بأن أكرهه مكره على عدم الحضور، لأنه أعدار، بالإضافة إلى أدله رفع الإكراه والاضطرار.

ولو قدم المال إلى المشتري لكن المشتري لم يأخذه بقيت الشفعه، إذ لم يكن من ناحيته تقصير، ويشمله الإطلاق.

وكذا إذا كان قانون البلد مثلاً على عدم الشفعه فلم يعطه المشتري، فإنه حيث ما تمكن كان له الأخذ بها، وإن أوجب ضرراً على المشتري، لأن المشتري هو الذى أقدم على هذا الضرر.

نعم إذا لم يكن المشتري مقدماً لأنه لا يريد الأخذ بالقانون، وإنما القانون يحتم عليه عدم إعطائه الشفعه، كان دليل «لا ضرر» محكماً.

((إذا لم يقبل المشتري بتسلم الثمن))

ثم إذا أراد الشفيع تسليم الثمن حيث أخذ بالشفعه فلم يقبل المشتري، لم يسقط الشفعه بتأخير التسليم، وإنما صار المال مال الشفيع، فإذا لم يقبل بالتسليم لمحذور له أو عناداً، كان للشفيع تسليمه إلى الحاكم لأنه ولى الممتنع.

نعم إذا كان التسليم فى وقت لا يتعارف فيه التسليم، كما إذا كان فى السفر وكان المال فى خطر، سواء كان عند المسلم أو عند المشتري، فإن له الحق فى عدم التسلم، وذلك لعدم تعارف التسليم والتسلم فى مثل هذا الحال.

لا يقال: إذا صار المال مال المشتري لم يكن وجه لعدم تسلمه، وإن كان

التسليم مخطوراً، لأن عدم التسليم خلاف سلطه الشفيع على نفسه وماله، فإن بقاء مال الغير عند الإنسان رغماً عليه خلاف إرادته خلاف دليل السلطه.

لأنه يقال: المنصرف من الأدله المتعارف، فغير المتعارف خارج عن دليل التسليم والتسليم، فهو كما إذا غضب منه الثلج في الصيف وأراد تسليمه ولو بعينه في الشتاء، حيث إن دليل «الغضب مردود» منصرف عن مثل ذلك، أو غضب منه ماءً في البلد حيث يعز الماء، فأراد تسليمه الماء ولو عينه على النهر حيث لا قيمه للماء.

ومنه يعلم أنهما إذا كانا في السفر فأراد تسليمه الثمن حق للمشتري عدم التسليم، وأن يقول له: لا أتسلم المال إلا حيث يتعارف التسليم في البلد، وإن لم يكن الموضوع خطراً.

((لو صار الثمن قيمياً))

ثم الظاهر أن الثمن لو كان مثلياً ثم صار قيمياً لسقوط المثل عن قيمه، فالواجب على الشفيع إعطاؤه قيمه، كما إذا كان النقد في زمان حكمه رائجاً ثم سقطت تلك الحكمه فسقط النقد، حيث إن النقد كان مثلياً والآن صار قيمياً، لأن نقد تلك الحكمه صار من الأوراق النادره التي تشتري وتباع باعتبارها ورقاً نادراً لا باعتبارها مثلياً، وكذلك في العكس، فإذا كان قيمياً ثم صار مثلياً لم يبعد أن يكون الواجب إعطاء المثل، كما إذا كان النقد في زمان حكمه فسقطت الحكمه فسقط النقد وصار من الآثار العتيقه ثم رجعت تلك الحكمه فرجع النقد كما كان، حيث إنه في زمان السقوط صار قيمياً ثم تبدل في زمان رجوع الحكمه مثلياً.

ثم إن الجواهر قال ممزوجاً مع الشرائع: (إن القيمه في وقت العقد أو وقت الأخذ أو أعلى القيم من وقت العقد إلى وقت الأخذ، المعروف فيما بينهم الأول، بل لم نعرف القائل بالثاني وإن حكى، أما الثالث فهو المحكى عن

الفخر والموجود في الإيضاح إلى وقت الدفع، محتجاً عليه بأنه أخذ قهري كالغصب، وفيه ما لا يخفى في المقيس والمقيس عليه، ومن هنا قال في غايه المراد: إنه لا وجه له، بل جعل الثاني كذلك أيضاً وهو في محله وإن رماهما غيره بالضعف) انتهى.

وما ذكره المشهور هو مقتضى القاعده، وأن القيمة اعتبارها بوقت العقد، لأن المشتري إنما خسر هذا المقدار من القيمة فقط، ولو كانت في ضمن العين، ولذا لو ارتفع الثمن أو انخفض بعد تسلم الشريك له لا- يضر ولا- يربح المشتري بقدر الارتفاع أو الانخفاض، فعليه يجب على الشفيع إعطاء تلك المقدار من القيمة التي خسرها المشتري لأكثر من ذلك أو أقل، فإذا أعطى المشتري للشريك جوهراً قيمته عشرون في حال الإعطاء ثم ارتفع الجوهر إلى أربعين، أو انخفض إلى عشرة، فإن المشتري إنما خسر العشرين فقط لا أكثر ولا أقل، فعلى الشفيع أنه يعطيه العشرين.

((عذر المشتري في التسلم))

ثم على الفوريه لو صار المشتري مغمى عليه أو سجيناً أو مسافراً أو ما أشبهه، حيث لا- يتمكن من تسلم المال بنفسه أو وكيله، فالظاهر أن الشفيع لا تسقط، وإنما للشفيع الأخذ بالشفيعه، واستعداده لإعطاء المال في أول أوقات الإمكان، لإطلاق أدله الشفيعه.

وقال في الجواهر: (لعل إهمال الأصحاب ذكر الأعذار الحاصله للشفيع بسبب المشتري اتكالاً على ظهور الأمر وأنها أولى من الأعذار المتعلقة بالشفيع) انتهى.

((إذا أكره على الأخذ بالشفيعه))

ثم إن الشفيع إذا لم يرد الأخذ بالشفيعه لكن أكرهه مكره بالأخذ بالشفيعه باطله، أما إذا كان اضطرار كما إذا أخذه من جهه ولده مثلاً الذي أجبره على

ذلك لا الإكراه، فالظاهر صحة الشفعة، لأن الاضطرار لا يرفع أحكام العقود، كما إذا اضطر إلى بيع داره لأجل معاجله ولده فإن البيع صحيح، وقد أمعنا إلى هذه المسألة في بعض مباحث (الفقه).

ولو أوجب أخذ الشفيع للشفعة تضرر المشتري أو الشريك، كما فيما إذا علم الحاكم بذلك اغتصب مال المشتري أو مال البائع الشريك، فهل يصح الأخذ بالشفعة للأدلة المطلقة، أو لا يصح لأجل «لا ضرر» المحكم على الأدلة، أو يلاحظ أقل الضررين، ومع التساوى تساقطا والمرجع الأصل، الظاهر الثالث.

فإن كان أحدهما المتضرر أقل ضرراً قدم الأقل ضرراً، وإذا كان ضررهما متساوياً تساقطا وكان المرجع الأدلة الأوليه، فالمال يبقى عند المشتري لأصالة تسلط الناس على أموالهم، فإن الشفعة شرعت لأجل رفع الضرر عن الشفيع فإذا كان الضرر متعارضاً فلا شفعة، ويكون المرجع أصالة تسلط المشتري على ماله، فلا يقال: إن بعد تساقط الضررين يكون المرجع دليل الشفعة، فتأمل.

((التنازل عن حق الشفعة))

ثم الظاهر أنه للشفيع أخذ المال للتنازل عن حق الشفعة، لأنه حق فيصح أن يقابل بالمال في إسقاطه، سواء أخذ المال البائع أو المشتري أو مشتري المشتري، وإذا أسقط حقه في مقابل المال لا حق له في الرجوع في الشفعة، أو في استرجاع المعطى ماله.

نعم لا يبعد أن يكون له ذلك إذا تضرر، بأن كان حق الشفعة يساوي مثلاً عشرين فأخذ عشره في قبال إسقاط حق الشفعة جاهلاً بذلك، فإن دليل الغرور وما دل من «لا ضرر»<sup>(١)</sup> ونحوه مما استدلوا به في خيار الغبن وغيره شامل للمقام

ص: ٢١٤

أيضاً، وهل له الحق قبل وقوع البيع بأن يقول للشريك أو للمشتري: إنه يأخذ كميته من المال في قبال أنه إذا وقع البيع لا يأخذ بالشفعة، لا يبعد ذلك.

نعم إن لم يبيع الشريك أرجع المال، لظهور أنه لم يكن حق حتى يبادل بالمال، فإن أخذ المال قبل البيع سقط لأنه حق قابل للإسقاط والتبديل، فإذا أخذ بالشفعة بعد ذلك لم تثبت له.

ص: ٢١٥

((لا تسقط الشفعة بالتقابل))

(مسألة ٨): قال في الشرائع: (ولا تسقط الشفعة بتقابل المتبايعين، لأن الاستحقاق حصل بالعقد، فليس للمتبايعين إسقاطه).

وقال العلامة في القواعد: (فإن تقابل المتبايعان أو رد بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد).

وفي مفتاح الكرامه: (أما إن له فسخ الإقالة إذا تقابل المتبايعان فقد صرح به في المبسوط والمهذب والوسيله والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وشرحه لولده والدروس واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفايه والمفاتيح، ثم علله بسبق حق الشفيع على حق البائع من حيث إن الشفعة استحققت بالشراء، والتقابل لاحق للعقد فتقدم الشفعة فله فسخ الإقالة والأخذ من المشتري على قاعده الشفعة) انتهى.

وفي الجواهر: (بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، لصدق أن الشريك قد باع نصيبه وهو عنوان ثبوتها في النص والفتوى) انتهى.

وإنما تصح الإقالة والرد لإطلاق أدلتهم، فيشمل المقام إلا أن الشفيع فسخهما باعتبار سبق حقه فيكون بقاء صحتهما مراعى بعفو الشفيع، فإن حصل استمرار وإلا انفسخ من حينه، ومرادنا بعفو الشفيع أنه لم يأخذ بالشفعه، سواء أسقط شفيعته أو بقى ساكتاً عنها حتى فات الوقت.

قال في مفتاح الكرامه: (قال الشهيد في حواشيه: إنه يفهم من فسخ الإقالة والرد أمران:

الأول: الفسخ مطلقاً، أى بالنسبه إلى الجميع، فتكون الإقالة والرد نسيئاً منسياً.

الثانى: إنه بالنسبه إلى الشفيع خاصه لأنهما مالكان حال التصرف،



فترتب أثر تصرفهما عليه.

قال: وتظهر الفائدة في النماء، فعلى الأول نماء الثمن بعد الإقالة والردّ للبائع، ونماء المبيع للمشتري، وعلى الثاني بالعكس.

وقال في جامع المقاصد في مناقشته: إن الإقالة والرد يقتضيان الفسخ، والفسخ لا يتجزأ فإما الصحة مطلقاً أو البطلان مطلقاً، وحيث كان الشفيع أسبق كان الأوجه البطلان مطلقاً.

قلت: فسخ الإقالة يرفعها من حين الفسخ ولا يبطلها من أصلها، كما هي قاعده الفسوخ كظواهرها، فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الإقالة وفسخها للبائع، ونماء الثمن للمشتري، فالوجه الأول من وجهي الشهيد لا وجه له أيضاً لعدم المقتضى لرفع الإقالة من رأس بعد وقوعها من مالك يحتمل أن يؤخذ منه وأن لا يؤخذ، فكانت كالفسخ بالعيب لا يبطل إلا من حينه) انتهى.

وقد تقدم عليه المسالك في ذلك فقال: (ثم فسخ الإقالة يرفعها من حين الفسخ، ولا يبطلها من أصلها، كما هي قاعده الفسوخ كظواهرها، فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الإقالة وفسخها للبائع ونماء الثمن للمشتري. وما قيل هنا خلاف ذلك لا يوافق القواعد الشرعية، ومن جعلها بيعاً خير الشفيع بين الأخذ بالإقالة وجعل الدرّك على البائع، وبين فسخها حتى يعود الشقص إلى المشتري فيأخذ منه) انتهى كلام المسالك.

لكن لا يخفى أنه لا وجه لتقييد النماء بالمنفصل، إذ أي فرق بين النماء المتصل والمنفصل بعد كون الملاك فيهما واحداً، وتبعهما الجواهر في كون القاعده أن الفسخ من حينه لا من أصله.

لكنه قال بعد ذلك: (اللهم إلا أن يريد أن نماء الثمن بعد فسخ الإقالة يكون

للبيع ونماء المبيع للمشتري، لا النماء المتخلل بين الإقالة وفسخ الشفيع، ضروره أن مرجع ذلك حينئذ إلى عدم تأثير ما وقع من الإقالة والرد، وهو مع أنه ليس قولاً لأحد منا، بل ولا من العامه عدا ما تسمعه من ابن شريح، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، مناف لإطلاق دليلهما الذي لا ينافيه تعلق حق الشفيع بعد أن تسلط به على الخيار، إذ لا دليل على منافاه تعلق حقه لأصل صحتهما على وجه لا يؤثر سببها(١)).

أقول: أما كون الفسخ من حينه لا من أصله فهو مقتضى القاعده، كما ذكره السيد والشيخ، حيث إن تأثير الفسخ الحالى فى السابق خلاف الأصل، ولا دليل عليه من الشرع حتى يقال به، وكون الفسخ من حينه هو الذى يستفاد من فسخ النكاح، حيث إن فسخه يوجب ارتفاع النكاح من حين الفسخ لا من أصله، فيترتب على الطرفين محرمات المصاهرة وغيرها، كما هو الظاهر من النص والفتوى، كما تقدم.

وأما قوله (اللهم إلا أن يريد) ففيه: إن هذا الاحتمال لا وجه له حتى احتمالاً، إذ ليس للشفيع حقان حق إبطال الإقالة والرد، وحق الأخذ بالشفعه، حتى يبطلهما أو لا. فيرجع الملكان إلى البائع والمشتري، ويكون نماء المثلث للبايع والمثلث للمشتري، ثم يأخذ الشفيع بالشفعه، فاحتمال الحقين غير ظاهر الوجه إطلاقاً.

قال إسحاق بن عمار: حدثني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه وتكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشرط لى إن أنا جئتك

ص: ٢١٨

بثمنها إلى سنه أن ترد عليّ، فقال (عليه السلام): «لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنه ردها عليه». قلت: فإنها كانت فيها غله كثيرة فأخذ الغله لمن تكون الغله، فقال: «الغله للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكان من ماله» (١).

وعن معاوية بن ميسره، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاضر فاشترط أنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: «له شرطه». قال له أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: «هو ماله»، وقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري» (٢).

بل ويؤيد كون الفسخ من حينه لا من أصله، روايات العينين (٣)، حيث إن الظاهر منها أن الفسخ إنما يكون من حين الفسخ لا من أصله، بحيث يكون العقد كلا عقد، ولذا كان ظاهرها كما هو ظاهر الفتاوى حليه المرأه للرجل في هذه السنه.

وكذلك الأخبار الداله على فسخ الصغيره أو الصغير لو بلغا بعد أن عقدهما وليهما، فإن الظاهر أن في مده الصغر يكون العقد صحيحاً، وأن ذلك العقد يوجب تحريم المصاهره كما في سائر العقود، وإنما يكون الفسخ من حين الإدراك والفسخ.

إلى سائر الروايات التي يظهر منها ذلك.

ص: ٢١٩

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٥٥ الباب ٨ من الخيار ح ١

٢- انظر الوسائل: ج ١٢ ص ٦١١ الباب ١٤

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٦١٢ الباب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢

ومما تقدم ظهر حال ما إذا صحح الشفيع البيع الأول، فإنه له أن يأخذ بالشفعه فى البيع الثانى، إلا إذا باع الشريك إلى نفرين، ثم إن أحدهما باع إلى آخر أو كلاهما باع إلى آخر أو إلى نفرين أو ما أشبهه، فإنه لا حق له فى الأخذ بالشفعه الثانى، لأن الشركاء صاروا ثلاثه، إلا على قول من يرى صحه الشفعه حتى فى الشركاء المتعددين.

ومما تقدم يعلم أنه لو تصرف المشتري فيما انتقل إليه أو البائع فى الثمن، ثم أخذ الشفيع بالشفعه بطل ذلك التصرف، وإن كان تصرفاً كالوقف ونحوه، إذ لا-حق له فى هذا التصرف فيقع التصرف مراعىً، فإن إطلاق الأدله يدل على أن للشفيع أن يأخذ المبيع سواء أوقع المشتري عليه وقفاً أو لا، فإن حق الشفيع سابق على حق الوقف ونحوه كما سيأتى.

ومنه يعلم أن قول الجواهر بعد أن حكى عن مفتاح الكرامه: (إن الإجماع البسيط والمركب على عدم كون ذلك كالفضولى موقوفاً على الإجازة من الشفيع وإلا كان باطلاً من أصله): (وهو كذلك خصوصاً فى مثل تصرف المشتري مثلاً بالوقف ونحوه) انتهى. ليس للخصوصيه فى الوقف، فإن الوقف وغيره متساويان فى الحكم المزبور.

والحاصل: إن تصرف المشتري صحيح فى المثل، كما تصرف البائع صحيح فى الثمن، ولا يتوقفان على إجازة الشفيع.

أما إذا أخذ الشفيع بالشفعه فقد بطل تصرف المشتري، كما يبطل تصرف البائع أيضاً، لأن البيع سقط وإذا سقط البيع سقط آثاره، وليس ما ذكرناه كلام ابن شريح القائل بعدم صحه التصرف مما أطبق العامه والخاصه على خلافه، بل هو عبارته عن صحه التصرف، وإنما للشفيع إبطاله من حين الإبطال لا من الأصل

حتى يكون كالفضولي.

ومما ذكر يعلم حال مطلق الرد بين المتبايعين، سواء كان بتقاييل أو رد يبيع أو خيار شرط أو ما أشبهه، فلا اختصاص بالمثالين في كلامهم، ولعلمهم إنما ذكروهما من باب المثال لا من باب الخصوصية، لوضوح وحده الملاك في الجميع.

وحيث قد سبق أن للشفيع الأخذ بالبعض خلافاً للمشهور، فإن هنا أيضاً يصح للشفيع فسخ بعض الإقاله والرد، لكن للمشتري خيار تبعض الصفقة، كما ذكرناه هناك أيضاً.

ثم إنه قد تقدم في كلام العلامة مساواة التقاييل والرد بالعيب، ونقل أن حكم الرد بالعيب ذلك مفتاح الكرامه عن تصريح المبسوط والوسيله والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه.

وعليه بأن (استحقاق الفسخ بالعيب فرع دخول المعيب في ملكه، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحاً، وفي هذا الوقت تثبت الشفعه فيقرنان، لأن الأخذ بالشفعه والفسخ بالعيب متساويان في الثبوت، لأنهما فرع العقد، فكان الرد بالعيب كالهبة والبيع والوقف والإقاله فرع الملك والعقد. ولكن يفرق بين هذه وبين الرد بالعيب والأخذ بالشفعه أنهما يثبتان قهراً من دون توقف على رضی البائع في الأول ورضی المشتري في الثاني، بخلاف الهبة والبيع ونحوهما فإنهما يتوقفان على رضی الطرفين. ولهذا قالوا: إن الأخذ بالشفعه أسبق منها، لكن ذلك يقضى بأنه أقوى) (١) انتهى.

ص: ٢٢١

١- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٦٠٤

والظاهر أن الحكم كما ذكره، إذ بسبب البيع يصدق دليل الشفعة، سواء قلنا بأن الحقين متقارنان أو أن حق الشفعة مقدم.

وبذلك يظهر وجه النظر في إشكال الجواهر في المسألة بأنه لا ترجيح لحق الشفع على حق الرد بالعيب، ثم قال: (اللهم إلا أن يقال: إن حق الرد بالعيب إنما يثبت حين العلم به، بخلاف حق الشفع الثابت بتمام العقد، ولكن قد يناقش بمنع اعتبار العلم في استحقاق الرد به، بل هو ثابت بنفس العقد، ولكن لا يحصل له الأخذ بحقه إن شاء إلا بعد العلم به، ومن هنا صرح غير واحد باقتران الحقين وتساويهما في الثبوت، إلا أنه ادعى تقديم حق الشفع على حق المشتري باعتبار أن الثمن حاصل له من الشفع فلا- ضرر عليه، ولكنه كما ترى إن لم يكن إجماعاً) إلى آخر كلامه، فإنه وإن قلنا باقتران الحقين لكن حق الشفع داخل في إطلاق الأدلة فيشملة فلا- يمانعه حق الرد وإن كان مقترناً، بل لو فرض محالاً أن حق الرد سابق أيضاً كان حق الشفعة باقياً، لما عرفت من إطلاق الأدلة من غير مقيد، فكلما وقع البيع كان للشفع الأخذ، سواء كان حق مناقض له سابقاً أو لاحقاً أو مقارناً أو مجهولاً في سببه ولحوقه وتقارنه.

نعم في الفضولي ونحوه حيث لم يثبت العقد أصلاً إلا- يجازيه المالك ونحوه، لا يكون حق الشفعة إذا لم يجز المالك لأنه لم يقع البيع.

ص: ٢٢٢

((الدرک علی المشتري))

(مسألة ٩): قال فی الشرائع: (والدرک باق علی المشتري).

وقال فی الجواهر: (إنه بعد فسخ الشفیع الإقالة والرد بشفעתه فی الشقص يكون الدرک باقياً علی المشتري، لانفساخ الإقالة والرد السابقين لا أن المراد مع فرض بقاء أثرهما إن كان الشقص ملكاً للبائع للشفیع أن يشفع به ويأخذه من ملك البائع بالثمن السابق علی الإقالة، ولكن الدرک يكون علی المشتري لاستصحاب بقاءه، وإن احتمله بعض الناس، بل ادعى أنه الموافق لقواعد الباب وغيرها ومحكى الإجماع علی أن الدرک علی المشتري) انتهى.

ومراده ببعض الناس مفتاح الكرامه، حيث إنه عند قول العلامة: والدرک باق علی المشتري، قال: إلا أن يقال بجواز الأخذ من البائع بعد الإقالة، ثبوت الشفعه وعدم المنافاه بينهما وبين الإقالة، فكأن البائع قد ارتكب استحقاق الأخذ منه بالإقالة، ولا يضر ثبوت أخذ الشفعه عندهم من المشتري في غير هذه الصوره، بل الأخبار خاليه من الأخذ من المشتري، بل هي ظاهره في الأخذ من البائع، وسيأتي للمصنف الجزم بأن الشفیع يأخذ من البائع فيما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن وتحالفا.

وقال الشيخ في الخلاف: إن الشفیع يأخذ من البائع فيما إذا ادعى المالك البيع وأنكر المشتري وحلف فالأخذ من البائع ليس ببدع كما يأتي.

فحاصل كلام الجواهر: إن الشفیع يبطل الرد والإقالة، فالملك يرجع إلى المشتري ودرکه عليه.

وحاصل كلام مفتاح الكرامه: إن الشفیع لا يبطل الرد والإقالة، فالملك باق علی ملك الشريك، لكن درکه علی المشتري.

ولا يخفى أنه لا دلالة لكلام الخلاف والعلامة التابع له علی ما ذكره مفتاح الكرامه، إذ إنما يأخذ الشفیع من البائع في صوره عدم كون الملك بيد المشتري لإنكاره.

أما إذا فسخ الشفيع الإقالة رجع الملك إلى المشتري، وكان بيد المشتري فلا وجه لأخذ الشفيع الملك من البائع، فكون الدرك على المشتري معناه أن الملك بيده، وأنه هو المأخوذ منه الملك فيضمن المشتري درك ملك نفسه فيما إذا تلف المبيع قبل قبض الشفيع أو ما أشبهه، لا أن الملك لإنسان والدرك على إنسان، إذ لا وجه له.

ومنه يعلم أنه لا وجه لما ذكره الجواهر من أن كلام السيد العاملي مخالف لظاهر جماعه وصريح آخرين.

وقد عرفت أن الخلاف والعلامة أيضاً لا يقولان بما قاله حتى يجعل الجواهر فرقاً بين كلامهما وكلام الآخرين.

نعم ما ذكره الجواهر من (أنه يمكن دعوى القطع بخلاف كلام السيد العاملي، خصوصاً بملاحظه عدم الدليل على ضمان درك ما هو ملك الغير من دون سبب من أسباب الضمان، وخصوصاً بملاحظه الإجماع بقسميه، فضلاً عن ظاهر الأدلة على أخذ الشفيع من المشتري بمعنى الانتقال من ملكه إليه) انتهى، هو مقتضى القاعده.

ثم قال الجواهر: (نعم لعل الأولى من ذلك احتمال سقوط الشفيعه من أصلها، بناءً على ظهور قوله (عليه السلام): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»<sup>(١)</sup>)، في عدم رد المبيع إلى المالك الذي هو الشريك الأول، كما تسمعه عن المروزي في تصرف المشتري بوقف أو بيع أو نحوهما، أو على القول بعدم تأثير الإقالة باعتبار تعلق حق الشفيع في العين نفسها على وجه يكون الدرك على المشتري، ولا- يكون ذلك إلا- بعدم تأثير الإقالة والرد كما سمعته من ابن شريح، إلا- أنهما معاً يمكن دعوى الإجماع من المسلمين على خلافهما فضلاً عن غيره من الأدلة) انتهى.

ص: ٢٢٤



لكن الظاهر أنه لا حاجة إلى قوله: (إلا أنهما) إلى آخره، إذ قبل الإجماع الأدله تقتضى ما ذكره من عدم سقوط الشفعه، فإنه لا وجه لسقوطها بعد إطلاق أدلتها، ومن تأثير الإقاله إذ لا وجه لعدم تأثيرها بعد إطلاقات أدله الإقاله الشامله للمقام، فذكر الإجماع وحده فى مقابل الاحتمالين مع أن الدليل سابق على الإجماع محل نظر.

ثم إن الشرائع قال: (نعم لو رضى الشفيع بالبيع ثم تقايلا لم يكن له شفعه، لأنها فسخ وليست بيعاً) انتهى، ووجهه واضح.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلّامه: (ولو رضى بالشراء لم يكن له الشفعه بالإقاله) انتهى:

(إذا تقاييل المتبايعان بعد رضى الشفيع بالشراء بعفو عن الشفعه لم تتجدد له بالإقاله عندنا، كما تقدم فى خاتمه البيع، لأنها ليست بيعاً مطلقاً فى حق الشفيع ولا- فى غيره، كما لا تتجدد له بالرد بالعيب لو كان قد رضى بالشراء أيضاً، ومن قال إنها بيع مطلقاً كأبى حنيفه أو فى حق الشفيع قال إنها تتجدد بها، وقد حكى عن أبى حنيفه أنها أيضاً تتجدد بالرد بالعيب أيضاً) انتهى.

أقول: واضح أن الإقاله ليست بيعاً مطلقاً ولا فى الجملة، فإنهما مفهومان، ولا دليل على أن أحدهما هو الآخر، بل الإقاله إبطال بينما البيع عقد، وإن أريد أنها تفيد أثره فالجواب أنه لا دليل على ذلك لا عرفاً ولا شرعاً، فإن الشارع لم يتصرف فى الإقاله بمثل هذا التصرف، وقد ذكرنا غير مره أن الموضوعات مأخوذه من العرف إلا أن يزيد الشارع أو ينقص فيها.

((لو باع المشتري الحصة))

(مسأله ١٠): قال في الشرائع: (ولو باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع والأخذ من المشتري الأول، وله أن يأخذ من الثاني).

وفي الجواهر: (بلا- خلافاً أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال، لأن كلاً منهما سبب تام في ثبوت الشفعه فالتعيين إلى اختياره) إلى أن قال: (وكذا لو زادت العقود على الاثنتين فإن أخذ بالشراء الأول دفع الثمن وبطل المتأخر مطلقاً، وإن أخذ بالأخير أخذ بثمنه وصح السابق مطلقاً، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه، وإن أخذ بالمتوسط أخذ بثمنه وصح ما تقدمه وبطل ما تأخر عنه) انتهى.

لكن يجب أن يقيد ذلك بأحد قيدين، إما أن يبيع المشتري إلى إنسان واحد، وإما أن نقول بالشفعه حتى في الشركاء المتعديدين، إذ بدونهما لا- وجه لأخذ الشفع من الوسيط أو الأخير بعد رضاه بالبيع الأول الذي سبب تعدد الشركاء كما هو واضح.

ومما تقدم يعرف وجه المثال الذي ذكره الجواهر وغيره تبعاً للقواعد، بأنه لو باعه المشتري بعشره فباعه الآخر بعشرين فباعه الآخر أيضاً بثلاثين، فإن أخذ من الأول دفع عشره ورجع الثالث على الثاني بثلاثين، والثاني على الأول بعشرين، لأن الشقص يؤخذ من الثالث، وقد انفسخ عقده وكذا الثاني، ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين، ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين، كما هو واضح.

ولا يخفى أن التقييد بأخذ القيدتين السابقين يأتي في كل مرتبه من المراتب في العقود المتعدده الوارده على المبيع لوحده الملاك في جميع المراتب.

ولا يخفى أن قول الجواهر: (بعد ذلك لا يبعد القول بعدم أثر لقوله

فسخت متقدماً على الشفعه لعدم الدليل عليه، بل لا يبعد بطلان الشفعه حينئذ بناءً على منافاه مثل ذلك لفوريته، كما تسمعه من بعضهم في مثل ذلك) انتهى.

محل نظر، فإنه وإن كان قوله السابق تاماً، إذ لا دليل على أنه يلزم أن يقول: فسخت، بل ظاهر الأدله أن له الأخذ بالشفعه فقط، وهو الذى لم يغيره الشارع، إلا أن قوله بعد ذلك: (إن مثل فسخت متقدماً على الأخذ بالشفعه لا يبعد بطلان الشفعه به) غير ظاهر الوجه، إذ كون الفوريه حتى عند القائل بها إلى هذا الحد بعيد جداً إلا عند نادر، كما سيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ص: ٢٢٧

((لو أوقف المشتري الحصه))

(مسألة ١١): قال في الشرائع: (لو وقفه المشتري أو جعله مسجداً فللشفيع إزاله ذلك كله وأخذه بالشفعه).

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل ولا إشكال، لسبق حقه.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو وقفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه، فللشفيع إبطال ذلك كله)، قال: (كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضه، وهو قضيه إطلاق الدروس واللمعه والكفايه والمفاتيح، وفي المبسوط الإجماع على أنه له نقض المسجد إن كان قد بناه مسجداً لو أخذه بالشفعه، واقتصر في الخلاف والشرائع على إبطال وقفه إذا جعله مسجداً، ولم يذكر الهبه).

وفي المسالك: (وإن كان التصرف مما لا يثبت فيه الشفعه كالوقف والهبه والإجاره فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعه لسبق حقه، وكذا لو وقفه أو جعله مسجداً، وقد أشار بذلك إلى خلاف بعض العامه حيث حكم بعدم نقض الوقف وآخرين حيث حكموا بإبطالان تصرف المشتري، وضعف الكل ظاهر) انتهى كلام المسالك.

وكأن هذا العامي لاحظ أن الوقف يكون لله سبحانه وتعالى، فيشمله ما دل على أنه لا رجعه فيه.

لكن لا يخفى أن تقدم حق الشفيع وإطلاق أدلته يقتضى أن حال الوقف حال غيره.

((لو وهب المشتري الحصه))

ومما تقدم ظهر حال الهبه، لازمه كانت أو جائزه، معوضه أو غير معوضه، لذى رحم أم لا، إلى غير ذلك من أقسام الهبه، حيث إن للشفيع أن يبطل كل

تلك ويأخذ بالشفعة، لأن حق الشفعة مقدم على حق الهبة، وقد تقدم عبارته القواعد، ونقل مفتاح الكرامه القول المذكور عن غير واحد.

ولذا قال في الجواهر: (ومما ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو كان قد وهبه المشتري بعوض أو غير عوض، هبه جائزه أو لازمه، ضروره كونه كغيره من التصرفات التي للشفيع فسخها، والأخذ من المشتري بالثمن الذي أخذ به فيملكه هو حينئذ دون الموهوب الذي قد انفسخت هبته، وصار الدرر على الواهب الذي هو المشتري لامتناع صحة الهبه مع ذلك) انتهى.

وكذا لا فرق بين أن يكون الموهوب له الشفيع أو البائع أو غيرهما، لإطلاق الدليل المتقدم.

نعم لو أجاز الشفيع هبه دون هبه مثلاً أو عملاً دون عمل، فإن كان ما فعله المشتري هو ذلك العمل المجاز لم يحق للشفيع الأخذ بالشفعة، لأنه أسقط شفيعته في هذه الصورة.

أما إذا كان العمل غير المجاز فالشفيع باق على شفيعته، مثلاً قال: إنك لو وهبت إلى زيد لا آخذ بالشفعة، وإن وهبت إلى عمرو أو غير زيد مثلاً أخذت بها، فإنه إذا وهبه سواء سابقاً أو لاحقاً على كلام الشفيع إلى من أجاز فقد أسقط الشفيع شفيعته إن لم يكن كلامه من باب الوعد، وإلا فالوعد غير لازم الوفاء، وكذلك فيما إذا أجاز الشفيع مطلقاً، لكن كان من باب اشتباه الداعي، بأن أجاز هبه المشتري لزيد بظن أن زيداً صديقه فتبين أنه عدوه، فإن الإجازة نافذه حيث إن تخلف الداعي لا يوجب تخلف العقد ونحوه، وكذلك إذا أجاز بقيد، فإنه إذا حصل القيد سقطت شفيعته، وإلا فلا، سواء كان قيماً أو وصفاً، مثلاً قال: إذا وهبت لإنسان عالم فلا بأس، فإنه إذا وهبه لإنسان غير

عالم كان له الحق في الأخذ، وهكذا لو كانت الإجازة للهبة مقيده بوصف أن يجيء فلان بعد الهبة أو نحو ذلك، والجامع أن الهبة قد تكون مقيده، وقد تكون مطلقة، وكذلك غير الهبة.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كلام القواعد، حيث قال: (ولو وقفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله، والتمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمه، وإلا-فإشكال، فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضاً وإلا تخير بينه وبين الثمن) انتهى.

إذ قد عرفت أنه لا-فرق بين الهبة اللازمه والهبة الجائزه، وما ذكره في مفتاح الكرامه توجيهاً لكلام العلامة لا يخفى ما فيه، قال: (لنا أن نقول: بعد عدم الجزم بصحة العقد ينبغي أن نجرى على القواعد، وأن نقتصر في الإبطال على محل الحاجة وما يجمع به بين الحقين، ففي الوقف لا بد من إبطاله بالكلية، والإبطال في غيره كالبيع والهبة إبطال اختصاص المشتري الثاني والمتهب بالعين لا الثمن، والفائده في المتهب واضحه، وتظهر الفائده في البيع فيما إذا كان اشترى الشقص بعشرين وباعه بعشره ثم فسخ الشفيع، فإن العشرين تكون للمشتري الثاني والمتهب كما يأتي، وكلام الجماعه ما عدا المصنف هنا وفي التحرير لا يأبى ذلك) انتهى.

إذ بعد بطلان الهبة لا-وجه أن يكون الثمن للمتهب، ولا-وجه لفرقه بين الوقف والهبة، فإنه إذا بطل الوقف أيضاً يكون الثمن للواقف، لا أن يكون الثمن للموقوف عليه في الوقف الخاص.

ولذا قال في الجواهر: إن ذلك لا يتم إلا على تقدير كون الأخذ بالشفيعه

غير مبطل للهبة، وقد عرفت سابقاً أن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق الذى يمتنع معه الحكم بصحة التصرف اللاحق، كما اعترف به هو سابقاً فى السبوع المترتبة، مضافاً إلى معلوميه منافاه كون الأخذ من المشتري والدرك عليه ببقاء الهبة وثبوت ملك المتهب)، ثم قال: (ومن ذلك يظهر لك ضعف ما فرعه الفاضل بقوله: فإن، إلى آخره الذى معناه أنه إن قلنا بكون الثمن للواهب، فإن كان المتهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوض فيرجع به، وإن قلنا بأنه للمتهب تخير بين العوض بأن يسفخ الهبة لفوات العين فيرجع به وبين بقائها فيأخذ الثمن وأنه حقه، إذ الفرض لزومها من طرف الواهب، إلا أن ذلك كله كما ترى) انتهى.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما حكى عن التذكرة والإيضاح، ومثله عن الحواشى أن المنقول أن الهبة إن كانت لازمه يكون الثمن للموهوب له مطلقاً. وكذا إذا تصرف، لأنها قد صارت لازمه، ولذا كان المحكى عن جامع المقاصد: (إنه ليس بشيء، وأن الأصح أن الهبة تبطل فى الموضوعين ويرجع الأمر كما كان، لأن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري والدرك عليه والثمن حق له وهذه حقوق للشفيع ثابتة تنافى بقاء الهبة، وهذا الإشكال ضعيف جداً) انتهى كلام جامع المقاصد.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام مفتاح الكرامه على جامع المقاصد، حيث قال: (ليس هناك إلا حق واحد وهو كون الدرك عليه، وقد جعله مستمسكاً فى هذه المقامات، مع أنه يمكن أن يقال: إن الشارع أثبت له عليه عقوبه، كما أثبت له الأخذ منه قهراً، حيث لم يستأذنه ولم يستأمره، أو لم يسأل ويستفصل، وإلا فقد يقتضى الأخذ منه قهراً أن يكون الدرك على البائع) انتهى.

إذ الإمكان الذي ذكره لا يمكن أن يكون وجهاً لضعف كلام جامع المقاصد، وأى دليل على أن الشارع أثبت له عليه عقوبه.

ولذا قال فى الجواهر: (إن دعوى احتمال كون الدرک عقوبه للمشتري، وإن لم يعد الملك له والتجزى بالنسبه إلى الأحكام، لا ينبغى أن يصغى إليها، إذ هى مجرد تهجس فى مقابله الأدله الشرعيه).

ثم إنه لو قال الشفيع: إنى جوزت الهبه لكن إلى غير زيد المتهم، أو إنى جوزت الانتقال إلى زيد لكن لا بعنوان الهبه، بطلت الهبه لعدم الانفكاك بين الأمرين، ولا- يكون ذلك حجه على الشفيع فى أن يهبه الواهب مره ثانيه إلى غير زيد، أو يبيعه إلى زيد مثلاً، لأن ما وقع لم يمض، وما يقع لم يجزه الشفيع.

ولو قال الشفيع: أجزت الهبه أو البيع أو الوقف أو ما أشبه، ثم قال بعد ذلك: ظننت أن الهبه لزيد بينما أنت وهبتها لعمرو، أو ظننت أن البيع كذلك، أو ظننت أن الوقف مسجد، ثم تبين أنه حسيني، فهل يسمع قوله، لأنه ما لا- يعرف إلا من قبله، أو لا يسمع لأنه ادعاء للإبطال بعد الإجازة، كما إذا باع البائع ثم قال: ظننت أن المشتري زيد فتبين عمرو، فإن أصاله الصحه محكمه، الظاهر الثانى، لكن له حق إقامة الدعوى بإتيان البينه، فإن لم تكن له حق له إحلاف الطرف أى المشتري فيكفى حلفه حتى على عدم العلم.

((الشفيع يأخذ من المشتري لا البائع))

ثم إن الشرائع قال: (والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه، ولا يأخذ من البائع، لكن لو طالب والشقص فى يد البائع قيل له خذه من البائع أو دعه، ولا- يكلف المشتري القبض من البائع مع امتناعه، ولو التمس ذلك الشفيع، ويقوم قبض الشفيع مقام قبضه، ويكون الدرک مع ذلك على المشتري، وليس



للشفيع فسخ البيع، ولو نوى الفسخ والأخذ من البائع لم يصح) انتهى.

ووجه الكل واضح، وقد ادعى في الجواهر عدم الخلاف مكرراً في الفروع المذكوره.

قال في المسالك: (إنما كان أخذه من المشتري لأنه يأخذ بالثمن، ويشترط في استحقاقه صحة البيع فينقطع ملكيه البائع له، ومتى كان كذلك فدركه على المشتري، ولو ظهر استحقاق الشقص يرجع عليه بالثمن وغيره مما يغرمه على ما فصل، ولكن لو كان المشتري لم يقبضه من البائع لم يكلف أخذه منه، ثم إقباضه للشفيع لأن الغرض قبضه وهو حاصل بدون ذلك، ولأن الشقص حق للشفيع، فحيث ما وجدته أخذه، وقبض الشفيع كقبض المشتري لانتقال الحق إليه، فلا وجه لتكليف المشتري أمراً لا يفوت بعده حق الشفيع.

وعلى كل حال، فيبقى الدرک على المشتري لما تقرر من أخذه منه، ونبه بذلك على خلاف بعض العامه حيث أوجب على المشتري قبضه من البائع وانضاضه، نظراً إلى أن الشفيع بمنزله المشتري من المشتري وهو ممنوع، وإنما له أخذ حقه ممن وجدته بيده، وثبت دركه على المشتري لانتقال الملك عنه كما ذكر) انتهى.

أما إذا كان بيد البائع فقال: أسلمه إلى المشتري فخذ منه، فالظاهر أنه لاحق له، إذ الملك قد أصبح للشفيع فلا يجوز للبائع التصرف فيه ولو بتسليمه إلى المشتري بدون إذنه، كما أنه إذا عصى البائع من تسليمه إلى الشفيع فالظاهر أن المشتري هو المكلف بتحصيله وإعطائه إلى الشفيع، لأن من يدخل الثمن في كيسه هو المكلف بإعطاء الثمن إلى مالك الثمن.

وبذلك يظهر وجه النظر في ما ذكره الجواهر حيث قال: (بل لعل المتجه

عدم التزام المشتري بتحصيله من البائع لو فرض عصيانه به(١)، إذ لم يعرف وجه الاتجاه المذكور بعد ما عرفت من أنه مقتضى القاعده، كما أن قول الجواهر بعد ذلك: (وليس للشفيع منع الثمن الذى رضى المشتري ببقائه فى ذمته عند أخذه بالشفعه عليه، حتى يسلمه الشقص لعدم المعاوضه بينهما الموجه للتقابض)(٢) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ قد عرفت فى السابق أن مقتضى القاعده التقابض فلا أوليه لإعطاء أحدهما قبل الآخر.

أما قول الشرائع أخيراً: (وليس) إلى آخره، فقد ذكر فى المسالك تعليلاً له بقوله: (لأن العقد لم يقع معه، فلا وجه لتسلطه على فسخه بغير سبب شرعى يوجب حقه منحصر فى الأخذ من المشتري. وعلى هذا فلو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفيعته باشتغاله بما ينافى الفوريه، ولو نوى بأخذه بالشفيعه الفسخ وأخذه من البائع لم يصح الأخذ، لأنه محال شرعاً فلا يؤثر نيته كما لو نوى أخذه من الأجنبى، ومبطل للشفيعه لمنافاته للفوريه أيضاً حيث لا يكون معذوراً فى ذلك، وكما لا يصح فسخه من نفسه لا يصح بالاتفاق بينه وبين البائع بالإقاله وغيرها لاشتراكهما فى المقتضى) انتهى.

ولا- يخفى ما فيه، إذ قد تقدم أنه حتى على القول بالفوريه لا- يقال بالفوريه بمثل هذا القدر، ولهذا قال فى الجواهر معرضاً بالمسالك: (بل قيل لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفيعته لمنافاه مثله للفوريه، وإن كان فيه ما فيه) انتهى.

ثم إنه حيث عرفت فى كتاب البيع أن المعامله بين الشئيين ولا- خصوصيه للطرفين، فإن البيع ليس كالتكاح الركنان فيه هما الزوجان، بل فى المقام الركنان

ص: ٢٣٤

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٥٦

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٥٦

هما العوض والمعوض فلا- أهميه لتصور الشفيع أنه يتلقى الملك من البائع أو من المشتري، إذ المهم أن الثمن يكون في قبالة الشقص، وعليه فإذا تصور الغلط لم يضر ذلك بشفعته وإن نوى ذلك، لأن نية كون البائع زيداً أو عمرواً لا يؤثر في صحة البيع، نعم لو كان على وجه التقييد لم يصح.

وكأنه لذا قال في الجواهر: (ومن ذلك يعلم أن المعتبر في الشفعة قصد تملك الشقص بالثمن من دون ملا-حظه كونه من المشتري أو البائع، وإن كان هو شرعاً ينتقل إليه من المشتري فتأمل جيداً فإنه ربما دق) انتهى.

أما قول الشرائع المتقدم: بأنه لم يصح، فالظاهر أن مراده ما ذكره في الجواهر حيث قال: (ولعل ذلك غير مناف لما في المتن وغيره من عدم صحة ذلك لو نواه، ضروره إرادته عدم ترتب أثر لذلك عليه لا أن أخذه بالشفعة حينئذ باطل) انتهى.

إذ لا وجه للبطلان كما عرفت، فاللازم أن يحمل كلامه وكلام غيره على ما ذكرناه من عدم ترتب أثر على مثل هذه النية، سواء كان الشقص في يد البائع وقبضه الشفيع من يده، أو كان في يد المشتري، أو في يد ثالث، إذ لا يختلف الحال في كل ذلك لإطلاق الأدله.

((لو انهدم المبيع أو عاب))

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: (ولو انهدم المبيع أو عاب، فإن كان بغير فعل المشتري أو بفعله، قبل مطالبه الشفيع، فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك).

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو انهدم أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة أو بغير فعله مطلقاً تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك) انتهى:

(أقول: إنه إذا تعيب الشقص أو استهدم قبل المطالبة، ففي صريح المبسوط وجامع الشرائع على تفصيل والكافي والغنيه والسرائر والشرائع والإرشاد والمختلف والمسالك، وكذلك التذكرة بقرينه العنوان والإطلاق، والدروس بقرينه الإطلاق، أن الشفيع بالخيار بين الأخذ بالثمن وبين الترك، وفي الغنيه الإجماع عليه، وفي المسالك والكفايه والمفاتيح أنه مشهور، وفي الرياض أنه الأشهر، لأنه تصرف في ملكه تصرفاً سابقاً فلا يكون مضموناً عليه والفائت لا يقابل بشيء من الثمن، فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئاً، كما لو تعيب في يد البائع، فإن المشتري يتخير بين الفسخ والإمضاء بجميع الثمن) انتهى.

ومنه يعلم أولويه ما إذا كان الانهدام والتعيب بأفه سماويه ونحوها، من غير مدخله لإنسان فيه.

وفي الجواهر بعد نقله الإجماع عن الغنيه قال: (وهو الحجج، ويدل عليه بالإضافة إلى إطلاق حسن الغنوى المتقدم: «فهو أحق بها من غيره بالثمن»<sup>(١)</sup>) فإنه يشمل ما إذا تعيب أو انهدام أو غيرهما، مرسل ابن محبوب، قال: كتبت إلى الفقيه (عليه السلام) في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم،

ص: ٢٣٦

وكان شريكه الذى له النصف الآخر غائباً، فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق (جارف) فهدمها وذهب بها جاء شريكه الغائب فطلب الشفعه من هذا، فأعطاه الشفعه على أن يعطيه ماله كمالاً الذى نقد فى ثمنها، فقال له: ضع عنى قيمه البناء فإن البناء قد تهدم وذهب به السيل، ما الذى يجب فى ذلك، فوقع (عليه السلام): «ليس له إلا الشراء والبيع الأول إن شاء الله»<sup>(١)</sup>.

وفى قبال هذا القول الذى هو المشهور قول النافع بالضممان، كما استظهر من عبارته وتبعه جامع المقاصد، فقال فى محكى كلامه: (إن فيه نظراً، لأن المشتري وإن تصرف فى ملكه إلا أن حق الشفيع قد تعلق به فيكون ما فات منه محسوباً عليه، كما يحسب عليه عين المبيع، ولا استبعاد فى تضمين المالك ما يجنى على ملكه إذا تعلق به حق الغير، كالرهن إذا جنى عليه الراهن، وقد سبق فى كتاب البيع وجوب الأرش على البائع إذا تعيب المبيع فى يده، فينبغى أن يكون هنا كذلك، وقد نبه عليه فى التذكرة) انتهى.

ويرد الاستدلال بالروايتين<sup>(٢)</sup> بأن ثانيهما فى الانهدام لا تصرف المشتري، وأولهما منصرف إلى ما كان صحيحاً كما أخذه، ولا مانع من الفرق بين التعيب بآفه سماويه وبسبب المشتري إذا كان هنالك دليل فارق بين المقامين.

ولعل هذا الفرق هو ظاهر الخلاف أيضاً، فإنه قال فى مفتاح الكرامه نقلاً عنه: إن أصابها هدم أو غرق أو ما أشبه ذلك، فإن كان ذلك بأمر سماوى فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك، وإن كان ذلك بفعل آدمى كان له أن يأخذ العرصه بقيمتها من الثمن.

ولذا علق على كلام الخلاف الجواهر بعد نقله بقوله: بناءً على شمول الآدمى للمشتري فيه.

ص: ٢٣٧

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

وعلى هذا فمقتضى القاعده ما ذكره جامع المقاصد تبعاً للشيخ، وقد ذكر الرهن والأرش للاستيناس، ولذا قال: ولا استبعاد.

لكن لا- فرق بين أن يكون فعل المشتري قبل المطالبه أو بعدها، و(أحق بالثمن) في الروايه منصرف إلى عدم تصرفه، كما أن المرسل خاص بالتلف السماوى، وبعد الدليل لا مجال لأصالة عدم الضمان.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (لا- يخفى عليك ما فى كلام جامع المقاصد من منافاته لما سمعت من المرسل (١١)) المنجبر بما عرفت، والإجماع المحكى المؤيد بالحسن المزبور، وأصالة عدم الضمان، التى منها يعلم الفرق بين المقام وبين المبيع فى يد البائع المعلوم ضمانه عليه بدليله، بل يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه فى الجملة، إلى أن قال: (والشيخ مع أنه لم يفرق بين المطالبه وغيرها يمكن أن يكون مراده عدم دخول الإنقاض بالشفعه وصرورتها منقوله حينئذ بالانهدام فيأخذ العرصه حينئذ خاصه بما يخصها من الثمن) انتهى.

((صوره التعيب والانهدام))

بل ظاهر المسالك الميل إلى هذا القول، فإنه قال فى صور التعيب والانهدام: (أحدها أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبه الشفيع بالشفعه، ولا يحصل معه تلف شىء من العين بأن ينشق الجدار أو ينكسر الجذع أو نحو ذلك، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك، لأن المشتري إنما تصرف فى ملكه تصرفاً سائغاً، فلا يكون مضموناً عليه، والفائت لا يقابل بشىء من الثمن فلا يستحق الشفيع فى مقابلته شيئاً، كما لو تعيب فى يد البائع فإن المشتري

ص: ٢٣٨

يتخير بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن، هذا هو المشهور، وربما قيل بضمانه على المشتري لتعلق حق الشفيع به فيضمنه المشتري وإن كان ملكه، كما يضمن الراهن الرهن إذ جنى عليه) انتهى.

فإن نقله قيل بدون اعتراض عليه ظاهر في ميله، بالإضافة إلى أنه نسب القول بعدم الضمان إلى المشهور مما يدل على أن غير المشهور ذهبوا إلى الضمان، فكيف يمكن دعوى الجواهر الإجماع في الجملة، كما تقدم في كلامه.

بل لا يبعد أن يكون الحكم كذلك في الترقى والتنزل السوقيين حيث إن قوله (عليه السلام): «بالثمن»<sup>(١)</sup> ونحوه منصرف إلى بقاء السوق، فإن الاعتبار في الأمور الماليه ليس بالحجم بل بالواقع، وإنما الحجم واسطه فقط، كما ذكرنا مثل ذلك في باب المهر والوصيه والوقف والدين وغيرها في كتبها، وفي كتاب (الفقه: الاقتصاد) بصوره خاصه، فإذا اشتراه المشتري بمائه وكان المائه قيمه السوقيه، ثم ارتفعت إلى المائتين وجب على الشفيع إعطاء المائتين، ولو انخفضت قيمه إلى خمسين لم يلزم على الشفيع إلا إعطاء الخمسين، فإن المائتين في الصوره الأولى والخمسين في الصوره الثانيه بقدر المائه عرفاً، بعد ما عرفت من عدم الاعتبار بالحجم في الأمور الماليه، لكنى لم أجد من ذكره هنا، وقد ذكرنا في كتاب الغصب بعض تفصيل الكلام في ذلك، مما يؤيده بعض المؤيدات في الروايات.

((إذا كان الخراب بفعل الأجنبي))

ومما تقدم يعلم أنه إذا كان الخراب بفعل الأجنبي أخذ الشفيع بحصته من

ص: ٢٣٩

الثلث، ويكون التفاوت للمشتري على الهادم لأنه هدم ملك المشتري، كما ذكروا في أن النماء للمشتري فاحتمال أنه يعطى الشفيع كل الثمن ويرجع بالتفاوت على الهادم لتعلق حقه به، فالهدم وقع في متعلق حقه، غير ظاهر الوجه، من غير فرق في ذلك بين فعل الأجنبي الهدم قبل مطالبه الشفيع أو بعد مطالبته، لكن قبل الأخذ بالشفيعه، أما إذا هدم بعد الأخذ بالشفيعه فهو فائت من ملك الشفيع فعليه أن يعطى كل الثمن للمشتري وأن يأخذ التفاوت من الهادم.

نعم إذا لم يكن الهدم ضاراً بالقيمة فلا شيء، لا للشفيع في الصورة الثانيه، ولا للمشتري في الصورة الأولى، كما إذا كانت غرفه زائده مما لم يكن لوجودها أو عدمها أى أثر، فإن الهدم لا يوجب شيئاً على الهادم إلا المعصيه، ولو سبب العدم زياده القيمة فرضاً، فالظاهر أن الشفيع يلزم عليه إعطاء الزائد لما عرفت في مسأله زياده القيمة السوقيه، فتأمل.

((الأنقاض للشفيع))

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (وعلى كل حال، فالأنقاض للشفيع، باقيه كانت في المبيع أو منقوله عنه، بلا خلاف فيه أجده بيننا، بل في المسالك ما يشعر بالإجماع عليه لتعلق الحق بها غير منقوله، لأن لها نصيباً من الثمن الذى يأخذ به الشفيع فلا يلزم بدفع الثمن لما عداها لما فيه من الضرر، ودفع ما يخص العرصه خاصه مناف لقوله (عليه السلام): «فهو أحق بها بالثمن»<sup>(١)</sup>، فتأمل جيداً. ومراده بإشعار المسالك ما ذكره في قوله: وفي الصورتين، أى صورته كون الهدم بفعل المشتري وصورته ما كان بغير فعله، لو كان أجزاءه قد انفصلت بالانهدام فالأنقاض وهى آلات البناء من الخشب والحجاره للشفيع عندنا،

ص: ٢٤٠



وإن كانت الآن منقوله لأنها جزء من المبيع، وقد كانت مثبته حال البيع والشفعة متعلقه بها تبعاً فيستصحب، وخالف في ذلك بعض الشافعية فجعلها للمشتري بخروجها عن متعلق الشفعة، وفي أخذ الباقي بحصته من الثمن أو بجميعة لهم وجهان) انتهى.

فإن قوله: (عندنا) وذكر بعض الشافعية في مقابل ذلك يعطى الإجماع الذي ذكره الجواهر، كما هو واضح.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (والأنقاض للشفيع وإن كانت منقوله) قال: (صرح بذلك في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك مجمع البرهان وغيرها) انتهى.

ومما تقدم ظهرت الصور التسع للمسألة بما إذا زادت العرصه بالهدم أو نقصت أو بقيت على نفس القيمة، كل ذلك مضروباً فيما إذا زادت الأنقاض في قيمتها بسبب النقص أو نقصت أو بقيت على قيمتها السابقه فلا حاجة إلى تفصيل الكلام في كل صورته.

((إذا كان العيب بفعل المشتري))

ثم إن الشرائع قال: (وإن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبه) أى بالشفعه (ضمنها المشتري، وقيل لا يضمنها لأنه لا يملك بنفس المطالبه بل بالأخذ، والأول أشبه) انتهى.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة (وإن كان بفعل المشتري بعد المطالبه ضمن المشتري على رأى): (هو خيره الكافى والغنيه والسرائر والشرائع والنافع وجامع الشرائع والتحرير والإرشاد وشرحه لولده والمختلف والدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح، وفي المختلف وجامع المقاصد والرياض إنه المشهور، وفي المسالك والكفايه إنه أشهر، وفي الغنيه

الإجماع عليه، مع التقييد فيها وفي الكافي والسرائر بالعلم بالمطالبه، ولا يفهم من التذكرة في ذلك شيء انتهى.

ولذا نسبه الجواهر إلى المشهور أيضاً.

ثم إن القول الثاني نسبه جماعه كالمحقق والشهيد الثانيين والمفاتيح إلى الشيخ، وقال الشهيد الثاني: (إنه مذکور في المبسوط، ونسبه في الإيضاح إليه في الخلاف، لكن عبارتيه في الخلاف والمبسوط غامضه لا تدل على ذلك بالصرحة، فإنه قال في أولهما فيما حكى عنه: إن كان ذلك بأمر سماوى، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك، وإن كان بفعل آدمى كان له أن يأخذ العرصه بحصتها من الثمن.

وقال في المبسوط: (إذا اشترى شقصاً فوجب للشفيع فيه الشفعه فأصابه نقص أو هدم قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعه فهو بالخيار بين أن يأخذه ناقصاً بكل الثمن أو يدع، سواء في ذلك كان هدمه المشتري أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد، وكذلك إن احترق بعضها، أو كانت أرضاً فغرق بعضها، فللشفيع أن يأخذ ما يبقى بجميع الثمن أو يدع، لأنه إن هلك بأمر سماوى فما فرط فيه، وإن هدمه هو فإنما هدم ملك نفسه، وإذا أخذه بالشفعه أخذ ما اتصل به وما انفصل عنه من آلاته لأنه جميع المبيع، وقيل إنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بما يخصه من الثمن أو يدع، والذي يقوى في نفسى أنها إذا انهدمت وكانت آلاتها باقيه فإنه يأخذها وآلاتها بجميع الثمن أو يتركها، وإن كان قد استعمل آلاتها المشتري أخذ العرصه بالقيمه، وإن احترقت أخذ العرصه بجميع الثمن أو يترك.

بل ولا يدل على ذلك عبارته في النهايه أيضاً، فإنه قال في محكيه: والغائب إذا قدم وطالب بالشفعه كان له ذلك ووجب عليه أن يرد

مثل ما وزن من الثمن من غير زياده ولا- نقصان، فإن كان المبيع قد هلك بآفه من جهه الله أو من جهه غير جهه المشتري، أو هلك بعضه بشيء من ذلك لم يكن له أن ينقص من الثمن بمقدار ما هلك من المبيع ولزمه توفيه الثمن على الكمال، فإن امتنع من ذلك بطلت شفيعته) انتهى.

وأنت ترى عدم ظهور هذه العبارات فيما نسب إليه، ولذا قال في الجواهر بعد نقله عباره المبسوط: (ولعل نسبه الخلاف إليه باعتبار عدم ذكر المطالبه، بل جعل العنوان عدم أخذ الشفيع بالشفيعه طالب أو لم يطالب، فبناءً على إرادته غير الأخذ من المطالبه في كلامهم يكون مخالفاً، وإلا فلا حتى لو قيل بالملك بها دونه، ضروره كونه خلافاً فيما يحصل به الملك، وإلا فالمفروض في كلامه قبل حصول الملك للشفيع) انتهى.

((ضمان المشتري مطلقاً))

وكيف كان، فمقتضى القاعده أن المشتري ضامن مطلقاً في هذه الصوره وفي غيرها، إلا إذا كان التلف بآفه سماويه، للروايه المتقدمه [\(١\)](#) المخصصه للقاعده.

ويظهر من الحدائق التردد في هذه المسأله، حيث إنه نقل القولين بلا تعليق، فقال بعد ذكر أن للمسأله صوراً: (ثانيها: أن يكون ذلك بفعل المشتري بعد المطالبه بالشفيعه، والمشهور أنه يضمن النقص بمعنى سقوط ما قابله من الثمن، لأن الشفيع قد استحق أخذ المبيع كاملاً بالمطالبه وتعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له، وقيل بعدم الضمان وهو ظاهر الشيخ في المبسوط استناداً إلى أن الشفيع لا يملك بالمطالبه، بل يملك الأخذ فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً سائعاً فلا يتعقبه الضمان، ورد بأن التصرف في الملك لا ينافي ضمانه كتصرف

ص: ٢٤٣

الراهن، وهذا منه لاشتراكهما في تعلق حق بالعين) انتهى.

وعلى ما ذكرناه فلا فرق بين أن يفوت شيء من العين، أو أن لا يفوت شيء مثل شق الجدار وكسر الجذع ونحو ذلك، فإنه مضمون على المشتري للقاعده، والخارج منها ما عرفت.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (إن ظاهر كتب الشيخ عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف إذا كان بالآفه، وهو لا يخلو من قوه، بل لعل المرسل (١)) المزبور دال على ذلك، بل قد يقال: إن قوله (عليه السلام) فيه: «ليس له» إلى آخره، مطلق لا يختص بخصوص مورد السؤال، فيشمل حينئذ صورته إتلاف المشتري أيضاً بإحراق ونحوه، بل لعل قوله (عليه السلام): «فهو أحق بها من غيره بالثمن» (٢)) يقتضى ذلك أيضاً، ضروره كون المراد منه بيان أحقيه الشفيع من غيره بجميع الثمن، تلف بعضه أو لا، وليس المراد منه بيان أحقيته في الكل بالكل، وفي البعض بالبعض، وإلا لجاز للشفيع التبعض اختياراً وهو معلوم العدم) انتهى.

فإن صورته الآفه الخارجة عن عمل الإنسان مستثناه بالدليل.

أمّا صورته عمل الإنسان مشترياً كان أو غيره، فاللازم أن ينقص من الثمن بقدره، سواء كان كتشقق الجذع، أو كذهاب بعض العين، ونقض الجواهر بأنه وإلا لجاز للشفيع، غير ظاهر الوجه، لأن اللازم العمل بمقتضى القاعده، كما أن استدلاله بأحق بها من غيره بالثمن، قد عرفت أنه منصرف إلى الكامل لا- إلى ما نقص بعض أجزائه أو تعيب، ولذا علل في محكى الإيضاح وجامع المقاصد الضمان بما يشمل جميع الصور بقولهما بأن الشفيع استحق بالمطالبه أخذ المبيع كاملاً أو تعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه، ومن الواضح أن

ص: ٢٤٤

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

الاستحقاق لا فرق بين المطالبه وقبلها، ولذا جعل مفتاح الكرامه مقتضى القاعده الضمان حيث قال: (وكيف كان، ففي إجماع الغنيه فيما نحن فيه المعتضد بالشهره المعلومه والمنقوله وعمل من لا يعمل إلا بالقطعيات كأبى الصلاح وأبى المكارم وأبى عبد الله مع موافقه القواعد والأصل المؤيد بإطلاق ما دل على لزوم الأخذ بالشفعه بالثمن وندره المخالف غنيه وبلاغ، ولك أن تقول: إن قواعد الشفعه إنما هي أخذ جميع المبيع بجميع الثمن إلا ما كان بدون تقصير من المشتري ولو بفعله) انتهى.

نعم استثناءه صورته غير تقصير المشتري غير ظاهر الوجه، لأن القاعده تقتضى أن لا يكون فرق بين تقصير المشتري وقصوره، كما لا فرق بين كونه مشترياً أو غير مشتري، فإن غير المشتري إذا سبب الهدم أو التعيب أو ما أشبه يكون أيضاً ضامناً، ويكون للشفيع أن يأخذ العين الموجوده ببعض الثمن حسب التقسيط.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى قول الرياض، حيث قال: (إن الحكم بعدم الضمان على المشتري حيث توجه إنما هو إذا لم يتلف من الشقص شىء يقابل بشىء من الثمن، وإلا قيل ضمن بحصته من الثمن على الأشهر، قيل: لأن إيجاب دفع الثمن فى مقابله بعض المبيع ظلم، وفيه نظر، ولذا أطلق الحكم فى عبارته هنا وفى المبسوط وغيرهما، ومع ذلك يدفعه إطلاق ما مر من الخبر) انتهى.

ومراده بإطلاق الخبر إطلاق المرسل (١)، كما هو واضح.

وفيه أولاً: إن الدليل ليس الظلم، بل القاعده الكليه.

وثانياً: إن الخبر ليس مطلقاً، كما عرفت.

ص: ٢٤٥

((لو غرس المشتري أو بنى))

(مسألة ١٣): قال في الشرائع: (لو غرس المشتري أو بنى فطالب الشفيع بحقه، فإن رضى المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك).

وفي القواعد: (ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان غائباً أو صغيراً أو طلب من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه).

وقيده في المسالك بقوله: (إذا غرس المشتري أو بنى في الشقص المشفوع، ويتصور ذلك على وجه لا- يكون ظالماً به، بأن قسمه من حق الشريك الذي هو الشفيع مع بقاء الشفعة، إما بأن لم يعلمه بالشراء وإنما أظهر كونه وكيلاً عن البائع في القسمه، أو يكون المتولى هو البائع بالوكالة عن المشتري من غير أن يعلم الشفيع بالبيع، أو لإخباره أن البيع بثمن فعفا ثم ظهر أنه أنقص، أو بأن الملك انتقل بغير البيع ثم ظهر به، أو يقاسمه وكيل الشفيع فيما يدخل فيه ذلك من غير أن يعلم أو مع العلم، وظن أن الحظ في ترك الأخذ فظهر أن الحظ في الأخذ، أو بأن يكون الشفيع غائباً وطلب المشتري من الحاكم القسمة، أو نحو ذلك، فيبينى ويغرس ثم يعلم الشفيع أو يحضر فيأخذ بالشفعة، فللمشتري حينئذ قلع غرسه وبنائه لأنه ملكه).

وتبعه في الجواهر فقيد كلام الشرائع المتقدم بقوله: (على وجه لا- يكون ظالماً في ذلك، بأن قسمه مع الشفيع غير مخبر له بالشراء، بل بإظهار الوكالة عن البائع فيها أو بغير ذلك).

والظاهر أنه لا وجه لهذا القيد، إذ لا يكون الإنسان ظالماً فيما إذا تصرف في ملكه، وإن كان الملك معرضاً للزوال، فإن للشفيع الحق في أن يملك لا الحق في الملك، ومن الواضح الفرق بينهما، فأى ظلم من المشتري فيما إذا تصرف في ملكه.

وكيف كان، فمراد الجواهر وغيره من (فطالب الشفيع بحقه) أنه أخذ بالشفعة، وإلا فمجرد المطالبة بدون الأخذ بالشفعة لا ينفع في الانتقال إلى الشفيع.

وعلى أى حال، فإن رضى المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك، وفي الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامه: (بلا خلاف أجده فيه)، ثم قال الجواهر: (من غير حاجه إلى استيذان الشفيع، وإن صارت الأرض ملكاً له، إذ هو ملكه وله إزالته عن المكان المزبور، بل هو كتفريغ المبيع للمشتري) انتهى.

لكن فيه نظر، إذ قوله: (هو ملكه) وإن كان تاماً إلا أن الملكين إذا اختلطا لا يكون لأحدهما التصرف فى ملك الآخر بغير إجازته فقوله: (إذ هو ملكه) إلخ غير ظاهر الوجه، وكذا الحال فى المقيس عليه، فإنه إذا باع الدار وسلمها للمشتري فإنه لا يحق له دخولها ولو لأجل أخذ أثاثه منها، بل يكون حال المقام حال ما إذا هبت الريح فألقت نواه إنسان فى دار إنسان آخر أو بستانه فنبتت، فإنه لا يحق له أن يدخل ملك غيره بحجه أن الشجره ملكه وهو يريد قلعها، وكذلك إذا ألقى ثوبه أو متاعه فى دار الغير أو أرضه أو بستانه أو ما أشبه فإنه لا يحق له ذلك إلا بإجازة المالك.

((هل يجب إصلاح الأرض))

ثم إن الشرائع قال: (ولا يجب إصلاح الأرض)، أى لا يجب على مالك البناء والشجر وهو المشتري أن يصلح الأرض بأن يطم الحفر مثلاً ونحو ذلك.

وقد قال بذلك فى القواعد أيضاً، قال: (وليس عليه طم الحفر، ويحتمل وجوبه لأنه نقص دخل على ملك الشفيع بتلخيص ملكه، أما نقص الأرض الحاصل بالغراس والبناء فإنه غير مضمون لأنه لم يصادف ملك الشفيع) انتهى كلام القواعد.

وفى مفتاح الكرامه عند قوله: وليس عليه طم الحفر، قال: (كما فى المبسوط

والشرائع والتحرير والإرشاد والتذكرة في أول كلامه).

ثم علله (بأنه لا يضمن العيب الذي فعله قبل الطلب، لأنه إنما تصرف في ملكه وما حدث وإنما حدث فيه مما لا يقابل بالثمن سهام الأرض من نصف وثلث وربيع، وهكذا على أن في القلع مصلحة للشفيع، لأن فيه تفرغ الشقص لأجله) انتهى.

أما احتمال الوجوب الذي احتمله القواعد فهو محكى عن أبي علي، وقال في مفتاح الكرامه: (خيره أبي علي قوى متين، إن لم يتم إجماع على خلافه، والظاهر عدمه وقد مال إليه أو قال به في مجمع البرهان، واستظهر أيضاً أنه يجب الأرش على المشتري لو حصل في الأرض نقص بالقلع، سواء طالبه الشفيع بالقلع أو كان الطالب له المشتري لما ذكر، ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الشفيع، وتجوز أمثال ذلك منافع، إذ له حينئذ أن يكتر من البناء والغرس بحيث يستلزم قلع ذلك أن تكثر الحفر ويعظم الضرر الذي لا يقدم عليه عاقل، ثم قال: نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة ثم أمر بالتأمل لأن وجدانه لا يغنى من جوع نفسه، فكيف يغنى من جوع غيره) انتهى.

والظاهر أن أمره بالتأمل في موضعه، إذ الجهل وعدم الجهل بالشفعة لا يسببان تغيير الحكم الذي هو لا ضرر الشفيع المستفاد من النص والفتوى، وعلى هذا فمقتضى القاعده أن المشتري يخير بين البيع للشفيع بالقيمه، وبين الهدم والقلع والطم في مثل البئر، ورفع الآثار التي أوجبها الهدم والقلع والطم، وذلك لأن المستفاد من النص والفتوى أن الشارع لم يرد ضرر الشفيع بالشريك له، وإلا لم يقرر الشفعة، فإن شاء الطرفان اشتراء الحادث فهو وإلا أجبر على الإزاله.



أما جبر المشتري على أحد الأمرين فلائهما طريق خلاص ملك الشفيح، فهما في عرض واحد، وأما إذا لم يرد الشفيح الاثراء فلائنه لا وجه لجبره، وأما أن المشتري يجبر على الإزاله فلوجوب تلخيص ملك الغير.

لا يقال: إنه ضرر على المشتري.

لأنه يقال: إن دليل الشفعه الذي انصرف منه لزوم تسليم الملك إلى الشفيح بلا مانع أخص من دليل الضرر.

ومنه يعلم عدم وجه لجعل التعارض بين لا ضرر المشتري ولا ضرر الشفيح، ومنه يتبين وجه النظر في بعض كلام المختلف حيث قال في محكيه المختار: أن نقول لو اختار المشتري القلع كان له ذلك وعليه أرش ما نقص من الأرض بذلك وطم الحفر، لأنه يطلب تلخيص ملكه من ملك غيره، قوله: إنه تصرف في ملكه، قلنا: إنه ممنوع بل تصرف بالقلع في ملك الشفيح فكان عليه أرشه.

نعم تصرف بالغرس صادف ملكه، فلم يكن عليه غرم من أجره وغيرها، ولو اختار الشفيح القلع فالأقرب عدم وجوب الأرش، لأن التفريط حصل من المشتري حيث غرس في أرض متزلزله الملك، ولأنه غرس في حق غيره بغير إذنه، فأشبهه ما لو بانت الأرض مستحقه، وقوله (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup> مشترك بين الشفيح والمشتري فلا يختص به أحدهما انتهى.

إذ قد عرفت أن «لا ضرر» ليس مشتركاً بين الشفيح والمشتري حكماً، وإن كان مشتركاً بينهما موضوعاً، فلا ضرر الشفيح مقدم على ضرر المشتري، فإذا قلع المشتري غرسه وبناءه وطم الحفر وإلا كان للشفيح مراجعه الحاكم

ص: ٢٤٩

كما أن منه ظهر وجه الإشكال فى تفصيل جامع المقاصد والمسالك، فإنهما قالاً بالتفصيل فى وجوب الطم عليه بين كون القلع منه ابتداءً فيجب، لأن النقص قد حدث فى ملك غيره بفعله لمصلحته من غير إذن من الغير فيجب إصلاحه، وبين كونه لطالب الشفيع فلا- يجب، لأن طلبه القلع يتضمن الإذن فى الحفر وليس هو كالعاصب لأنه غير عاد بفعله، بل حكاة أولهما أيضاً عن صريح التذكرة) انتهى.

إذا لا- وجه للفرق المذكور، فإن الشفيع بطلبه القلع ونحوه إنما يريد تخلص ملكه، وليس إذناً فى الهدم، كما أنه إذا طلب من مالك الدابة إخراج دابته ليس معنى ذلك أنه لا يحق له فى طلب صاحب الدابة ببناء الحائط الذى أوجب إخراج الدابة لهدمه، وإذا قد عرفت أن مقتضى القاعده أن المشتري ضامن، فلا فرق بين أن يدفع إليه الشفيع كل الثمن ويأخذ منه الأرش، أو أن يدفع إليه التفاوت بين الثمن وبين الأرش بإخراج الأرش من الثمن ثم إعطائه للمشتري.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (وعلى كل حال، فالأقوى الأول، وفقاً لمن عرفت، بل فى المسالك نسبتة إلى صريح الشيخ والأكثر، للأصل السالم عن معارضه دليل معتد به يقضى ذلك)، إلى أن قال: (وأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فغير مضمون عليه لما عرفت سابقاً فى مسألة التعيب والانهدام) إلى أن قال: (إن الأرش الحاصل بالقلع لا مدخليه له فى الأخذ بكل الثمن، بل هو غرامه حاصله له الشفعة بفعله فى ملك غيره الذى قد أخذ منه بكل الثمن فتأمل جيداً) انتهى، محل نظر.

والحاصل: إن المشتري مأخوذ بكل نقص، سواء حصل

بالغرس أو بالقلع، وإن كان غرسه في ملكه لما عرفت من أن الشارع أراد تسلم الشفيع لكل الشقص بقدر الثمن، كما هو المنصرف من إطلاق الأدلة، خرج منه صورته تغير الشقص بغير اختيار كالسبل ونحوه كما تقدم في النص.

أما ما عدا ذلك فإنه مضمون على الذى غير، سواء كان المشتري أو إنساناً آخر، جاهلاً- كان أو عالماً، إلى غير ذلك من الشقوق.

((نقص الأرض بالغرس والبناء))

ومنه يعلم وجه النظر فى قول القواعد: (أما نقص الأرض الحاصل بالغراس والبناء فإنه غير مضمون، لأنه لم يصادف ملك الشفيع، ويأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك)، وما أيده فى جامع المقاصد والمسالك وهو قضيه كلام المختلف كما فى مفتاح الكرامه، وعن التحرير ليس عليه أرش النقص، وفى مفتاح الكرامه هو يحتمل أرش نقص الأرض بلا- غراس ويحتمل بالقلع، وعلى كل حال فالفتوى بعدم أرش على المشتري لا- للوضع ولا للقلع، أو يكون أحد الأرشين عليه دون الآخر، غير ظاهر من الأدلة، بل الظاهر خلافها.

قال فى مفتاح الكرامه: (أما نقص الأرض الحاصل بالقلع فالشيخ فى المبسوط على عدم ضمان الأرش، ونسبه فى جامع المقاصد إليه وإلى جماعه، وفى المسالك إلى ظاهر الشرائع، وقال: وبه صرح الأكثر، ولم نجد مصرحاً به غير الشيخ فى المبسوط بعد فضل التتبع. نعم قد يظهر ذلك من إطلاق قولهم: إن الشفيع يملك إجبار المشتري على القلع بعد بذل الأرش حيث لم يتعرضوا لأرش نقص الأرض بالقلع، فتأمل) إلى آخر كلامه.

((لو أعرض المشتري عن زرعه وبنائه))

ثم إن المشتري لو ترك الزرع والبناء لأنه أعرض عنهما، فإن أرادهما الشفيع

فهو، وإلا حق للشفيع أن يجبره على القلع، إذ لا يحق لإنسان أن يترك ماله في ملك إنسان آخر وإن أعرض عنه، بل الظاهر أنه ليس للمشتري ذلك، وإن جعل شجره وبناءه مباحاً لمن أراد قبل أخذ الشفيع، إذ لا دليل على أن الإعراض عن الملك في مثل المقام يرفع أثر الملك من جهة وجوب إفراغ ملك الغير منه.

((تمام الثمن أو الأرش أو ترك الشفيع))

ثم إن الشرائع قال: (وللشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يدع).

وقال في المسالك في شرحه: (إنه إن لم ينقص فلا بحث، وإلا ففي أخذ الشفيع لها بكل الثمن أو بما بعد الأرش وجهان، أشهرهما وهو الذي يقتضيه إطلاق المنصف الأول، لأن هذا النقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمه المشتري كالنقص بالاستهدام، ولأنه تصرف في ملك نفسه فلا يتعقبه الضمان، وقيل: يجب الأرش خصوصاً إذا كان بعد المطالبة لما ذكر سابقاً، هذا إذا كان النقص بالغرس، أما لو كان بالقلع فظاهر إطلاق العبارة يقتضى أنه كذلك، بأنه يأخذ بكل الثمن الشامل لحاله النقص بالغرس والقلع، وعدمه وهو الذي صرح به الشيخ والأكثر، معللين بأنه تصرف في ملك نفسه، واختار في المختلف وجوب الأرش إن كان ذلك باختيار المشتري، لأن النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخلص ملكه فيضمه، ويمنع من كونه تصرفاً في ملكه أو صادف ملكه، وإنما صادف ملك الشفيع، إذ الفرق أنه بعد الأخذ بالشفيع، فلو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين ثلاثه أشياء) انتهى.

أقول: أما فرعه الأول بأن لم تنقص الأرض فلا إشكال.

وأما فرعه الثاني ففيه ما ذكره الجواهر (بأن الأرش الحاصل بالقلع لا مدخلية له في الأخذ بكل الثمن، بل هو غرامه حاصله له بعد الشفيع بفعله

فى ملكه غيره الذى قد أخذ منه بكل الثمن) انتهى، ولا- خصوصيه لأن يكون بعد المطالبه أو قبلها، إذ أن المشتري تصرف تصرفاً يتعقبه الضمان، لما دل على أنه بكل الثمن المنصرف إلى أن يكون كل المبيع لا المبيع الناقص.

وأما مسأله الاستهدام بقدره غير إنسانيه فهى مسأله أخرى، ولو لم يكن دليل خاص فى تلك المسأله لقلنا بأن المشتري أيضاً ضامن.

والحاصل: إن كل الثمن منصرف إلى كل المبيع لا إلى بعض المبيع أو المبيع الناقص، فإذا كان النقص بفعل المشتري أو بفعل آدمى مثلاً كان بقدر ذلك النقص يخرج من الثمن.

أما إذا كان بفعل سماوى فلا، بالدليل الخاص المتقدم المؤيد بالإجماع وغيره، نعم لا يبعد صحه استنباط المسالك إطلاق الشرائع، حيث إن كلام الشرائع إنما هو قوله السابق: ولا يجب إصلاح الأرض.

ومنه يعلم حال الفرع الثالث، وهو ما إذا كان النقص بالقلع، وأن مقتضى القاعده هو ما ذكره المسالك من أنه ضامن، لما تقدم من أنه يمنع من كونه تصرفاً فى ملكه أو صادف ملكه، وإنما صادف ملك الشفيع، بل الحال كذلك بالنسبه إلى ما قبل مصادفته ملك الشفيع بأن فعله فى حال كونه ملكاً للمشتري تماماً قبل أخذ الشفيع، فلا فرق بين المسأله الثانيه والمسأله الثالثه من هذه الجهه.

والحاصل: إن المشتري ضامن لكل نقص حدث بسببه من قلع أو وضع أو غرس أو غير ذلك، وأدله (بالثمن) لا تنافى مثل هذا الضمان على المشتري، فهما أمران، وذلك مقتضى الجمع بين الحقيين.

ومنه يعلم حال ما إذا كان الشقص أرضاً واسعاً فسلط المشتري على نصفها البحر مثلاً، فإنه يأخذ بقيه الأرض بنصف الثمن إذا لم يكن لإجماع النصفين مدخل في زياده قيمه، وإلا يأخذ بالنسبه، مثلاً النصفان مجتمعاً لهما قيمه مائه، أما النصف فقط فله قيمه ثلاثين، فإنه يأخذ الشفيع نصف الأرض بثلاثين.

بل وكذلك الحال فيما إذا سلط البحر بدون مدخله المشتري، فإنه أيضاً يأخذها بثلاثين، لأنه مقتضى القاعده، وما تقدم من الروايه فى الاستهدام<sup>(١)</sup> يبعد شموله لمثل ذلك، لأن الروايه فيما إذا سلمت الأرض، وهذا الموضوع فيما إذا لم تسلم الأرض، فعدم المناط القطعى فى المسأله يوجب الرجوع فيها إلى القاعده الأوليه.

((المشتري وإزاله المانع))

والظاهر أن على المشتري إزاله المانع لو أحدث مانعاً، مثلاً هذه الدار كانت مجاوره دار للمشتري، والمشتري وضع فى داره بعد اشتراء حصه الشريك رعى مما يسبب إزعاج حيطان حصه الشفيع بعد أخذه بالشفعه، فإن عليه أن يرفع ذلك، إذ اللازم تسليم الحصه إلى الشفيع كامله غير منقوصه وغير معيبه، بل لو باع المشتري داره الموضوع فيها الرعى للإنسان آخر، فللشفيع أن يأمر ذلك الإنسان برفع الرعى مثلاً، وحينئذ فللمشتري من المشتري أن يرجع إليه بالفسخ أو بأخذ التفاوت.

((الشفيع مخير بين ثلاثه بل أكثر))

ثم إن الشرائع قال: (وإن امتنع المشتري من الإزاله كان الشفيع مخيراً بين إزالته ودفع الأرش، وبين بذل قيمه الغراس والبناء ويكون له مع رضى المشتري، وبين النزول عن الشفعه). وفى الجواهر: (كما صرح به غير واحد).

وفى المسالك: (فلو امتنع المشتري من الإزاله تخير الشفيع بين ثلاثه أشياء:

ص: ٢٥٤

أحدها: القلع، لأن له تخلص ملكه عن ملك غيره، وهل يلزمه نقص أرش البناء والغرس بالقلع، قولان أشهرهما اللزوم، لأن النقص على ملك المشتري بفعله لمصلحته فيجب أن يكون مضموناً عليه، وإن عرف المشتري غير ظالم، ووجه العدم أن التسليط حصل بفعل المشتري لأنه غرس في أرض مستحقه للغير، ففيه إنه وإن كان مستحقاً للآخذ إلا أنه لم يخرج عن ملك المتصرف بذلك، وليس هو بأبعد من غرس المستعير، وهو في كل آن يجوز رجوع المعير.

وثانيها: بذل قيمه البناء والغرس، سواء رضى المشتري بذلك أم لا، لأن فيه جمعاً بين الحقين دفعا للضرر اللازم لكل منهما بالقلع، وقيل: لا يجوز ذلك إلا برضى المشتري لأنها معاوضة فيتوقف على رضى المتعاضين، وإلا كان أكل مال بالباطل منهيًا عنه في الآيه (١) والروايه (٢) وهذا أقوى.

وثالثها: نزول الشفيع عن الشفعه وهو واضح انتهى.

أقول: هناك أكثر من الاحتمالات الثلاثه المذكوره، مثل أن يبقى شريكاً للمشتري أو يكون مستأجراً عنه أو ما أشبه.

ومثل هذا حال الزيادة المتصله كعظم الأشجار ونحوها، كما سيأتى الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

هذا وفي قواعد العلامه: (إنه لو امتنع المشتري من الإزاله تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على إشكال، وبين بذل قيمه البناء والغرس إن رضى المشتري، ومع عدمه نظر، وبين النزول عن الشفعه) انتهى.

ص: ٢٥٥

١- سورة النساء: الآيه ٢٩

٢- تفسير البرهان: ج ١ ص ٣٦٣

((١: القلع مع الأرش))

أما الأول: وهو القلع مع الأرش، فالظاهر أنه مقتضى القاعدة، فحاله حال ما إذا زاد بالنماء المتصل كعظم الأشجار، فإنه إن زاد كان شريكاً، لكن يقدم «لا ضرر» الشريك على «لا ضرر» المشتري، وضرره عبارته عن أنه غير متسلط على ملكه بالإبقاء لنفسه.

أما أن يتضرر المشتري بأن الشفيح يقلعه بدون أرش فلا فالجمع بين الحقين يقتضى أن الشفيح يملك قلعه بأرش، فإن قول الشارع خذه بالثمن المعلل بأن لا يتضرر الشفيح مقدم على تضرر المشتري بعدم تسلطه على ملكه بالإبقاء.

أما وجه إشكال القواعد في قلع الأرش، ففي مفتاح الكرامه: (قال في الإيضاح: الإشكال هنا في موضعين:

الأول: في القلع، وينشأ من أن حق الشفيح أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب، ومن أن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص، ولهذا ملك النماء، ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعه عليه، وجواز انتزاعه من يده ليس موجباً لتعديده بنقض بنائه، وإلا لثبت في الموهوب إذا غرس أو بنى فرجع الواهب، فمراده أنه يقيهما إجماعاً على القول بالجواز، ولأن الشفعه موضوعة لإزالة الضرر فلا يزال بالضرر) انتهى.

وحاصله: إن الشفيح لا يملك قلعه، وهو الذي حكاه الشهيد عن الشيخ، وقال: إنه يجاب إلى التملك بالقيمة.

(الثاني: في وجوب الأرش مع القلع، وينشأ من أنه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحه الشفيح، وإلى هذا ذهب الشيخ في المبسوط، ومن أن



التفريط حصل من المشتري، حيث غرس في أرض متزلزله الملك، واختاره في المختلف) انتهى.

أقول: حيث إن مقتضى أن للشفيع الملك بالثمن أنه يسلم إليه فارغاً أن للشفيع الحق في القلع، لكن حيث إنه ضرر على المشتري يجب أن يتدارك بالأرش، لما تقدم من أنه جمع بين الحقين، فالقول بأنه لا حق له في القلع محل نظر، وليس الاختيار بيد المشتري وإنما بيد الشفيع الذي هو ملكه بحكم الشارع بالثمن.

ولذا قال في الجواهر: (إن الإشكال الأول الذي ذكره الإيضاح واضح الفساد، ضروره عدم تصور وجوب إبقاء ملك الشفيع مشغولاً بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الأرض، إلا أن يتخيل وجوب قبول الأجره على الشفيع، أو بذل قيمه إن لم يرض، ولكنها معاً كما ترى) انتهى.

ووجه كونه كما ترى ما عرفت من أن للشفيع أن يتسلم ملكه فارغاً، فليس عليه أن يقبل الملك مشغولاً ويعطى الأجره للمشتري، أو أن يشتري ملك المشتري جبراً عليه.

ومنه يعلم وجه إشكال الاحتمالين الأخيرين الذين ذكرناهما أيضاً بأن يبقى الشفيع شريكاً للمشتري، أو يكون مستأجراً عنه أو ما أشبه من المصالحه ونحوها، فإن كل ذلك خلاف ظاهر أنه للشفيع بالثمن، وأنه يعطى له فارغاً.

وظاهر المحقق الثاني أن قول العلامة على إشكال مرتبط بدفع الأرش لا بتخير الشفيع بين القلع وغيره، ولا يبعد أن يكون ما استظهره جامع المقاصد هو مقتضى القواعد، حيث إن القيد يرجع إلى الأخير قطعاً، وأما رجوعه إلى ما عدا الأخير فهو بحاجه إلى القرينه، قال في

جامع المقاصد: (إنه لا- إشكال في القلع)، وهو بعد أن حكى عن الإيضاح الاستشكال فيه قال: (الظاهر أنه وهم، إذ لا يتصور وجوب إبقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الشقص، إلا أن يتخيل وجوب قبول الأجره على الشفيع، أو وجوب دفع قيمه عليه وإن لم يرض، وبطلان هذا أظهر من أن يحتاج إلى بيان) انتهى.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامه، حيث قال: (أما ثبوت حق القلع للشفيع فظاهر، إذ لولاه لزم ضرر عظيم، هذا يدفع الثمن وذاك يستحق المنفعه على الدوام، بل هو أعظم من نفي الشفعه بالكليه، لكن لا مانع من وجوب قبول الأجره، كما في المتهب إذا غرس وبنى ورجع الواهب، ولعل نظره في الإيضاح في الإبقاء بالأجره إلى ما في الخلاف والمبسوط والغنيه والسرائر والتذكره، من أنه له إجباره بعد القلع إذا رد عليه ما نقص، لأنه حينئذ لا خلاف في أنه له مطالبته بالقلع، وإن لم يرد لم يكن له ذلك كما في المبسوط والتذكره، وليس على وجوب القلع حينئذ دليل)، إلى أن قال: (وفي إلزامهما على الإبقاء بالأجره حيث يحصل الامتناع من الأمور الثلاثه جمع بين الحقين، وفي قول المصنف فيما سيأتى أو يقوم الغرس مستحقاً بالترك بأجره يرشد إلى ذلك، بل نقول إنه يقدم على بعض الثلاثه، كما يأتى في الزرع فليتأمل) انتهى.

إذ فيه ما تقدم من أن الظاهر من الأدله والفتاوى إلا ما شذ، أنه يجب على المشتري أن يسلم الملك إلى الشفيع فارغاً، ولكنه حيث بنى وغرس كان له الأرش، لأنه بنى وغرس في ملك نفسه، فللشفيع أن يفرغ ملكه من ملك المشتري ويعطيه الأرش، وكون الأجره مقدمه على ذلك خلاف ظاهر الأدله

بل الفتاوى أيضاً، وإن كانت الأجره صحيحه إذا تراضيا على ذلك، كما تقدم منا فى الاحتمالين، سيأتى بعض تفصيل الكلام فى ذلك إن شاء الله تعالى.

ولذا قال فى الجواهر: (وجوب الإبقاء بالأجره مما لا- يحتمله أحد فى المقام، ولعله لما ستعرفه من كون صاحب الأرض كالمغصوب بعد امتناع المشتري من الإزاله فلا- يجبر مع كونه مظلوماً ومغصوباً لأنه يرض بالإبقاء الذى هو غير الابتداء على القبول بالأجره، كما هو واضح) انتهى.

وكونه كالمغصوب هو مقتضى القاعده على ما ذكره الجواهر، لما عرفت من أن ظاهر الدليل (بأن له بالثمن) أن له يتسلمه فارغاً من كل شىء، وإنما نقول بالأرش لما تقدم، ولولا كونه جمعاً بين الحقين لم نقل به أيضاً.

أما إشكال العلامه فى الأرش، وهو الاحتمال الثانى فى كلام الإيضاح، فقد أشكل عليه الجواهر حيث قال: (نعم ما ذكره من الإشكال الثانى فى محله، وإن كان وجوب الأرش هو الذى صرح به الشيخ وابنا زهره وإدريس والفاضل فى جملة من كتبه، والشهيدان والكركى على ما حكى عن بعضهم، لكن الإنصاف قوه ما فى المختلف من عدم وجوب الأرش، بل مال إليه فى محكى التذكرة لوجوب الإزاله عليه بعد طلبها من الشفيح، والضرر هو الذى أدخله على نفسه بفعله فى الأرض المستحقه الانتزاع منه، بل الظاهر كونه ظالماً بإبقائه البناء والغرس فى أرض الغير وامتناعه من القلع، وكون الابتداء بحق لا يقتضى كون الاستدامه بذلك، إذ لم يحصل من المالك ما يقتضى الإذن فيها، كما فى العاربه التى تقدم الكلام فيها فى محله، وحينئذ فيندرج فى قوله (عليه السلام): «لا حق لعرق

ظالم»<sup>(١)</sup>، ولذا كان له جبره على القلع، ضروره كونه المتصرف في مال الغير دون صاحب الأرض، على أنه لو كان المالك مستحقاً لأرشه لانتجه وجوبه له حتى لو قلعه هو مع طلب الشفيع، إذ مع فرض استحقاقه له لا تفاوت فيه بين الامتناع وعدمه، بل لعل الثاني أولى) انتهى.

وفيه: إن عدم استحقاق المشتري بالبقاء من جهة لا- ضرر الشفيع لا- ينافي استحقاقه الأرش من جهة لا ضرره، كما أن عدم استحقاق بقاء ملك المشتري لا ينافي استحقاق المشتري قيمه الشقص.

وقول الجواهر (على أنه) إلى آخره، فيه: إنا نقول بذلك، فهو مثل ما لو قال: ألق متاعك في البحر وعلى بدله، فلا- فرق في استحقاقه الأرش بين أن يقلعه هو بأمر المالك، أو يلقعه المالك أى الشفيع، وعدم حقه بالنسبه إلى الإبقاء لا ينافي أن يكون له الحق بالنسبه إلى الأرش، حيث يقتضى الدليل ذلك على ما تقدم، فالواجب لا ينافي الضمان، كما أنه يجب على صاحب الطعام أن يعطى فى زمان المخصصه للجائع الذى يموت إذا لم يأكل الطعام، ومع ذلك فالآكل ضامن للقيمه، لأنه مقتضى الجمع بين الحقين.

وقوله: (لوجب الإزالة عليه بعد طلبها من الشفيع) لا يدل على عدم الضمان للأرش.

أما قوله: (الضرر هو الذى أدخله على نفسه) إلخ، ففيه ما ذكرناه فى كتاب الغصب من أن المقدم على شىء ليس معناه أنه مقدم على الضرر، فدليل «لا ضرر» محكم.

أما مفتاح الكرامه حيث يظهر منه عدم الأرش فهو أبعد، حيث قال: (وخيره المختلف أشبه بأصول المذهب، لأن المشتري قد أقدم على الغرس والبناء وأخفى ذلك عن الشفيع مع أنه باستحقاقه فقد أقدم على إضرار نفسه وما

ص: ٢٦٠

ضره أحد، ولا وجه للتنظير بالمستعير، كما صنع جماعه، فإنه ما بنى ولا غرس إلا بإذن المعير) انتهى.

فإن دليله أخص من مدعاه، إذ مدعاه نفى الأرش مطلقاً، ودليله فيما إذا عرف المشتري وأخفى عن الشفيع مع علمه باستحقاقه، مع وضوح أن المدعى ليس منحصرأ بهذه الصورة.

والحاصل: إن الملك ملك المشتري حتى في صوره علمه بأن الشفيع يأخذه وأن له الشفعه، وقد عمل في ملكه ما يحق له، فما ذا الذى يرفع احترام ماله، ولولا ظهور الدليل فى كونه يسلمه إلى الشفيع فارغاً، وأن للشفيع الحق فى تسلمه كذلك، لم يكن وجه للقلع أيضاً، لكن لما دل الدليل على ذلك لزم القول بالأرش جمعاً بين الحقين.

ثم إن الجواهر ذكر تأييداً لعدم الأرش قوله: (إن الأرش الذى يجب دفعه على الشفيع إن كان هو تفاوت ما بين كونه مقلوعاً وباقياً ففيه ما عرفت من أنه غير مستحق للبقاء عليه، فلا وجه لدفع عوض عما لا يستحقه، وإن كان المراد به النقص الذى قد يحصل عليه بنفس القلع لا- من حيث بقائه، ففيه: إنه بعد أن كان مستحقاً عليه على وجه لو باشره لم يتبع به الشفيع لا- معنى لاتباعه به بعد الامتناع، خصوصاً إذا كان ذلك بمباشره الحاكم، على أن الأرش المزبور قد لا يحصل، كما إذا فرض عدم تفاوتها حال قلعه وحال قيامها لأنها قلعت على وجه لم يحصل فيها عيب، وظاهرهم لزوم الأرش للقلع، وإن اريد به تفاوت ما بين كونها مقلوعه فعلاً- ومستحقه القلع واقفه، ففيه: إن ذلك متصور فى قلع غير المستحق لاحتمال عفو المستحق مثلاً، فتريد قيمتها بذلك حينئذ، أما مع قلع المستحق الذى تفوت معه جميع احتمالات البقاء الحاصله من احتمال رضاه،

فلا وجه لفرض التفاوت فيه، نعم لو فرض أن للمالك الإبقاء بأجره قهراً على الشفيح اتجه حينئذ الأرش المزبور، والمفروض عدم ذكر أحد له وجهاً، فضلاً عن القول به) انتهى.

وفيه: بالإضافة إلى وجود مواضع للنظر في كلامه، والتي منها: إنه إذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها وحال قيامها فلا كلام في الأرش، ولم يدع ذلك أحد، لأنه لم يتضرر المشتري حتى يكون جمعاً بين الحقين، ومنها: إنه ذكر أن الإبقاء بأجره لم يذكره أحد وجهاً، فضلاً عن القول به، مع أنه ذكره في مفتاح الكرامه قال: (نظر الإيضاح في الوجه الثاني من وجهي الإشكال الأول إلى ما حكاه قولاً في التذكرة من أن عليه أن يبقيه في الأرض بأجره، ومعناه أنه لا يجوز له إجباره على القلع بأرش ولا بدونه) انتهى.

إن مرادهم بالأرش ما هو واضح من التفاوت المستفاد من الجمع بين الحقين، فإنه إن لم يرد الشفيح النزول عن شفيعته، ولم يرد أن يبقى مع المشتري شريكاً يقول: أعطيك قيمه بنائك وشجرك أو أقلعها أو تقلعها أنت مع الأرش، فإذا كانت الأرض بغير البناء والشجر مائه، ومعهما مائتين وخمسين، كان للمشتري مائه وخمسون يخرج منه الذي يحصله من قيمة الأنقاض والمقلوعات ويعطيه الشفيح الباقي، فإذا كانت قيمة الأنقاض والأشجار المقلوعة خمسين أعطاه الشفيح المائه، وهكذا.

نعم إذا كان لانضمام الشجر إلى الأرض قيمه، كان اللازم تقسيم تلك القيمة التي حصلت من الانضمام بين صاحب الأرض وصاحب الشجر، لأنه مقتضى قاعده العدل.

قال في المسالك: (وحيث يختار بذل قيمه، إما باتفاقهما أو مطلقاً، لم يقوم

مستحقاً للبقاء في الأرض مجاناً، ولا مقلوعاً مطلقاً، لأنه إنما ملك قلعه مع الأرض فيقوم كذلك بأن يقوم قائماً غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرض، أو باقياً في الأرض بأجره إن رضى المالك فيدفع قيمته كذلك إلى المشتري، وإن اختار القلع فالأرض وهو ما نقص من قيمته كذلك بعد قلعه، وقيل في طريق القيمة أن يقوم الأرض وفيه الغرس، ثم تقوم خاليه، فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيح أو يدفع ما نقص منه إن اختار القلع، ويشكل بأنه قد يكون لضميمه كل من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئه الاجتماعيه دخل في زياده قيمه، وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري، وكيف يكون ما عدا قيمه الأرض خاليه عن مجموع القيمتين حقاً للمشتري، فالوجه هو الأول) انتهى.

وكيف كان، فالمهم أن يحصل المشتري على قيمه أشجاره وبنائه بانضمام الأرض والأنقاض والمقلوعات، وإذا كانت هنالك قيمه للهيئه الاجتماعيه كان له بعضها لقاعده العدل، أما أن يحصل هو على كل القيمه للهيئه الاجتماعيه، أو تكون القيمه للهيئه الاجتماعيه للشفيح فكلاهما خلاف القاعده.

ثم إنهما لو اختلفا فيمن يقلع فالمحكم الحاكم، إذ لا أولويه لأحدهما على الآخر، فإذا بادر أحدهما وقلع عصى، لكن ليس عليه شيء بسبب ذلك، ثم لو رضيا كلاهما بأحد الأمور الخمسه فهو، وإلا بأن قال الشفيح: أقلعه ولك الأرض، وقال المشتري: بل اشتره أنت ولي الثمن، أو قال الشفيح: اشتره، وقال المشتري: بل أقلعه ولي الأرض مثلاً، قدم القلع، لأن العين للمشتري فلا حق في جبره للتنازل عن عينه.

لا يقال: ولا حق في جبر الشفيح بإعطاء الأرض.

لأنه يقال: الشفيح إذا لم يرد التسالم ببقاء البناء ونحوه كان مجبوراً بدفع

الثلث أو الأرش، لكن الأول بحاجه إلى رضى المشتري بخلاف الثاني، فيقدم اختيار المشتري على اختيار الشفيع.

هذا تمام الكلام فى الشق الأول من الشقوق الثلاثة التى ذكرها الشرائع من الإزالة ودفع الأرش.

((٢: بذل قيمه الغراس والبناء))

وأما الشق الثانى، وهو بذل قيمه الغراس والبناء، ويكون له مع رضى المشتري ذلك، فقد عرفت أن العلامه تنظر فيه فى القواعد.

وفى مفتاح الكرامه عند قوله: (ومع عدم رضى المشتري فيه نظر): (يريد أنه مع عدم رضى المشتري بالقيمه فهل يملك أخذه بالقيمه ويجب على المشتري قبولها، فيه نظر، ينشأ من أنها معاوضه فتفتقر إلى رضى المتعاضين، ومن أن ذلك أقرب إلى مصلحه كل منهما، لأن فيه جمعاً بين الحقين، ودفعاً للضرر العظيم اللازم لكل منهما بقلع البناء والغرس، والأول أصلح كما فى الإيضاح، وأقوى كما فى جامع المقاصد والمسالك، وهو قضيه كلام الشرائع والتذكره والتحرير، حيث لم يذكروا إلا بذل القيمه مع الرضى، وكأنه مال إليه أو قال به فى الدروس حيث قال: إن قول الشيخ مشكل، وقد نسب الثانى فى الإيضاح إلى جمهور أصحابنا، وفى جامع المقاصد إلى أكثرهم، ولم نجد لذلك ذكراً فى غير ما ذكر إلا فى المبسوط، وقد يظهر ذلك من أبى على) انتهى.

وفى الجواهر: (بل هو مناف لأصول المذهب وقواعده، بل يمكن إرادته الشيخ أن ذلك مع الرضا) انتهى.

والظاهر أن الأمر كما ذكره من عرفت من اشتراط الرضا، حيث لا وجه لعدم الاشتراط.

لا يقال: القلع والاشتراء كلاهما على خلاف المشتري، فلماذا يقدم القلع على الاشتراء.



لأنه يقال: القلع مقتضى الأدله، حيث إن الشارع يلزمه إفراغ ملك الشفيع عن ملكه، وليس كذلك المعامله لأنها متوقفه على رضى الطرفين.

قال سبحانه: (إلا- أن تكون تجاراً عن تراض منكم) (١)، إلى غيرها من الأدله الداله على أنه لا- يمكن المعامله إلا برضى الطرفين، إلا- فيما إذا كان الحاكم مخلولاً فى جبر أحد الطرفين أو كليهما على المعامله بدليل ثانوى، وليس فى المقام من ذلك الدليل الثانوى عين ولا أثر.

((كيفيه بذل القيمه))

وعلى كل حال، فحيث تبذل القيمه فإن اتفقا على شىء فهو، وإلا فإن قلنا بأن البذل قهرى فاللازم أن يكون البذل كما ذكرناه فى الأرش، من أنه يقوم المجموع ويعطى المشتري بقدر التفاوت بين قيمه الأرض وقيمه البناء والشجر، وإذا كان للهيئه الاجتماعيه قيمه تقسم بينهما على قواعد العدل.

وبذلك يظهر وجوه النظر فى احتمالات الجواهر، حيث قال:

(وعلى كل حال، فحيث تبذل القيمه باتفاقهما أو قهراً على المالك، فعلى المختار يقوم غير مستحق للبقاء بأجره، بل مستحق القلع بلا- أرش، وتدفع إلى المالك، وعلى غيره ففى القواعد لم يقوم مستحقاً للبقاء فى الأرض ولا مقلوعاً، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش، بل إما أن يقوم الأرض وفيها الغرس ثم تقوم خاليه، فالتفاوت قيمه الغرس فيدفعه الشفيع، أو ما نقص منه، أو يقوم الغرس مستحقاً للترك بالأجره أو لأخذه بالقيمه إذا امتنع من قلعه.

ونحوه فى الدروس ولكن قال: وهذا لا يتم إلا على قول الشيخ بأن الشفيع لا يملك قلعه، وأنه يجاب إلى القيمه لو طلب تملكه وهو مشكل، قلت: مضافاً إلى أنه لا يقهر على الثانى منهما أيضاً

ص: ٢٦٥

فكل منهما غير مستحق إلا مع الرضا به، فلا وجه لملاحظته في التقويم، بل ينقذح من ذلك الإشكال في جعل الثاني من أحد وجوه التخيير، ضروره عدم انحصار وجود التراضي فيه، بل قد يشكل الوجه الأول من وجهي التقويم أيضاً بأنه قد يكون لضميمه كل من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئه الاجتماعيه دخل في زياده قيمه، وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمه الأرض خاليه من مجموع القيمتين حقاً للمشتري، بل قد يشكل الثاني أيضاً بأنه لا يتم على القول بوجوب دفع الأرض مع القلع، لأنه لا يملك طلب الأجره على الإبقاء، إذ القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرض، فما دام لا يبده فالإبقاء واجب عليه ولا أجره له عليه) انتهى.

ومما ذكرنا يظهر وجه ما ذكره جملة من العلماء، من أن الوجه الأسلم في كيفية التقويم أن تقوّم الأرض وفيها الغرس، ثم يقوّم كل منهما منفرداً، فإن بقي من مجموع القيمتين بقيه قسمت عليهما على نسبة كل من القيمتين، فإذا كانت قيمه المجموع مائه، والأرض أربعين، والغرس خمسين، تكون العشره الزائده باعتبار الاجتماع مقسومه على تسعه، للأرض أربعة أتساعها، وللغرس خمسة أتساعها.

أما إشكال مفتاح الكرامه على تقسيم قيمه الهيئه الاجتماعيه بينهما (بأن الشفيح إنما يستحق الأرض فقط، والهيئه الاجتماعيه كلها للمشتري، لأنها إنما حدثت في ملكه، ولأنه لا يضمناها لو قلع قطعاً، ولو كان للشفيح فيها نصيب لضمناها) غير ظاهر الوجه، إذ الهيئه الاجتماعيه قائمه بالمالين لا- بالمال الواحد، والمشتري إنما سبب بعض الهيئه الاجتماعيه لا كل الهيئه الاجتماعيه، فحال ذلك حال ما إذا صنع أحدهما مصراع باب أو حذاء وصنع الآخر المصراع

الآخر، فهل يقال: بأن الهيئة الاجتماعية كلها للشانى، حيث إنه ثانى الصانعين، وقوله: (لا يضمناها لو قلع قطعاً) محل نظر، فإن كلامهم فى غير هذه الصورة بقرينه إطلاقهم بكون التفاوت للمشتري.

قال العلامة فى القواعد: (فإن اتفقا على بذل القيمة أو أوجبا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيح، لم يقوم مستحقاً للبقاء فى الأرض ولا- مقلوعاً، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش، بل إما أن تقوم الأرض وفيها الغرس، ثم تقوم خاليه فالتفاوت قيمه الغرس فيدفعه، أو ما نقص منه إن اختار القلع، أو يقوم الغرس مستحقاً للترك بأجره، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه) انتهى.

فأنت ترى أن العلامة ذكر أن التفاوت للمشتري، ومن الواضح أن ذلك إنما هو فيما إذا لم يكن للهيئة الاجتماعية مدخليه فى ارتفاع القيمتين، حيث يتعارف أن الهيئة الاجتماعية لا مدخليه لها فى الارتفاع، وقد ذكر فى نفس مفتاح الكرامه أن ذلك الذى ذكره العلامة فى القواعد صريح التحرير والدروس.

أما إشكال جامع المقاصد والمسالك على القواعد، بأنه قد يكون بضميمه كل من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل فى زياده القيمة، وذلك بتمامه لا يستحق المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمه الأرض خاليه حقاً للمشتري، فهو تفریع فرع نادر للتنبيه على استثناء هذه الصورة مما ذكره العلامة فى القواعد وذكره غيره أيضاً، كما تقدم.

والحاصل: إن حال القلع وحال أخذ المشتري القيمة واحد من هذه الجهه، فإن الغالب عدم القيمة للهيئة الاجتماعية، وغير الغالب مما يكون فيه قيمة اجتماعيه يلزم تقسيمها عليهما بالنسبه، كما تقدم فى المثال، وقد ذكرنا فى كتاب الغصب أن اللص إذا سرق أحد البابين أو أتلفه متلف كان عليه المجموع مخرجاً

منها قيمه المصراع الباقي، وكذلك حال الحذاء، لأنه قد أتلّف الهيئه الاجتماعيه والمصراع وكلاهما للمسروق منه وللمتلّف عليه.

((القلع وزياده قيمه أو نقصانها))

ثم إن القلع قد يسبب زياده قيمه الشجر، وقد يسبب نقصان قيمتها، وقد لا يسبب شيئاً منهما، فإذا سبب النقصان فالأرش على مالك الأرض وهو الشفيح، وإن لم يسبب شيئاً فهو يقلع شجره بدون الأرش، أما إذا سبب القلع زياده قيمه فهو لمالك الشجر، إذ لا مدخله لمالك الأرض في الزياده المذكوره.

ومنه يعلم الأحوال الثلاثه للأرض، حيث زادت قيمتها بالقلع، أو نقصت، أو بقيت كما كانت، وقد ذكرنا طرفاً من الكلام في هذه الموارد الثلاثه في كتاب الغصب.

أما إذا لم يكن للبناء مهدوماً أو الشجر مقلوعاً أيه قيمه، فالظاهر أن الشفيح مكلف بإعطاء قيمه للملاك الذي ذكر في الأرش من أنه جمع بين الحقين، ويرى ذلك في البناءات القديمه التي لها ما دامت قائمه قيمه أما مهدومه فلا قيمه لها.

ومما تقدم يظهر حال عكسه، بأن كان البناء قائماً لا قيمه له، أما مهدوماً فله قيمه، فإن قيمه تكون للمشتري، ولا يكون على مالك الأرض شيء.

((لو اختلفا في وقت القلع))

ثم إن الجواهر قال: (لو اختلف الوقت فاختر الشفيح قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقت آخر يخف الأرش عليه فله ذلك، إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته كما هو واضح. ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيح أو وكيه في المشاع على وجه يكون الغرس والبناء بالإذن المعتبر، بأن كان الشفيح لا يعتقد الشفعه له أو يتوهم

كثره الثمن، ثم تبين له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعه، فالحكم كما إذا غرس أو بنى بعد القسمه) انتهى.

قال فى مفتاح الكرامه: إن بذل الشفيع القيمه بدون رضى المشتري نسبه الإيضاح إلى جمهور أصحابنا، وجامع المقاصد إلى أكثرهم، ولم نجد لذلك ذكراً فى غير ما ذكر إلا فى المبسوط، وقد يظهر ذلك من أبى على.

قال فى المبسوط: قلنا للشفيع: أنت بالخيار بين ثلاثه أشياء، بين أن تدع الشفعه، أو تأخذ وتعطيه قيمه الغرس والبناء، أو تجبره على القلع وعليك قيمه ما نقص، وهو بإطلاقه يتناول صورته الرضا وعدمه، وإن كان قد يدعى تبادل الأولى، لا سيما مع ملاحظه أصول المذهب، ولكنهم فهموا منه شمول الصورتين، وقد صرح بعدم التوقف على الرضا فى مثله فى مزارعه الخلاف والمبسوط، وادعى عليه فى الأول إجماع الفرقه وأخبارهم. وقال أبو على فيما حكى: كان الشفيع مخيراً بين أن يعطى قيمه ما أحدثه المشتري، وبين أن يترك الشفعه إلخ، ولم يتعرض لشيء من ذلك فى المقنع والمقنع والانتصار والنهائيه والمراسم والكافى والمهذب والوسيله والغنيه والسرائر وجامع الشرايع والإرشاد... فأين ما نسبه فيه الإيضاح إلى جمهورهم.

وأما الشهيد المتقدم على جامع المقاصد، فقد عرفت أنه مال أو قال: إن ذلك فى صورته الرضا... وهو مقتضى كلام الشرائع والتذكرة والتحرير حيث لم يذكروا إلا بذل القيمه مع الرضا) انتهى.

وقد أخذ الجواهر منه جمله مما قال، كما لا يخفى على من راجعهما.

ولعل الشيخ وغيره حيث ذكروا التخيير بين الأمور الثلاثه من جهه أن كلاً من الأخذ بالقيمه بدون رضى المشتري وجبره على القلع خلاف القواعد الأولى، وحيث

دار الأمر بينهما يكون الشفيح مخيراً بينهما، لكن قد عرفت أن مقتضى القاعده الجبر على القلع، لأنه المستفاد من الروايات المتقدمه فلا يعادله الأخذ بالقيمه قهراً.

ولعل الشيخ إنما نسب ذلك إلى أخبار الطائفه، لوجود بعض الأخبار الداله عليه، مثل ما ذكره الشيخ في أماليه، بإسناده إلى الخلفاني، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) يوماً، إذ دخل عليه رجلان من أهل الكوفه من أصحابنا، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أعرفتهما»، قلت: نعم هما من مواليك، فقال: «نعم، والحمد لله الذي جعل أجله موالي من عراق»، فقال له أحد الرجلين: جعلت فداك إنه كان عليّ مال لرجل ينتسب إلى بنى عمار الصيارفه بالكوفه وله بذلك ذكر حق وشهود، فأخذ المال ولم أسترجع منه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتاباً ولا أخذت منه براءه، وذلك لأنى وثقت به، وقلت له: مزق الذكر بالحق الذى عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقها، وأعقب هذا أن طالبنى بالمال وارثه وحاكمونى وأخرجوا بذلك الذكر بالحق وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فباع على قاضى الكوفه معيشه لى وقبض القوم المال، وهذا رجل من أخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى، ثم إن ورثه الميت أقروا أن المال كان أبوهم قد قبضه، وقد سألوه أن يردوا على معيشتى ويعطونه فى أنجم معلومه، فقال: إنى أحب أن تسأل عن أبى عبد الله (عليه السلام) عن هذا، فقال الرجل: جعلت فداك كيف أصنع، قال: «عليك أن ترجع بمالك على الورثه، وترد المعيشه على صاحبها، وتخرج يدك عنها»، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبنى بغير ذلك، قال: «نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغله من ثمر الثمار وكل

ما كان مرسوماً في المعيشه يوم اشتراها يجب أن ترد لك كل ذلك، إلا ما كان من زرع زرعته أنت فإن للمزارع إما قيمه الزرع وأما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له وردّ عليك قيمه وكان الزرع له»، قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً وغرساً، قال: «له قيمه ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه»، فقلت: جعلت فداك أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال: «يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها وردّ البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان أو ردّ القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشه من قيمه غرس أو بناء أو نفقه في مصلحه المعيشه ورفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود إليه»<sup>(١)</sup>.

((الميزان في التقويم))

وكيف كان، فحيث ترد القيمة باتفاقهما أو قهراً على المالك فقد عرفت سابقاً أن الميزان في إعطاء القيمة تقويمها معاً وتقويم الأرض وعطاء التفاوت إلى المشتري الغارس أو الباني إذا لم يكن للانضمام قيمه، وإلا فقيمه الانضمام توزع بينهما على النسبه العرفيه.

أما بعض الوجوه الأخر التي ذكرها بعض، كما يظهر من الجواهر وغيره، فقد عرفت الإشكال فيها.

وعلى كل حال، فقد تقدم الجواهر: (لو اختلف الوقت فاختر الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمه عن قلعه في وقت آخر يخف الأرش عليه فله ذلك، إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته)<sup>(٢)</sup>، وهو كما ذكره، لما عرفت من وجوب التسليم إليه فارغاً، كما في سائر الأماكن من البيع ونحوه.

ص: ٢٧١

١- الأمالى: ج ٢ ص ٣٠٩ ط قم

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٧٣

نعم لا يبعد أنه إذا لم يكن تفاوت الزمان كثيراً، وكان القلع الأسبق يسبب ضرراً على المشتري، لأن الدولة مثلاً تأخذ منه ضريبه إذا قلعه في النهار حيث عمال الدولة موجودون بخلاف ما إذا قلعه في الليل، فلا ضرر المشتري محكم على ذلك.

كما أنه إذا أراد المشتري القلع، وقال الشفيع: بأنه يؤخر في قلعه، لم يجب على المشتري الإجابة حيث يريد الوصول إلى ماله في أسرع وقت ممكن، إلا إذا كان «لا ضرر» محكماً.

وإذا تنازعا فالمرجع الحاكم وهو يلاحظ أقل الضررين وأكثر السلطتين بالنسبة إلى الشفيع والمشتري، لأن دليل «لا ضرر» والسلطة محكمان، فإذا تعارضا ولم يكن هنالك ما يقدم أحدهما على الآخر قدم مقتضى الأكثر سلطه والأقل ضرراً.

أما إذا لم يكن الشفيع يعتقد بالشفعه، أو يتوهم كثره الثمن، أو نحو ذلك من الأعذار الحائلة دون أخذه بالشفعه، كما تقدم جملة منها في كلام المسالك، وحين ذلك بنى المشتري أو غرس أو ما أشبهه، ثم التفت الشفيع إلى الشفعه ونحوه فأخذ بها، فالظاهر أن الحكم كالسابق في أن له أن يتسلم المال فارغاً، أو يعطى قيمه، أو يستأجر أو ما أشبهه.

ومنه يعرف وجه قول الجواهر: لو غرس المشتري، أو بنى مع الشفيع، أو وكيله في المشاع على وجه يكون الغرس والبناء بالاذن المعترف بأن كان اشفيع لا يعتقد بالشفعه له أو يتوهم كثره الثمن، ثم تبين له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعه فالحكم، كما إذا غرس أو بنى بعد القسمه) انتهى.

وقد ذكر الفرعان في القواعد قال: (ولو اختلف الوقت فاختر الشفيع قلعه في وقت أسبق يقصر قيمته عن قلعه في آخر فله ذلك، ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع، ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك).



وقد ذكر في مفتاح الكرامه: (إن الحكمين المذكوران في التحرير وجامع المقاصد، ثم صدقه هو أيضاً، وقال في الفرع الثاني: مراده أن المشتري غرس وبنى في الجزء المشفوع حال الإشاعه مع الشفيع أو وكيله، بحيث يكون الغرس والبناء بالإذن المعتبر، ويتصور ذلك بأن يعتقد الشفيع أن لا شفعه له، أو يتوهم كثره الثمن ثم يتبين الخلاف، فإنه إذا أخذ بالشفعه يكون الحكم في الغرس والبناء كالحكم فيهما إذا حصلت القسمه، ثم غرس أو بنى في حصته ثم أخذه الشفيع، كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد) انتهى.

ثم الظاهر أيضاً أن ثالث الأقسام المذكوره في الشرائع في عنوان المسأله (وهو النزول عن الشفعه) على وفق القاعده، ولذا حكى عن المبسوط أنه قال: لا كلام فيه، وعن جامع المقاصد أنه قال: لا بحث فيه، وعن المسالك أنه قال: هو واضح، وذلك أنه نوع إقاله بين الشفيع والمشتري فيشملة دليل الإقاله.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (يشكل بأنه لا- دليل على تسلط الشفيع على فسخ شفيعته بعد أن أخذ بها، كما هو المرفوض في موضوع المسأله، نعم لو كان هذا التخيير قبل الأخذ لكان جواز النزول بمعنى ترك الأخذ بالشفعه واضحاً، لا بعد الأخذ، خصوصاً لو رضى المشتري ببذل الغرس والبناء له مجاناً، وإن كان لا يجب عليه القبول لما فيه من المنه، ولكن أقصى ذلك أنه يجيره الحاكم على قلعه، وعلى دفع الأجره مده الامتناع، بل وعلى أجره القلع بما احتاج) انتهى.

غير ظاهر الوجه، كما أنه لم يعلم وجه الخصوصيه المذكوره، إذ الإقاله جاريه في المقامين، ومعنى الإقاله في الهبه أنه يرجع المتهب الشئ إلى الواهب ويقبل الواهب، ولا وجه للإشكال فيه.

((نماء المبيع متصلاً ومنفصلاً))

(مسأله ١٤): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وإذا زاد ما يدخل في الشفعه تبعاً، كالودى المبتاع مع الأرض فيصير نخله أو الغرس من الشجر، وكزياده أغصان الشجر ونحو ذلك مما هو نماء متصل بالعين التي تعلق الشفعه بها، فالزياده للشفيع بلا خلاف أجده فيه، كما عن المبسوط، بل قيل: مراده نفيه بين المسلمين، بل ولا إشكال، ضروره تبعه ذلك للعين التي تعلق بها حق الشفعه) انتهى.

وقد أخذ الجواهر النقل من المبسوط عن مفتاح الكرامه، وقوله: (بل قيل) أيضاً هو كلامه.

وقال في المسالك: (أما كون النماء المنفصل للمشتري فواضح، لأنه نماء ملكه لكونه حينئذ مالكاً مستقلاً، وتزلزل ملكه لا ينافي ملك النماء، وأما المتصل فهو كالجزء من الشجره فيتبعها في الحكم، والودى بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحه والياء المشدده أخيراً بوزن غنى فسيل النخل، وزاد بعضهم قبل أن يغرس، والمراد هنا المغروس ليكون تابعاً للأرض، أما غير المغروس فلا شبهه في عدم تبعيته للأرض في الشفعه) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أنه إذا كانت الزيادة واضحه معلومه، كما إذا اشترى في هذه السنه وبعد سنه أخذ الشفيع بالشفعه، كون الزيادة للمشتري.

نعم إذا كانت الزيادة غير محسوسه، كما إذا اشتراه في هذا اليوم وأخذ الشفيع منه غداً أو بعد غد أو ما أشبه تكون الزيادة للشفيع، أما الثاني فلتعارف ذلك وعدم تفاوت قيمه معتد بها عند العرف، بل عدم تفاوت القيمه إطلاقاً عندهم غالباً، فإطلاق النصوص يقتضى الأخذ بنفس ذلك الثمن، سواء كانت الأشجار في البستان أو في الدار ونحوها.

أمياً مع فصل المده والزيادة المحسوسه فلا فرق بين النماء المتصل والنماء المنفصل، ولا وجه لدخول المتصل في ملك الشفيع بعد كونه ملكاً للمشتري، ولا دليل على الانقلاب.

وأما ما ذكره الجواهر من ضروره تبعيه ذلك للعين التي تعلق بها حق الشفعه فشبهه مصادره، ومجرد عدم خلاف المبسوط لا يمكن أن يكون مستنداً لحكم على خلاف القاعده مع أنه محتمل الاستناد بل ظاهره.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث إنه بعد كلام المسالك المتقدم علق عليه بقوله: (هو كذلك إذا كان مطروحاً على وجه الأرض، أما إذا كان نابتاً في أسفل النخل مثلاً ولكن لا يكون نخله حتى يقلع منها ثم يغرس، فدعوى عدم تبعيته للأرض في الشفعه محل منع، خصوصاً مع فرض كون عنوان الشفعه البستان والحائط كما في بعض نصوص الجمهور<sup>(١)</sup>) الذي انجبر بعمل الأصحاب، ضروره دخول ذلك ونحوه فيه، نعم لو تجدد فسيل بعد البيع لم يكن للشريك الشفعه فيه لعدم دخوله في المبيع) انتهى.

إذ قد عرفت أن دعوى عدم تبعيته للأرض في الشفعه هو مقتضى القاعده، فلا وجه لكونه محل منع، كما أنك قد عرفت أن في نصوصنا أيضاً يوجد لفظ الحائط والشجر ونحوه كما نقلناها سابقاً عن مستدرک الوسائل<sup>(٢)</sup>)، فليست الألفاظ المذكوره خاصه بروايات الجمهور كما نقلت عن سنن البيهقي وغيره.

نعم ما ذكره الجواهر بعد ذلك بقوله: (وأما ما يبس من أغصان الشجر أو سعف النخل بعد الابتياح وتعلق حق الشفعه به فلا يبعد بقاؤها فيه حتى لو قطع

ص: ٢٧٥

١- السنن الكبرى: ج ٦ ص ١٠٤

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعه

منها، للأصل ولأنه كالأحجار المنقضة من الدار، وكذا كل ما كان كذلك من الكرب ونحوه) انتهى.

هو مقتضى القاعده، لأن الشفعه قد تعلق بها فلا وجه لخروجها عن الشفعه، وكذلك حال ماء البئر والنهر والعين وما أشبهه، فإن ما كان منه فى وقت البيع أو ما زاد بما لا يراه العرف زياده يكون للشفيع، أما ما زاد زياده واضحه فهو للمشتري، وحاله حال الزياده المنفصله.

أما قول الجواهر: (نعم لو كان كذلك حال الابتياح أمكن منع الشفعه فيه لكونها منقولاً أو بحكمه حال الابتياح، فلا يتعلق به حق الشفعه، بل يكون حينئذ مع ضم المشفوع إلى غير المشفوع) انتهى.

ففيه نظر، فإن اليابس من الأغصان ونحوه يعدّ جزءاً، وإن كان بحكم المنفصل فى حال الابتياح، فيشملة دليل الشفعه، كما يشمل الأحجار المطروحه على الأرض فى الأرض الحجرية، وكذلك الرمال والمدر ونحو ذلك، فإن كلها داخله فى الشفعه إذا عدت جزءاً من الأرض وإن كانت منقوله.

ثم قال الشرائع: (أما النماء المنفصل كسكنى الدار وثمره النخل فهو للمشتري، ولو حمل بعد الابتياح فأخذ الشفيع قبل التأبير، قال الشيخ: الطلع للشفيع لأنه بحكم السعف، والأشبه اختصاص هذا الحكم بالبيع) انتهى.

وفى المسالك: (لا خلاف فى أن الثمره إذا ظهرت فى ملك المشتري قبل الأخذ بالشفعه يكون للمشتري وإن بقيت على الشجره لأنها بحكم المنفصل، ومنه ثمره النخل بعد التأبير، أما قبله فقد تقدم فى البيع أنها تتبع الشجره فتكون للمشتري، فألحق الشيخ هذا الحكم بالشفعه وحكم بكون الثمره إذا ظهرت بعد الابتياح فأخذ الشفيع بالشفعه قبل تأبيرها للشفيع لأنها تابعه للأصل

شرعاً كالسعف وغيره من الأجزاء، والمصنف والأكثر خصّوا هذا الحكم بالبيع على خلاف الأصل بالنص عليه، فإلحاق غيره به قياس، وهذا أقوى) انتهى.

أقول: مقتضى ما عرفت في الزيادة المتصله أن ما كان في حال البيع هو ملك للشفيع، وكذلك ما زاد لكن زياده لا تظهر عند العرف، مثل يوم ويومين وثلاثة أيام وما أشبه.

أما إذا كانت الزيادة واضحة، فمقتضى القاعده أنها لا تكون للشفيع، لأنها زادت في ملك المشتري، من غير فرق بين قبل التأبير وبعده، ولذا قال في الجواهر في قول الشرائع المتقدم: (وثمره النخل فهو للمشتري): (بلا خلاف بل ولا إشكال، ضروره أنه نماء ملكه وإن كان متزلزلاً على أنه ليس من متعلق البيع الذى ثبت فيه حق الشفعه فهي حينئذ للمشتري، وإن بقيت على الشجره لأنها بحكم المنفصل) انتهى.

لكن فيه وفي كلام غيره: إن تعليق الحكم على المتصل والمنفصل لا دليل عليه، بل المعيار ما ذكرناه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما يحكى عن التذكرة، من أنه قوى الدخول في الشفعه فيما إذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ثم أخذه الشفيع قبل التأبير، إذ لا معيار في التأبير وغيره على ما عرفت.

كما يعلم وجه النظر في كلام القواعد حيث علق الحكم على التأبير، قال: (ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري، وإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمره بحصتها من الثمن).

وفي محكى جامع المقاصد: (إنه إذا أخذه الشفيع بعد التأبير فالثمره للمشتري قطعاً، فيجب أن يسقط من الثمن حصه الطلع منه بأنه قد ضم غير المشفوع

إلى المشفوع، وطريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع وتنسب قيمته إلى قيمه المجموع ثم يسقط من الثمن بهذه النسبه) انتهى.

ثم إن مقتضى القاعده ما حكى عن الشيخ فى المبسوط والخلاف، من أنه إذا باع النخل منضمّاً إلى الأرض وهو مثمر واشترط الثمره فى البيع كان للشفيح أخذ ذلك أجمع بعموم الأخبار، وقد حكى نحو ذلك من التذكرة فى غير المؤبر.

وأورد عليهم الجواهر: (بأن الفرض تخصيص عمومها بغير المنقول الذى منه الثمره، وإن بقيت عليه إلى أوان بلوغها، وحينئذ فهو من بيع المشفوع وغير المشفوع الذى قد عرفت أخذ الشفيح له بما يخصه من قيمه، وكذا الحال فى كل ما كان نحو الثمره فى الاستعداد للنقل) انتهى.

إذ قد عرفت أنه لا عنوان لنا بمثل هذه الألفاظ حتى يقال: بأن الشفعه خاصه بغير المنقول والثمره منقوله فلا شفعه فيها، إذ الثمره تعد جزءاً كالسعف والورد وغير ذلك، ولم ينبه فى الروايات على خروجها، خصوصاً مع تعارف وجود الأشجار المثمره فى البيوت، وكذلك فى الحائط ونحوه، فقد تقدم فى روايه الغوالى عن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعه فى كل مشترك، رباعاً أو حائطاً، فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به» (١).

وعن الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «الشفعه فى كل عقار، والعقار النخل والأرضون والدور» (٢).

إلى غير ذلك من الروايات التى فيها لفظ الحائط والعقار، وسيأتى بقيه الكلام فى ذلك فى مسأله الزرع، إذ لا فرق بين الزرع والثمر فيما سنذكره إن شاء الله تعالى.

ص: ٢٧٨

١- الغوالى: ج ٣ ص ٣٧٥ ح ١

٢- الدعائم: ج ٢ ص ٨٩ ح ٢٦٩

((لو بان الثمن مستحقاً))

(مسأله ١٥): قال في الشرائع: (ولو بان الثمن مستحقاً، فإن كان الشراء بالعين فلا شفعه لتحقق البطلان، وإن كان في الذمه ثبتت الشفعه لثبوت الابتاع).

وفي مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معيناً فالاستحقاق باق وإلا بطلت الشفعه): (كما نص على الحكم الثاني في المبسوط، وعليه وعلى الأول في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، ونص الخراساني على الثاني) انتهى.

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ولا إشكال).

ووجه الاثني واضح، لأن استحقاق أحد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع، وبقاء الآخر بلا عوض في مقابله، بخلاف ما في الذمه فإن المدفوع عنه لا يتعين ثمناً على تقدير ظهوره مستحقاً، بل الثمن أمر كلي في الذمه فلا يبطل البيع، كما لو لم يكن دفعه بعد، ولو أجاز مالك الثمن الشراء صح البيع وثبتت الشفعه، كذا في مفتاح الكرامه.

لكن اللازم أن يقال: إن أجاز المالك لنفسه فيما يصح، فإن كان المالك نفس الشفيع انتقل الملك إليه بالبيع ولا شفعه، وإن كان غيره ثبتت الشفعه، إذ لا فرق في كون المشتري نفس من أعطى الثمن أو غيره، وإنما قيدناه بـ (فيما يصح)، لأنه قد لا نقول بصحة مثل هذا الفضولي، حيث يشتري الإنسان لنفسه بثمن غيره ويجوز ذلك الغير الفضولي لنفسه، وقد نقول بالصحة، لكن إذا لم يكن البيع على وجه التقييد، وإلا بطل، والظاهر أن مرادهم غير مثل هذه الصورة لأنه منصرف من كلامهم.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا كان بعض الثمن مستحقاً.

وإن كان الثمن مستحقاً ثم انتقل إلى المشتري، فإن قلنا بصحة البيع بدون الإجازة من نفس المشتري

فهو، أو بالإجازة وأجاز كان كذلك في ثبوت الشفعة في الصورتين، وإن لم يجز بطلت الشفعة فيرجع الشقص إلى الشريك. ولو كان البيع بالذمه، لكن لا شيء للمشتري إطلاقاً إلى حين موته، فالظاهر بطلان مثل بطلان مثل هذا البيع، إذ لا مقابل للمثمن، وتبعاً له يبطل الشفعة أيضاً.

وكيف كان، فإن ظهر الثمن العين مما لا يملك بطل البيع، وبطلانه تبطل الشفعة أيضاً كما هو واضح.

ثم قال الشرائع: (ولو دفع الشفيع الثمن فبان مستحقاً لم تبطل شفيعته على التقديرين)، ومراده بالتقديرين كون ثمن المشتري معيناً أو مطلقاً.

وعلله في الجواهر بقوله: (ضروره كون البيع صحيحاً وهو سبب الشفعة، إذ المستحق هو ما دفعه الشفيع لا المشتري، أو أن المراد تقديري أخذ الشفيع الشفعة بالثمن المستحق بأن قال مثلاً تملك الشقص بهذه الدراهم، أو المطلق الذي رضى المشتري به في ذمته فقال: تملكته بعشره دراهم، ثم دفع المستحق وفاءً، ولعله أولى ليوافق ما في غيره من كتب الأصحاب) انتهى.

هذا ولكن عن الدروس أنها تبطل إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن إذا جعلناها فوريه.

وأشكل عليه في مفتاح الكرامه بقوله: (وهذا منه مبنى على أن الملك لا يحصل إلا باللفظ ودفع الثمن كما هو مختاره، وعلى أنه يجب الفور بدفع الثمن كما يجب الفور بالأخذ باللفظ، وهذه الملازمه هي التي يقتضيها النظر، وقد ادعاها في جامع المقاصد كما سلف، ونحن قد تأملنا فيها هناك، لأن الذي تعتبر فوريه إنما هو الصيغه، وأما دفع الثمن فالأصل عدم اعتباره، وعلى ذلك نبه في المسالك) انتهى.

أقول: قال في المسالك: (ولو كان عالماً ففي بطلانها وجهان مبنيان على



أن الملك يحصل بقوله: أخذت، أو به وبدفع الثمن، فعلى الأول لا يضر لحصول الملك، وعلى الثاني يحتمل البطلان لمنافاته الفور، والصحة لأن المعترف فوريه الصيغه والأصل عدم اعتبار غيرها، وربما فرق مع العلم بين كون الثمن معيناً ومطلقاً، لأنه مع التعيين يلغو الأخذ فينافى الفوريه بخلاف المطلق، فإن الأخذ صحيح، ثم ينفذ الواجب بعد ذلك) انتهى.

وحيث قد ذكرنا سابقاً عدم اعتبار الفور بمثل ذلك فالظاهر أن الشفعه صحيحه.

ومنه يعرف وجه النظر في الشق الثاني من كلام الجواهر، حيث قال تعليقاً على كلام المسالك: (لا ينبغي التأمل في الصحة مع الإطلاق إذا رضى المشتري بكونه في ذمته، ثم دفع المستحق للغير، أما الإطلاق بمعنى أنه قال في مجلس الشفعه أخذت بعشره دراهم مثلاً، ثم دفعها في المجلس، فالظاهر البطلان معه أيضاً بفوات الفوريه بالمعنى الذى ذكرناه) انتهى.

نعم يأتى هنا ما ذكرناه في فرع سابق بما إذا كان في الذمه مثلاً، ولا شىء للشفيع إطلاقاً إلى حين موته، وإن رضى المشتري بالذمه زاعماً أن للشفيع المال إلى حين موته مثلاً، أما إذا كان رضاه مقيداً بالبطلان أوضح، والمراد بالمال للشفيع الأعم من ماله شخصاً أو إعطاء غيره من متبرع أو بيت مال أو ما أشبه ما في ذمته، إذ في كلا الحالين يصل ثمن المشتري إليه فالأخذ بالشفعه صحيح.

ومما تقدم يظهر الكلام فيما إذا كان الثمن معيناً، سواء كان الثمن الذى دفعه المشتري إلى الشريك أو الذى دفعه الشفيع إلى المشتري، فإنه إذا كان الثمن كلياً لزم التبديل، وإذا كان شخصياً، فالكلام في كلا الفرعين كما ذكر سابقاً في الفرعين المذكورين.

((لو قال المشتري خلاف الواقع))

(مسأله ١٦): قال في الشرائع: (لو قال: اشترت النصف بمائه فترك، ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين لم يبطل الشفعه، وكذا لو قال: اشترت الربع بخمسين فتركه، ثم بان أنه اشترى النصف بمائه لم يبطل شففته لأنه قد لا يكون معه الثمن الزائد، وقد لا يرغب في المبيع الناقص).

وفي المسالك قال: (من جمله الأعدار المسوغه لتأخير الأخذ وإن جعلناها فوريه، ما لو أخبر بمقدار المبيع فظهر زائداً عما أخبر أو ناقصاً، سواء كان من زياده الثمن أو نقصانه أو مساواته للواقع حسب ما يقتضيه التسقيط، لاختلاف الأغراض للعقلاء في ذلك، فقد يرغب في شراء الزائد دون الناقص وقد ينعكس، فلو أخبر المشتري أنه اشترى النصف بمائه أو أخبره مخبر بذلك فترك الأخذ ثم ظهر أنه اشتراه بدون ذلك لم تبطل شففته لظهور الغرر، فإنه قد لا يرغب في الشقص بالثمن الرخيص دون ما زاد عليه، سواء كان معه الثمن أم لا، وكذا لو قال المشتري: اشترت الربع بخمسين فترك الشفع، ثم بان أن المشتري إنما اشترى النصف بمائه فإن شففته لا تبطل أيضاً، لأنه قد لا يرغب في شراء الربع ويرغب في النصف وبالعكس فلا يعدّ تركه تقصيراً) انتهى.

وقد تقدم الكلام في ذلك كله، وأن إطلاق دليل الشفعه شامل للمقام، بل لا يظهر منهم خلاف في المسأله المذكوره.

وهل عليه التحقيق، فإذا لم يحقق فأتت الفوريه، الظاهر لا، لإطلاق أدله الشفعه بدون مقيد بسقوطها إذا لم يحقق، وكذا في سائر الأعدار، مثل زعمه أن المشتري زيد فبان عمرواً، حيث لا يريد

التعامل مع زيد، أو أن البائع خالد فبان خويلاً، سواء في الشريك الواحد بما إذا لم يعرفه أو في الشركاء إذا قلنا بصحة الشفعة فيهم، فزعم أن خالدهم باع ولا يريد أخذ ما كان لخالد، إلى غير ذلك من الخصوصيات التي تختلف الرغبات فيها.

نعم قال في الجواهر: (لو علم أن عدم الأخذ بها لا من حيث كثره الثمن أو قله المبيع، بل لا رغبة عنها على كل حال، فالظاهر السقوط، ومن هنا يتجه للمشتري اليمين على الشفيع لو ادعاه بذلك، كما يتجه بقاؤها مع الشك في الحال لموت الشفيع مثلاً، ضروره أنه بناءً على ما ذكرنا متى قام احتمال العذر لوجود الغرض المعتمد به عند العقلاء ويمكن استناد الترك إليه كفى في استصحاب بقائها، وإن كان قد يحتمل القول بأن الشفعة على خلاف الأصل والمتيقن ثبوتها مع كون الترك لعذر وإلا سقطت، لكن الأول أقوى، وأوفق بإطلاق الأدلة) انتهى.

ومن الواضح أن اتجاه اليمين على الشفيع من قبل المشتري إنما هو إذا لم يكن للمشتري بينه، وإلا فلا موقع لليمين، كما أنه إذا لم يحلف الشفيع بنيت المسألة على احتمالي رد اليمين على المدعى ثم الحكم به، أو الحكم بمجرد نكول المنكر.

ولا يخفى أن نائب الشفيع أو وارثه أيضاً يقوم مقام الشفيع في توجيه اليمين إليه، فإن ادعى الجهل كفى الحلف على عدم العلم لإطلاق الأدلة.

((الأخذ بالشفعة والعلم بالثلث))

(مسألة ١٧): قال في الشرائع: (إذا بلغه البيع فقال: أخذت بالشفعة، فإن كان عالماً بالثلث صح، وإن كان جاهلاً لم يصح، ولو قال: أخذت بالثلث بالغاً ما بلغ، لم يصح مع الجهالة تفصيلاً من الغرر.

وفي المسالك: (لما كان الأخذ بالشفعة في معنى المعاوضة بأنه يأخذ الشقص بالثلث الذي يبيع به، اشترط علمه به حين الأخذ حذراً من الغرر اللازم على تقدير الجهل، لأن الثمن يزيد وينقص والأغراض تختلف فيه قله وكثره، وربما زيد حيله على زهد الشفيع في الأخذ مع اتفاقهما على إسقاط بعضه كما سيأتي، فلا يكفي أخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنساً أو قدراً أو وصفاً، وإن رضى بأخذه بمهما كان الثمن، لأن دخوله على تحمل الغرر لا يدفع حكمه المترتب عليه شرعاً من بطلان المعاوضة مع وجوده، كما لو أقدم المشتري على الشراء بالثلث المجهول ورضى به كيف كان، وحيث لا يصح الأخذ لا تبطل شفيعته، بل يجدده إذا علم به) انتهى.

والدليل على ذلك هو عموم «لا غرر» الوارد في النص المروي عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) ((١)) كما تقدم، والروايات الواردة في مختلف الأبواب المستفاد منها القاعده المذكوره والتي هي مجمع عليها في الجملة على الظاهر.

وعليه يلزم علمه بسائر ما لو لم يعلمه يلزم الغرر، ولو لم يعلم قدر المبيع أو جنس الثمن أو وقت التسليم أو سائر الخصوصيات الدخيلة لم يصح، ولو اختلفا فقال المشتري: كنت تعلم، وقال الشفيع: ما كنت أعلم، أو قال المشتري: علمت بعد شهر، فقال: بل بعد سنه، فالأصل مع الجهل إلا إذا ادعى العلم سابقاً والنسيان لاحقاً، فإن الاستصحاب محكم.

ص: ٢٨٤

وكيف كان، فالظاهر أنه يشترط علم كلا الطرفين بالثمن والمثمن، لدليل الغرر الشامل للمقام، فإنه معاملة كسائر المعاملات، فلا يجرى فيها الغرر.

قال في مفتاح الكرامة: (أما اشتراط علمه بالثمن وصحة الأخذ فقلّ من تعرض له، وإنما ذكر في التذكرة وجامع المقاصد والروضة، وأما اشتراط علمه بالثمن فقد صرح به في المبسوط والكافي والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح، ولم يذكر شيء منهما في الوسيلة والغنية فيما ذكر فيهما من الشرائط وقضيتهما أن علمه بهما غير شرط، ولم يذكر هذا الشرط أيضاً في المقنع والمقنعه والنهايه والمهذب والمراسم وفقه القرآن والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتبصره، وفي مجمع البرهان أنه لا دليل عليه من عقل ولا نقل إلا أن يكون إجماعاً انتهى.

لكن فيه ما عرفت من الدليل من عموم الغرر، ولأنه معاملة والمعاملات يجب حصول العلم بطرفيها للطرفين، ولا إطلاق لأدله الشفعية بنفي الشرائط المذكوره في المعاملات في كل مقام.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث إنه بعد نقل جملة من كلام مفتاح الكرامة كما يظهر للمراجع أنه نقل منه، قال: (قلت: ما ذكره مجمع البرهان من عدم الدليل عليه من عقل ولا نقل كذلك بعد عدم ثبوت عموم النهي عن الغرر أولاً، وعدم ثبوت كونها معاوضه ينافيها الغرر ثانياً. نعم قد يقال: إن الشفعية على خلاف الأصل والمتيقن من شرعيه الأخذ بها إن لم يكن المنساق من نصوصها هو حال العلم بالثمن، مضافاً إلى ما عرفت من اعتبار دفعه في التملك بها ومع عدم العلم به لا طريق إلى دفعه، واحتمال

الاجتزاء بدفع ما يعلم فيه الثمن لا- يكفيه قطع الأصل المزبور، لكن ذلك كله لا يقتضى اشتراطه على كيفية اشتراطه فى البيع بحيث لا يجدى قول أخذت بالشفعة، وإن علم به بعد ذلك ودفعه، اللهم إلا أن يدعى ظهور قوله (عليه السلام): «فهو أحق بها من غيره بالثمن وليس له إلا الشراء والبيع الأول»(١) فى ذلك، ولكنه واضح المنع ضروره أن أقصاه اعتبار دفع الثمن لا العلم به حال الأخذ انتهى.

فإنه لا وجه لعدم عموم النهى عن الغرر، ولذا استدل به الفقهاء من أول الفقه إلى آخره، وإن استشكل عليه بعضهم بعدم عثوره على نص صحيح، أو عدم ظهور مضمونه، وأن المراد بالغرر ماذا، وقد تقدم أنها معاوضه والمعاوضه ينافيها الغرر، بل هو مجمع عليه بينهم، كما يظهر من استدلالاتهم فى مختلف أبواب الفقه.

نعم لم يذكروا ذلك فى بعض المباحث، ولهذا فمن المحتمل أن الذين لم يذكروه من المقنع والمقنعه إلى الأخير، إنما اعتمدوا على شرائط المعاملات مطلقاً، ولذا لم يذكروا فى هذا الباب أيضاً بعض الشروط الأخرى، فاللازم تحصيل العلم بذلك فوراً فوراً فوراً عرفيه إذا قلنا بوجود الفور ثم يأخذ بالشفعة، فهل يمكن القول بأنه إذا لم يعلم أن المبيع دار أو بستان أو حانوت أو حمام أو أرض أو مزرعه أو غير ذلك، وأن شريكه فى ذلك هل هو زيد أو عمرو أو بكر أو غيرهم من الشركاء، وهل باع حصته أو بعضها، وأنه بكم باعها بالقيمة العادله أو بغير العادله بالمواطاه، إلى غير ذلك، يحق له الأخذ بالشفعة هكذا مجهولاً، ولذا قال فى القواعد: (اشترطوا علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً،

ص: ٢٨٤

فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ، وهو المنقول عن المبسوط وغيره، كما تقدم الإلماح إلى جملة ممن قال بذلك.

فلو قال: أخذته بمهما كان لم يصح مع الجهالة، كما صرح به فى القواعد ومحكى المبسوط وغيرهما.

وبعد ذلك لا حاجة إلى دليل الاحتياط وكون الشفعة خلاف الأصل والمتيقن من شرعيه الأخذ بها عدم الغرر كما تقدم من الجواهر، إذ الدليلان كاف لذلك، ولو لم يكف مثل الدليلين المذكورين من روايه الغرور، وقاعده المعاوضات لم يمكن الاستدلال للبطلان فى جملة من المعاملات التى لم يذكر فيها اشتراط العلم بصوره خاصه.

ثم إن مما ذكره فى عدم صحه معامله بالتعليق يظهر أنه إذا قال: إن كانت البستان هى المبيعه فأخذ بالشفعه، أو إن كان الثمن كذا أو دون ذلك فأخذ بالشفعه فإنه لم يصح، لأنه تعليق.

كما أنه إذا علم أن المبيع النصف أو الأقل مثلاً أو علم أن الثمن ألف أو الأقل، وقال: أخذت بالشفعه لم يصح، لأنه غرور وجهل أيضاً، حاله حال ما إذا قال المشتري: أشتري هذا الشيء منك بألف إلى الأقل، يعنى مهما كانت قيمته ألفاً أو أقل، أو قال البائع: أبيعك كذلك، إلى غير ذلك من الأمثله التى كلها مناف للغرر وللجهاله.

ولما يستفاد من العقل والشرع من اشتراط العلم فى المعاملات، ثم على تقدير اشتراط العلم إن قال المشتري للشفيع: أخذت بالشفعه وأنت لا تعلم فشفعتك باطله، وقال الشفيع: بل كنت أعلم، فليس للمشتري الحق على الشفيع إلا أن يحلف على العلم، اللهم إلا أن يقول: إنى الآن ناس هل أنى كنت عالماً أم لا، فالأصل الصحه، ويحلف على عدم علمه بكونه جاهلاً حين الأخذ.

((تسليم الثمن أولاً))

(مسأله ١٨): قال في الشرائع: (يجب تسليم الثمن أولاً، فإن امتنع الشفيع لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض)، وقد تقدم الكلام في هذه المسأله.

وفي المسالك: (إن وجه تقديم حق المشتري هنا بتسليمه الثمن أولاً جبر وهمه الأخذ منه قهراً، بخلاف البيع المبني على التراضي من الجانبين فلم يكن أحد المتعاضين أولى من الآخر بالبداءه فيتقاضيان معاً مع أنه قد قيل فيه أيضاً بوجوب تقديم تسليم البائع أولاً فيكون هنا أولى) انتهى.

وحيث قد تقدم ضعف الوجه المذكور، وأن اللازم التقابض فلا حازه إلى تكرار الكلام.

ثم لو عصى المشتري من التسليم مدعياً أنه لم يسلمه الثمن حيث استعد لتسليم الشقص له، وقال الشفيع: بل استعددت وإنما أبى هو أن يسلمني، فعلى المشتري البيئه، لأن الإباء عن التسليم صفه مستجده فهي بحاجه إلى الإثبات، ولا يسقط الشفعه بالادعاء.

ولذا الذي ذكرناه من التقابض، قال الجواهر عند قول المحقق المتقدم: (قد يشكل ذلك بناءً على حصول الملك المزبور بأن الشفعه معاوضه أو كالمعاوضه يعتبر فيها التقابض لا تقديم الثمن أولاً) ثم نقل استدلال المسالك، وقال بعد ذلك: (إلا أن ذلك كله كما ترى لا يوافق أصول الإماميه، بل مقتضى المزبور القول بتسليم المشتري الشقص أولاً ضروره كونه الذي هو بمنزله البائع للشفيع، اللهم إلا أن يريد بذلك أصل الابتداء من أحدهما لا التقابض) انتهى.

ثم إن خاف كل منهما من الآخر لزم على الحاكم فصل النزاع، وجعل ثالث أو بالتقبل منهما ثم رد عليهما متبادلاً أو غير ذلك، كما ذكروا في بعض كتب المعاملات.



## مسأله ١٩ التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول

((من أَعذار تأخير الشفعه))

(مسأله ١٩): قال في الشرائع: (لو بلغه أن المشتري اثنان فترك فبان واحداً، أو واحداً فبان اثنين، أو بلغه أنه اشترى لنفسه فبان لغيره أو بالعكس، لم يبطل الشفعه لاختلاف الغرض في ذلك).

وقال في المسالك: (المرجع في هذه الفروض ونظائرها إلى كون التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول لا يخل بالفوريه المعتبره، ومما يختلف الأغراض باختلافه زياده الشركاء ونقصانهم وخصوصيات الشريك، وذلك أمر واضح) انتهى.

ولو قال المشتري: إنه يكذب في ادعائه هذه الأعذار، فإنه لم يرد الشفعه حين علم وإنما استثنى رأيه بعد ذلك، فيبدي العذر ليحق له الأخذ، فله على الشفيع إن لم يقم البيه الحلف، كما هو مقتضى القاعده في الدعاوى.

ص: ٢٨٩

((إذا كانت الأرض مزروعه))

(مسأله ٢٠): قال في الشرائع: (إذا كانت الأرض مشغوله بزرع يجب تبقيته، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعه في الحال، وبين الصبر حتى يحصد لأن له في ذلك غرضاً، وهو الانتفاع بالمال وتعذر الانتفاع بالأرض المشغوله، وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعه تردد).

وفي المسالك: (المراد بالزرع الذى يجب تبقيته ما وقع بإذن الشفيع لأنه شريك، حيث لا ينافى الأخذ على الفور أو بعد القسمة على أحد الوجوه التى صورناها سابقاً، وحينئذ فالزرع لا يمنع الأخذ عاجلاً وإن لم ينتفع بالأرض، فإن ذلك لا يمنع المعاوضه، كما لو اشتراها مشغوله بزرع البائع وعليه تبقيته مجاناً إلى أوان حصاده، لأنه تصرف بحق وله أمد ينتظر، بخلاف الغرس والبناء حيث لا يزالان إلا بالأرث) انتهى.

ولا يخفى ما فى بعض هذا القول، وإن قال به فى القواعد والتذكره والتحرير والدروس وجامع المقاصد كما حكى عن بعضهم، إذ غاية ما يذكر فى حجه أنه تصرف بحق، لأنه تصرف بعد القسمة الشرعيه أو بالإذن مع الإشاعه وله أمد ينتظر فتكون مدته كالمنفعه المستوفاه للمشتري، ولا كذلك الغرس والبناء فإنهما لا أمد لهما ينتظر فيه القلع.

ومن الواضح أن مثل هذا الوجه لا يصلح فارقاً بينه الغرس والزرع، فإذا كان للمشتري الحق فى الإبقاء كان له ذلك فيهما، وإذا لم يكن لم يكن له الحق فيهما، ووجود الأمد القريب والبعيد لا يؤثر فى الحق، ولذا قال فى الجواهر بعد ذكر حجتهم: (لكنه كما ترى لا يرجع إلى دليل معتد به شرعاً، خصوصاً إذا كان الزرع بعد القسمة على الوجه الشرعى فأخذ الشفيع بالشفعه، فإنه لم يكن إذن من الشفيع بالزرع حتى يكون كالعاريه التى قد عرفت البحث فيها سابقاً، ودعوى كونه حينئذ كالمشتري للأرض ذات الزرع يدفعها بعد التسليم إمكان منع الحكم فى المشبه به إذا لم

يكن عرف يقتضى ذلك على وجه يكون كالشرط المضمر، على أن مقتضى ما ذكره من الأمد عدم تسلط الشفيع على فسخ الإجاره لو وقعت من المشتري، لأن لها أوأناً ينتظر، ولعله لذا قال فى جامع المقاصد: لو آجر المشتري إلى مده فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجاره من دون ترجيح، ولكن لا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً مع فرض طول مده الإجاره، وبالجملة هذه اعتبارات لا توافق أصول الإماميه) انتهى.

((لا فرق بين الإجاره والزرع))

ومنه يعلم أن فرق مفتاح الكرامه بين الإجاره وبين الزرع بقوله: (والظاهر عندنا أن له الفسخ فى الإجاره، وإلا لزم الضرر على الشفيع ولا سيما إذا كانت المده طويله تزيد عن أمد الزرع والثمره، ولا ضرر فى الفسخ على المشتري، ولما كان فى القلع الزرع ضرر عليه أوجبنا عليه الإبقاء) انتهى.

غير ظاهر، إذ لو كان حق الشفيع سابقاً لم يفرق بين طول المده وقصرها، وإذا لم يكن حق الشفيع سابقاً لم يكن الفرق أيضاً.

وحيث قد عرفت سابقاً أن ظاهر دليل الشفعه أن له أن يأخذ الشقص فارغاً، فلا فرق بين الزرع والشجر والبناء والإجاره والعاريه وغيرها من أنحاء المعاملات حتى اللازمه منها، بأن كانت العاريه أو الوديعه أو ما أشبهه لازمه للشرط فى ضمن عقد ونحوه، ولذا كان المحكى عن جامع الشرائع أنه يجبر المشتري على القلع بعد ضمان الأرض كالغرس.

أما الكلام فى الأرض، فقد تقدم وجه كلا الاحتمالين، وإن قال الجواهر هنا: (المتجه بناءً على ما ذكرناه عدم الأرض، وإن كنا لم نجد القائل به).

ثم إن المسالك قال: (وهل له تأخير الأخذ إلى أن يحصل الزرع، فيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار الشيخ وقواه في الدروس، الجواز لأنه لا ينتفع الآن بالشقص لو أخذه، فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به بغير مقابل، ويلزم من عدم وجوب بذله جواز تأخير الأخذ، لأن تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن، ولأن تأخير بذل العوض الذى لم يحصل فائده عوضه غرض مطلوب للعقلاء فيكون ذلك عذراً مسوغاً للتأخير.

والثانى: العدم، لأن الشفعه على الفور، ومثل ذلك لا يثبت عذراً، كما لو بيعت الأرض فى غير وقت الانتفاع، فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعاً، والمصنف تردد فى الحكم لما ذكرناه من التوجيهين، والثانى منهما لا يخلو من قوه، ومثله ما لو كان فى الشقص شجر عليه ثمر لا يستحق بالشفعه، وأولى بالعدم هنا لأن الثمن لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ) انتهى.

أقول: جواز التأخير منقول عن المبسوط والإرشاد وشرحه لولده والدروس، خلافاً لمختار التذكرة والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد حيث قالوا بأنه لا يجوز له التأخير، وهو المستظهر من التحرير، وقد تقدم قول المسالك: (إنه لا يخلو من قوه، لما عرفت من أن الشفعه على الفور ومثل ذلك لا يثبت عذراً)، لكن مقتضى القاعدة القول الثانى إذا قلنا بالفوريه، إذ الوجه المذكور للتأخير غير ظاهر، وإن قال فى الجواهر: (لا يخفى عليك قوه الأول، لأن الشفعه وإن كانت على خلاف الأصل إلا أنه بعد تعلقها يكون مقتضى الأصل بقاءها بعد عدم دليل على الفوريه على وجه ينافى ذلك، خصوصاً بعد ما سمعت ما ذكره من الأعذار التى لا تنطبق إلا على إرادته سقوطها مع إهمالها رغبه عنها لا مع الغرض المعتد به عند العقلاء) انتهى.

فإن الأعذار المذكوره سابقاً أيضاً لا يمكن إطلاق القول بجواز التأخير

فيها إلا ما إذا كان عن جهل أو ما أشبهه، وقد تقدم دلاله روايه على بن مهزيار(١) وغيرها على الفوريه بالمعنى العرفيه، فلو قيل بحق المشتري في بقاء زرعه كان مقتضى القاعده في الجمع بين الحقين الفوريه من هذا الجانب والحق في بقاء زرعه من ذلك الجانب، لا أن ذلك يوجب سقوط الفوريه المستفاد من النص والفتوى على ما ذكروا.

ومنه يعرف حال ما إذا رهنه المشتري أو جعله مخزناً لا يمكن إفراغه إلا بعد مدّه طويله كالبناء والشجر، أو قصيره كالزرع، لأن الملاك في الجميع واحد.

ص: ٢٩٣

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

((لا إقاله بين البائع والشفيع))

(مسأله ٢١): قال فى الشرائع: (إذا سأل البائع الشفيع الإقاله فأقاله لم يصح، لأنها إنما تصح بين المتعاقدين).

وفى المسالك: (سبيل الإقاله أن يقع بين المتبايعين لأنها فسخ للبيع، ولا يفسخه بالإقاله إلا من ملك العوض، والشفيع قبل الأخذ بالشفعه ليس بمالك، وإنما ملك أن يملك، وبعده ليس بمشتر، فلا تصح الإقاله بينه وبين البائع، ولا بينه وبين المشتري وهو ظاهر) انتهى.

وفيه نظر، لأن الشفعه معامله بين المشتري وبين الشفيع، فيشملها إطلاق أدله الإقاله، فلا وجه لعدم صحه الإقاله بينهما.

نعم الإقاله بين الشفيع وبين البائع لا وجه لها، لأنه لا تعامل بينهما، فإذا أراد البائع الإقاله بينهما كان باطلاً، أما إذا أراد الإقاله بين الشفيع وبين المشتري شفاعه للمشتري ورغب المشتري فى ذلك صحت الإقاله لشمول أدلتها.

وعلى هذا، فتصح الإقاله بين الشفيع والمشتري، سواء طلبها الشفيع أو المشتري، ولا تصح الإقاله بين البائع والشفيع سواء طلبها البائع أو الشفيع.

ثم إذا رجع الشقص إلى المشتري صحت الإقاله بين المشتري والبائع، كما ليس بالبعيد، فتأمل.

((لو كان الثمن مؤجلاً))

(مسأله ٢٢): قال في الشرائع: (إذا اشترى بثمان مؤجل، قال في المبسوط: للشفيع أخذه بالثمان عاجلاً، وله التأخير وأخذه بالثمان في محله، وفي النهاية يأخذه عاجلاً ويكون الثمن عليه، ويلزم كفيلاً بالمال إن لم يكن ملياً، وهو أشبه) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو كان الثمن مؤجلاً فللشفيع الأخذ كذلك بعد إقامه كفيل إذا لم يكن ملياً): (كما في المقنعه والنهايه والمهذب والغنيه والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكره والتحرير والإرشاد والمختلف والإيضاح والدروس والمقتصر وجامع المقاصد ومجمع البرهان، ولعله قد يظهر من التنقيح والمهذب البارع والمسالك، وهو قول الأكثر كما في جامع المقاصد، والأشهر كما في المسالك، وعليه عامه من تأخر كما في الرياض، وقد يلوح من جامع المقاصد الإجماع، وفي الخلاف نسبه إلى قوم من أصحابنا، وهو يرشد أن به قائلًا غير المفيد ممن تقدم عليه).

ثم قال: (والمخالف الشيخ في المبسوط والخلاف وأبو علي والطبرسي فيما حكى عنهما فقالوا: إن الشفيع يتخير بين أن يأخذ بجميع الثمن حالاً، أو يصبر إلى انقضاء الأجل، أو يأخذ بالثمان في وقت حلوله).

ومقتضى القاعده هو ما ذكره المشهور، لأن أدله الشفعه تدل على أنها على الفور من ناحيه، ومن ناحيه أخرى أن الشفعه تكون كالبيع الذي وقع بين المالك للشقص والمشتري، وحيث كان البيع بالأجل تكون الشفعه بالأجل كذلك.

والاستدلال لقول المبسوط وغيره باختلاف الذمم في ذلك فيجب إما حالاً وإما الصبر إلى وقت الحول، ولا ينافي ذلك الفوريه بعد أن كان التأخير لغرض معتد به عند العقلاء، وليس هو للربغه عن الشفعه.

غير ظاهر الوجه، فإن اختلاف الذمم لا يوجب تخصيصاً في أدله

الشفعة، ولم يدل دليل على جواز كل تأخير لغرض معتد به عند العقلاء، كما تقدم الكلام في ذلك.

ولذا قال في الجواهر: (إن هذا القول يستلزم أحد محذورين، إما إسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها، أو إلزام المشتري بزيادة لا موجب لها، وكلاهما باطلان، لأنه إن جوزنا له التأخير لزم الأمر الأول، والمفروض أنها على الفور على ما اعترف به الخصم، وإن لم نجوز له التأخير ألزمناه بزيادة صفة وهي تعجيل الثمن من غير موجب) انتهى.

ثم قال: (وعدم تساوى الذمم الذى ذكره الخصم لا يقتضى ما عرفت من التخيير لإمكان التخلص بالكفيل الوفى الملى مع فرض عدم كون الشفيع كذلك، فتبقى الشفعة حينئذ على الفور بعد سقوط العذر) انتهى.

بل لعله ظاهر قوله (عليه السلام): «هو أحق بها من غيره بالثمن»<sup>(١)</sup>. ويؤيده أن الثمن المؤجل يسبب نقص القيمة بينما الثمن المعجل يسبب زيادة القيمة، فكيف يكلف الشفيع بالثمن الأكثر بغير مبرر له من تضخم ونحوه.

ومنه يعرف وجه النظر في قول الرياض حيث ناقش بأن الخبر المزبور لم يدل إلا على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع، وهو لا يستلزم وجوب الأخذ بالشفعة حالاً إلا على تقدير اعتبار الفوريه، والمفروض عدمه، فالمتجه على هذا التخيير بين الأمرين الذين ذكرهما فى المبسوط والخلاف، وبين ما ذكره الأصحاب، وهو فى غاية القوه إن لم يكن إحداث قول ثالث فى المسأله.

إذ فيه: إن الفوريه تفهم من دليل آخر، ولا مقيد لذلك الدليل بما إذا كان الثمن مؤجلاً.

وكأنه لذا قال فى الجواهر: (لكن فى قول الرياض إنه لا وجه حينئذ لجواز

ص: ٢٩٦



التأخير بعد فرض مشروعيه الشفعه بالأجل، ضروره إمكان الفور بالشفعه بلا ضرر على الشفيع ولا وقع، لقوله: (والمفروض عدمه) ضروره أن الإشكال على القول بالفوريه لا على التراخي الذي يمكن معه تأخير الشفعه إلى وقت الحلول، وما سمعته من الدليل مبنى على الفور، والشيخ (رحمه الله) جعل التأخر للعدر الذي لا ينافى الفوريه الذي هو قد اعترف به) انتهى.

أما قوله: (نعم على التراخي) يتجه البحث أيضاً في أن له الشفعه معجله مع بقاء الثمن في ذمته إلى الأجل أو لا، بل يؤخرها إلى الأجل لأن الذمم غير متساويه، فيرد عليه أنه لا وجه للتأخر مع فوريه الشفعه، ولا ربط بمسأله الأجل مع هذه المسأله.

أما قول الجواهر: (كما أنه قد يناقش المشهور بمنافاته لما سمعته منهم من وجوب دفع الثمن أولاً، لتوقع استحقاق الشفعه عليه، أو لأنه جزء مملك أو شرط كاشف، أو لأن ذلك حكم تعبدى للشفعه وإن لم يتوقف عليه ملك، واحتمال اختصاص ذلك بغير المؤجل مجرد تهجس لا يساعد عليه شيء من الأدله التي هي مضافاً إلى إطلاق أدله الشفعه، قوله (عليه السلام): «هو أحق بها من غيره بالثمن»<sup>(١)</sup>، وما في المكاتبه من أنه «ليس للشفيع إلا الشراء والبيع الأول»<sup>(٢)</sup>، وخبر على بن مهزيار المشتمل على بطلان الشفعه بالتأخير عن الثلاثه أيام في المصر، وفي غيره بعد مضي مقدار الذهب والإياب إليه<sup>(٣)</sup>، كما عرفته سابقاً، وليس في شيء منها تعرض للثمن المؤجل) انتهى.

ص: ٢٩٧

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

محل نظر، إذ اختلاف أولئك هنا دليل على الاختصاص بغير المؤجل.

والروايات لا- تدل على ما ذكره الجواهر، بل على خلافه كما تقدم الإلماع إلى ذلك في قوله (عليه السلام): «هو أحق بها من غيره بالثمن»<sup>(١)</sup>، بل هو ظاهر قوله: «إلا الشراء والبيع الأول»<sup>(٢)</sup>، فإنه يدل على لزوم أن يكون الأخذ بالشفعة كالبيع الأول في جميع الخصوصيات، فإطلاق الروايتين بل غيرهما يشمل البيع المؤجل أيضاً، ولا يوجب ذلك اختلافاً في كيفية التملك بالشفعة، بل إن ذلك مقتضى أن يكون للشفيع هو البيع الأول، فقوله بعد ذلك: (على أن مقتضى ذلك اختلاف كيفية التملك بالشفعة في المؤجل وغيره والنصوص كادت تكون صريحه في اتحاد كيفيتها) محل إيراد.

كما أن قوله بعد ذلك: (وأيضاً لو ك ان المراد من الثمن في النصوص المزبوره ما يشمل المؤجل لكان المتجه اعتبار جميع ما يذكر شرطاً فيه بين المشتري والبائع، من المكان والرهن والكفيل وغير ذلك، إذ لا فرق بين اشتراط الزمان لأدائه، واشتراط غيره من المكان ونحوه مما يرجع إليه، ولا أظن أحداً يلتزمه) انتهى.

محل نظر، إذ يرد عليه لزوم القول بذلك، لأن للشرط قسطاً من الثمن، فإذا شرط المشتري على الشريك خياطه ثوبه أو بالعكس أو ما أشبهه، رآه العرف جزءاً من الثمن، فيشملة قوله (عليه السلام): «بالثمن»<sup>(٣)</sup>، وقوله (عليه السلام): «إلا- الشراء والبيع الأول»<sup>(٤)</sup> ونحوها، بل هو المستفاد عرفاً من الشفعة العرفيه والشارع لم يغيرها، بل قررهما، فمقتضى ذلك أن تكون الشفعة الشرعيه أيضاً كذلك.

ص: ٢٩٨

١- انظر الجواهر: ج ٣٧ ص ٣٨٨

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

أما قوله بعد ذلك: (وأيضاً إذا فرض شمول النصوص المزبوره لمؤجل على أجله، فلا وجه للمطالبه بالكفيل بعد عدم ثبوت الحق، ودعوى اختلاف الذمم فى ذلك لا ترجع إلى دليل معتبر يوافق أصول الإماميه بحيث يقطع به إطلاق الأدله ويسقط الحق الثابت منها مع فرض تعذر الكفيل عليه، خصوصاً مع العلم بحال الشفيع، وإنما يناسب هذه الاعتبارات مذاق العامه القائلين بذلك، كأحمد ومالك والشافعي فى القديم) انتهى.

محل مناقشه، فإن الكفيل من باب الاستيثاق المشمول لقوله (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر»<sup>(١١)</sup> وغيره، نعم لا- يشترط الكفيل فقط، بل كل ما يرفع الضرر كالرهن وغيره.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر أيضاً حيث قال: (وأيضاً يتجه عليه أنه لا يجب على المشتري قبوله فضلاً عن البائع لو بذله الشفيع حالاً- لتعذر الكفيل مثلاً، كما لا- يجب على البائع قبوله من المشتري كذلك، إذ الأجل حق لهما ويمكن أن يكون للمشتري غرض بالتأخير، وظاهر المفيد بل صريحه فى المقنعه التزامه بذلك) انتهى.

إذ اللازم القول بذلك ولا ينقض كلامهم بقول المفيد (رحمه الله).

كما أن إشكال الرياض فيه بناءً على مذهب المشهور بقوله: (ولا يبعد اللزوم عليه التفاتاً على أن الحكم بالتأجيل فى حق الشفيع إنما هو مراعاةً لحقه واستخلاًصاً له عن لزوم التعجيل به، فإذا أسقط حقه وتبرع بالتعجيل فلا موجب للمشتري عن عدم قبوله مع دلالة الإطلاقات على لزومه) انتهى.

غير ظاهر، لما عرفت من أنه حق لهما لا لأحدهما فقط.

ص: ٢٩٩

أما قول الجواهر: (مضافاً إلى منافاته للإرفاق بالشفيع الذى ثبتت له الشفيعه مرعاه للضرر عليه، ولا ريب فى حصول كمال الضرر عليه بإلزامه بالكفيل وعدم قبول الثمن حالاً منه على وجه تسقط شفيعته إن لم يتيسر له ذلك) انتهى.

فغير ظاهر، حيث إن أخذ الثمن قد يكون ضرراً على المشتري، ولا ضرر الشفيع يسقط بلا ضرر المشتري، ومع تساقطهما يرجع إلى القواعد الأولى.

أما قوله: (وأيضاً قد عرفت أن الشفيعه على خلاف الأصل والمتيقن من ترتب الأثر على الأخذ بها مع دفع الثمن فعلاً، بل إن لم يكن إجماع على كفايه الصبر من المشتري فى ذمه الشفيع أمكن المناقشه فى ثبوتها فيها على وجه يكون ديناً له على الشفيع، ويملكه بالإيجاب من الشفيع خاصه).

فيرد عليه أن الأصل لا يقاوم إطلاق الأدله التى قد عرفت دلالتها على الأخذ بالشفيعه حالاً وتأجيل الثمن والالتزام بسائر الشروط.

فقول الجواهر: (وعلى كل حال، فقد ظهر لك من ذلك كله أن المتجه حينئذ اعتبار الحلول عليه متى أخذ بالشفيعه ليتم ملكه للشقص، ولظاهر قوله (عليه السلام): «أحق بالثمن»<sup>(١)</sup>، والمراد منه من حيث المقدار، وخبر ابن مهزيار<sup>(٢)</sup>، وغير ذلك مما أشرنا إليه).

محل نظر، إذ قد عرفت أن الخبرين وغيرهما دال على خلاف كلامه (رحمه الله).

كما أن مما تقدم من أدله الفوريه العرفيه يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر أخيراً بقوله: (نعم هل يكون التأجيل للمشتري عذراً للشفيع لو أراد التأخير بشفيعته من حيث الزيادة له، بناءً على الفوريه، وجهان، لا يخلو أولهما من قوه، بناءً على ما تكرر منا غير مره من أن مقتضى

ص: ٣٠٠

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١

إطلاق الأدله ثبوت حق الشفعه على الدوام، والضرر على المشتري بذلك هو الذى أدخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعه غير ملاحظ لما يسقطها، ولكن للإجماع المحكى أو غيره قلنا بسقوطها مع الإهمال رغبه عنها من حيث كونها للتأخير لا مدخل له فيما ذكرناه من الشفعه على الحلول مطلقاً انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى الأدله، بل مقتضى العرفيه أيضاً التى قررها الشارع الفوريه العرفيه، فليس لما ذكره من الإطلاق فى حقه فى الأخذ باستثناء صوره الإهمال رغبه عنها دليل، والله سبحانه العالم.

ص: ٣٠١

((هل الشفعه تورث))

(مسأله ۲۳): قال فى الشرائع: (قال المفيد والمرضى (رحمهما الله) الشفعه تورث، وقال الشيخ: لا تورث، تعويلاً على روايه طلحه بن زيد (۱)) وهو بترى، والأول أشبه تمسكاً بعموم الآيه) انتهى.

أقول: فى المسأله قولان، المشهور على أنها تورث، وغير المشهور على أنها لا تورث.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلّامة: (والشفعه موروثه كالمال على رأى): (هو خيره المقنعه والانتصار والخلاف فى باب البيع، والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والإرشاد والتبصره والمختلف والدروس والحواشى واللمعه والمقتصر والتنقيح وغايه المرام فيما حكى عنه، وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه والمفاتيح والرياض وكذا التذكره والإيضاح، وهو المحكى عن أبى على، وظاهر الانتصار الإجماع عليه حيث قال: الشفعه تورث عندنا.

وفى جامع الشرائع إنه الأصح عند أصحابنا، وفى التنقيح إن عليه الفتوى، وفى السرائر إنه الأظهر من أقوال أصحابنا، وأنه مذهب المفيد والمرضى وجمله أصحابنا.

وقصر الخلاف على الشيخ فى النهايه وقال: إنه رجع فى الخلاف إلى الوفاق، وقال بعد ذلك: إنما تمسك من ذهب إلى أنها لا تورث بأخبار آحاد لا توجب علماً ولا عملاً، فكيف تترك بها الأدله والإجماع.

وفى المسالك إنه مذهب الأكثر ومنهم الشيخ فى بيع الخلاف والمفيد والمرضى وأبو على وجمله المتأخرين.

ومثله قال فى الكفايه، إلا أنه أبدل الجملة بالجمهور.

وفى الرياض تاره أنه

ص: ۳۰۲

المشهور، بل كاد يكون إجماعاً، ونسبه أخرى إلى عامه المتأخرين.

والمخالف الشيخ في النهايه والخلاف في باب الشفعه، والقاضى في المهذب وابن حمزه في الوسيله والطبرسى فيما حكى عنه، وحكى في كاشف الرموز عن الصدوق أنه روى في المقنع والفقيه خبر طلحه (١) ولم نجد في ما عندنا من نسخ المقنع.

وفي مجمع البرهان لعله أظهر لمكان الأدله العقلية والنقلية الداله على المنع، وروايه طلحه مع عدم دليل واضح يفيد ذلك، إذ شمول آيه الإرث (٢) بذلك غير ظاهر فتأمل.

وفي الخلاف إنه منصوص لأصحابنا، وفي المبسوط إنه المروى وإنه مذهب الأكثر ولا ترجيح فيه، كما لا ترجيح في الغنيه، ولا تعرض لذلك في المراسم والكافي وفقه الراوندى، والأول هو الأقوى.

والظاهر المشهور، لعمومات أدله الإرث، ولما رواه المسالك (٣) والمفاتيح من قوله (صلى الله عليه وآله): «ما ترك الميت من حق فهو لوارثه».

ومن المعلوم أن حق الشفعه مما ترك عرفاً، فيجب أن يدخل في هذا العموم كدخوله في سائر العمومات كسائر الحقوق، كحق الخيار وحق القذف وغيرهما، ولما تقدم مكرراً من أن حق الشفعه عرفى والشارع قرره والعرف يرون الإرث فيه.

أما المقابل لقول المشهور، فقد استدلوا بخبر محمد بن يحيى،

ص: ٣٠٣

---

١- الفقيه: ج ٣ ص ٤٥ الباب ٣٦ في الشفعه ح ٦

٢- سوره النساء: الآيه ٧

٣- المسالك: ج ٢ ص ٢٨٠ ذيل قول الشرائع: (الشفعه لا تورث)

عن طلحه بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) إنه قال: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم» (١).

وقال: إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يشفع في الحدود» (٢).

وقال: «لا تورث الشفعه» (٣).

والخبر كما لا يخفى صحيح سنداً، وإن كان في بعض طرقه ضعف.

ويؤيده ما رواه المستدرک عن البحار، بسنده إلى علي بن أسباط، عن ابن فضال، عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «الشفعه لا تورث» (٤).

وما رواه غوالي اللثالي، عن العلامة، أنه روى عن علي (عليه السلام) أنه قال: «لا تورث الشفعه» (٥).

إلا أن ذلك كله لا يقاوم المشهور، بل ادعى عليه الإجماع.

بل في مفتاح الكرامه: الإجماع ظاهر من الانتصار والجامع والتنقيح، بل هو معلوم من المتأخرين ولم يجزم بالخلاف المقدس الأردبيلي، فلا خلاف فيه أصلاً، بل الإجماع صريح السرائر في آخر كلامه.

ولذا قال في الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: (الأول أشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها عدم الخروج بمثله عن العمومات، خصوصاً بعد رجوع الشيخ في الخلاف إلى الأول في كتاب البيع المتأخر عن الشفعه، ومعلومه كون النهايه متون أخبار، وروايه الصدوق (٦) له أعم من عمله به كما لا يخفى على من لاحظ كتابه، فينحصر الخلاف حينئذ في نادر، وخصوصاً بعد إضماره وموافقته للمحكي عن الثوري وأبي

ص: ٣٠٤

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١٢ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٣٣٣ الباب ٢٠ من مقدمات الحدود

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١٢ ح ١

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ١٠ ح ١

٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ١٠ ح ٢

٦- النهايه، من الجوامع الفقيهيه: ص ٣٤٤ س ١٣



حنيفه وأحمد، ولذا قال الشرائع: (تمسكاً بعموم الآيه) انتهى.

أما حمل بعضهم للخبر بأن الغالب في الورثه الإخلال بالفوريه وتأخير الطلب، فلا يخفى ما فيه، كما أن احتجاج الشيخ لعدم الإرث بأن ملك الوارث متجدد على الشراء فلا يستحق شفعه، غير ظاهر، لما أجيب عنه بأنه يأخذ ما استحقه مورثه وحقه سابق فلا يقدر تجدده ملكه.

والعمده هو إعراض المشهور قديماً وحديثاً حتى أنه لم يثبت القول به إلا عن نادر جداً، ومثل هذا الخبر لا يمكن العمل به، إذ هو مشمول للملاك في قوله (عليه السلام): «خذ بما اشتهر بين أصحابك ودع الشاذ النادر، فإن المجمع عليه لا ريب فيه» (١).

أما بالنسبه إلى غير الشيعه، فإن رأوا هم الشفعه سواء كانوا من المخالفين أو الكافرين حكمنا لهم بها، أما إذا لم يقولوا بالشفعه فلا نقول بها لهم، كما هو مقتضى «ألزموهم بما التزموا به».

ولو لم نعلم هل أن الميت أسقط شفعتة أم لا، فالأصل البقاء، كما أنه لو لم نعلم هل أن الميت قائل بالشفعه أو لا، نقول بها.

أما إذا علمنا بأن الميت لا يقول بالشفعه، فالظاهر أخذ الوارث القائل بالشفعه بها، إذ عدم اعتقاد الميت لا يضر، فهو مثل ما إذا كان الميت يعتقد اجتهاداً أو تقليداً أنه لا يملك شيئاً، بينما وارثه يعتقد أنه كان يملكه، فإن له الحق فيه.

أما إذا انعكس بأن كان الوارث لا يعتقد بالشفعه والمورث يعتقد بها، كما في تعدد الشركاء، فلا حق للوارث في الأخذ بها.

ولو اختلف الوارث تقليداً أو اجتهاداً في حق الأخذ بها وعدمه كان لكل حكمه، ويكون حكم أخذ بعضهم دون بعض ما سيأتي.

ص: ٣٠٥

نعم إذا كان الميت مخالفاً مثلاً أو كافراً لا يقول بالشفعة، والوارث يقول بها، لا يتمكن الوارث من الأخذ بها، إذ مقتضى إلزام الميت بما التزم به أنه لا شفعه له، وحيث لم تكن له الشفعة فلا حق حتى يرثه الوارث.

كما أنه إذا كان المورث مطلقاً زوجته ثلاثاً في مجلس واحد بلا عدول، وكان الوارث لا يرى ذلك لكونه شيعياً، فإنه لا حق للزوجه على الوارث في النفقه، حيث إن التزام الميت بانفصال الزوجه يفصلها فلا تبقى زوجه حتى يكون لها حق على الوارث في النفقه، وإن كان بعض ذلك بحاجة إلى التأمل.

ص: ٣٠٦

((الشفعة على النصيب لا الرؤوس))

(مسألة ٢٤): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وهي أي الشفعة بناءً على أنها تورث كالمال تسقط على النصيب لا الرؤوس، ولو ترك زوجته مثلاً وولداً فللزوجة الثمن وللولد الباقي بلا خلاف أجده فيه بيننا، وإن توهم ذلك من عبارته المبسوط، قال: فمن أثبت الميراث في الشفعة ورثه على فرائض الله، فإن خلف زوجته وابناً كان لها الثمن والباقي لابنه، وعلى هذا أبداً عند من قسمه على الأنصباء، ومن قسمه على الرؤوس جعله بينهما نصفين (١)، (٢)).

وقال في القواعد: (والشفعة موروثه كالمال على رأي، سواء طالب الموروث أم لا، فللزوجة مع الولد الثمن).

وفي مفتاح الكرامة: (خص المثل بالزوجيه لدفع توهم أنها لا ترث من الشفعة من حيث إنها تحرم من الأرض عيناً وقيمه، ومن عين الأشجار ونحوها، فلو بيعت الأرض وحدها ولم يكن للزوجة ولد فلا شفعه لها، ولو بيعت مع الأشجار والأبنية فكذلك على الأظهر إلا أن يكون للأرض شرب فلها الشفعة لأن لها حقاً في الماء، وقد نبه المصنف بذلك أيضاً على أن القسمة على السهام، كما طفحت به عبارات أصحابنا من غير خلاف أصلاً منهم ممن تعرض له) انتهى.

والظاهر أنه لا وجه لتقييد الجواهر بعبارته الشرائع، ومفتاح الكرامة عبارته القواعد، فإن مقتضى القاعده أن الشفعة تورث مطلقاً للزوجة كغيرها، فالزوجة لها الحق وإن لم يدخل العين في ملكها، كما ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الإرث، ولا منافاه بين حق الإنسان وعدم دخول شيء في ملكه، كما إذا كان حق الخيار للأجنبي.

والظاهر أن كون الشفعة على الرؤوس لا على الأنصباء والحصص قول العامه لا الخاصه، وإن كان المحكي عن المختلف أنه بعد أن ذكر ما عن المبسوط قال: إن كلامه الأخير يصير المسألة خلافية، ولعله أراد بالخلافية

ص: ٣٠٧

١- المبسوط: ج ٣ ص ١١٣

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٩٣

بين العامه والخاصه مجموعاً لا بين الخاصه، ولذا قال في محكى التذكرة: (اختلف الشافعيه فقال بعضهم: إن الشافعي قال: إنها على عدد الرؤوس، ونقله المزني عنه، وقال بعضهم: هذا لا يحفظ عن الشافعي، فإن الجماعه إذا ورثوا أخذوا الشفعه بحسب فروقهم قولاً واحداً، لأنهم يرثون بالشفعه عن الميت لا أنهم يأخذونها بالملك) انتهى.

فإن مقتضى القاعده بعد كونها مورثه، أن كل إنسان يرث منه بقدر حقه لا أكثر من ذلك أو أقل، ولذا قال في الجواهر بعد نقله بعض الأقوال المذكوره والمنقوله في مفتاح الكرامه أيضاً: (ومن الغريب بعد ذلك كله ما في الرياض: من دعوى أن الحججه على ذلك غير واضحه عدا ما استدلوا به لإثبات أصل المسأله من عمومات الإرث، وهو حسن إن بلغ درجه الحججه كما ظنوه، وإلا كما ذكره بعض الأجله (١١))، ولعله لا يخلو من قوه، ففيه مناقشه والأصل يقتضى التسويه، لكن المخالف لهم غير معروف وإن ذكره قولاً، والظاهر أنه من العامه كما يستفاد من جماعه (٢) انتهى (٣).

فإنه أى أصل يقتضى التسويه مع أن الحقوق يجب أن تكون حسب اختلاف الحصص، ولا دليل خاص يخرج الحقوق عن عمومات الإرث.

وكيف كان، فمما ذكرناه يظهر وجه النظر في استثناء الجواهر بقوله: (اللهم) حيث إنه قال:

(ثم إن ذكر الزوجه في المتن وغيره لبيان أنها لا تحرم من الشفعه، وإن حرمت من بعض الأشياء، بل قد يقال: إنه لبيان أنها ترث الشفعه في العقار، وإن لم تكن ترث من الشقص الذى استحق به المورث الشفعه، فهى تشارك الورثه فى الشفعه دون الشقص الذى انتقل إليه من المورث، فإن استحقاقهم الشفعه ليس للشركه ضروره تجدد ملكهم، بل هو للإرث المشترك

ص: ٣٠٨

١- انظر مجمع الفائده والبرهان: ج ٩ ص ٤٠

٢- رياض المسائل: ج ١٤ ص ١٠١ ط الحديثه

٣- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٣٩٤

بينهم وبينهما في سببه المستفاد من الكتاب والسنة، اللهم إلا- أن يقال: إنها تمنع من الإرث للعقار وللحق المتعلق به المقتضى بانتقاله أيضاً، خصوصاً مع ملاحظه ما ورد من حكمه منعها من الإرث منه مؤيداً بأن إرث الشفعه إنما يكون بإرث سببه، والفرض عدم إرثها في الشقص الذي هو سببها) انتهى.

ولذا قال بعد ذلك: (إلا- أن الجميع كما ترى)، وظاهره أنه مراده بالجميع ما ذكره بعد قوله: (اللهم)، نعم ذكر بعد قوله: (إن الجميع كما ترى) ما ينافي ذلك، فإنه قال: (وعليه قد يتصور إرثها للشفعه بالشركه في الشرب فإنها ترث منه ويتبعه إرثها للشفعه حينئذ).

وكيف كان، فمقتضى القاعده كما عرفت إرثها، وأن يكون إرثها حسب الحصص، فلها الثمن أو الربع.

ولو قيل بأن المورث إذا لم يكن له أحد في كل الطبقات إلا الإمام، ترث الزوجه كل ما ترك فهي ترث أيضاً كل حق الشفعه فترجع الأرض إلى الميت، ويكون حالها حينئذ حال إذا مات الميت وترك أرضاً ولا وارث له إطلاقاً إلا الزوجه والإمام، كما ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الإرث، وأنها هل ترث الأرض أو لا ترث، وكذلك إذا كان للميت أرض فقط ووارث ومنهم الزوجه حيث إن حرمانها حينئذ من الأرض بمعنى حرمانها عن الإرث مطلقاً، لفرض أنه ليس للميت إلا الأرض، لانصراف الأدله إلى ما إذا كان للميت الأرض وغير الأرض حيث ترث الزوجه من غير الأرض ولا ترث من الأرض، أما إذا كان للميت الأرض فقط، فالزوجه ترث على ما بيننا تفصيله في كتاب الإرث.

ثم بناءً على حقها في الشفعه وإن لم تستحق من العين، لو أخذت الزوجه

كان لهم الحق في الأخذ كلاً، ولو لم تأخذ الزوجه كان لسائر الورثة الحق في الأخذ بقدر حقهم، أى ثلاثة الأرباع مثلاً، أما بالنسبة إلى الربع الآخر فإن الشفعه حيث كانت حقاً للزوجه فلاحق لهم في الأخذ بقدر الربع، وحينئذ يلزم تبعض الصفقه على المشتري، فله الخيار في الرد أو الأخذ.

ولو لم يأخذ سائر الورثة بالشفعه، فإنه لا نتيجة لأخذها وعدم أخذها بالشفعه، لأن الملك لا يصح لها ولا لغيرها، أما لها فلأنها لا تملك الأرض، وأما لغيرها فلأنهم لم يأخذوا بالشفعه، ويكون الملك للمشتري كاملاً، اللهم إلا أن يقال: إنها لو أخذت بالشفعه بقدر حقها ولم يأخذ سائر الورثة رجع الملك إلى الميت بقدر حق الزوجه، وعليها إعطاء الثمن ربعاً أو ثمناً، وإذا دخلت الأرض في ملك الميت كانت لسائر الورثة فهي أعطت المال بدون أن تأخذ مقابلاً لها، إذ تكون الأرض المأخوذه للورثة، فإذا كان لذلك اعتبار عرفي كما ليس بالبعيد يكون لها حق الشفعه.

نعم المشتري له حق الفسخ باعتبار خيار تبعض الصفقه عليه، حيث إن الربع أو الثمن من الأرض رجع إلى الشفيع لا الكل، وقد تقدم الكلام في أن الشفيع له حق أخذ البعض وإنما يكون للمشتري خيار تبعض الصفقه، لا كما ذكره جماعه من أنه لا حق للشفيع في الأخذ بالبعض إطلاقاً، على ما نقلناه سابقاً عن الجواهر وغيره.

وبذلك كله ظهرت الصور الأربع للمسأله، من أخذ الزوجه وعدم أخذها، وعلى كل حال أخذ الورثة وعدم أخذهم.

((لو عفا أحد الوراث))

وكيف كان، فقد قال في الشرائع: (لو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط)، وذلك لإطلاق أدله الشفعه الشامله للمقام.

نعم ينبغي أن يقيد بأنه للمشتري حق الخيار لتبعض الصفقة عليه كما تقدم، أما احتمال أن الوارث للشفيع الذى لا يريد حقه هنا ونفس الشفيع له أن يعرض أو يهب حقه للآخر من وارث آخر أو غريب، ففيه: إن كون حق الشفيع قابلاً للهبه والتعويض مع كون الأصل عدمه، والعرفيه ليست أكثر من حق نفس الشفيع ووارثه، خلاف مقتضى القاعده.

ثم لا يخفى وجه النظر فى تعليق الجواهر حيث علق على قوله: (لم تسقط الشفيعه) بقوله: (وإن قلنا بالسقوط لو وقع ذلك عن المورث الذى لا شريك له فيها، بناءً على منافاه مثله للفوريه، والفرض عدم صحه التبعض منه، بخلاف الفرض الذى قد اشترك فيه جميع الورثه فلا يسقط الحق بعفو البعض، نعم لو فرض أن الوارث واحد وعفا عن البعض سقطت، بناءً على السقوط بمثله فى المورث) انتهى.

إذ قد عرفت سابقاً وجه النظر فى هذا الاحتمال، وحينئذ فحال الوارث حال المورث، فكما أن المورث إذا أخذ بالبعض كان له ذلك وإن كان للمشتري خيار تبعض الصفقة، كذلك الوارث إذا أخذ بعض حقه فقط، أو أخذ حقه فقط ولم يأخذ سائر الورثه، صح ذلك، وإن كان للمشتري خيار تبعض الصفقة.

أما قول الشرائع بعد ذلك: (وكان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع)، ففيه نظر، إذ قد عرفت أنه الشفيعه لا تعوض ولا توهب، فلماذا يكون لبعض الورثه أزيد من حقه، وإن علله الجواهر بقوله: (لأن عفوه إنما يسقط استحقاقه نفسه الأخذ لا الشفيعه عن مقدار حقه، لما عرفت من عدم تبعض الشفيعه، والفرض أن مصدرها هنا واحد، فليست إلا شفيعه واحده، وإن تكثر المستحق لها على وجه توزع

عليهم على قدر النصيب لو أخذوا بها) انتهى.

وعليه فمن لم يعف له الحق في أخذ البعض مما هو حقه إن رضى المشتري ولم يأخذ بخيار تبعض الصفقه، وإلا فالأمر كما إذا أخذ نفس المورث الشفيح ببعض حقه دون بعض.

لا يقال: كيف يسقط حق وارث بإسقاط وارث آخر.

لأنه يقال: إن ذلك مقتضى الدليل، فالأكثر من ما دل عليه الدليل يحتاج إلى دليل، ولا وجود لمثل ذلك الدليل في المقام، فحال المقام حال ما إذا حرر بعض المشتركين في العبد حصته حيث تتحرر الحصص الأخرى للملاك الآخرين، ومثل ذلك موجب لتخصيص دليل سلطنه الناس على أموالهم، وكأنه لما ذكرناه قال المحقق أخيراً: (وفيه تردد).

وعلى هذا، فالظاهر أن الوجه هو المحكى عن التذكرة حيث قال: (الوجه أن حق العافي للمشتري، لأنهما لو عفوا معاً لكان الشقص له، فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له، بخلاف حد القذف، فإنه وضع للزجر، فله تعالى فيه حق).

أقول: ومثل حد القذف حق القصاص، حيث إن بعض الورثة لهم حق القصاص، لكن يلزم أن يرد على ولي المقتول مثلاً التفاوت، كما ذكر في كتاب القصاص مفصلاً.

((الورثة المتعددون كالشركاء المتعددين))

وكيف كان، فحال الوراث المتعددين حال الشركاء المتعددين إذا قلنا بثبوت الشفعه مع الكثره.

ومنه يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (وبذلك ظهر لك الفرق بين المقام وبين العفو من أحد الشركاء، بناءً على ثبوتها مع الكثره لأنها باعتبار



تعدد مستحقيها أصاله كانت بمنزله تعدد الشفعات، فيمكن القول بصحة عفو البعض بالنسبه إلى نصيبه خاصه ولا تبعيض في الشفعه، كما سمعته من أبي على سابقاً، بل سمعت ما يقتضى قوته) انتهى.

((فروع))

ثم إنه لو عفا أحد الوراث وطالب الآخر فمات المطالب وورثه العافى فله الأخذ بالشفعه لا لما ذكره في الجواهر من (استحقاق المطالب الجميع بعد عفو العافى فبموته ينتقل استحقاقه إلى وارثه الذى هو العافى، ولا يضر عفو السابق، لأن هذا حق آخر بسبب آخر غير الأول) انتهى.

بل لأن هذا العافى قد ورث حصه المطالب لا الجميع بعد عفو العافى عن حصه نفسه كما عرفت.

وكيف كان، فما فى القواعد والمحكى من حواشيهما للشهيد من الإشكال فى المسأله غير ظاهر الوجه.

أما إذا قال العافى: إنى لا آخذ بالشفعه إطلاقاً، لا هذا الحق الثابت لى الآن، ولا الحق الذى استحقه بعد ذلك، فالظاهر أنه لا يسقط حقه بموت المطالب الذى انتقل إليه من مورثه المطالب، إذ إسقاطه قبل ذلك إسقاط لما لم يجب بعد، ولا دليل على أن مثل هذا الإسقاط ينفع فى حق الشفعه، فهو مثل ما إذا قال إنسان قبل بيع أى شىء: إنى أسقطت حقى فى الشفعه فى كل الشفع التى تأتى بعد ذلك لى إلى آخر عمرى، فإن ذلك لا يوجب إسقاط حقه، لعدم الدليل على الإسقاط.

أما إذا عفا أحد الوراث عن حقه، ثم أراد الأخذ لم يكن له ذلك، لأنه بعد السقوط لا دليل على الثبوت، فحاله حال الشفيع فى أنه إذا أسقط شفعتة

ص: ٣١٣

لم يحق له إرجاعها بعد الإسقاط وإن رضى المشتري، فإن ذلك لا يكون شفعه، وإنما أخذ الشفيع لمال المشتري بالتراضى.

ولو أسقط أحد الوارثين وأثبت الآخر، ثم مات، ولم يعلم أن أيهما المثلث وأيهما المسقط، فمقتضى قاعده العدل التقسيم بين ورثتهما، وإن كان المحتمل أن يكون المجال للقرعه، إلا أنا ذكرنا فى غير مورد أن قاعده العدل مقدمه على قاعده القرعه، لأن القاعده لا تدع مشكله حتى يتحقق موضوع القرعه.

((الشفعه للإمام مع عدم الوارث))

ثم إن القواعد قال: (ولو لم يكن وارث فهى للإمام).

وقال فى مفتاح الكرامه: (ففى حال الغيبه حكمها حكم سائر الميراث لمن لا وارث له).

والظاهر أن مراده على كلا الحالين، أى سواء أخذ الشفيع بالشفعه ثم مات فإن الإمام يرث الشقص، أو أنه لم يأخذ بالشفعه حتى مات فإن الإمام يرث حق الشفعه، فإن شاء أخذه وإن شاء لم يأخذه، ولو كان الإمام شريكاً مع الوارث كالزوجه حيث لها الربع، والباقى للإمام على القول المشهور، يكون حال الإمام حينئذ حال وارث آخر مع الزوجه كالولد ونحوه لاطراد الدليل.

((المفلس والأخذ بالشفعه))

وهل للمفلس الأخذ بالشفعه، الظاهر ذلك إذا كان فيه نفع للديان، لكن المباشر لأخذ الشفعه الحاكم لمنع المفلس من التصرف فى المال، ولو باع ديان المفلس شقصه فلشريكه الأخذ بها، كما أنه لو باع الحاكم الشقص لأجل دين ونحوه، أو باعت مثلاً زوجته لأجل التقاص لنفقتها كان للشريك الأخذ بالشفعه، لإطلاق الأدله وعدم خصوصيه بيع الشريك بنفسه.

قال فى القواعد: ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعه.

وفى مفتاح الكرامه: إن الشيخ والجماعه القائلين ببقائها على حكم مال الميت لم يذكروا هذا الفرع، ولعله لأنه لا شفعه له، وهو كذلك على المختار

ثم قال: لكن مثل القواعد فى الفتوى ذكره التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأن الوارث هو المالك للشقص المتروك.

وقال فى جامع المقاصد: (هذا بناءً على أن التركة تنتقل إلى الوارث، وإن استغرقها الدين) انتهى.

وقد أخذ منه الجواهر بزياده فقال: (ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعه، بناءً على المختار، لانتقال التركة للوارث وإن استغرقها الدين، أما على القول ببقائها على حكم مال الميت، ففي ثبوت الشفعه إشكال، وعلى تقديره ففي الأخذ بها له إشكال) انتهى.

وكأن الإشكال لاحتمال انصراف الأدله إلى الشريك الحى، كما أن إشكاله الثانى كأن وجهه أنه لم يعلم من الأدله أخذ غير المالك، وهنا لا مالك حتى يتمكن من الأخذ، لكن الظاهر حقه فى الشفعه، لأن الانصراف بدوى، و«لا ضرر» حكمه لا عله، والأخذ الولى كما للشريك الصغير أو المجنون ونحوهما، ويؤيد ما ذكرناه عرفيه الشفعه، وأن الشارع أمضاها وهم يرون الشفعه فى المقام، وقد ذكرنا فى كتاب الوصيه وغيره أن التركة تنتقل إلى الوارث حتى مع الدين المستوعب فكيف بغيره.

ومنه يعلم أن الاحتمال الأوسط فى مفتاح الكرامه هو الوجه، قال: (قد تسالم القائلون ببقائها على حكم مال الميت وغيرهم على تقدير الاستيعاب وعدمه على أن المحاكمه للوارث فيما يدعيه وما يدعى عليه، وأنه لو أقام شاهداً بدين حلف هو دون الديان، وأنه أولى بالعين إذا أرادها، ومن المعلوم أن الإنسان لا يحلف لإثبات حق غيره، فيكون مستثنى، فإثبات الشفعه له هنا إما

لأنها مستثناه كذلك، وإما لأنه يملك بمجرد ذلك، أو لأنه ولي الميت، فكان له أن يأخذها كولي الطفل) انتهى.

فإن الظاهر أن قوله: (وإما لأنه يملك بمجرد ذلك) هو مقتضى الأدله.

ثم إنا قد ذكرنا في كتاب القضاء وغيره أن كون الإنسان لا يحلف لإثبات حق غيره، غير ظاهر الوجه على كليته، فإن هناك بعض الموارد يحلف الإنسان لإثبات حق غيره.

((مما لا شفعه فيه))

ثم قال القواعد: (ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبه بالشفعه).

وقال في مفتاح الكرامه: (كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، فإنه قال في الأخير: لأن البيع في الحقيقة لملك الوارث، وقال في المبسوط: لأن ملك الورثه بمنزله المتأخر عن البيع والملك الحادث بعد البيع لا يستحق به الشفعه) انتهى.

لكن حيث قد عرفت أن الأقوى القول بالانتقال إلى الوارث حتى في الدين المستوعب، فاللازم أن يقال بحقه في الشفعه.

قال في الجواهر: (ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبه بالشفعه، بناءً على أن التركة ملك له، بل وعلى القول بأنها على حكم مال الميت، وأنه لا يملك شيئاً منها إلا بعد قضاء الدين، ضروره تجدد ملكه حينئذ بعد البيع فلا يستحق شفعه، نعم لو قلنا بأنه يملك الزائد عن قدر الدين اتجه احتمال ثبوتها له لأنه شريك حينئذ).

أقول: مقتضى القاعده أن الوارث يملك التركة كلاً، لا الزائد فقط، وعليه

اللازم أن يقال لعدم الشفعه، ولذا قال مفتاح الكرامه فى تفسير كلام القواعد: إن (معناه أنه ليس بمالك الآن، لأن التركة على حكم مال الميت، ولا يملك الوارث إلا بعد قضاء الدين، فيكون ملكه متأخراً، ولو قلنا: إن الوارث يملك الزائد عن قدر الدين قام احتمال ثبوتها، لأنه شريك) (١).

وكذا لو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث فى الدين.

وفى مفتاح الكرامه: (أى لا شفعه له، كما فى التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، لأن البيع ماله كما فى جامع المقاصد، وإن قلنا: إنها باقية على حكم مال الميت ثبت الشفعه، وبه صرح فى المبسوط جازماً به لأنه الآن غير مالك، بل هو شريك) (٢). انتهى.

وقد تبعهم فى عدم الشفعه فى هذه الصورة الجواهر، وهو كما ذكره، فإن الوارث بمجرد موت الموروث يملك تركته فيكون كل التركة للوارث، فليس هناك شريك حتى إذا بيع الشقص يكون له الشفعه.

نعم إذا كان شريكاً مع الموروث، ولو كان كافراً فأسلم فيما يأمره الإمام بالإسلام ليرث، جاءت الشفعه لإطلاق أدلتها.

((إذا وصى بالشقص))

قال فى القواعد: (ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعه لسبق حقه، ويدفع الثمن إلى الورثه وبطلت الوصيه لتعلقها بالعين لا البدل).

وفى مفتاح الكرامه: (كما فى التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، لأن الوصيه به لا تزيد عن بيعه ووقفه ونحو ذلك، بل هى أخف، وقد تقدم أن للشفيع الأخذ بشفيعته لسبق حقه، وإبطال جميع ذلك) انتهى.

وتبعه فى الجواهر فقال: (لو اشترى شقصاً مشفوعاً وأوصى به ثم مات، فللشفيع أخذه بالشفعه لسبق حقه، ويدفع الثمن إلى الورثه، وبطلت الوصيه التى

ص: ٣١٧

١- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٧١٣ ط الحديثه

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٧١٣ ط الحديثه

هى ليست أولى من الوقف لتعلقها بالعين لا البدل(١٢))، لكن الظاهر أن الثمن يصرف فى الوصيه إذا كان ارتكاز، كما قالوا به فى الوقف إذا بطل رسمه، حيث إن ثمنه يصرف فى شىء مماثل، وعليه أمكن أن يقال مثل ذلك فيما لو وقف المشتري ببعء البطلان فإطلاق البطلان فى الوقف والوصيه إنما يكون إذا لم يكن ارتكاز).

نعم إذا شك فى وجود الارتكاز بأن لم يكن عرفياً حتى يؤخذ به، كان الأصل البطلان عيناً وبدلاً للأصل.

قال فى القواعد: (ولو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعه الورثه، ويتحمل الموصى له إن قلنا إنه يملك بالموت).

قال فى مفتاح الكرامه: (الوجهان مبنيان على أن القبول حيث هو كاشف كما هو المشهور، أو ناقل، وبيانه أنه لو أوصى بشقصه لزيد، ثم مات فباع شريكه حصته من آخر قبل قبول الموصى له ورده، ففي مستحق الشفعه وجهان، بل قولان:

أحدهما: إنه الورثه، لأن الملك ينتقل إليهم بالموت، ولا يستحق الموصى له إلا بالقبول، وهذا مبني على أن القبول ناقل.

والثانى: إن المستحق هو الموصى له، وهو مبني على أن القبول يكشف عن الملك بالموت، كما أن عدمه ينكشف بالرد، فالنماء المتجدد بين الموت والقبول للوارث على الأول، وللموصى له على الثانى، وقد صرح بالاحتمالين على بنائهما على الأمرين فى التذكره والتحرير والدروس وجامع المقاصد) انتهى.

لكن الظاهر أن القبول كاشف لا ناقل، فإنه هو العرفى الذى أمضاه الشارع

ص: ٣١٨

بإطلاق أدله الوصيه، وعليه فالنماء المتجدد أيضاً للموصى له لا للوارث، فأخذ الوارث للشفعه لا ثمره له، كما أن أخذ الموصى له بالشفعه ولو قبل قبوله بزعم أنه له أخذ الشفعه سبب لانتقال الملك إليه بعد قبوله.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد حيث قال بعد كلامه المتقدم: (فإذا قبل الوصيه استحق المطالبه، لأننا بينا الملك كان له ولا يستحق المطالبه قبل القبول، ولا الوارث لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد، ويحتمل مطالبه الوارث لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق) انتهى.

إذ قوله: (لأننا لا- نعلم) فيه نظر، فإن عدم العلم لا- يلزم عدم الواقع، فإذا كان القبول كاشفاً كان المطالبه قبل القبول واقعاً في موقعها فينتقل الشقص إليه. ومنه يعلم أن قوله: (يحتمل مطالبه الوارث) غير وجيه.

والحاصل أن الموصى له لو قبل كانت الشفعه له، سواء طالب بالشفعه قبل القبول أو بعده، وإذا رد الموصى له كانت الشفعه للوارث، ولذا رده الجواهر، وإن كان في بعض كلماته نظر، قال بعد نقله كلام القواعد:

(فيه: إنه مع اعتبار الرد في تملكه أيضاً مقتضى الأصل عدمه، فهو حينئذ مملوك لمالك في الواقع غير معين، وعدم القبول الذي يدعى أصاله عدمه مرجعه إلى أمر وجودى وهو إنشاء عدم إرادته لا السكوت، فإذا مات انتقل إلى وارثه، وهكذا تملك كل منهما في الحقيقه متوقف على أمر وجودى مقتضى الأصل عدمه، لأن الموت صالح لتمليك الموصى له، ولتمليك الوارث لمكان الوصيه المستعقبه للقبول والرد، فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاءه، وعلى تقدير استحقاقه المطالبه لو طالب ثم قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانياً لظهور عدم استحقاق المطالب، ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعه للموصى له،

بناءً على النقل، ففي الوارث وجهان مبنيان على ثبوتها لمن باع قبل العلم ببيع شريكه وعدمه، أقواهما الثبوت) انتهى.

والحاصل: إن الملك إما أن يبقى على ملك الميت وهو خلاف بنائهم، وإما أن ينتقل إلى الموصى له إذا قبل، وإما أن ينتقل إلى الوارث إذا لم يقبل، وقول لهذا أو لذاك يؤثر في النماء وفي حقه للشفعه ولا مجال للاستصحاب لا في هذا الجانب ولا في ذلك الجانب.

وعليه فإذا رد الموصى له وقد قبل الشفعه قبل الرد لم يكن له الشفعه وإنما يكون للوارث، كما أن الوارث إذا أخذ بالشفعه، ثم قبل الموصى له الوصيه بطلت شفيعته، وإنما الشفعه للموصى له، وإذا لم يعلم هل رد الموصى له أو قبل كان مقتضى القاعده التمسك بإطلاق أدله (ما تركه الميت فلوارثه)، لأنه لم يعلم أن الوصيه هنا نافذه، فهو من الشك في المقيد مما يوجب التمسك بإطلاق الدليل، وليس هذا من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه، وإنما من التمسك بالعام فيما شك في وجود القيد وعدمه.

ص: ٣٢٠



((إذا باع الشفيع نصيبه))

(مسأله ٢٥): قال فى الشرائع: (إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه، قال الشيخ: سقطت شفعتة، لأن الاستحقاق بسبب النصيب، أما لو باع قبل العلم لم تسقط، لأن الاستحقاق سابق على البيع، ولو قيل ليس له الأخذ فى الصورتين كان حسناً) انتهى.

لا- يخفى أن مثل البيع سائر أنواع النقل كالهبة والصلح والوقف، أما مثل الرهن والعاريه والوديعة فلا إشكال، لأن الملك باق، ولا يأتى فيها التعليل المذكور فى البيع ونحوه.

وكيف كان، فى المسالك: (إذا باع الشفيع نصيبه قبل أن يأخذ بالشفعه، فإن كان يبعه بعد العلم بها وحصول شرائط فوريتها على القول بها فلا- إشكال فى بطلان شفعتة، لأن اشتغاله على الأخذ بالبيع محل بالفوريه المعتبره فيها، وإن كان قبل ثبوت الفوريه فيها حينئذ كما لو لم يكن عالماً بمقدار الثمن أو جاهلاً بالفوريه ونحو ذلك فباع، أو باع غير عالم بالشفعه فى بقائها مطلقاً أو زوالها أو التفصيل أقوال:

أحدها: وهو الذى اختاره المصنف، عدم البطلان مطلقاً، لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقاً على بيعه، فيستصحب لأصاله عدم السقوط ولقيام السبب المقتضى له وهو الشراء فيجب أن يحصل المسبب.

وثانيها: سقوطه فى الموضوعين، وهو اختيار العلامة وجماعه، لأن السبب فى جواز الأخذ ليس هو الشراء وحده، بل هو مع الشركه، وقد زال أحد جزئى السبب فيزول، ولا يكفى وجودها حال الشراء، لظاهر قوله (عليه السلام): «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم»<sup>(١)</sup>.

ص: ٣٢١

فلو أثبتنا له الشفعة بعد البيع لأثبتناها لغير شريك مقاسم، والجهل مع انتفاء السبب لا أثر له.

وثالثها: التفصيل بالجهل بالشفعة حال البيع والعلم، فيثبت في الأول دون الثاني، وهو قول الشيخ، لأن البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها، كما إذا بارك أو ضمن الدرر، بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه معذور) انتهى.

ومقتضى القاعده هو الثبوت في الموضعين، وإن ناقش مفتاح الكرامه وتبعه الجواهر في أن هذا هل هو قول المحقق أم لا، لاحتمالهم وجود كلمه (ليس) في أخير عبارته، بأن تكون عبارته هكذا: (ولو قيل ليس له الأخذ في الصورتين كان حسناً)، فإن أدله القول بالسقوط من أن البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها، كما وأن الاستحقاق بسبب الضرر الذى انتفى بسبب البيع وظهور قوله: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم»<sup>(1)</sup>، فى اعتبار حصولها حال الشفعة، وإلا لثبت لغير شريك، كلها غير تام.

إذ البيع لا يؤذن بذلك، كما أن الضرر حكمه لا عله، وكون البيع صدر حين كون الشريك غير مقاسم فلا وجه لسقوط الشفعة بعد ثبوتها، ولذا ناقش فيها الجواهر قائلاً:

(قد يناقش بمنع الإيدان المزبور، ضروره أعميه البيع منه، وبأن المسلم من جزئيه الشركه للسبب وصولها حال البيع لا بقاؤها إلى حال الأخذ، فإن النصوص إنما هي فى بيان موضوع استحقاق الشفعة لا أخذها، ودعوى ظهورها فى اعتبار بقاء وصف الشريك غير المقاسم حال الأخذ واضحه المنع، بل صريح كلامهم باستحقاق الشفعة بالشريك، وإن حصلت القسمة الشرعيه مع الوكيل أو غيره، والضرر إنما هو

ص: ٣٢٢

حكمه لا- عله، والظاهر من الخبر المزبور قد عرفت أنه حين تعلقها للعين الأخذ بها، وليس ذلك إثباتاً لها لغير شريك، بل هو استداهمه لثبوتها حال الشركه، فالأقوى عدم السقوط مطلقاً مع أنه لا وحشه من الانفراد مع الحق، كما لا أنس بالكثرة مع الباطل) انتهى.

وكانه أشار بذلك إلى ما نقله مفتاح الكرامه من بطلان الشفعه إذا باع بعد العلم بها من المبسوط والمهذب والوسيله والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمسالك، ثم قال: (وما حكيناه من الشرائع من البطلان هو الموجود فى نسخ ثلاثه مصححه محشاه، فإن فيها: ولو قيل ليس له الأخذ فى الصورتين كان حسناً، لكن الموجود فى المسالك: ولو قيل له الأخذ، من دون لفظه: ليس، ولم يثبت ما فى المسالك، والظاهر وجود غلط فى نسخته، أو زاغ نظره الشريف عنه، ويشهد لذلك شهاده الشهيد لذلك) انتهى.

وكيف كان، فلو لم نعلم هل علم الشفيع بالشفعه أم لا، فيما قلنا بالتفصيل بين الصورتين، كان أصاله عدم العلم أو عدم سقوط الشفعه محكماً.

وعليه فإذا ادعى المشتري عليه العلم وأنكر، توجه إليه الحلف، ولو مات وقال وارثه: لا- أعلم هل كان يعلم أم لا- توجه إليه الحلف على نفي العلم.

ثم إن مفتاح الكرامه قال عند قول العلامه: (أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه، ففى البطلان إشكال ينشأ من زوال السبب، ومن ثبوته وقت البيع)<sup>(١)</sup>: (ونحوه ما فى التحرير والحواشى والدروس من عدم الترجيح مع الميل فى الأخير إلى البطلان، وهو خير الإرشاد والمختلف وجامع المقاصد ومجمع البرهان، وفى المسالك أنه لا يخلو من قوه)<sup>(٢)</sup>.

ص: ٣٢٣

١- قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٥٨

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٦٩٩ ط الحديثه

وقال فى المبسوط: إن الأقوى عدم البطلان، وبه جزم فى جامع الشرائع وظاهر الوسيله.

وكيف كان، فقد عرفت أن الأقوى ما اختاره المحقق على هذا الاحتمال، وتبعه الجواهر.

ثم قال الشرائع على قول الشيخ (رحمه الله): لو باع الشريك وشرط الخيار للمشتري ثم باع الشفيع نصيبه، قال الشيخ: الشفيع للمشتري الأول، لأن الانتقال تحقق بالعقد، ولو كان الخيار للبائع أو لهما فالشفيع للبائع الأول، بناءً على أن الانتقال لا يحصل إلا من قضاء الخيار) انتهى.

قال فى المسالك: هذا التفرع مبنى على أن انتقال المبيع مع اشتغال البيع على خيار هل يحصل للمشتري مطلقاً، أم ينتفى عنه مطلقاً، فيه تفصيل، وقد تقدم النقل عن الشيخ أن الخيار إن كان للمشتري وحده انتقل إليه الملك زمن الخيار، وإن كان للبائع أو لهما لم ينتقل إليه إلا بانقضاء الخيار، فيتفرع عليه أن الخيار متى كان للمشتري وحده فباع الشفيع نصيبه بعد العلم سقطت وثبتت للمشتري الأول لانتقال الملك إليه، وإن كان الخيار للبائع أو لهما فالشفيع للبائع، لأن الملك لم ينتقل عنه، فهو الشريك حقيقه، وعلى قوله الذى حكيناه عنه فى الخلاف من أن الخيار إذا كان للمشتري وحده ينتقل الملك عن البائع ولا يثبت للمشتري فلا شفيع لأحدهما لانتفاء الملك عنهما. لكن هذا قول ضعيف جداً، لاستحاله بقاء الملك بغير مالك وانتفاء مالك آخر غيرهما، والأصح أن الشفيع للمشتري مطلقاً، بناءً على أن انتقال الملك إليه مطلقاً (١).

وقد تبع المسالك الجواهر فيما ذكره كما لا يخفى على من راجع كلامه.

وحيث قد ذكرنا فى كتاب البيع انتقال المبيع مطلقاً إلى المشتري، سواء

ص: ٣٢٤

١- مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ٣٤٦

كان الخيار لهذا أو لذاك أو لثالث أو لهما أو لأحدهما مع ثالث أو لهما مع ثالث، فمقتضى القاعده أن الخيار لا يؤثر شيئاً في عدم الشفعه للشريك، فالشفيع يأخذ الشفعه من المشتري على ما تقدم في بعض المسائل السابقه التي ذكرنا فيها مسأله الخيار.

ولو باع الشفيع كان للمشتري الأول أخذ المبيع من المشتري الثاني، سواء جعل الشفيع في بيعه الخيار أم لا.

ص: ٣٢٥

((لو باع الشقص في مرض الموت))

(مسألة ٢٦): قال في الشرائع: (لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث وحابى فيه فإن خرج من الثلث صح، ولكن للشريك أخذه بالشفعة، وإن لم يخرج صح منه ما قابل الثمن، وما يحتمله الثلث من المحاباه إن لم تجز الورثة، وقيل: يمضى في الجميع من الأصل ويأخذه الشفيع، بناءً على أن منجزات المريض ماضيه من الأصل) انتهى.

قال في المسالك: (ولا فرق عندنا بين كون المشتري وارثاً أو أجنبياً، ونبه المصنف بتخصيصه بالوارث على خلاف العامه حيث اختلفوا في المحاباه مع الوارث، فمنهم من حكم بصحة البيع ومنعوا الشفعه، ومنهم من منعها، ومنهم من أثبتها، إلى غير ذلك من اختلافهم. ولو قال المصنف: من وارث وغيره لكان أجود من التخصيص بالوارث، لأن لا يتوهم أن غير الوارث حكمه ليس كذلك)، وتبعه الجواهر فيما ذكره وهو واضح.

وكيف كان، فإن قلنا: إن المنجزات صحيحة فلا إشكال، ولو قلنا: بأن المنجزات غير صحيحة على إطلاقه، لكن كان المحاباه بقدر الثلث أو الأقل أيضاً صح، وكذلك الحال في الصحة لو كان أكثر من الثلث لكن أجازت الورثة.

أما لو قلنا: إن المحاباه غير صحيحة مطلقاً، بل إنما تصح بقدر الثلث وكانت أكثر من الثلث والورثة لم يجزوا، فاللازم أن يكون البيع صحيحاً بقدر الثمن وبقدر الثلث، أما الأكثر فليس بصحيح، ولذا يتمكن الشريك من أخذ الشفعه بالنسبه، فلو فرض مثلاً كون قيمه الشقص مائتين فحابا وباعه بمائه وليس له سواه، صح البيع في خمسه أسداسه التي هي النصف والثلث، وبطل في

السدس الذى لم يقابله ثمن، فيأخذ الشفيع إن شاء خمسه أسداسه بكل الثمن، لأن الأصل لزوم البيع من الجانبين، خرج منه ما زاد عن الثلث مما لا عوض عنه فيبقى الباقي، ولأن ذلك بمنزله بيع وهبه فالبيع منه ما قابل الثمن والهبة ما زاد فنفس في الثلث منه ويبطل في الباقي كما في الجواهر.

ومنه يعلم حال ما إذا أجاز الورثة بعض المحاباه دون بعض، كما إذا أجاز الورثة نصف السدس في المثال، حيث يبطل في النصف الآخر من السدس، أما لو صارت قيمه الدينار مثلاً ضعفاً بالتضخم، أو قيمه المتاع نصفاً بالتنزل، وقلنا بتأثيرهما بالشفعه كما لم نستبعده سابقاً، لو حظ في قدر المحاباه، مثلاً إذا صار المائة خمسين صحت الشفعه كامله بدون بطلان السدس وهكذا.

لكن لا يخفى أنه إذا صار بقدر ثلثه محاباه فرض كأن الشريك أعطاه إلى المشتري مجاناً، ولو حفظ مسأله التضخم والتنزل باستثناء الثلث، لكننا حيث ذكرنا في كتاب الوصيه وغيره أن منجزات المريض من الأصل، وأنه لا فرق بين المريض والصحيح لا يبقى مجال لهذه الفروع.

ويرد هنا إشكال آخر ذكره الجواهر وغيره، تبعاً للعلامه والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم في الربوى، حيث إن في الربوى إذا كان جميع تركه الميت كراً من طعام مثلاً- قيمته سته دنانير فباعه بكر ردىء قيمته ثلاثه، فإن الحكم بصحه ما قابل الثمن منه والثلث والبطلان في السدس يستلزم الربا، ضروره كونه حينئذ خمسه أسداس كر بكر، فاللازم المطابقه بين العوضين في المقدار مع إيصال قدر العوض والثلث للمشتري، فيرد على الورثه ثلث كرههم وقيمته ديناران ويردون عليه ثلث كره وقيمته دينار، فيصح البيع في ثلثي كل واحد منهما بثلثي الآخر.

ومثله يأتي في المقام في مسأله الدار المزبوره، حيث يلزم أن يقال بصحه البيع في ثلثها بثلث مائه فيأخذ الشفيح ذلك به إن شاء على شرط أن يريد المشتري، لأنه تبعض الصفقه عليه، وإلا فله الفسخ أيضاً.

وذلك لأن فسخ البيع في بعض المبيع يقتضى فسخه في قدره من الثمن، لوجوب مقابله أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء الثمن، فكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن.

فإن مقتضى البيع المقابله بين أجزاء المبيع وأجزاء الثمن حتى قالوا: إن للشرط قسطاً من الثمن أيضاً، لأن العقلاء إنما يقدمون على ذلك باعتبار أن الأجزاء مقابله للأجزاء، وحتى الأجزاء الاعتباريه كالقييد والشرط وما أشبهه، فإذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما، لأن المانع في الموضوعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الآخر.

كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحدهما، فإن المشتري يأخذ الأخرى بقسطها من الثمن فيها إذا كانتا جزئى البيع لا فيما إذا كان كل واحد بيعاً مستقلاً وإنما هما في صورته بيع واحد.

كما ذكرنا ذلك في بعض مباحث الفقه، وأنه قد يعتبر الإنسان الشيئين جزئين لبيع واحد، وقد يعتبر كل واحد بيعاً مستقلاً وإنما هما داخلان في صيغه واحده، كما في باب النكاح حيث إنه لو تزوج بامرأتين في صيغه واحده يكون لكل واحده نكاح مستقل لا أنهما جزء نكاح، وفي الطلاق مثلاً حيث تكونان مطلقتين بطلاقين، وإن كان في الصوره واحداً لا أنهما جزئى طلاق.

وبذلك يبطل ما تقدم من أنه في مسأله الدار يأخذ الشفيح إن شاء خمسه أسداسه



بكل الثمن لأصالة لزوم البيع من الجانبين خرج منه ما زاد عن الثلث مما لا عوض عنه، فيبقى الباقي محكوماً بالدليل، لأن الدليل مقدم على الأصل.

ولذا جعل الأصح في المسالك أن لا يبطل من المبيع شيء إلا ويبطل من الثمن ما يقابله، ثم قال: فتكون المسألة دوريه حيث إنه لا يعرف قدر ما يصح البيع إلا بعد أن يعرف مقدار التركة ليخرج المحاباه من ثلثها، ولا يعرف مقدار التركة إلا إذا عرف قدر الثمن لأنه محسوب منها لانتقاله إلى ملك المريض بالبيع.

وطريقه في المثال المذكور أن يقال: صح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء يبقى مع الورثه ألفان إلا نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباه وهي نصف شيء، فمثلاها شيء، فإذا أجبرت وقابلت يكون ألفان معادلين بشيء ونصف الشيء من شيء ونصف ثلثاه، فعلمنا أن البيع صح في ثلثي الشقص وقيمته ألفان وثلثاها وثلثون، والثلث يبلغ الثمن، وهو نصف هذا المبلغ المحاباه ستمائه وستين وثلثين، يبقى للورثه ثلث الشقص وثلثا الثمن وهما ألف وثلثاها وثلثون وثلث، وذلك ضعف المحاباه.

والحاصل أن هذه المسألة وأمثالها من المسائل الدوريه تخرج بالجبر والمقابله، وأصولها كما ذكر في الكتب الحسابيه في جانب الصعود الشيء والمال والكعب، ومال المال ومال الكعب، وكعب الكعب، ومال مال الكعب ومال كعب الكعب، وكعب كعب الكعب، ومال مال كعب الكعب وهكذا.

وفي جانب النزول جزء الشيء، وجزء المال، وجزء الكعب، وجزء مال المال، وجزء مال الكعب، وجزء كعب الكعب، وجزء مال المال الكعب، وجزء مال كعب الكعب، وجزء كعب كعب الكعب، وجزء مال مال كعب الكعب وهكذا.

فيسمى المجهول بالشيء ومضروبه في نفسه بالمال، وفيه بالكعب، وفيه مال مال، وفيه مال كعب، وفيه كعب كعب، وهكذا إلى غير النهايه يصير مالين وكعباً، ثم أحدهما كعباً، ثم كل منها كعباً، فسابع المراتب مال مال الكعب، وثامنها مال كعب الكعب، وتاسعها كعب كعب الكعب، وهكذا.

ومن الواضح أن الكل متناسبه صعوداً ونزولاً، فنسبه مال المال إلى الكعب كنسبه الكعب إلى المال، والمال إلى الشيء، والشيء إلى الواحد، والواحد إلى جزء الشيء، وجزء الشيء إلى جزء المال، وجزء المال إلى جزء الكعب، وجزء الكعب إلى جزء مال المال، إلى غير ذلك، كما هو كذكور في كتاب (خلاصه الحساب) للشيخ البهائي (رحمه الله) وغيره.

إلى غير ذلك من المباحث الجبريه، كما أنه أحياناً يمكن استخراج مثل هذه المسائل في هذا الباب بواسطه حساب الخطئين، أو بواسطه الأربعة المتناسبه.

وفي الجواهر أنه يمكن معرفه حاصل مثل هذه المسأله بطريق ثان، وهو إسقاط الثمن من قيمه المبيع ونسبه الثلث إلى الباقي، فيصح البيع بقدر تلك النسبه، ففي المثال المذكور بالنسبه إلى الدار تسقط المائه التي هي الثمن من قيمه المبيع وهو المائتان فيبقى مائه، وينسب ثلث التركه \_ وهو ستة وستون وثلثان \_ إلى الباقي بعد الإسقاط وهو المائه فيكون ثلثين، فيصح البيع في الثلثين بثلثي الثمن.

ثم إن المسأله وإن كانت مذكوره في الشرائع وشروحه والقواعد وشروحه وغيرها بالنسبه إلى البيع، إلا أن المسأله هي مسأله المحاباه ولو لم يكن بيعاً كالهبه المحاباتي والصالح المحاباتي وغيرها من سائر أنواع المعاملات المشتمله على المحاباه لأن الملاك في الكل واحد.

لكن حيث ذكرنا أن منجزات المريض ماضيه من الأصل لم يكن مجال لهذه الفروع، كما ألمعنا إليه أول المسألة، خلافاً للجواهر وغيره حيث قال في الجواهر: (قد بينا فساد أن منجزات المريض ماضيه من الأصل)، ولذا فهم محتاجون إلى هذه الفروع.

ص: ٣٣١

((إذا صلح على ترك الشفعه))

(مسأله ٢٧): إذا صلح الشفيع على ترك الشفعه صح وبطلت الشفعه، لأنه حق مالى فينفذ فيه الصلح. كذا فى الشرائع.

وفى القواعد: ولو صلحه على ترك الشفعه بمال صح وبطلت الشفعه.

وفى مفتاح الكرامه فى شرحه: كما فى الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع وجامع الشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه.

وكذا الدروس، وفى المفاتيح نسبتبه إلى القيل، وظاهر المبسوط والتذكره الإجماع عليه حيث قيل فيهما: عندنا، ثم علله بأنها حق مالى ثابت فيجوز عليه الصلح.

ثم إن الصلح على وجوه:

الأول: ما تقدم فى عباره الشرائع.

الثانى: أن يوقع الصلح على أن يوجد المسقط بعد الصلح كغيره من الأعمال.

الثالث: أن يوقع الصلح أن لا يأخذ بالشفعه، وإن كانت هى حقاً له.

الرابع: أن يوقع الصلح على أن يصدق معامله المشتري مع غيره معامله على الشقص كأن يبيع المشتري لإنسان أو يهبه له أو ما أشبه ذلك.

والظاهر أن كل ذلك يوجب إسقاط الحق بناءً على أنه لا يتمكن من الأخذ بالحق بعد ذلك، فإذا لم يسقط الحق فى الثانى، أو أخذ بالشفعه فى الثالث، أو لم يصدق معامله المشتري فى الرابع، لم ينفذ أخذه بالشفعه لأنه ملزم بالإسقاط وعدم الأخذ

وتصديق عمل المشتري، فخلافاً لذلك خلاف ما أُلزمه الشارع به، فلا يؤثر الصلح بعد أن يكون دليل الصلح ظاهراً في الوضع بالإضافة إلى التكليف.

من غير فرق بين أن يكون الصلح مع بائع الشقص أو مع المشتري أو مع أجنبي، لو حده الدليل في الجميع.

وربما أشكل في أصل الصلح بدعوى الشك في مشروعيه الصلح على الوجه المزبور، وبأنه لو شرع هنا لشرع في الطلاق والنكاح والتحرير والوقف، كما ذكرهما الجواهر، وبأنه ينافي الفوريه المطلوبه في الأخذ بالشفعه، فإذا صالح فقد سقطت شفعتة، كما ذكره في جامع المقاصد.

وفيه: إنه لا وجه للشك بعد الإطلاق.

أما بالنسبة إلى الإشكال الثاني، ففيه: إن ما كان تلقى من الشرع احتياجه إلى كيفية خاصه كالنكاح والطلاق والوقف والتحرير لا يمكن أن يصلح عليه، بأن يفيد الصلح فائدته، أما غيره حيث يراه العرف مؤدياً بالصلح يشمله إطلاق أدله الصلح، فليس ذلك من التمسك بالحكم لإثبات الموضوع، كما ربما يتوهم.

وأما الثالث: فلما أجاب عنه في جامع المقاصد بأنه قد علم أن ما اقتضته القاعده لا يقدح فيه مثل السلام والدعاء، كما أنه يتصور الصلح مع الوكيل فإن التراخي من قبله على خلاف المصلحه لا يبطل حق الموكل.

بل في مفتاح الكرامه: قد يتصور بأن يصلح الشفيع المشتري قبل أن يعلم بثمن المبيع، كما إذا كان المشتري وكيله ولما يأت إليه ويخبره، أو بأن يصلح الولي والغبطه في الأخذ على المشهور، أو والغبطه في الصلح على مختار الخلاف.

ولعل الاتفاق الذى ذكره الجواهر على فائده الصلح للطلاق والنكاح والتحرير والوقف مأخوذ مما ذكرناه، وتفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب الصلح.

وما يمكن أن يستشكل به من عدم سقوط حق الشفيع مع أنه لا يوجب السقوط فله الأخذ بالشفعه وإن أثم، غير وارد، لما ذكره الجواهر بقوله:

(إلا أن الأول مع فرض عدم فائه بما عليه من إنشاء المسقط الذى يفرض توقف السقوط لا يحصل به السقوط حينئذ، لكن لو فعل المصالح ضد ما صولح عليه بأن أنشأ ما يقتضى الأخذ بالحق يترتب على ذلك أثره، وإن أثم بعدم الوفاء بالأول، أو لا أثر له بعد أن ملك عليه غيره بعقد الصلح، وجهان أقواهما الثانى.

وربما يؤيده ما ذكره فى اشتراط عدم العزل فى الوكالة، وفى اشتراط تحرير العبد فباعه مثلاً أو بالعكس، بل وما ذكره أيضاً فى مندور الصدقه مثلاً وغير ذلك.

وأما الثانى: فلا يبعد أنه على النحو المزبور أيضاً، فلا يؤثر بعد إنشاء الشفعه المستحق عليه تركها، نحو استحقاق عدم العزل عن الوكالة عن الموكل مثلاً بالاشتراط فى عقد لازم، ومنه يعلم صحه شرط ترك الأخذ به فيه أيضاً، فلا يؤثر إنشاؤها بعد ذلك، وليس ذلك من مخالفه الكتاب والسنة، فإن المراد عدم الأخذ بما يستحقه لا إبطال أصل الاستحقاق(1) انتهى.

ويؤيد ما ذكرناه من أن المقتضى عدم الصحه، ما ورد فى الشرط فى النكاح عن عبد صالح (عليه السلام)، قال: قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأه ثم طلقها

ص: ٣٣٤

فبانة منه فأراد أن يرأعها فأبأ عليه إلا أن أأعأ عليه أن لا أألقها ولا أأأأ عليها فأعأها ذلك، ثم بدأ له فى الأأوأأ بعد ذلك فأأف أأأع، فأقال: «أأ ما أأع، وما كان أأأأ ما أأع فى أأأ بالأأ أو الأأأ، أأ له: فأأف للأأأ بأأأها، فأأ رسول الله (أأى الله عليه وآله) قال: المؤمنون عند شروطهم» (١١).

أما نقل الأأ والأأأأ وإأأه وإسأأه فألك أأع لأن أأأ من الأأ أو الأأ ذلك، فأذا كان أأل شرعى على أأأ الأأ والأأأأ أأأأ أو أأأأ أو ما أشأه أو أأ الأأ على ذلك وسأأ على الأأ فهو أأأ لما أأ على أأأها، أما إذا لم أأل أأأها على ذلك فأأس أأأ والأأأأ وإسأأه وإأأه وما أشأه، وأأ ذكرنا فأأأ فى هذا الأأ فى أأأ الأأ فى إأأ الأأوق فأأع.

ومنه أأأ وأأ الأأ فى أأأأ الأأأ ذلك فى الأأ، قال: (لا أأأ ذلك \_ أى ما أأأ من أأأه \_ أأأ أأأ الأأأ من أأ الأأ إلى أأأه لو أأأ عنها أأأى على وأأ أأأ إأأأ الشأه له، وإن كان أأ أأأأ لأأأ أأأه، فهو أأأأ وإن لم أأأ ممن أأأ له سبب الأأأأأ بالأأأه لأأه بالأأأ أأأأه من أأ الأأ الذى هو مسلأ على أأأه على ما له، ولأذا أأأأ إلى الأأأه أأ أأأها من الأأ، وأأأأ إلى الأأأأ الأأأ، بل أأ أأأأ ذلك فى الأأأ أأأأ أأأ على أن الأأأ به هو المأأأ للأأن أأ ما أأل فى الأأأ بالأأأ لا. أنه مأأل للأأأ الأأ، فأأأأ أأأ الأأأ بالأأأ وأأأأ المأأأ بالأأأ الأأن أأ الأأأ) أأأ.

إذ أأل أأأ الأأأ لا أأأأ مأأأه، وإنما المأأأ أأأ أن أأأأأ من الأأ ومن الأأ، وكأأها أأأ أأ فى الشأه وفى الأأأ، وأأأه الأأأ بأأ الأأأ فى الأأ وأأ الأأأى فى الأأأ أأأ أأأ بعد كونها

ص: ٣٣٥

مما دل العرف على صحه الانتقال وأيده الشرع، كما ورد من قصه عائشه في استيهاها حق ضررتها في القسم من رسول الله (صلى الله عليه وآله) وغير ذلك، فإذا صالح الشفيع حق شفيعته للأجنبي لم تصح المصالحة، لأنه غير عرفي بل هو خاص بالشفيع، ولا دليل من الشرع على صحته، كما أنه لو أعطى حق خياره لغيره بأن يكون مستقلاً لا وكياً عنه في الإبطال، لم ينتقل إلى ذلك الغير، لعدم الدليل عليه، بل العرف يرى خلافه، والشرع لم يصدق الانتقال، فهما مثل إعطاء الزوجه حق قسمها للأجنبي حيث لا يصح ذلك.

وكانه لذا قال الجواهر أخيراً: (لكن يدفع ذلك كله مضافاً إلى إمكان دعوى الإجماع على خلافه، عدم دليل يقتضى تسلط ذى الحق على حقه بحيث ينقله إلى غيره، وخصوصيات الموارد لا- تفيد العموم، وعمومات الصلح والشرط لا- تقتضى ذلك، خصوصاً بعد ملاحظه اتفاق الأصحاب ظاهراً، لا أقل من الشك فتبقى حينئذ على مقتضى أصاله عدم الانتقال) انتهى.

وما ذكرناه من رؤيه العرف أو الشرع هو الفارق بين الإرث وغيره، حيث قلنا في الإرث إن الخيار والشفعه وما أشبه تورث، بينما لا نقول بالانتقال، لأن العرف يرى هذا الفرق، فلا يقال فما هو الفارق حيث ذكرتم هناك بعدم الانتقال وذكرتم في باب الإرث أنها تورث، فلا منافاه بين الأمرين.

ثم إنه إن صالح الشفيع المشتري على أن لا يأخذ بالشفعه صح ذلك، لأنه حق قابل للإسقاط كما يراه العرف، بمقابل أو غير مقابل.

قال في مفتاح الكرامه تبعاً للمسالك: (ولو كان عوض الصلح بعض الشقص فوجهان، أصحهما الصحه للعموم، والصلح ليس أخذاً بالشفعه حتى يقدر فيه



تبعيض الصفقه، بل هو معامله أخرى على حق الشفعه) انتهى.

لكنك قد عرفت سابقاً أن تبعيض الصفقه من الشفع جائز، فإن شاء المشتري قرره، وإن شاء فسخه بتبعيض الصفقه، لا أن تبعيض الصفقه غير جائز، وذلك لأنه حق قابل للتبعيض، كما يراه العرف ولم يدل من الشرع على عدم التبعيض، وقد ذكرنا أن هذه الأمور يجب أن يراجع فيها العرف إلا فيما خالفه الشارع، ولم يخالفه في نص ونحوه.

ص: ٣٣٧

((مما لا يسقط الشفعه))

(مسألة ٢٨): قال في الشرائع: (إذا تباع شقصاً وضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عن المشتري، أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع لم يسقط بذلك الشفعه، وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما، وفيه تردد، لما فيه من أماره الرضا بالبيع) انتهى.

وفي القواعد: (وكذلك لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع، أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما في عقده، أو أذن للمشتري في عقد الشراء، أو ضمن العهد للمشتري، أو شرط الخيار له فاختر الإمضاء إن ترتبت على اللزوم) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أن في كل ذلك إن أسقط الشفيع شفيعته (لا مجرد الرضا بالبيع، إذ الرضا غير إسقاط الحق كالرضا بالإبراء والإبراء، فإن الرضا بالإبراء ليس إبراءً) كان مقتضى القاعده السقوط، وكذا إن نافي عمله الفوريه إن قلنا بالفوريه بأى معنى قلناها من التضييق والتوسعه، وإلا فلا وجه للسقوط، لأن الأصل الشفعه خرج منه صورته الإسقاط وصوره المنافاه للفوريه، ففى غيرهما يكون مقتضى القاعده بقاء الشفعه، وسيأتى بعض هذه الفروع.

((ضمان الدرك))

وإلى ما ذكرناه أشار المسالك في ضمان الدرك، قال: إن ضمن الشفيع الدرك وهو عهده المبيع عن البائع، أو الثمن على المشتري، أو بالبائع على تقدير ظهوره مستحقاً، قيل: يبطل الشفعه لدلالته على الرضا بالبيع، ورجحه فى المختلف محتجاً بذلك، وقيل: لا يبطل، لأن مطلق الرضا بالبيع لا يدل على إسقاط الشفعه، فإنها مترتبة على صحته، فكيف يكون الرضا به إسقاطاً لها، والحق أنه إن نافي الفوريه حيث نعتبها بأن علم بمقدار الثمن فاشتغل بذلك بطلت للتراخي، لا من حيث الرضا بالبيع، وإن لم يناف كما لو ضمن الثمن قبل علمه بمقداره، فإن العلم به غير معتبر فى صحه الضمان، لم يبطل الشفعه لعدم المقتضى للبطلان) انتهى.

لكن ربما يقال: إن الضمان بدون العلم موجب للغرر، فعموم دليل الغرر محكم، إلا أن لا يكون عدم العلم موجباً له، كما إذا علم أنه بمقدار كذا أو كذا مما لا يكون غرراً، مثل ألف أو ألف ودينار، حيث إن الغرر أمر عرفي، وما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب من أن الغرر الشرعي أضيق من الغرر العرفي محل تأمل، فإن الموضوعات تؤخذ من العرف كما ذكرناه هناك وفي بعض مباحث (الفقه) أيضاً.

ثم إن عدم البطلان بضمن العهده قول غير واحد.

قال في مفتاح الكرامه: إن عدم سقوط الشفعه بضمن العهده (هو خيره الخلاف فيهما)، أى فى عهده الثمن للبائع وعهده الشقص للمشتري، (والمبسوط، وكذا السرائر على ما حكى عنها فى المختلف، ولم نجد ذلك فى السرائر، واستشكل فى التحرير والإرشاد.

وفى الدروس إنه يمكن بقاءه لأنه تقرير للسبب وليس بأبلغ من النزول.

وفى المختلف إن الأقوى البطلان فيهما، لا أنه دال على الرضا بالبيع.

وفى جامع المقاصد: إن الأصح إن نافي الطلب على الفور أبطل، وإلا فقد ينتظر حضور الثمن إن جعلنا الطلب هو الأخذ، ثم تأمل فى كلام جامع المقاصد: (إن كان ينافى الفوريه بطلت، وإلا فلا إلا مع القرائن التى يفهم عادة وعرفاً عدم إرادته الشفعه) (1)، انتهى.

واللازم أن يقال: إن كان عدم إرادته الشفعه بقصد الإسقاط سقط، وإلا فمجرد عدم إرادته ليس مسقطاً للحق، فإذا لم ترد الزوجه القسم لا يسقط حقها، وكذلك إذا لم يرد الدائن دينه، وإنما الإسقاط بإسقاط حقهما، إلى غير ذلك من الحقوق.

والظاهر أن الجواهر أراد النقض لا أراد الحصر، حيث إنه قال: (بعدم)

ص: ٣٣٩

سقوط الشفعة بضمان الدرك والخيار مع فرض عدم منافاه الفوريه، بناءً على اعتبارها، لعدم دلالة شيء من ذلك مع عدم قرائن على الإسقاط، إذ يمكن أن يكون ذلك منه لإرادته إيجاد السبب الذي يستحق به الشفعة) انتهى.

إذ لا يلزم عدم الإسقاط إرادته إيجاد السبب، وإنما إرادته إيجاد السبب من جملة أسباب عدم الإسقاط، فربما لا يسقط الإنسان في حال أنه لا يريد أيضاً إيجاد السبب الذي يستحق به الشفعة، بل غافل عن ذلك، وإنما يضمن أو يقبل الخيار بدون الالتفات إلى شيء من الأمرين.

كما أن الظاهر أن مرادهم في شرط المتبايعين الخيار للشفيع فيما إذا قبل الخيار. أما اشتراطهما مجرداً فمن الواضح أنه لا يوجب سقوط الشفعة، وكذلك الحال لو شرطاً أو شرط أحدهما الخيار لولد الشفيع مثلاً ثم مات الشفيع، وانتقل الحق إلى الورثه، لوحده الملاك في الجميع.

وكيف كان، فما عن الإيضاح من القول به لأن إجازته البيع بعده إسقاط للشفعه بإجماع القائلين بهذا القول، وقوله: (بقي علينا أن الشفعه هل هي مترتبة على اللزوم أو على العقد، يحتمل الأول من حيث إنها معلوله للبيع فيتوقف لزومها على لزومه، ومن حيث وقوع البيع ومجرده موجب للشفعه لعموم النص، والتحقيق أن إمضاء البيع هل هو شرط السبب أو حكم) انتهى.

غير ظاهر الوجه، ولذا قال الجواهر في كلا فرعيه: إنه لا حاصل لهما.

ومما تقدم يعرف الكلام في الفرع الثاني للشرائع.

((إذا اشترط الخيار للشفيع))

قال في المسالك: (الثاني: أن يشترط المتبايعان الخيار للشفيع في عقد البيع، والأصح أنه لا يبطل الشفعه لعدم مقتضى له، وقيل: تبطل بدلالته على الرضا

بالبیع، وقد عرفت ضعفه، ولو اختار الإمضاء قيل له أن يأخذ بالشفعه، فإن جعلناها متوقفه على لزوم البيع لم يبطل أيضاً، لأن الرضا ممهد طريق السبب ويحققه، وإن جوزناها في زمن الخيار بطل للتراخي إن اعتبرنا الفوريه، وقيل: يبطل هنا مطلقاً، لتضمنه الرضا كما مر، وضعفه واضح) انتهى.

لكن لا يخفى أن منافاته للفوريه الذي ذكره إنما هو فيما إذا عرف أن البيع إنما هو في الشقص الذي هو شفيح.

أما إذا لم يعرف، وإنما رآهما تبايعاً وجعلنا الخيار له ثم فسخ أو أمضى، لم يكن ذلك مضرراً بشفحته، لعدم منافاته للفوريه، وقد تقدم سابقاً أن الجهل عذر، وكذلك إذا كانت سائر الأعدار المذكوره سابقاً، ولم يذكروا هنا ذلك اعتماداً على الوضوح وإلا فالتقييد واضح.

((إذا كان الشفيح وكيلاً في البيع))

أما ثالث المواضيع التي ذكرها الشرائع، وهو أن يكون الشفيح وكيلاً للبايع في الإيجاب، أو للمشتري في القبول، ففي سقوط الشفعه بذلك قولان:

قال في المسالك: من دللته على الرضا بالبيع وهو مسقط، واختاره في المختلف، ومن منع كون الرضا بالبيع مطلقاً، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعه، وكون من يطلبها راض بوقوع البيع ومريد له، بل يبعد عدم الرضا به مع إرادته الأخذ، والأصح عدم السقوط.

قال في مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولأب وإن علا الشفعه على الصغير والمجنون، وإن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على إشكال وكذا الوصي على رأى) (١):

(والوكيل عند قوله (والوكيل) أى في الشراء والبيع، له أن يأخذ بالشفعه لنفسه قولاً واحداً، كما في جامع المقاصد، وقد نص على الحكم في الخلاف والسرائر والشرائع وغيرها، ويأتي في مسقطات الشفعه للمصنف وغيره

ص: ٣٤١

أنه غير مسقط، ومنع من أخذه في المبسوط والمختلف، واستشكل في التذكرة، ومستند الأول التهمة في تقليل الثمن، وأنه لا يجوز له شراؤه من نفسه، والأخيرين أن قصد البيع ورضاه به مسقط لها كما تقدم، وقد عرفت الجواب عنهما، وأن المسقط إنما هو رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري وهو غير لازم حصوله عن كونه وكيلاً لأحدهما في العقد، وإلا فلا ريب أن من يتوقع الشفعة راض بوقوع البيع، ويزيد الأول أن الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك إن وقف على تقصيره (١) انتهى.

ومنه يعلم أن إطلاق الأدلة شامل للمقام، وأن الدليلين وقد يضاف عليهما أصاله عدم الشفعة إلا في المتيقن، غير مخصصه للإطلاقات، فالقول بثبوت الشفعة خلافاً للمبسوط والمختلف وإشكال التذكرة هو المتعين.

نعم ليس قولاً واحداً كما ذكره المحقق الثاني، ولذا قال في الجواهر عند قول المحقق: (فيه تردد لما فيه من أماره الرضا بالبيع): (إنه في غير محله، ضروره عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقطاً لها، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعة، ولا ريب في أن يتوقعها راض به، بل لو حاول عدم الرضا لم يكن مقدوراً له، وإنما المسقط رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري، وهذا غير لازم للوكيل كما هو واضح) انتهى.

وقد تقدم أن المراد بالرضا بالبيع المسقط الإسقاط لا مطلق الرضا، لأن الرضا بالشئ غير كونه خارجاً، كما أن الرضا بالإبراء ليس إبراءً، والرضا بالوكالة أو بالبيع أو ما أشبه ليس بيعاً ووكالةً، فلو فرض اتهام الوكيل كان محلاً للدعوى، لا أن الشفعة لا تكون له، وكذلك حال الوصي والولي ونحوهم، لوحده

ص: ٣٤٢

الملا-ك في الجميع، ولو فرض أنه باع بالأقل قطعاً لأجل أن يأخذ بالشفعه وأخذها، فإن كان وكياً مطلقاً يشمل ذلك البيع بالأقل صح البيع والشفعه، وإن كان للموكل الفسخ.

لا يقال: كيف يمكن إطلاق الوكاله، ومع ذلك يكون له الفسخ.

لأنه يقال: يمكن إطلاق الوكاله الناشئ عن جهل، فهو مثل إذا كانت الوكاله مطلقه ومع ذلك لما كان الموكل مغبوناً في البيع ونحوه حتى مع علم الوكيل وإقدامه، يكون للموكل الفسخ.

ومما تقدم ظهر وجه ثبوت الشفعه في بقايا فروع القواعد المتقدمه بقوله:

(وكذا لو كان وكياً لأحدهما في البيع، أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما في عقده، أو أذن للمشتري في عقد الشراء) إلى آخر كلامه.

وسياتى له مزيد توضيح.

ثم إنه إن جعلنا مجرد الرضا مسقطاً، وادعى المشتري أنه كان راضياً وأنكر الشفعه كان للمشتري عليه الحلف، فإذا لم يحلف وقلنا بأن مجرد عدم الحلف مثبت كلام المنكر، أو ردّ الحلف وحلف المشتري بطلت الشفعه.

((العيب السابق على الشفعة))

(مسألة ٢٩): قال في الشرائع: (إذا أخذ بالشفعة فوجد به عيباً سابقاً على البيع، فإن كان الشفيع والمشتري عالمين فلا خيار لأحدهما، وإن كانا جاهلين فإن رده الشفيع كان المشتري بالخيار في الرد والأرش، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج الشقص عن يده. قال الشيخ: وليس للمشتري المطالبة بالأرش، ولو قيل له الأرش كان حسناً، وكذا لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري، ولو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد).

((صور المسألة))

أقول: صور المسألة أربع:

الأولى: أن يكونا عالمين، ومن الواضح أنه لا خيار لأحدهما ولا أرش، وهو واضح لأنهما أقدمتا على مثل ذلك، والمقدم قد سبب ضرر نفسه، فلا يشمل دليل «لا ضرر» وخيار العيب، كما هو مذكور مفصلاً في باب الخيارات.

نعم من الواضح أن العيب الذي لا يسبب الرد إنما يكون فيما إذا علما بقدر العيب أيضاً، أو علما بالأكثر فظهر أقل.

أما إذا علما بالعيب الأقل فظهر أكثر، أو بعيب فظهر عيب آخر، أو ما أشبه ذلك، فلهما خيار العيب لإطلاق الأدلة.

والكلام في علم وكيل الشفيع ووليه وما أشبهه هو ما ذكر هناك في خيار العيب، من أن الوكيل لو كان عالماً بالعيب لم ينفع ذلك في سقوط خيار الموكل للعيب، إلى آخر ما ذكر هناك من علم الوكيل والموكل، أو جهلها، أو علم أحدهما وجهل الآخر، وكذلك في باب الولي والمولى عليه.

وفي الجواهر: إن قول الشرائع المتقدم إنه لا خيار لأحدهما في صورته علمهما، بلا خلاف ولا إشكال، وهو كما ذكره.



الصورة الثانية: ما إذا كانا جاهلين واتفقا على ردّه أو على أخذه مع الأرش أو بدونه.

وفى الجواهر: إنه لا خلاف فيه أيضاً.

لكن لا يخفى أن الثمن الذى على الشفيع إذا أراد الأخذ هو ما بعد الأرش لأنه قدر الثمن لا أكثر منه.

ومن ذلك يظهر أنه لا وقع للإشكال الذى ذكره الجواهر فى رجوع الشفيع على المشتري بالأرش إن لم يكن إجماعاً، قال: (لأنه استحقاق حصل للمشتري على البائع خارج عن الثمن، ولذا صح له عفو عنه، ولو أنه جزء من الثمن يفسخ البيع فيه قهراً بفوات ما قبله من وصف الصحة فى المبيع نحو تبعض الصفقة لم يصح له العفو باستحقاق الشفيع حينئذ ما قبله من الثمن الذى دفعه إلى المشتري، على أن احتمال ذلك مناف لما هو معلوم من عدم مقابله الثمن شرعاً لوصف الصحة وعدم استحقاق المشتري عليه عين ما دفعه إليه، ولغير ذلك مما لا يخفى) انتهى.

إذ الثمن عرفاً هو ما بعد الأرش، فقله (عليه السلام): بالبيع الأول وبالثمن (١) ونحوهما ظاهر فى خروج الأرش عن الثمن، وإن قلنا بأن الأرش ليس جزءاً كتبعض الصفقة وما أشبه.

وكأنه لذا قال أخيراً: (اللهم إلا أن يقال: إنما دل على استحقاق الشفعة بالثمن ظاهر فى غير الفرض، بل قد يعدّ عرفاً أن الثمن ما بعد الأرش، ولعل ذلك ونحوه منشأ الاتفاق المزبور) انتهى.

ثم إنا قد ذكرنا فى مسأله التضخم والتنزل أن المعيار إعطاء الثمن من الشفيع للمشتري بملاحظتهما، وعليه فإذا حدث مثل ذلك الشئ فى الأرش تضخماً وتنزلاً كان المعيار أيضاً بعدهما لا قبلهما، لأنه هو مقتضى كونه بالثمن

ص: ٣٤٥

ونحوه، بل قد ذكرنا سابقاً أن المعيار في الشفعة العرف، لأن الشارع أمضاه، ومن المعلوم أن العرف يرى ذلك بعد التضخم والتنزل لا قبله، فكما أن في أصل الثمن يلاحظان كذلك في الأرش.

ومما تقدم من حق الشفيع على المشتري الأرش، يظهر وجه النظر في أخير كلام الجواهر حيث قال: (وتوهم إشكال الرد للشفيع بأن الشفعة ليست بيعاً يستحق الرد بالعيب فيها، يدفعه عموم دليل الرد في المعيب من غير فرق بين البيع وغيره، وهو قاعده الضرر المنجبره بفتوى الأصحاب هنا، نعم الظاهر عدم أرش له، لا على البائع الذي لم يأخذ منه، ولا على المشتري لو تصرف فيه بما يمنع من رده إذا لم يكن المشتري قد أخذه من البائع للأصل، وكونه يأخذ من المشتري بالثمن) انتهى.

إذ قد عرفت أن الثمن عرفاً هو ما بعد الأرش، فعفو المشتري عن البائع لا يستلزم عفو الشفيع عن المشتري، فللشفيع أن يأخذ بالثمن الذي يستثنى منه الأرش، سواء أخذ المشتري من البائع أم لا، اللهم إلا أن يقال: إن الثمن الكل لا باستثناء قدر الأرش، كما إذا اشتراه بالزيادة عمداً.

ثم إنه مما تقدم علم أنه إذا حصل العيب عند المشتري كان للشفيع الأخذ بالثمن الذي يستثنى منه قدر الأرش.

أما إذا كان الشيء معيباً عند البائع فأخذ المشتري الأرش وصحّ عند المشتري، فإن الشفيع يأخذه بتمام الثمن، إذ الصحة صفه للمشتري وهي تقابل بالمال، لكن يأتي هنا ما تقدم في بعض المسائل السابقه من زياده المبيع عند المشتري، فإن زياده وصف الصحة كسائر الزيادات المتصله كالسمن في الشاه والشجره ونحوهما.

وكيف كان، ففي صورته جهلهما إن رده الشفيع كان المشتري بالخيار بين الرد والأرش.

قال في الجواهر: (لأنه لم يحدث فيه حدثاً، وإن انتقل عن ملكه ثم عاد إليه إلا أنه ليس تصرفاً له، واحتمال أن مطلق الانتقال عنه مسقط لاستحقاق رده وإن عاد إليه لا دليل عليه).

وهو كما ذكره.

وقول الشرائع بأنه بالخيار في الرد والأرش، من باب المثال، وإلا فله العفو أيضاً كما هو واضح.

وحيث قد ذكروا دليل أنه ليس له الرد بالتصرف في باب المعاملة مما لا يشمل مثل هذا التصرف القهري، فلا حاجة إلى تفصيل الكلام في ذلك، فإن أدله إسقاط التصرف للرد لا تشمل مثل ذلك.

فقد روى زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «أما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء أنه يمنع عليه البيع، ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» (١).

وعن جميل، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما (عليهما السلام)، في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً، فقال: «إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب» (٢).

وكيف كان، فإن اختار الشفيع الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج

ص: ٣٤٧

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٦٢ الباب ١٦ من الخيار ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٦٢ الباب ١٦ من الخيار ح ٣

الشقص عن يده، كما فى الشرائع وغيره، وعالله فى الجواهر بأن الأصل فىه اللزوم فلا تسلط له على فسح الملك الحاصل للشفيع بالشفعه، لكن يحتمل أن يكون له الفسخ عنده، لأنه لا دليل على أن الانتقال إلى الشفيع بالشفعه أوجب بطلان حقه فى الفسخ، والثمر يظهر فىما إذا أعطى المشتري مورثه الفاسح الحبوه وأخذ الأرض، فإن الوارث إذا لم يسفح كان فى يده الثمن، أما إذا فسح رجعت الحبوه وكانت له ذكرى لأبيه مثلاً فيفسح بالبيع، وحيث لا يتمكن من رد العين لأنها انتقلت إلى الشفيع رد ثمنها واسترجع الحبوه مثلاً، أو ندم المشتري من جعل شىء نفيس له ثمناً للأرض، بينما ذهبت الأرض من يده أيضاً إلى الشفيع فيريد استرجاعه بالفسح، إلى غير ذلك من الثمار المترتبه على الفسخ واسترجاع الثمن وإعطاء البائع بقدر ثمن الأرض.

قال فى المسالك فى صور المسأله: (فإن اختلفت إرادتهما أى الشفيع والمشتري فأراد الشفيع رده دون المشتري فلا منافاه فيرجع إلى المشتري ويتخير بين أخذ أرشه وعدمه، وإن انعكس فأراد الشفيع أخذه والمشتري رده قدمت إرادته الشفيع لثبوت حقه وسبقه، فإنه يثبت بالبيع، وسيأتى ما فى هذا التعليل، ولأن غرض المشتري استدراك الظلامه وتحصيل الثمن وهو حاصل بأخذ الشفيع، ولأننا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع رأساً، وإن قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته فيكون جامعاً بين الحقين، ويحتمل تقديم المشتري لأن الشفيع إنما يأخذه إذا استقر العقد، كما تقدم فى البيع المشتمل على الخيار، وقد تقدم ضعف المبني عليه) انتهى.

وهو كما ذكره من التعليقات المستفاده من النصوص العامه، وإن كان ما

ذكرناه وارداً عليه، لكنه جيد في نفسه.

ومن ذلك يظهر أن إشكال الجواهر عليه (بأن ما أطنب به في المسالك من سوء تأديه الحكم المزبور، كما ترى) غير ظاهر الوجه، فلا سوء في التأديه.

أما ما ذكره هو بقوله في الإشكال على المسالك: (بل لعله ألصق بتعارض الإرادتين قبل أخذ الشفيع الشفيعه الذى قد عرفت الحال فيه سابقاً، وأن للمشتري الفسخ، ولكن إذا فسخ كان للشفيع فسخ فسخه والأخذ بالشفيعه من المشتري للإجماع إن كان أو لسبق حقه، بناءً على أن استحقاق المشتري الرد حين العلم لا بالبيع بخلاف الشفيع الثابت حقه بتمام العقد، بل لو قلنا بثبوتة بالبيع أيضاً سابقاً على حق الشفيع أو مقارناً أمكن ترجيح حق الشفيع بما ذكر مؤيداً بشهره الأصحاب أو إجماعهم، وإن كان للمشتري فائده بالتقديم أيضاً، وهى السلامه من الدرک) انتهى.

فهو وإن صح في الجملة، كما قد سبق وجهه في بعض المسائل المتقدمه، إلا أن قوله: (بل لو قلنا بثبوتة بالبيع أيضاً سابقاً على حق الشفيعه أمكن ترجيح حق الشفيع) فيه نظر، فإنه لو كان سابقاً على حق الشفيعه لا- وجه لتقدم حق الشفيعه عليه، وشهره الأصحاب لا- تصلح مؤيده، ولا- إجماع ظاهر في المسألة يمكن الاعتماد عليه على خلاف القاعده، بل اللازم إن قلنا بأن الحق سابق أن يكون للمشتري الحق دون الشفيع، فإن حقه لا يدع مجالاً للشفيعه.

ثم سواء قلنا بأن للمشتري الفسخ أم لا، هل له حق الأرش إذا لم يفسخ بإرادته، أو لم يفسخ لأنه ليس له حق الفسخ.

قال الشيخ في محكى المبسوط: فيما لو كان الشفيع عالماً بالعيب والمشتري جاهلاً ليس للمشتري المطالبه بالأرش، وادعى ذلك الإجماع، ونحو

ذلك الكلام يأتي في هذا المقام أيضاً.

وربما قيل: إن الشيخ بنى ذلك على أنه لو كان للمشتري الأرش لكان الثمن للشفيع مجهولاً، فيبطل أخذه وتأخيرته إلى معرفته الأرش المتوقعه على تقويم أهل الخبرة المحتاج إلى زمان ينافى الفوريه، كما قيل في وجه كلام الشيخ بأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع فلم يفت منه شيء فيطالب به، ولأنه كالنائب عن الشفيع بالشراء فلا يستحق الرجوع.

لكن من الواضح ما في كلام التعليلين من الوجه الاستحسانى الذى لا يتمكن أن يقاوم الأدله الداله على أن المشتري المعيوب جاهلاً الحق فى الفسخ والأرش، فإن قلنا بالحق فى الفسخ كان مخيراً بينهما، وإن لم نقل به كان له الأرش، ولذا قال فى الشرائع: (لو قيل له الأرش كان حسناً)، وقد حكى ذلك عن التذكرة والشهيدى والكركى وغيرهم.

وقال فى الجواهر: (إنه الأصح لإطلاق دليله وعود كمال الثمن إليه لا ينافى ذلك كما لو باعه بأضعاف ثمنه، كما أنه لا ينافيه استحقاق الشفيع بما يقابله من الثمن فلا فائده له فى أخذه، إذ لا يجب عليه قبول العوض عنه من الشفيع بعد أن كانت معاملته مع البائع مستقلة لا مدخلية لها فيما وقع بينه وبين الشفيع، فهو فى الحقيقة لم يستدرك ظلامته ممن ظلمه كما هو واضح، وإجماع الشيخ المزبور لم تتحققه، بل لعل المظنون خلافه) انتهى.

والحاصل: إن التعليل بجهل الثمن وارد فى كل مورد من موارد الأرش، فما يقال فى سائر الموارد يقال هنا من غير فرق بينهما، حتى يكون ذلك موجباً لاستثناء المقام عن كلى الأرش فى كل مقام، والأرش ليس خاصاً بصوره استدراك الظلامه كما ذكره الجواهر من مثال ما لو باعه بأضعاف ثمنه، أو لم يبعه لكنه ارتفعت قيمه السوقيه للبضاعه بحيث قابلت قيمه أو صارت أكثر، فإنه لا ضرر

فى المقام مع أن له أخذ الأرش، بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من إطلاق كلماتهم.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا علم الشفيع بالعب دون المشتري، فإن الشفيع لا يتمكن من الرد لعلمه، أما المشتري فيتمكن من الرد والأرش، أما الرد فلما تقدم، وحيث إنه لا يتمكن من رد العين رد ثمنها، وأما الأرش فلما ذكرناه من أنه حقه.

ولذا قال فى الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: (وكذا الحكم لو علم الشفيع بالعب دون المشتري، ضروره أنه لا رد للشفيع لعلمه، ولا للمشتري لخروج الشقص من يده، ففى استحقاقه الأرش ما عرفت من أن الأصح له ذلك فيسقط حينئذ عن الشفيع بقدره، ولا يقدر فيه علمه بالحال، لما عرفت من أنه يأخذ بالثمن وهو ما بعد الأرش عرفاً) انتهى.

وإن كان فى قوله (بعدم رده) ما تقدم.

أما لو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد لجهله دون أخذ الأرش، إذ تقدم أن الشفيع يأخذه بالثمن، والمفروض أن الثمن هو الكامل بدون استثناء الأرش، أما المشتري فلا حق له فى رد ولا أرش لفرض أنه كان عالماً، والعالم لا حق له فى أيهما.

ثم إن الجواهر قال: (لو علم الشفيع المشتري اشتراه بالبراءة من كل عيب، ففى القواعد هو كالمشتري وإلاّ - فله الرد، وفيه إنه يمكن القول بأن له الرد، وإن علم بالشرط المزبور بعموم دليل الرد، والشرط إنما هو على المشتري) انتهى.

وهو كما ذكره، اللهم إلا- أن يقال: إن قوله (عليه السلام): بالبيع الأول ((١))، وبالثمن ((٢))، ونحوهما، والمنصرف من دليل الشفيعه العرفيه، والعرف يرون أنه يكون للشفيع كما كان للمشتري، أنه لا يكون له الرد، فعموم دليل الرد مخصص بما ذكر.

وحال ما إذا تبرأ من الغبن الفاحش والأفحش مما لا يوجب الجهالة ويصح بحسب الشرط كما ذكر في باب الغبن، يكون هكذا بالنسبه إلى الشفيع، ففيه الاحتمالان المزبوران، احتمال القواعد واحتمال الجواهر.

وكيف كان، فقد عرف مما تقدم وجه قول القواعد: ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري، والمراد أن أرش العيب يسقط من الثمن على الشفيع إذا أخذه المشتري من البائع، ووجهه أنه جزء من الثمن، فإذا أخذه المشتري كان الثمن هو ما يبقى بعده.

وأما إذا أسقطه ولم يأخذ الأرش فله الأخذ بجميع الثمن لا بحذف الأرش، فإن الثمن حينئذ قد صار ما وقع عليه العقد من غير نقصان، كذا في مفتاح الكرامه، كما أنه نقل مثل عباره القواعد عن التذكره والإرشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان.

ومن الواضح أنه لا يفرق في ذلك بين كون الثمن في مقابله الأجزاء، أو في مقابله المجموع، لوضوح أنه بعد رضاه بالعيب يصير الكل ثمنًا، وقد قال في مفتاح الكرامه: إنه مما لا خلاف فيه، وقد سبق الإلماح إلى ذلك.

ثم إنه قد عرف من ما تقدم حال الصور الأربع والستين، من جهل أحدهما

ص: ٣٥٢

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١



أو علمه، وجهل وكيله أو علمه، مضروباً في الحالات الأربعة للثاني، ثم مضروباً في الحالات الأربعة للثالث، أي البائع والمشتري والشفيع.

أما علم المولى عليه وجهله إذا كان قاصراً فلا- يوجب فرقاً في المسألة، لأنه لا- اعتبار بعلمه وجهله، وإنما الاعتبار بعلم الولى وجهله، فإذا كان عالماً وكان الولى جاهلاً لا يسبب علمه سقوط حقه، وإن بلغ بعد ذلك فإنه له الأخذ بحقه للمناط في أن «عمد الصبى خطأ»<sup>(١)</sup>، وغيره من دليل رفع القلم<sup>(٢)</sup> ونحوه.

ص: ٣٥٣

---

١- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٠٧ الباب ١١ من ديه العاقله

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٣١٦ الباب ٨

((إذا باع بعوض لا مثل له))

(مسأله ٣٠): قال فى الشرائع: (إذا باع الشقص بعوض معين لا مثل له كالعبد، فإن قلنا لا شفعه فلا بحث، وإن أوجبنا الشفعه بالقيمه فأخذه الشفيع وظهر فى الثمن عيب كان للبائع رده والمطالبه بقيمه الشقص إذا لم يحدث عنده ما يمنع الرد ولا يرتجع الشقص، لأن الفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعه) انتهى.

أقول: لا اختصاص فيما إذا كان الثمن مثل العبد، بل الحال كذلك فيما كان مثل الدراهم والدنانير المعيبه، لأن حق الرد إنما هو بالعيب، فلا فرق فيه بين النقود وغيرها.

لكن فى المسالك فى المسأله احتمالات ثلاثه، قال: (إذا اشترى الشقص بعوض قيمى كالعبد، وقلنا بثبوت الشفعه بالقيمه وتقابضا ثم وجد البائع بالعبد عيباً وأراد رده واسترداد الشقص، وقد أخذ الشفيع الشقص أو طلبه، ففى المقدم منهما خلاف، أظهره تقديم حق الشفيع، لأن استحقاق الفسخ فرع دخول المعيب فى ملك المشتري المقتضى لصحة العقد المقتضى لثبوت الشفعه بمجرد العقد، ولعموم أدله الشفعه للشريك، واستصحاب الحال، ولأن فيها جمعاً بين الحقين، لأن رجوع البائع فى العين يقتضى سقوط حق الشفيع، بخلاف ما إذا أخذ القيمه، وهذا هو الذى قطع به المصنف، وقيل: يقدم حق البائع، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعه تثبت بعده، فيكون العيب أسبق، ولأن الشفيع منزل منزله المشتري فرد البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان فى ملكه، ويضعف بأن مجرد وجود العيب حاله العقد غير كاف فى سببيه الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك، كما أن الشركه أيضاً غير كافيه فى سببيه الشفعه، بل هى مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، ويبقى مع الشفعه المرجح بما ذكرناه، وربما

فرق بعضهم بين الرد البائع بالعيب قبل أخذ الشفيع وبعده، وقدم البائع فى الأول والشفيع فى الثانى لتساويهما فى ثبوت الحق بالبائع فى السابق فى الأخذ، والوجه ترجيح جانب الشفيع) انتهى.

لكن لا وجه للاحتمالين الأخيرين، بالإضافة إلى أن الأدلة التى ذكرها للوجه الأول أدله طوليه، فإن الاستصحاب مثلاً لا مجال له ما دام عموم أدله الشفعه، لما نقح فى محله من أن الدليل لا يدع مجالاً للاستصحاب، نعم غالباً يذكرهما الفقهاء لبيان حال الحكم إذا لم يستقم الدليل.

وكيف كان، فالوجهان الآخران غير ظاهر، لا من الدليل ولا من الأقوال، ولذا ادعى فى الجواهر عدم الخلاف فى الوجه الأول قائلاً: (ظاهر كلامهم فيما تقدم من غير خلاف يعرف فيه بينهم أن للشفيع فسخ الرد بالعيب لو حصل قبل الأخذ بالشفعه، وليس ذلك إلا لتقدم حق الشفيع عليه) انتهى.

فإن أدله الشفعه تدل على أنه إذا وقع البيع كان للشفيع الحق، وإطلاقه يقتضى عدم الفرق بين العيب فى الثمن أو المثلن أو محذور آخر.

نعم ينبغى استثناء ما إذا كان البيع بالشرط، فإنه إذا أخذ بالشرط يلزم القول بفسخ البيع، ورد كل شىء إلى مالكه، وإنما يقدم حق البائع فى خيار الشرط، لأن معنى الخيار لو أخذ به عدم تماميه البيع، والشفعه متوقفه على تماميته، بخلاف العيب والغبن ونحوهما فالبيع تام، ولعل هذا هو السبب فى عدم دخول خيار الشرط فى النكاح، وإن دخل فيه خيار العيب، حيث إن الأول يجعل النكاح غير تام، والنكاح لا يقبل عدم التماميه، أما العيب والتدليس فهما يعطيان حق الفسخ، لا أن النكاح بهما غير تام، ولذا يترتب آثار النكاح من حرمة المصاهره ولو بعد الفسخ، وإن سقط المهر ونحوه.

ففى خبر أبى عبيده، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال (عليه السلام): «إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونه والمفضاه، ومن كان لها زمانه ظاهره، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق، ويأخذ الزوج من وليها الذى كان دلستها»<sup>(١)</sup>، إلى غيرها من الروايات.

اللهم إلا أن يقال: إن خيار الشرط أيضاً كذلك، لأن البيع قد وقع، وإذا وقع البيع كان اللازم الشفعه، فإذا أخذ الشفع فليس له الرد، وإن كان قد شرط.

ومنه يعرف أنه ليس مجال للقاعده التى ذكرها المحقق الثانى من أن الزائل العائد كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد، لأن الدليل يقتضى إطلاق صحه الشفعه بمجرد وقوع البيع كما عرفت.

كما أن الظاهر أن الشفع لا حق له فى الأخذ بالشفعه بخيار الشرط، بأن يقول: إنى أخذ بالشفعه، لكن إذا أردت فسخت إذ لا دليل على دخول هذا الخيار فى المقام، وإطلاق دليل الشرط بعد ظهور دليل الشفعه فى اللزوم مطلقاً غير محكم.

كما أن من الواضح أنه لا-حق للمشتري فى جعل خيار الشرط فى إعطائه الشقص للشفيع، لأنه يؤخذ منه قهراً، فلا مجال له للشرط، كما أن شرط البائع أو شرط المشتري فى التبايع بينهما شرطاً ينافى الشفعه ملغى، لأن الشارع حكم بالشفعه فلا مجال لشرطهما، كما إذا شرط البائع على المشتري فيما إذا باعه الشقص أن يوقفه مثلاً، أو اشترط المشتري على البائع أن يبيعه إلى ولده أو يهبه له، أو ما أشبه مما ينافى الشفعه، فإن حق الشفع مقدم إلا على الاحتمال المذكور.

ومما تقدم يظهر وجه التأمل فى كلام الجواهر، حيث إنه بعد أن نقل عن

ص: ٣٥٦

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ٢ من التدليس ح ١

المسالك تضعيف تقديم حق البائع، كما نقلنا عبارته سابقاً قال: (لكن فيه: إن ذلك بمجرد لا يصلح مرجحاً، خصوصاً بعد حكمهم من غير خلاف يعرف بينهم أنه لو كان الخيار للبائع مشروطاً وشفيع الشفيع كان للبائع فسخ البيع والشفعه، ولا نجد فرقاً بين الخيار الحاصل بالعيب والشرط، إذ هما معاً مقارنان للعقد، فمع فرض كون الخيار بالشرط سابقاً على حق الشفعه الحاصل بعد تمام العقد الذى فيه الشرط فكذلك الحاصل بالعيب، وبعد التسليم فلا أقل من المقارنه المقتضيه لتساويهما فى الحق، فكل من سبق كان له ذلك، كما عساه يظهر من المسالك أنه أحد الأقوال فى المسأله).

ثم إن الجواهر بعد نقله التفصيل عن المسالك الذى سبق قال: (لا ريب فى أنه متجه إن لم نقل بتقديم البائع مطلقاً، كما لو شرط الخيار له لو لا اتفاق الأصحاب ظاهراً على تقديم الشفيع مطلقاً، بل لم اتحقق حكاية الخلاف المزبور من غيره، ويمكن أن يكون منشأ الاتفاق المزبور أن خيار العيب لا يثبت إلا بعد العلم بالبيع، ولا يكفى فيه وجود العيب حال العقد مع الجهل به، فيقدم حق الشفعه حينئذ عليه، ضروره مقارنته لتمام العقد، لكن الإنصاف عدم خلو دعوى مدخلية العلم فى ثبوت الخيار بالعيب من نظر أو منع كما ذكرنا ذلك فى محله، كما أن الإنصاف عدم حصول إجماع فى المسأله) انتهى.

إذ قد عرفت أن إطلاق أدله الشفعه محكم، فإن دليل الشفعه يقول: بأنه إذا حصل البيع كان للشفيع الأخذ، ومعنى ذلك أنه لا حق للشرط أو العيب أو الغبن أو ما أشبه ذلك فى فسخ الشفعه، سواء حصل التفاسخ قبل أخذ الشفيع بالشفعه أو بعد أخذه بها، ولعل هذا الإطلاق هو منشأ فتوى الأصحاب كما يظهر منهم من غير خلاف قوى، لأنه مطلقاً فى كل مورد ذكره يقدم حق الشفعه،

وقد عرفت أن المسالك مع احتمالها الاحتمالين أو نقله لهما قال أخيراً: الوجه ترجيح جانب الشفيع، وليس ذلك إلا لما ذكرناه.

((بين حق الشفيع وحق البائع))

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما حكى عن التحرير من تقديم حق البائع قبل أخذ الشفيع، قال: (ولو كان الثمن غير مثلي فوجد البائع به عيباً فردّه قبل أخذ الشفيع احتمال تقديم حقه، لأن في أخذ الشفيع إبطال حق البائع من الشقص، والشفيعه تثبت لإزاله الضرر، فلا تزال بالضرر، وتقديم حق الشفيع لسبق حقه، والأقرب الأول، لأن حق البائع أسبق، لاستناده إلى وجود العيب وهو متحقق حال البيع والشفيعه تثبت بالبيع) انتهى.

فإن دليله بأن حق البائع أسبق، قد عرفت أنه مناف لإطلاق دليل الشفيعه، فإن دليل الشفيعه محكم، سواء كان حق البائع أسبق أو لم يكن حقه أسبق، بأن قلنا: بأن ظهور العيب موجب للخيار، لا أن نفس العيب موجب له.

وكيف كان، فقد تقدم في بعض المباحث السابقه كما ذكرناه في كتاب الإرث أيضاً وغيره، أن الفسخ إنما يكون من حينه لا من أصله، فالنماء في البين للمشتري، كما أنه لو قيل بأنه بفسخ البائع أو المشتري تنفسخ الشفيعه أيضاً، ويرجع الشقص إلى البائع أو إلى المشتري مثلاً، يكون النماء في البين للشفيع، فإن كون الفسخ من أصله خلاف ظاهر الأدله، وكذلك الحال في فسخ النكاح، كما ذكرناه في كتاب الإرث بمناسبة حق الوارث في الفسخ.

ومنه يظهر حال كل فسخ، فإن قيل: إنه يجعل العقد كالعدم، لم يترتب على ذلك النكاح محرّمات المصاهره، وإن قيل: إنه فسخ من حين الفسخ كما هو الظاهر، لا من حين العقد، ترتب على النكاح المحرّمات المذكوره، كما أن الزوج مديون بالنفقه إن كان الفسخ من حينه، وغير مديون إن كان من أصله،

من غير فرق بين فسخ نفس الزوج بالعيوب، أو فسخ المرأه بها، إلى غير ذلك مما ذكرناه في كتب الإرث والنكاح والبيع وغيرها.

((لو عاد الملك إلى المشتري))

ثم قال الشرائع بعد فرعه السابق: ولو عاد الشقص إلى المشتري بملك مستأنف كالهبة أو الميراث لم يملك ردّه على البائع، ولو طلبه البائع لم يجب على المشتري إجابته.

وفى الجواهر: بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بين من تعرض له كالشيخ والفاضلين والشهيدين.

وعلله في المسالك وتبعه غيره بقوله: إنما لم يملك كل واحد من البائع والمشتري رد العين على تقدير عودها على ملك المشتري مع أن الواجب بالأصل بعد الفسخ إنما هو العين، وإنما انتقل إلى قيمتها للتعذر وكانت بدلاً اضطرارياً، فينبغي أن يلغوا اعتبارها مع وجود العوض الاختياري، لسبق حكم الشارع بوجوب قيمه حين تعذر العين، فإذا دفعها المشتري ملكها البائع عوضاً شرعياً عن العين، فبرأت ذمه المشتري منها، ولم يكن لأحدهما إبطال ذلك.

لا يقال: ذلك كان في حال تعذر العين، فإذا ارتفع التعذر رجع الحكم إلى الأصل من تراد العوضين.

لأنه يقال: إنه لما خرج عن ملكه انتقل الأمر إلى البدل، ثم رجوع العين إلى ما كانت يحتاج إلى الدليل وهو مفقود، فليس المقام من قبيل بدل الحيلولة حتى يقال بأنه إذا رجع المبدل أعطى للمغضوب منه ونحوه واسترجع البدل، وقد ذكرنا تفصيل بدل الحيلولة في كتاب الغصب فراجع.

وكيف كان، فليس لأحدهما إلزام الآخر بالعين، نعم إذا تراضيا بالعين صح من باب المراضاه لا من باب الواجب الأولى.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى قول الجواهر: (نعم لو عاد إليه بفسخ للمعامله الجديده ولم نقل أن الفسخ مملك، بل هو مقتضى لعود الملك بالسبب الأول الذى قد فرض فسخه أمكن حينئذ ملك المشتري ردها عليه ومملك البائع المطالبه بها، ضروره كون ملكها حينئذ بالسبب الأول الذى قد فرض انفساخه، بل لعله كذلك لو فرض أخذ البائع قيمه ثم عادت العين للمشتري بفسخ للمعامله التى كان السبب فى خروجها، أمكن القول بأن للمشتري حينئذ إعادته عليه وأخذ قيمه منه، كما أنه يمكن للبائع مطالبه بها ورد قيمه إليه، لانكشاف رجوع العين إلى ملك البائع بالفسخ المزبور الذى يعاد معه الملك إلى مقتضى السبب السابق الذى قد فرض فسخ البائع له، وأن به يستحق على المشتري العين التى هى على ملكه بالسبب الحاصل) انتهى.

إذ قد تقدم أن الفسخ من حينه لا من أصله، ولذا كان النماء للمنتقل إليه لا للمنتقل عنه، وقد تقدم حرمه المصاهره بسبب النكاح وإن فسخ، مما يظهر منه أن الفسخ ناقل وليس بكاشف فهو ملك جديد، وحاله حال الهبه والإرث، فقوله: (ولم نقل إن الفسخ مملك) إلى آخره، خلاف مقتضى القاعده.

أما احتمال أن الشارع إنما حكم بالبدل مطلقاً سواء فى الهبه أو الإرث أو الفسخ أو غير ذلك، لأنه قد تعذرت العين، فإذا أمكن العين رجوع إلى مقتضى القاعده من تراد العينين، ففيه: إن إطلاق دليل البدل يقتضى أن رجوع العين لا يوجب تبدل البدل إليها.

نعم لو ظهر بطلان البيع أو ما أشبهه وجب رد العين، لأنها لم تنتقل عن ملكه حتى يكون المرجع البدل، والظن وما أشبهه لا يسبب تغييراً فى الواقع، وإن قامت عليه الأماره ونحوها، كما حقق فى محله من أن الأمارات والطرق لا توجب



تغيير الواقع إلا- فيما دل الدليل على خلاف ذلك وهو شاذ، كما ورد في أن الحلف يوجب انقطاع المالك عن ملكه وإن كان حقه واقعاً (١)، كما ذكرنا تفصيله في كتاب القضاء وغيره.

((هل يرجع الشفيع بالتفاوت))

قال في الشرائع: (ولو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد، هل يرجع الشفيع بالتفاوت، فيه تردد، والأشبه لا، لأنه الثمن الذي اقتضاه العقد، ولو كان الشقص في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع، لأن حقه أسبق ويأخذه بقيمه الثمن لأنه هو الذي اقتضاه العقد وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن) انتهى.

وفي المسالك: (أشار بهذا إلى عدم الفرق بتقديم حق الشفيع بين أن يكون قد أخذ بالشفعه وعدمه، ولا بين أن يكون الشقص في يد المشتري وعدمه، لاشتراك الجميع في المقتضى لترجيح حق الشفيع، وقد تقدم البحث فيه، وحينئذ يأخذ بقيمه الثمن سليماً ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص، وإن زادت عن قيمة الثمن، وإن الواجب هو الثمن المعين، فإذا فات بالرد فقيمه الشقص حيث تعذر أخذه بحق الشفيع، ولا يرجع المشتري على الشفيع بزياده قيمة الشقص على الثمن، لأنه إنما يستحق عليه الثمن الذي وقع عليه العقد) (٢) انتهى.

أقول: مسألتان في المقام:

المسألة الأولى: بين البائع والمشتري.

والمسألة الثانية: بين المشتري والشفيع.

أما المسألة الأولى: فمقتضى القاعده أنه ظهر العبد الذي هو الثمن

ص: ٣٦١

١- الوسائل: ج ١٨ ص ١٧٩ الباب ٩ ح ١

٢- مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ٣٥٥

معيباً، فإن البائع مخير بين أمرين، أن يأخذ الأرش أو أن يفسخ البيع ويأخذ قيمه العبد لا- قيمه الشقص، كما ذكره الشرائع والجواهر والمسالك وغيرهم، إذ مقتضى (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده) أن المشتري لا يضمن أكثر من قيمه العبد الصحيح وإن ارتفعت الدار.

أما وجه عدم ضمان الأكثر فهو قاعده (المغرور يرجع إلى من غره)، كما ليس على المشتري أجره الدار إذا ظهر بطلان العقد بعد عشر سنوات مثلاً، وكذا إذا استفاد من ثمره البستان ونحوه، لأنه دخل على مجانيه كل ذلك والبائع افترض ذلك، فهو الذى أضر نفسه بسبب تغريه المشتري، وقد تقدم فى بعض المباحث السابقه أن الغار لا- يلزم أن يكون عالماً بغروره، وكذا فى المدلس الذى يرجع إليه الزوج بالمهر لا- يلزم أن يكون عالماً كما هو الغالب فى أن الآباء لا يعلمون مثلاً أن فى موضع من فتاتهم قرن أو عفل أو ما أشبه ذلك، فالمراد بالغار والمدلس هو الذى صدر منه هذا الشىء لأنه السبب، سواء كان عالماً أو لم يكن عالماً، فإن الضمانات لا تدور حول العلم والجهل، كما حقق فى محله.

وعلى أى حال، فعلى المشتري قيمه العبد يوم البيع زاد أو نقص.

ولو انعكس بأن فسخ البائع بعيب فى العبد، وقد ارتفعت قيمه العبد، ولا يمكن إرجاع العبد، فإن على البائع قيمه العبد يوم البيع لا يوم الفسخ، ومن ذلك يظهر صورته زياده قيمه أرش العبد فى هذا اليوم عن يوم البيع، ونقصها فى هذا اليوم عن يوم البيع، حيث المعبر أرش يوم البيع، لأنه يجب على المشتري إعطاء البائع التفاوت بين العبد الصحيح والسقيم يوم البيع، لا التفاوت فى هذا اليوم

الذى هو يوم الفسخ، إذ المعامله وقعت بين ذلك العبد وتلك الدار فى ذلك اليوم، لا فى هذا اليوم، فقول الشرائع: (وللبائع قيمه الشقص وإن زادت عن قيمه الثمن) غير ظاهر، وإن علله فى الجواهر بقوله: (لأنه مقتضى فسخه لرد الثمن ولا يرجع بها على الشفيع، كما عرفت الحال فيه، ولعل هذا ونحوه من تبعيض آثار الفسخ لا تبعيض الفسخ الذى سمعته فى فسخ الشفيع الإقاله أو نلتزمه فيها كما سمعت احتمالاه من الشهيد بناءً على أنه كالمقام) انتهى.

ثم إنه إذا لم يكن للبائع على المشتري إلا- قيمه العبد فى ذلك اليوم أى يوم البيع، أو الأرش بقدره فى ذلك اليوم أيضاً، فإذا أخذ البائع من المشتري الأرش أخذ المشتري من الشفيع الأرش، لما تقدم من أن الأرش والأصل هما القيمه معاً لا أحدهما.

أما إذا لم يأخذ منه الأرش، وإنما أخذ قيمه العبد بعد فسخه البيع، فإن الشفيع إذا كان أعطى للمشتري بقدر هذه القيمه فلا شىء عليه، أما إذا كان أعطى بقدر أقل، أى بقدر المعيب فعليه إعطاء التفاوت للمشتري، لأن الأصل والتفاوت هو الذى دفعه المشتري إلى البائع، والمفروض أن الشفيع إنما يجب عليه الإعطاء بقدر ما دفعه المشتري إلى البائع.

ومن ذلك يظهر أن زياده القيمه أو نقصها فى الأرش أو فى الثمن يؤثران على الشفيع، كما يؤثران على البائع أو المشتري.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فى قول الشرائع المتقدم: (لو كانت قيمه الشقص والحال هذه أقل من قيمه العبد) إلى آخره، حيث إن الشفيع مكلف بالقيمه نتيجة، لا- بالقيمه بدون ملاحظه زياده والنقيصه، فلو فرض صحه المبنى من تأثيرهما على المشتري يجب أن تؤثران على الشفيع أيضاً، لأن الشفيع

تابع، وهو آخذ بنفس الثمن لا بزياده أو نقيصه.

ومنه يظهر وجه النظر فى قول الجواهر: (بأنه لا يرجع الشفيع بالتفاوت، لأنه إنما يأخذ بالثمن، والفرض أن الثمن الذى اقتضاه العقد حال الأخذ بالشفيعه ذلك، وليست قيمه الشقص التى أخذها البائع من الثمن فى شىء، وإنما هو شىء استحقه البائع من المشتري بالفسخ حال انتقال العين عن ملكه، والحاصل بالسبب المزبور فلا حق للشفيع فيه، كما لا حق للمشتري على الشفيع لو فرض زياده قيمه الشقص التى دفعها للبائع على قيمه العبد، ضروره أنه لا يستحق عليه إلا قيمه الثمن الذى وقع عليه العقد وما غرمه بالفسخ المزبور لا مدخله له فى الثمن كما هو واضح، وحيث أن دعوى أن الثمن الذى استقر على المشتري قيمه الشقص، والشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى استقر، نحو ما سمعته فى الأرش، واضحه الفساد، كوضوح الفرق بين المقام والأرش الذى قد عرفت تحقيق الحال فيه) انتهى.

إذ لم يعرف جهه وضوح الفساد، كما لم يعرف جهه وضوح الفرق بين المقام والأرش، فإنه إن صح المبنى الذى ذكره الشرائع، وتبعه الشارحان يلزم أن يقال: بأن الثمن هو ما استقر على المشتري زائداً كان أو ناقصاً، لكنك قد عرفت الإشكال فى المبنى، وأنه لا يلزم على المشتري إلا قيمه العبد يوم البيع لا قيمه زادت أو نقصت والأرش زاد أو نقص.

نعم ما ذكره الجواهر بعد ذلك بقوله: (وكذا دعوى بطلان العقد فلم يعتبر ما وقع عليه، بل المعتبر ما استقر وجوبه على المشتري وهو قيمه، ضروره أن الفسخ لم يبطل العقد من أصله، بل كان صحيحاً إلى حين الفسخ، فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارئ) انتهى.

تام، إذ الفسخ من حينه لا من أصله، كما حققناه في كتاب الإرث وهنا وبعض الكتب الأخر.

وعلى هذا فالمتجه هو المحكى عن الشيخ من الرجوع فيهما، بناءً على هذا المبنى الذى ذكره الشرائع، وإن قال الجواهر: لم نتحقق خلاف الشيخ، إذ المحكى عن عبارته يقتضى التردد من غير ترجيح.

وكيف كان، فالمبنى غير تام، وإن كان إن قيل بالمبنى يلزم قول الشيخ لا قول المحقق ومن تبعه.

((لو حدث عند البائع ما يمنع الرد))

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وأما لو حدث عند البائع فيه ما يمنع من رد الثمن، كعيب أو تصرف، رجع بالأرش على المشتري لأنه المتعين له حينئذ على نحو ما سمعته فى المبيع، ولا يرجع المشتري على الشفيع بالأرش إن كان قد أخذ بقيمه العوض الصحيح لعدم ظلامه له) انتهى.

وذلك لأن الشفيع إنما يأخذ بقيمه الصحيح، وقد أعطى القيمة للمشتري فلا وجه لرجوع المشتري عليه بعد أن أعطى للبائع الأرش.

نعم إن كان قد أخذ منه بقيمته معيماً رجع عليه بباقي قيمه الصحيح، لما سمعته فى رجوع الشفيع عليه بالأرش، ضروره استقرار الشقص حينئذ بالعبء والأرش الذى هو من مقتضى العقد المقتضى للسلامه فالثمن عرفاً ذلك، وكذا القول فيما لو رضى البائع به ولم يرده مع عدم المانع من رده، واختار الأرش كما ذكره الجواهر وغيره، وهذا مما يؤيد ما ذكرناه سابقاً من الإشكال فى المبنى الذى ذكره الشرائع، وتبعه الشارحان.

أما لو عفى البائع عن الأرش ولم يطالب المشتري فالظاهر عدم استحقاق

المشترى على الشفيع، لأن المعيب هو قيمه لا أكثر، فلا يقال: إن الشفيع يجب عليه أن يعطيه الأرش، لأن المشتري إنما وهب للبائع بعض قيمه بإسقاطه الأرش، وهبه بعض قيمه لا يوجب تفاوتاً في قيمه التي يأخذها المشتري من الشفيع.

ومن الأحوال الثلاثة في العبد من أخذ الأرش أو الفسخ أو العفو، ظهر حال ما إذا كانت الدار معيبة حيث للمشتري على البائع الأرش أو الفسخ أو العفو، وكل ذلك تعطى نتائج مختلفه على الشفيع أيضاً، فإطلاق الجواهر بقوله: (كما أن الظاهر عدم استحقاق الشفيع له على المشتري لو كان في المبيع) غير ظاهر، والله سبحانه العالم.

((ذو اليد وحق الشفعة))

(مسألة ٣١): قال فى الشرائع: (لو كانت دار لحاضر وغائب، وحصه الغائب فى يد آخر فباع الحصه وادعى أن ذلك بإذن الغائب، قال فى الخلاف: ثبتت الشفعة، ولعل المنع أشبه، لأن الشفعة تابعه لثبوت البيع) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة ما ذكره الشيخ، وذلك لأن من فى يده شىء فهو ذو يد، وذو اليد قوله حجه بالنسبه إلى ما فى يده، سواء علمنا بأنه أمانه فى يده أو لم نعلم هل أنه له أو ليس له، ففى الظاهر الحكم تابع لقول ذى اليد، وفى الواقع لواقعه، فإن انكشف الخلاف عمل بالواقع، وإلاّ عمل بالظاهر، فدعوى الإذن ممن فى يده المال طريق شرعى لثبوت ذلك، ولذا جاز الأخذ منه والتصرف وغيره فيه، لاعتبار قول ذى اليد الذى لا معارض له.

وكذا الحال فيما إذا كان مال الصغير فى يد إنسان ويدعى أنه ولى أو وصى أو قيم، فإنه يجوز التصرف فى المال حسب قوله، لأنه ذا يد لا معارض له.

ولذا قال فى الجواهر راداً على الشرائع: (إن كان المراد الثبوت فى نفس الأمر على وجه لو جاء المالك فأنكر لم يكن له الانتزاع من يد الشفيع، فقد عرفت أن مجرد دعوى من فى يده المال الإذن ليس طريقاً شرعياً لثبوت ذلك، وإن كان المراد جواز أخذ الشفيع من يد المشتري الشقص بها على نحو أخذ المشتري له من يد مدعى الإذن، ثم الغائب على حجته، فقد يقال بالجواز).

ثم قال بعد نقله عن التحرير: إن الأصول أقوى، (وفيه: إنه بعد العلم بكونه مالاً للغير لا إشكال فى أنه إقرار عن الغير، إلا أنه قد عرفت جواز الأخذ منه والتصرف باعتباره كونه ذا يد ولا معارض له، كما تقدم تحرير ذلك فى محله على

وجه لا ينبغي التردد المزبور من الجماعه، فضلاً عن اختيار العدم كما فى المتن بعد أن حكى عن الشيخ الثبوت المحتمل لإرادته المعنى الذى ذكرناه) انتهى.

ومنه يعرف عدم وجه للتردد فى القواعد، قال: (ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من فى يده حصه الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمال ثبوت الشفعه لأنه إقرار من ذى اليد، وعدمه لأنه إقرار على الغير، فإن قدم الغائب وأنكر البيع قدم قوله مع اليمين وانتزع الشقص).

وفى مفتاح الكرامه: (إن الاحتمالين ذكرهما فى التذكرة والدروس من دون ترجيح).

وقال فى شرح قوله: (فإن قدم الغائب) إلخ: (كما ذكر ذلك كله فى التذكرة والدروس، أما التخيير فظاهر تقديم قوله بيمينه).

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر بعد كلامه المتقدم مما أُريد فيه الشيخ: (اللهم إلا أن يقال: إن عنوان الشفعه نصاً وفتوىً تحقق صدق (باع الشريك) وهو غير متحقق هنا، فلا تثبت الشفعه على وجه إن لم يبادر إليها تبطل بناءً على الفور، وجواز أخذ المشتري منه لا يحقق الصدق المزبور، فليس للشفيع الأخذ لعدم تحقق عنوان ثبوت الشفعه، بخلاف جواز الشراء ظاهراً منه، فإنه لا عنوان له على الوجه المزبور، على أن السيره التى هى العمده فى الحكم المزبور، إنما هى فى التصرف بإذنه لا مطلق التصرف حتى القهرى الذى لا يرجع إلى إذنه، بل هو تابع للحكم الشرعى المعلق على عنوان خاص، والفرض عدم تحققه) انتهى.

إذ الأدله الثانويه وارده على الأدله الأوليه، ولذا يقال بالأخذ بالشفعه فيما قام شاهدان ونحوه، فإنه لا شك فى لزوم بيع الشريك، أما بيعه بنفسه فلا، فإنه



يصح بيعه بوكيله ووليه ووصيه وقيمه والحاكم الشرعى وأمينه، وكل ذلك يثبت حسب الموازين الشرعيه، والتي منها كون الإنسان الذى بيده يقوم بذلك من باب ذى اليد.

نعم إن تردد الشريك يمكن عدم وجوب الفور، وإن قلنا بالفور لأنه يعد عذراً عرفاً، وقد تقدم أن الأعذار المنافيه للفوريه لا تسقط الشفعه، بل الشريك على شفعتة إذا ارتفع عذره، فقلوله: (الفرض عدم تحققة) غير ظاهر.

كما أن قوله: (إن السيره هي العمده فى الحكم المزبور) إلخ، غير ظاهر أيضاً، لأن السيره:

أولاً: ليست هي العمده.

وثانياً: إن السيره على الخلاف، فإن من بيده مال غيره يكون قوله حجه فيه عند عرف المتشرعه.

ومن ذلك يظهر قوه ما ذكره جامع المقاصد، فإنه بعد أن ضعف الأول بأنه إقرار فى حق الغير، قال: (لكن يشكل بشيء، وهو أن من بيده مال الغير مصدق فى دعوى الوكاله بغير خلاف، ويجوز الشراء منه والتصرف تعويلاً على قوله، وكذا لو ادعى الشراء من المالك يسمع، فلم لا تثبت الشفعه بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذ، وقوى فى التحرير ثبوت الشفعه، والذى يخطر بالبال أنه إن كان المراد بثبوت الشفعه انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه إلى المدعى كما هو المتبادر من ذكر الدعوى فهو مشكل، والظاهر العدم لأن مجرد دعوى الشراء ممن فى يده مال الغير لا يبطل الثبوت شرعاً، وليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكاله الحكم بالوكاله، وإن كان المراد جواز أخذ المدعى ذلك بدعوى من بيده المال الشراء فليس ببعيد، كما يجوز له الشراء

والإتهاب ونحوهما من التصرفات، ثم يكون الغائب على حجته) انتهى.

وإن كان الظاهر أن في شقه الأول حيث قال: (والذى يخطر بالبال) إلخ نوع نظر، إذ لما حكم شرعاً بصحة قول ذى اليد فيما تحت يده، وإن كنا علمنا أنه سابقاً لغيره، كان مقتضى القاعده انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه إلى المدعى، كما في سائر موارد الشراء، مع أننا نعلم بأن المال لم يكن سابقاً لهم، ومثله قبول الهبه وما أشبهه من الضيافه ونحوها، وأى فرق بين أن يدعى أنه اشتراه منه فيجوز للإنسان التصرف فيه حسب قوله، وبين أن يقول: هو ملك المالك، وإنما هو مأذون بالتصرف فيه أى نوع من التصرف.

ويؤيد ما ذكرناه ما رواه حفص بن غياث، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت له: رجل قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يد رجل يجوز لى أن أشهد أنه له، قال: «نعم»، قال الرجل: أشهد أنه في يده، ولا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أفیحل الشراء منه»، قال: نعم، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه وبصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك هو لى وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك» (١).

ثم قال الجواهر فى رد ما ذكره جامع المقاصد من عدم جواز انتزاع الحاكم: (لا يخفى عليك ما فيه بعد التأمل فيما ذكرناه، وحكم الحاكم على من فى يده المال بعد اعترافه بالشراء وبيانتزاعه منه مؤاخذاً له بإقراره المتعلق به، ليس حكماً على الغائب الذى هو على حجته، بل لا وجه لعدم الانتزاع منه بعد إيجاد سبب الأخذ

ص: ٣٧٠

بالشفعة مع فرض جواز الأخذ منه بالدعوى المزبوره التي هي إقرار في حقه ودعوى في حق الغير، نحو الحكم بالانتزاع ممن في يده المال المدعى للوكاله، ثم امتنع بعد أن جرت صيغه البيع بينه وبين المشتري(1).

فقول الجواهر بعد ذلك: (لو قلنا بعدم جواز الأخذ على وجه يتصرف بالشقص اتجه عدم جواز الانتزاع، وإن كان لو أخذ بالشفعة قولاً- مع دفع الثمن وصادف صدق المدعى ترتب عليه حكم الملك من حين الأخذ، وإن لم يكن عنوانها ثابتاً في الظاهر، ولكن يكفي فيه كونه كذلك في نفس الأمر)(2) انتهى.

محل مناقشه، إذ لا وجه لقوله: (لو قلنا) بعد أن عرفت أن مقتضى القاعده تصديق ذي اليد بما في يده، سواء ادعى الملكيه أو الوكاله أو الوصايه أو ما أشبه.

ثم قال: (إنما الكلام في جريان أحكام الشفعه من التصرف فيه بغير رضاه وانتزاعه منه قهراً وبطلان الشفعه مع عدم الفور بها، وغير ذلك من أحكامها بمجرد دعوى الوكاله، والفرض أن جميعها أحكام شرعيه مترتبه على موضوع لم يتحقق، ولا أقل من الشك، والأصل عدم ترتب هذه الآثار، فلا ريب في أن الأحوط عدم ذلك كله، ولذا قال الجواهر أخيراً: لكن الإنصاف مع ذلك كله أن الجواز لا يخلو من وجه)(3) انتهى.

بل اللازم القول به، فهو لا يخلو من قوه.

ثم إن ظهر كذب المدعى للوكاله والإذن والولاية والوصايه وما أشبهه، فإن أجاز المالك البيع، فإن قلنا بالكشف صحت الشفعه، وإن قلنا بالنقل احتاج الأمر إلى الأخذ بالشفعه حالاً إن كان الشروط في الشفعه متوفره في حال الإجازة، كما هو واضح.

ص: ٣٧١

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٢٠

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٢٠

٣- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٢٠

قال فى الشرائع: (فلو قضى بها وحضر الغائب فإن صدق فلا بحث، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، وينتزع الشقص وله أجرته من حين قبضه إلى حين رده، ويرجع بالأجره على البائع إن شاء لأنه سبب الإلتلاف، أو على الشفيع لأنه المباشر للإلتلاف، فإن رجع على مدعى الوكاله لم يرجع الوكيل على الشفيع، وإن رجع على الشفيع رجع الشفيع على الوكيل لأنه غره، وفيه قول آخر، وهذا أشبه).

أقول: كل ذلك واضح، أما كون القول قوله مع يمينه فلأن الذى كان بيده مدع وهو منكر، فإذا لم تكن اليينه للمدعى كان اليمين مع من أنكر، وأما أن له أجرته من حين قبضه إلى حين رده فلعوموم «على اليد ما أخذت»<sup>(١)</sup> وغيره من أدله الضمان.

لكننا ذكرنا فى كتاب الغصب أن الأجره إنما هى فيما إذا فاتت، أما إذا لم تفت الأجره فلا ضمان على تفصيل ذكرناه هناك، وأما أنه له الأجره على أى من البائع أو الشفيع، فلما ذكره الشرائع من أنه سبب الإلتلاف أو المباشر للإلتلاف، بل وعلى المشتري بما قبل ذلك للمباشره أيضاً، وبعد ما انتقل على الشفيع، لعوموم «على اليد» إذ أيدى كل هؤلاء مترتبه، فيد البائع أولاً، ويد المشتري ثانياً، ويد الشفيع ثالثاً، فكل واحد مأخوذ بما تلف تحت يده أو ما تلف بعده.

وأما أنه إن رجع على مدعى الوكاله لم يرجع الوكيل على الشفيع ولا على المشتري، فقد علله فى الجواهر (باعترافه بكون المنافع لهما، وأنه ظالم له بأخذ الأجره منه، والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمه) انتهى.

لكن يلزم أن يقال: إنه لا يرجع إليهما وإن أقر بكذبه، لأنه غار فلا يرجع إلى المغرور، فلا يتوقف الحكم على اعترافه كما ذكره، وقد ذكرنا هنا وفي كتاب الغصب أن الغار لا- يجب أن يكون عامداً، بل وإن كان جاهلاً جهلاً مركباً، أو جهلاً بسيطاً، فإنه مرجوع إليه.

وأما أنه إن رجع على المشتري أو الشفيع رجح كل منهما على الوكيل، فلما ذكره الشرائع في كلامه المتقدم بأنه غره.

لكن قيده في الجواهر بقوله: (إذا لم يصدر منهما ما يقتضى تصديق مدعى الوكالة، وإلا لم يرجع من صدر منه ذلك عليه أيضاً لاعترافه بظلم المالك)، وهو كما ذكره.

وأما القول الآخر، فهو محكى عن المبسوط، وهو رجوع مدعى الوكالة على الشفيع لو رجح المالك عليه لاستقرار التلف في يده.

ولكن القول الأول هو الأشبه، كما ذكره الشرائع، لأن استقرار التلف في يد الشفيع لا يوجب الرجوع إليه بعد ما غره الوكيل.

نعم يتم مع اعترافه بكذب المدعى في دعواه الوكالة، فيكون كالغاصب الذى يستقر عليه الضمان مع التلف بيده كما ذكره في الجواهر.

ومما تقدم وغيره مما ذكرناه في كتاب الغصب ظهر وجوه النظر في قول المسالك، حيث قال في تفسير عبارته الشرائع: (لا شبهه في جواز رجوع المالك بما فات من منافع الشقص من حين قبض المشتري وبعد قبض الشفيع إلى حين رجوعه إليه، ولا في تخيره في الرجوع على من شاء ممن فاتت في يده، ومن يدعى الوكالة لاشترائيهما في ترتب اليد على ماله، كما تقدم في نظائره من

الغضب وغيره، لكن إنما يرجع على الشفيع بأجره زمان قبضه، وعلى المشتري ما قبل ذلك، وعلى مدعى الوكالة بالجميع إن شاء.

ثم إن رجوع على مدعى الوكالة لم يرجع على أحدهما، لاعترافه بأن المنافع حقه، وأنه ظالم له في الرجوع عليه، والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه، وإن رجع على القابض رجع على الوكيل لأنه غره بدعواه الوكالة، وهذا إنما يتم إذا لم يصدر من القابض ما يقتضى تصديق مدعى الوكالة فيها، وإلا لم يرجع عليه أيضاً لاعترافه بظلم المالك له) انتهى.

إذ يرد عليه أنه لو رجع على مدعى الوكالة لم يرجع على أحدهما ليس على إطلاقه، بل إن كان مدعى الوكالة جاهلاً وأحدهما عالماً كان له الرجوع عليه، لأن المتلف قد أتلف مال المالك ظلماً، بينما الوكيل جاهل، والجاهل ليس بغار فيما إذا كان طرفه عالماً حتى يشمل دليل «المغرور يرجع إلى من غر».

ومنه يعلم حال ما إذا كان الشفيع عالماً والمشتري جاهلاً، حيث إن التلف الذى وقع بيد الشفيع يكون مضموناً على نفس الشفيع، فإذا رجع المالك على المشتري كان له الحق في الرجوع على الشفيع فيما تلف بيد الشفيع.

كما ظهر مما تقدم وجوه النظر في قول التحرير حيث قال: (ولو كان الشريك غائباً فادعى الحاضر على من حصه الغائب في يده أنه اشتراه من الغائب فصدقه احتمال أخذه بالشفعه، لأن من كانت العين في يده مصدق في تصرفه، وعدمه لأنه إقرار على غيره، والأول أقوى).

وكذا لو باع القابض وادعى الشفيع إذن الغائب، فإن أوجبنا الشفعه وقدم الغائب فأنكر البيع أو الإذن قدم قوله مع اليمين ويأخذ الشقص ويطالب بالأجره من شاء منهما، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع لتلف المتاع فى يده، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد(١) انتهى.

ثم إن أنكر مدعى الوكاله وكالته بعد ما باع للمشتري مدعياً الوكاله لم ينفع الإنكار، لأنه من الإنكار بعد الإقرار، كما أنه لو باعه فضوله ثم ادعى الوكاله لم ينفع ادعاؤه الوكاله بعد اعترافه بأنه فضول.

كما أن مما ذكر فى باب بيع الفضولى ثم إرثه للمبيع يظهر ما لو ادعى الوكاله فباع، ثم ظهر كذبه، ثم ورث المال، فى أنه هل يحتاج إلى إجازة جديده، أو يفسد البيع من حين إرثه، إلى غير ذلك من الفروع التى تعرف من كتابى البيع والغصب.

((إذا أبرأ البائع المشتري من بقيه الثمن))

ثم قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو اشترى شقصاً بمائه مثلاً، ودفع إليه عوضاً يساوى عشره مثلاً، أو أبرأه من الثمن كلاً أو بعضاً لزم الشفيع تسليم مائه، أو يدع لأنه يأخذ بما تضمنه العقد نصاً وفتوى، وإن وقع بعد ذلك بين البائع والمشتري إبراء أو معاوضه عنه بشيء لا يساويه، أو نحو ذلك مما لا مدخله له فى صدق تضمن العقد إياه كما هو واضح).

أقول: هو كذلك، وأما ما ورد عن الصادق (عليه السلام) كما فى دعائم الإسلام من قوله: «إذا وضع البائع من المشتري بعد عقد الشراء ما يوضع مثله بين المتبايعين وضع مثل ذلك من الشفيع، وإن كان الذى وضع ما لا يوضع

ص: ٣٧٥

مثله فإنما هو هبه للمشتري، وليس يوضع عن الشفيع»<sup>(١)</sup>. فالمراد بالشق الأول منه ما إذا كان الثمن هو بعد الموضوع عرفاً، فالموضوع لا يعد من الثمن، والقرينه على ذلك إردافه بالشق الثاني بقوله (عليه السلام): «وإن كان الذى وضع ما لا يوضع مثله» إلخ، فهو غير مناف لما ذكره الجواهر من دلالة النص والفتوى على أن الاعتبار بالقيمة لا بالزياده والنقيصه بعد ذلك.

كما أن مما تقدم يظهر وجه قوله الآخر (عليه السلام)، حيث قال: «إذا قام الشفيع على المشتري فقال: اشتريت بكذا وكذا، فسلم له الشفعه، ثم علم أنه اشترى بأقل من ذلك، قال له: الرجوع إن أحب القيام بشفعتة»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٣٧٦

---

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعه ح ٩

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعه ح ٨



فى مسقطات الشفعه

((بطلان الشفعه بترك المطالبه))

من المسقطات عند غير واحد، بل المشهور، بل فى الرياض شهره عظيمه: بطلان الشفعه بترك المطالبه مع العلم وعدم العذر. وعن المرتضى، وأبى على، وعلى بن الحسين الصدوق، وأبى المكارم، وابن إدريس، وأبى الصلاح: لا تبطل إلا أن يصرح بالإسقاط، ولو تناولت المده.

وحيث قد تقدم الكلام فى ذلك فلا داعى إلى تكراره.

### إسقاط الشفعه قبل البيع

((إسقاط الشفعه قبل البيع))

ومن المسقطات على اختلاف ما ذكره الشرائع قال: (ولو نزل عن الشفعه قبل البيع لم تبطل مع البيع، وفيه تردد). وقال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولو أسقط حقه من الشفعه قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالأقرب عدم السقوط): (اختلف الأصحاب فى مسائل هى مسقطه للشفعه أم لا، سواء قلنا إنها على الفور أو التراخى.

الأولى: أن ينزل عن الشفعه قبل البيع، بمعنى أنه يتركها ويعفو عنها، ففى سقوطها حينئذ قولان:

الأول: عدم السقوط، كما هو خيره أبى على فيما حكى من كلامه، والمبسوط

والسرائر والنافع والتذكرة والتحرير والتبصره والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح، وهو ظاهر الحواشي، وفي التنقيح إن عليه الفتوى.

الثاني: السقوط كما هو خيره الإرشاد، وظاهر مجمع البرهان، وكذا غايه المراد، وتردد في الشرائع، وهو ظاهر الدروس، حيث لا ترجيح فيه، لكنه يلوح منه الميل إلى السقوط.

وقد نسب فيه التردد إلى المختلف، وفي المقنعه والنهايه والوسيله وجامع الشرائع أنه متى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعه بثمان معلوم فلم يردده فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً عليه لم يكن لصاحب الشفعه المطالبه، وإن باع بأقل من الذي عرض عليه كان له المطالبه بها، إلى آخر كلامه.

استدل القائلون بعدم السقوط بأنه إسقاط ما لم يجب، فما دام لم يكن بيع لم يكن حق، فإذا حدث البيع حدث الحق، ولا دليل على أن الحق قبل البيع حتى يكون الرضا أو الإسقاط أو نحوه موجباً لسقوطه.

ويدل عليه مرسل يونس، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الشفعه لمن هي، وفي أي شيء هي، ولمن تصلح، وهل تكن في الحيوان شفعه، وكيف هي، فقال (عليه السلام): «الشفعه جائزه في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين وغيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على الاثنين فلا شفعه لأحدهم» (١).

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال في المملوك يكون بين

ص: ٣٧٨

شركاء فيبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه: أنا أحق به أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً»، قيل له: في الحيوان شفعه، قال: «لا» (١).

وعن عبد الله بن سنان، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحق به أله ذلك، قال: «نعم، إذا كان واحداً» (٢).

وفي الرضوى (عليه السلام): «روى أن الشفعه واجبه في كل شيء، الحيوان والعقار والرقيق، إذا كان الشيء بين الشريكين فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب، وإذا كان أكثر من اثنين فلا شفعه لواحد منهم» (٣).

وعن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «إذا كان العبد بين رجلين فباع أحدهما نصيبه فالآخر أحق بالبيع، وليس في الحيوان شفعه» (٤).

إلى غير ذلك.

أما القائلون بالسقوط، فقد استدلوا بأمور:

الأول: إن الأصل عدم الشفعه فيما شك فيه بعد كونها خلاف الأصل، لأن تسلط الإنسان على ملك غيره خلاف قاعده «الناس مسطون» خرج منه القدر المتيقن، وهو ما إذا لم يسقطه قبل البيع، فإذا أسقطه كان المرجع عموم «الناس مسطون» (٥).

وقد أيد ذلك بإسقاط الزوجه النفقه قبل مجيء وقتها، وإجازة الورثه الوصيه بما زاد على الثلث قبل الموت، وإجازة الزوجه سفر الزوج أكثر من أربعه أشهر، وإجازة الزوج سفرها

ص: ٣٧٩

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٤

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ ح ١

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ ح ٣

٥- الغوالي: ج ٢ ص ١٣٨

إلى غير ذلك من الحقوق التي تسقط قبل وقتها، خصوصاً إذا قلنا: إن الشفعة عرفي، والعرف يرون السقوط بالإسقاط قبل الوقت الذي هو وقت البيع.

الثاني: إن الشفعة إنما شرعت لإزاله الضرر، كما أوماً إليه في بعض الروايات، كخبر عقبه (١) وغيره، ولا ضرر في المقام لأنه قد عرضه عليه وامتنع فنزل عن الشفعة، وحيث لا ضرر فلا شفعة، ولو احتمل أنه ضرر أيضاً لندمه ونحوه فلا يؤخذ به، لأنه هو الذي أدخله على نفسه، كما لو أصر المطالبه فيمن يقول بالفور.

الثالث: جملة من الروايات:

مثل روايه جملة من العلماء مراسيل، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، يدل على السقوط لو عرضه على الشريك فلم يقبله ولم يأخذ به قبل البيع.

قال في النهاية: إن عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرد فباعه من غيره بذلك الثمن، أو أزيد عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبه، وإن باع بأقل من ذلك الذي عرض عليه كان له المطالبه (٢).

وقال فيها أيضاً: وإذا علم الشريك بالبيع ولم يطالب بالشفعة، أو شهد على البيع أو بادل للبائع فيما باع أو للمشتري فيما ابتاع لم يكن له المطالبه بعد ذلك بالشفعة (٣).

وقال في مفتاح الكرامه: (الخبر المروى في السرائر على عبارته النهاية إلا قوله في النهاية: (إن باع بأقل) إلى آخره، فليس مروياً في الخبر. والمروى في التذكرة (٤) بمتن آخر.

ص: ٣٨٠

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

٢- النهاية: ص ٤٢٥ ط قم

٣- النهاية: ص ٤٢٤ ط قم

٤- التذكرة: ج ١ ص ٥٨٩

فقد روى عن جابر، عن النبي (صلى الله عليه وآله): «الشفعة في كل شركة بأرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع»، قال: فقد أجاز تركه، قلت: والمراد بالأخذ الشراء لا الأخذ بالشفعة، وقد رواه الشهيد ومن ذكره بعده أنه قال (صلى الله عليه وآله): «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يأذن فهو أحق به».

وفى غايه المراد والتنقيح والدروس والمهذب البارع ومجمع البرهان وغيره بمتن آخر، ولم ينسب في أحد هذه إلى العامه، بل ظاهرهم جميعاً حتى المقدس الأردبيلي ثبوته، وغايته أنه مرسل، ولم نقف على راد له وقائل بأنه عامي قبل صاحب الحدائق، فتبعه شيخنا صاحب الرياض، إلى آخر كلامه.

وفى روايه ابن سنان، أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال (عليه السلام): «بيعه»، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطني، قال: «هو أحق به»، ثم قال (عليه السلام): «لا شفعه في الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً» (١).

وفى الرضوى (عليه السلام): «ولا ضرر في شفعه ولا ضرار، والشفعه على البائع والمشتري، وليس للبائع أن يبيع أو يعرض على شريكه أو يجاوره، ولا للمشتري أن يمتنع إذا طولب بالشفعه» (٢).

وقال (عليه السلام): «وإنما يجب للشريك إذا باع شريكه أن يعرض عليه، فإن لم يفعل يطلب الشفعه متى ما سأل إلا أن يتجافى عنه، أو يقول: بارك الله لك فيما اشتريت أو بعت، أو يطلب منه مقاسمه».

ص: ٣٨١

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٧

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ١٢

وعن غوالي اللثالى، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، وإن باع ولم يأذن فهو أحق به»<sup>(١)</sup>.

لكن الدلالة المذكوره كلها محل مناقشه، إذا الأصل لا يدفع الإطلاق، ولا ضرر حكمه لا عله كما تقدم، والروايات بالإضافه إلى ضعف سندها غير ظاهره الدلاله أو معارضه بأظهر منها دلالة مثل ما تقدم.

وما عن غوالي اللثالى، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعه فى كل مشترك ربع أو حائط فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به»<sup>(٢)</sup>.

والرضوى (عليه السلام): «روى أنه ليس فى الطريق شفعه» إلى أن قال: «ولا فى شىء مقسوم، فإذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها فى عرصه واحده فباع رجل داراً منها من رجل فكان لصاحب الدار الأخرى شفعه إذا لم يتهياً له أن يحول باب الدار التى اشتراها إلى موضع آخر، فإن حوّل بابها فلا شفعه لأحد عليه»<sup>(٣)</sup>.

وفى المقنع، الذى هو متون الروايات: «وإذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها فى عرصه واحده فباع أحد منهم داراً منها من رجل فطلب صاحب الدار الأخرى الشفعه، فإن له عليه الشفعه إذا لم يتهياً له أن يحول باب الدار التى اشتراها إلى موضع آخر فإن حوّل بابها فلا شفعه لأحد عليه»<sup>(٤)</sup>.

وعن دعائم الإسلام، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن رجل ادعى أنه

ص: ٣٨٢

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ١٤

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ ح ١

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ٢

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ٣

اشترى شقصاً عن غائب فقام عليه الشفيع، قال: «لا شفعه له حتى يثبت البيع»<sup>(١)</sup>.

إلى غير ذلك.

وكيف كان، فقد ظهر بذلك وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال في أواخر كلامه: (نعم بقى شيء، وهو أنه قد يقال: إن مقتضى ما في غير واحد من النصوص من كون الشريك أحق متى أراد شريكه البيع يثبت الحق له قبل البيع بحيث لو باع كان له انتزاعه من المشتري، فحق الشفعه حينئذ الثابت له بعد البيع مترتب على الأحقيه السابقه على البيع، وإن كان لا يآثم بالمخالفه، خلافاً لبعض الشافعيه، فضلاً عن صحه بيعه، فإن حق الشفعه بعد البيع لا يفسد معه التصرف، وإن كان للشفيع فسخه، وحينئذ فيتجه صحه إنشاء الإسقاط قبل البيع، ولعله إلى ذلك نظر العلامة وغيره ممن قال بصحته، مضافاً إلى النصوص السابقه، وهذا شيء دقيق وجيد جداً) انتهى.

فإنه قد عرفت أن ظاهر الأدله بعد الجمع أن الحق إنما يكون بعد البيع لا قبله، فإشعار بعض النصوص لا يصل إلى الدلاله، ولو وصل إلى الدلاله كانت دلاله غيرها أظهر كما سبق، ولذا جعل في المسالك عدم السقوط أقوى، قال: (لعموم الأدله، ومنع كونه حينئذ حقه، فلا يسقط بإسقاطه، كما لو أسقطه غير المستحق، ومنع بطلانها بما دل على الرضا بالبيع).

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه وجه النظر في جملة من أدله الطرفين، مثل ما عن مجمع البرهان من أنه استدل على السقوط بأنه وعد، والأدله على وجوب الوفاء به كثيره، ولولا خوف خرق الإجماع لكان القول بوجوب الإيفاء متوجهاً، فالقول به هنا غير بعيد، لعدم الإجماع على خلافه.

وما عن الرياض

ص: ٣٨٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ١١ ح ٣

من الاستدلال على عدم السقوط بإجماع الانتصار وأنه هو الحجة.

وما عن التقيح من أن عليه الفتوى، مع أنه كما في مفتاح الكرامه لا- فتوى في الشرايع والمختلف والدروس وغايه المراد، مع الميل في الآخرين إلى السقوط، وفتوى الإرشاد بخلاف ذلك، هذا مع الغض عن فتوى المتقدمين.

ومنه يعلم أنه لا وجه لتردد صاحب الحدائق، وإن قال أخيراً بعدم الشفعه، قال: (المسألة لخلوها عن النص محل إشكال كغيرها من الفروع المذكوره، وإن كان القول بما ذهب إليه ابن إدريس ومن تبعه أقرب)<sup>(١)</sup>، نظراً إلى عموم أدله الشفعه بأن الإسقاط قبل ثبوت الشفعه غير مؤثر في المنع، وإلا لصح ذلك في غير هذا الحق من الحقوق مع أنهم لا يقولون به.

((من صور الخلاف))

ثم إن قلنا بالسقوط قبل البيع، واختلفا في أنه هل أسقط أو لا، فالقول قول المنكر، كما أنه إذا قلنا: بأن السقوط لا يكون إلا بعد البيع، لا- ينفع الإسقاط قبل تمام البيع ولو في اثناء العقد، لأنه بتمام البيع يثبت الحق، وإذا لم يتم البيع لم يكن حق، ولا فرق بين أن يكون البيع عقدياً أو معاطياً، لأن المعاطاه أيضاً تنتهي بالتسالم كما حقق في محله.

ولو شك في أنه هل وقع الإسقاط قبل تمام البيع أو بعده، كان مقتضى القاعده ثبوتها، إذ لم يعلم بسقوطها، ويأتى هنا مسأله مجهول التاريخ ونحوها.

((مسقطات أخرى للشفعه))

قال في الشرائع: (وكذا لو شهد على البيع أو بارك للمشتري أو للبائع، أو أذن للمشتري في الابتياح، فيه التردد لأن ذلك ليس بأبلغ من الإسقاط قبل البيع).

أقول: هذه موارد اختلفوا في إسقاطها للشفعه وعدم إسقاطها لها.

((الإشهاد على البيع))

فالأول: أن يشهد على البيع، بمعنى أنه يسكت ولم ينكر، فقد اختلفوا في ذلك.

ص: ٣٨٤



قال فى مفتاح الكرامه: (فى المقنع والنهائه والوسيله وجامع الشرائع والنافع وكشف الرموز أنها تسقط، وحكاه فى الأخيرين عن الصدوق، وحكاه فى جامع المقاصد عن ابن البراج... وفى السرائر والتذكره والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفایه والمفاتيح أنها لا- تسقط، وفصل فى المختلف بوجود الأماره على الرضا وعدم وجودها، وتردد فى الشرائع والتحرير والإرشاد والتبصره والدروس وغايه المراد والمقتصر)(١).

أقول: أما وجه السقوط فلأن السكوت دال على الرضا، والرضا سقوط، ولمنافاه ذلك للفوريه حيث قد عرفت اعتبار الفوريه، وفيهما ما لا يخفى، فالأصل عدم السقوط.

نعم ما ذكره الرياض محل نظر، قال: (إن عدم الإبطال بالإسقاط قبل البيع يستلزم عدمه فيما عداه بطريق أولى، إذ ليس بأبلغ فى الدلاله على الإبطال من الإسقاط قبل البيع، بل هو أبلغ، فكيف يفرق بينهما بالعدم فى الأول والسقوط فى الباقي، بل العكس أولى، وقد نبه على الأولويه فى المسالك) انتهى.

إذ ليس المعيار الأولويه الظنيه ونحوها، بل المعيار الأدله، ومقتضى القاعده عدم السقوط، فإن الشهاده على البيع غير الرضا بالبيع، كما أن ذلك لا يستلزم التراخي الذى يوجب السقوط، حيث قد عرفت فى مبحث الفور والتراخي أن الفور عرفى لو قلنا به كما هو الأظهر، لا أنه دقى عقلى حتى ينافيه مثل الشهاده على البيع.

((إذا بارك البيع))

وأما إذا بارك فقد اختلفوا فى ذلك هل يوجب السقوط أم لا.

قال فى مفتاح الكرامه: أن يبارك لهما أو لأحدهما، والحال فيها كالشهاده على البيع، فمن قال هناك بالسقوط قال به هنا، ومن قال بالعدم هناك قال هنا بالعدم،

ص: ٣٨٥

والمتردد هناك تردد هنا، وفي التنقيح وجامع المقاصد والمسالك أنها أى المباركه إن نافى الفوريه أسقطت وإلا فلا.

أقول: قد عرفت أن مقتضى القاعده عدم السقوط، لأن مجرد المباركه لا تدل إلا على صحة البيع، والشفعه بعد البيع، فلا ربط لأحدهما بالآخر.

نعم فى الرضوى (عليه السلام) إنه مسقط، قال (عليه السلام): «وإنما يجب للشريك إذا باع شريكه أن يعرض عليه، فإن لم يفعل يطلب الشفعه متى ما سأل، إلا أن يتجافى عنه، أو يقول: بارك الله لك فيما اشتريت أو بعت، أو يطلب منه مقاسمه»<sup>(١)</sup>، لكن الروايه ضعيفه، ولذا لم أجد من استدلل بها على القول بالإسقاط، مع أن جمله منهم قائلون بالإسقاط بها كما عرفت.

((إذا أذن فى البيع))

وأما إذا أذن فى البيع فقد اختلفوا فيه.

قال فى مفتاح الكرامه: إن أذن للمشتري فى الشراء أو للبائع فى البيع، فى الكتاب والمبسوط والتذكره والتحرير فى موضع منه، والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفايه والمفاتيح وظاهر الحواشى أنها لا تسقط، وفى النافع: إن الأشبه السقوط، وحكى أبو العباس عن الشيخ فى النهايه ويحيى بن سعيد، ولعله لأن الإبراء وعدم الإراداه فى معنى الإذن، وتردد فى الشرائع والإرشاد وموضع آخر من التحرير، ولا ترجيح فى الدروس وغايه المراد والمقتصر) انتهى.

لكن قد عرفت أن مقتضى القاعده عدم السقوط، لأن الإذن ليس معناه إراداه عدم أخذ الشفعه، فالطلاق أدله الشفعه محكم.

أما دليل القائل بالسقوط فقد عرفته مما تقدم، بالإضافة إلى بعض الروايات

ص: ٣٨٦

السابقه التي يمكن أن يستدل بها ولو إشعاراً، وقد عرفت ما فيهما.

ولقد أجاد الجواهر حيث قال أخيراً: (الظاهر عدم دلالة شيء منها من حيث هي ما لم تقترن بقرائن على ذلك، خصوصاً مع قيام احتمال إرادته التمهيد لوقوع البيع، بخلاف ما لو وقع منه الإذن لهما أو لأحدهما في البيع والابتياح بعنوان الإعراض عنها على الوجه الذي قد عرفت الحال فيه، فإنه حينئذ لا شفعه له) (١).

وكذا كل ما كان من هذه المذكورات أو غيرها دالاً على ذلك، ولو بقرائن الأحوال.

### لو بلغه البيع فلم يطلب

((إذا لم يطالب بالشفعه فوراً))

ثم إنه على الفور قال في الشرائع: (ولو بلغه البيع فيما يمكن إثباته به كالتواتر أو شهادته شاهدي عدل فلم يطالب، وقال لم أصدق، بطلت شفيعته ولم يقبل عذره، ولو أخبره صبي أو فاسق لم تبطل وصدق، وكذا لو أخبره واحد عدل لم تبطل شفيعته وقبل عذره، لأن الواحد ليس حجه).

أقول: الوجه في ذلك أنه إذا علم أو قام عنده ما يثبت به شرعاً كالتواتر وخبر العدلين فالشفعه ثابتة، إما قطعاً في صورته العلم، وإما شرعاً في صورته قيام الحجه، فعدم الأخذ ينافي الفور، وقد عرفت سابقاً أن الفور العرفي هو مقتضى القاعدة، فعذره بأنه لم أصدق التواتر أو شهادته شاهدي عدل لا ينفع في بقاء الشفعه.

نعم مقتضى القاعدة أنه إذا لم يصدق واقعاً بأن كان شاكاً في الأمر لم تسقط الشفعه، لأنه لا دليل على سقوطها بعد عموم الأدلة الشامل لوجود الشك واقعاً، فكثيراً ما يشك الإنسان فيما قامت عليه الحجه، ومثل ذلك عذر عرفاً، فيشملة دليل الأعذار السابقه، وكأنه لذا قال في الجواهر عند قول المصنف: (ولم يقبل

ص: ٣٨٧

عذره): (الذى مرجعه المكابره، ضروره كون المفروض طريقاً شرعاً لثبوتيه، فهو حينئذ كالمعاينه أو العلم بذلك).

فإن قوله: المكابره، يؤيد أنه إذا لم يكن مكابره لم يكن سبباً للسقوط، إلا أن يكون كلام الجواهر حكمه لما أطلقه الشرائع، فلا يدور حكمه مدار المكابره وجوداً وعدمياً، وإنما ذكر من باب غلبه المكابره فى قبال قيام الحججه، لا أنها المناط فى الحكم إثباتاً ونفياً.

وقد أخذ من المسالك حيث قال: (لما كان ثبوت الشفعه متوقفاً على بيع الشقص اعتبر علمه به بالمعاينه أو باعتراف المتبايعين أو بإخبار عدد يبلغ عددهم التواتر بحيث يفيد العلم أو بإخبار عدلين، فإن آخر المطالبه مع وجود أحد هذه بطلت شفعته حيث اعتبر فوريتها، ولو قال لم أصدق المخبر من العدلين وعدد التواتر لم يقبل منه، لأن ذلك مكابره، حيث كان إثباتها شرعاً ممكن بذلك) انتهى.

لكن إذا ناقش فى عداله الشاهدين أو ما أشبه كأن قال: لم أكن أعرف عداله الشاهدين، أو وصول العدد إلى حد التواتر المفيد للعلم مثلاً، أو لم أحصل العلم من التواتر لا علماً وجدانياً ولا علماً شرعياً، لم يكن لبطلان الشفعه وجه، لعدم الثبوت لا علماً ولا شرعاً.

((فروع))

ثم إن مقتضى ما ذكره فى كتاب الشهادات من الثبوت فى المالىات بسبب المرأه أيضاً، أنها تثبت بسبب شهاده المرأه، على تفصيل ذكره هناك.

ثم قال المسالك: (ولو أخبره عدد لا يبلغ التواتر، لكن حصل به الاستفاضه وأفاد الظن الغالب المتأخم للعلم، فإن صدقه بطلت شفعته، وإلا- ففى بطلانها وجهان، مبنيان على أن مثل هذا الحق يثبت بالاستفاضه أم لا، والأقوى كونه عذراً، وإن قلنا بثبوتيه بها للخلاف فى ذلك فكان عذراً، هذا إذا اعترف بحصول

ص: ٣٨٨

العدد الموجب لها، ولم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد، وإلا لم يعذر كالشاهدين).

وتبعه الجواهر قائلاً: (لو أخبره عدد لا يبلغ التواتر، لكن حصل به الاستفاضه الموجه للظن الغالب فلم يشفع لم تبطل شفيعته، لعدم الدليل على ثبوت الشفعه بذلك ما لم يصل إلى حد العلم فيجب حينئذ) انتهى.

ولو ادعى عليه المشتري العلم وأنكر، فالظاهر أن له الحق في حلفه، لأنه من باب الدعوى، فلا يقال: حيث إن الشفيح أعرف بنيته يصدق من دون حلف.

ولو قال: لم يحصل لي بإخبارهم الظن الغالب، فهو عذر، وإن حصل لغيره لأن ذلك أمر نفساني لا يمكن معرفته إلا من قبله، كذا في المسالك.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: (لا يخفى ما فيه)، ولم يظهر وجه للإشكال عليه، كما أنه لم يظهر وجه لإشكال الجواهر عليه في فرعه السابق وهو ما تقدم من قول المسالك: (ولم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد)، فقد سبق أن الأعدار العرفيه توجب عدم سقوط الشفعه، فإن الفوريه إنما تكون إذا لم يكن هناك عذر، ومثله لو قال: لم أسمع الشاهدين لصمم أو نحوه.

ومما تقدم، ظهر وجه قول الشرائع: (فيما لو أخبره صبي أو فاسق، أو أخبره عدل واحد)، لأن كل ذلك ليس بحجه حسب الموازين في باب الشهادات.

أما إذا ادعى المشتري عليه العلم بسبب إخبار الصبي أو الفاسق أو ما أشبه فله عليه حق الحلف.

قال في المسالك: (ولو كان المخبر عدلاً واحداً، فإن صدقه ولم يطالب بطلت أيضاً، لأن العلم قد يحصل بخبره مع احتفاهه بالقرائن، وإن لم يصدقه أو سكت لم تبطل لعدم ثبوت البيع لخبره، ولو كان واحداً غير عدل أو امرأه واحده أو صبياً أو غير عدول لا يبلغ عددهم حد الاستفاضه لم تبطل بتأخيره، لأن

خبر هؤلاء لا يفيد العلم ولا الثبوت شرعاً، ولو صدق الخبر ففي عذره بالتأخير بعده وجهان، من أن التصديق لا يستند إلى علم ولا سند شرعي فلا عبره به، ومن إمكان استناده إلى القرائن، فإن الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم لا ينحصر في العدل، ولعل هذا أوجه).

أقول: المدار على الواقع، فإن كان مصدقاً واقعاً فالشفعه ساقطه، وإن لم يكن مصدقاً واقعاً فالشفعه غير ساقطه، والتصديق اللفظي ليس مداراً للحكم، وإن كان يؤخذ به.

ثم إن الجواهر ذكر أن احتمال قبول عذره حتى مع حصول العلم معه في مورد عدم الثبوت شرعاً ولو من القرائن المفيدة له واضح الفساد، قال: (وما أبعد ما بين ذلك وبين احتمال الاكتفاء به ما يعلم كذبه، لعموم حجيه العدل) وهو كما ذكره، إذ مقتضى القواعد أنه إذا لم يكن علم ولا علمي لم يثبت إلا أن يعلم هو في قراره نفسه، فإن العلم حجه ذاتيه توجب الثبوت، فعدم الأخذ ينافي الفوريه.

ثم إنه أشكل فيما ذكره المسالك سابقاً من ثبوت البيع على وجه تسقط الشفعه مع عدم الفور بها لغير عذر باعتراف المتبايعين لا يوجب علماً ولا- علمياً، وإنما يمكن الأخذ به باعتبار أن اعتراف العقلاء على أنفسهم جائز حتى في مثل الفاسق والكافر، ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (إن اعترافهما إنما هو حجه عليهما، لا- أنه مثبت للموضوع واقعاً بحيث يترتب عليه الحكم المتعلق بغيرهما، فتأمل) انتهى.

وفيه: إنه مثل اعترافه بأنه ولده، مما يمكن إثبات الأحكام عليه بمجرد

الاعتراف، فإن مقتضى (اعتراف العقلاء على أنفسهم جائز)، ترتيب الآثار الشرعيه إلا إذا علم الخلاف، وعليه فما ذكره المسالك غير بعيد.

((لو جهلا قدر الثمن))

قال فى الشرائع: (ولو جهلا قدر الثمن بطلت الشفعه لتعذر تسليم الثمن).

وفى المسالك: لما كان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، ولا يملك أو لا يتم ملكه إلا بتسليمه اشترط العلم بكميته، وإلا لم يصح الأخذ لفقد الشرط وهو تسليم الثمن المعين. ومقتضى ذلك أنه لا فرق بين أن يدفع قدرًا يعلم اشتمال الثمن عليه وتبرع بالزائد وعدمه، ويحتمل الاجتزاء بذلك لصدق تسليم الثمن وزياده، وضمير (جهلا قدره) فى كلام الشرائع يرجع إلى المشتري والشفيع، لأن المعاوضه الثانيه وقعت بينهما، ويتحقق ذلك مع تصادقهما على الجهاله. أما لو ادعاها المشتري وأنكر الشفيع وادعى عليه العلم فسيأتى البحث فيه).

أقول: الظاهر أنه يصح الأخذ بالشفعه سواء جهل أحدهما أو كلاهما، الثمن أو المثل، ويتحقق ذلك بالنسيان أو إجراء الوكيل وما أشبه، وذلك لعدم التلازم بين التسليم والتسلم والعلم، فإن رضيا كلاهما أو رضى الجاهل صحت الشفعه لإطلاق أدلتها.

أما إذا لم يرضيا، أو الجاهل منهما، ففي صحه الشفعه احتمالان، من إطلاق الأدله والتسليم أمر ثانوى، فإذا أخذت الشفعه أجريت القواعد بالنسبه إلى التسليم والتسلم، كالقرعه أو العدل أو ما أشبه، ومن العدم لما تقدم فى المسالك، ولانصراف أدله الشفعه عنه، ولعل الأول أقرب.

ومنه يعلم أنه لا وجه لإطلاق المسالك.

قال فى الجواهر: (تبطل الشفعة حتى وإن دفع الشفيع قدراً يشتمل عليه مع فرض عدم قبول المشتري التبرع المزبور لما فيه من المنه، بل وإن قبله فى وجه قوى، مع احتمال الاجتزاء لصدق تسليم الثمن وزياده)، قال: (بل وكذا الكلام فى جهل الخصوصيه، وإن دارت بين أمرين وسمح بهما الشفيع).

وفيه: لا-وجه لاحتمال عدم الاجتزاء إن دفعه الشفيع وقبل المشتري، كما لا وجه لعدم الشفعة فيما دار بين أمرين وسمح بهما الشفيع وقبل المشتري، إذ لا دليل على خصوصيه العلم.

ومنه يعلم الكلام فيما إذا كان الشفيع مردداً بين هذا أو ذاك، أو كان المشتري مردداً بين هذا أو ذاك.

((إذا كان المبيع بعيداً))

قال فى الشرائع: (ولو كان المبيع فى بلد ناء فأخر المطالبه توقعاً للوصول بطلت الشفعة).

وفى الجواهر: بناءً على الفور بلا خلاف أجده بين من تعرض له، لعدم ثبوت كون ذلك عذراً، وعليه أن يأخذ حينئذ ويدفع الثمن وإن تأخر قبض الشقص، لما عرفت من وجوب تسليم الشفيع الثمن أولاً، لكونه جزء مملك أولاً.

لكن فيه ما عرفت سابقاً من عدم الدليل على تقدم أحدهما على الآخر، بل اللازم التقابض فيأخذ بالشفعة، لكنه ليس عليه أن يسلم الثمن، إذ ينفيه دليل «لا ضرر»، وإنما يكون التسليم والتسلم بعد إمكان أخذ الشقص.

قال فى المسالك: المراد أن تأخير الأخذ لقبض الشقص أو يصل إليه ليس عذراً، بل عليه أن يأخذ ويدفع الثمن، ثم يسعى فى تحصيل الشقص، لما تقدم من أن الشفيع يسلم الثمن أولاً، ولو اعتبرنا التقابض معاً، كما فى غيره من المعاوزات، احتمال عذره فى التأخر ليحصل التقابض معاً، والوجه العدم، لأن الفور المعتبر حينئذ الأخذ القولى ويبقى تسليم الثمن حكماً آخر



لو سلم اعتبار التقابض معاً.

وكيف كان، فمقتضى القاعده هو الأخذ بالقولى، ثم يقع التسليم والتسلم عند التمكن، وعليه فلا فرق بين كون الثمن فى مكان ناءٍ أو كون المبيع كذلك أو كون أحد من الثمن والمثمن فى مكان قريب لكنه غير ممكن الوصول إليه للتقابض، فالتقابض شىء والأخذ بالشفعه شىء آخر.

ومما تقدم ظهر وجه ما ذكره التذكره فى محكى كلامه قال: (لا يجب الطلب فى بلد المبيعه، فلو بيع الشقص بمصر، ثم وجد الشفيع المشتري بمصر آخر فأخر الطلب، فلما رجعا إلى مصره طالبه بالشفعه لم يكن له ذلك وسقطت شفعه، فإن اعتذر عن التأخير بأنى تركت الطلب لأخذ فى موضع الشفعه لم يكن ذلك عذراً، وقلنا له ليس تقف المطالبه على تسليم الشقص، فكان ينبغى أن تطلبها حال علمك بها فبطل حَقِّك، لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص) انتهى.

ونحوه ما حكى عن المبسوط.

ولا- يبعد أن يكون حال إمكان الاتصال بالمشتري بسبب التلفون فى هذه الأزمنه حال ما إذا تمكن من المشتري لكنه لم يأخذ بالشفعه، لأن الاعتبار بالفوريه العرفيه الممكنه بسبب هذه الآله، بل وكذا الحال بسبب اللاسلكى ونحوهما لو حده الملاك فى الجميع.

ثم هل الواجب على الشفيع السعى إلى المشتري إذا كان فى بلد آخر، أو كان مجهولاً فى بلده فيسأل عنه، الظاهر أن السعى واجب إلا إذا عدّ ذلك عذراً عرفاً، سواء سعى بنفسه أو بوكيله، ولذا أشكل على العبارة المتقدمه عن التذكره فى مفتاح الكرامه قائلاً: ولا يخفى ما فى التذكره من قوله: (ثم وجد

الشفيع المشتري) إلى آخره، لأنه بعد علمه يجب عليه السعى بنفسه أو وكيله، فإن أهمل بطلت، كما هو الشأن في المسافر، إلا أن يقال: إن المراد أن ذلك مع العجز، أو يقال: إنه يعدل عن إطلاق قوله: (ثم وجد الشفيع) الشامل لما إذا وجد اتفاقاً، لمكان قوله: فكان ينبغي أن تطلبها حال علمك.

((لو بان الثمن مستحقاً))

ثم إن الشرائع قال: (ولو بان الثمن مستحقاً بطلت الشفيعه لبطلان العقد، وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري على غصبيه الثمن، أو أقر الشفيع بغصبيته منع من المطالبه، وكذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه لتحقق البطلان على تردد في هذا).

أقول: لو بان الثمن مستحقاً، وهذا لا يكون إلا في الثمن المعين، سواء كان معيناً شخصياً، أو معيناً في ضمن كلي كالصاع من الصبره ولم يجز المالك، كان مقتضى القاعده بطلان الشفيعه لبطلان العقد.

أما إذا لم يكن الثمن معيناً فلا بطلان، لأن الكلي لم يتحقق في هذا الفرد الذي هو للغير، وإنما يبقى على ذمه المشتري، وكذلك الحال لو ظهر الثمن المعين للغير، لكنه أجاز المالك، سواء أجاز للمشتري وقلنا بصحة ذلك بأن يخرج الثمن من كيس إنسان ويدخل المثلث في كيس إنسان آخر، أو أجاز لنفسه وقلنا بصحة ذلك، كما ذكره في الفضوليه، صحت الشفيعه، وإنما يتبدل المشتري في الصورة الثانيه فيكون المشتري هو المالك للثمن لا الذي أوقع العقد، هذا بالنسبه إلى البطلان واقعاً.

أما فرعه الثاني: وهو التصادق، فالحكم فيه ظاهري لأنه لا يعدو الإقرار، والإقرار لا يغير الواقع، فإن كان الواقع على خلاف تصادقها صح للشفيع الأخذ بالشفيعه، سواء تصادق على غصبيه الثمن أو عدم قابليته ثمناً، ولذا قال في

الجواهر: (وإن لم يكن مثبتاً للبطلان في نفس الأمر بحيث يمضى في حق البائع إلا- أن الحق منحصر فيهما فيقبل ذلك في حقهما).

ومما تقدم يعلم لا- حازه إلى تصادقهما، بل يكفي اعتراف الشفيع، ولذا قال في القواعد: (أو اعترف الشفيع بغصبيه الثمن المعين).

وفي مفتاح الكرامه نقل الحكم المزبور عن التحرير والحواشي وجامع المقاصد والمسالك، قال: وهو قضيه ما في المبسوط وقضيه ما في التذكرة والإرشاد وشرحيه والدروس من أنه لو بان مستحقاً بطلت.

((فروع))

ثم إن الشفيع لو زعم أن الثمن مستحق ولذا لم يأخذ بالشفعه، ثم ظهر اشتباه زعمه، كان له الأخذ بالشفعه لأنه من عدم العلم بوقوع العقد فهو من الأعداء.

أما لو شك في أنه مستحق أو غير مستحق، وكان تحت نظر ذي اليد، فهل له أن لا يأخذ بالشفعه لأنه لا يعلم بالعقد، أو يلزم عليه الأخذ بحيث لو خالف فاتته الفوريه الموجب لفوت الشفعه، احتمالان، وقد تقدم الكلام في أنه إذا قامت البيئه على وقوع العقد ونحوه لم يكن له أن لا يأخذ بالشفعه فوراً، وحكم ذي اليد حكم البيئه، لأن الشارع جعل يده حجه، من غير فرق بين أن يكون ذو اليد مسلماً أو كافراً، لأن يد الكافر أيضاً حجه، كما ذكرناه في بحث ذي اليد.

ثم إنه لو أقر الشفيع خاصه أو كلاهما بالغصبيه، ثم ماتا وورثهما غيرهما، وهما لا يعترفان بالغصبيه، فالظاهر أن لو ارث الشفيع الأخذ بالشفعه لعدم المنافاه للفوريه بالنسبه إلى العالم بعدم الغصبيه، أما العالم بالغصبيه فله عذر في عدم الأخذ.

وكذا الحال بالنسبه إلى الوكيل والولي فلكل واحد من الأصل والفرع حكمه، ولا يؤثر حكم الأصل بالنسبه

إلى الفرع، كما فى العكس بأن كان الولى يزعم الغصبه فلم يأخذ بالشفعه، ولما كبر الصغیر أو أفاق المجنون علم باشتباه الولى فإنه له الأخذ بالشفعه.

### لو تلف الثمن قبل قبضه

((تلف الثمن قبل القبض))

أما الفرع الثالث: وهو تلف الثمن المعین قبل قبضه، ففیه قولان: البطلان للشفعه لبطلان البیع الذى هو عنوان الشفعه، وهذا هو المحكى عن الشیخ والعلامه فى المبسوط والتذکره، والثانى عدم البطلان، لأن حق الشفعه ثابت بالبیع فلا یقدح فیه طرو الفسخ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً بعد أن كان من حیثه لا من أصله كما فى الجواهر، وهذا القول هو الذى جزم به ثانى الشهیدین تبعاً للمختلف وولده والشهید الأول كما حکى عنهم.

ومقتضى القاعدة هو عدم بطلان الشفعه، لأن البیع قد حصل، فیشمله إطلاق دلیل الشفعه، كما تقدم الكلام فى مثل ذلك فى الرد بالعیب والغبن وما أشبه.

ومنه یعلم وجه النظر فى التفصیل بین كون الأخذ قبله أو بعده، وقد جعله الجواهر تحقیقاً، قال: (فالتحقیق حیث عدم استحقاق الشفیع الأخذ مع كون التلف قبله، خصوصاً إذا قلنا بأن تلف الثمن قبل القبض من مال المشتري، كما أن تلف المبیع قبل القبض من مال البائع، على معنى تقدير رجوع كل منهما إلى مالکة قبل التلف آناماً، وحيث فلا ثمن للبائع على المشتري حتى يأخذه الشفیع به، وإن كان فیه ما فیه. نعم لو كان الأخذ بعده اتجهت الصحه للأصل الذى لا ینافی بطلان البیع من حیثه الذى هو بمعنی استحقاق قیمه الشقص عن المشتري باعتبار تنزيل أخذ الشفیع له منزله التلف) انتهى.

فإنه بعد إطلاق الأدله لا موقع لهذا الفرق بین أن يكون التلف قبل الأخذ بالشفعه أو بعد الأخذ بها.

أما ما قاله أخيراً: (اللهم إلا أن يقال: إن البطلان هنا أولى من بطلانها بفسخ البائع، فإن الحكم الشرعى بكون ملك المشتري له مراعى بعدم تلف الثمن قبل قبضه أولى بتبعيه الشفعه له من تبعيتها لفسخ البائع) ففيه ما لا يخفى، إذ قد تقدم سابقاً أن مقتضى القاعده عدم البطلان بالفسخ أيضاً، بل شككنا فى البطلان بالفسخ بخيار الشرط على ما سبق.

((تلف المثلن قبل القبض))

ثم إنه لو تلف المثلن قبل أخذ الشفيع، فالظاهر عدم تحقق للشفعه حينئذ، سواء كان التلف حقيقياً، كما إذا مات العبد والحيوان فيما قلنا بثبوت الشفعه فيهما، أو التلف عرفياً، كما إذا جاء البحر وغمر الأرض مما لا ينتفع بها بعد ذلك ولا يقابل بالمال عرفاً.

((لو اختلفا فى المثلن))

ثم إن فى موضع من القواعد بعد أن ذكر أن للشفيع فسخ الإقاله والرد بالبيع قال: (ولو قلنا بالتحالف عند التخالف فى قدر المثلن، وفسخنا البيع للشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا)، وقال فيها فى موضع آخر: (ولو اختلف المتبايعان فى المثلن، وأوجبنا التحالف أخذه بما حلف عليه البائع، لأن للبائع فسخ البيع، فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه، فإن رضى المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري، فإن عاد المشتري وصدق البائع وقال كنت غالطاً، فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه، الأقرب ذلك) انتهى.

أقول: للمسأله صورتان:

الأولى: الاختلاف بين البائع والمشتري فى زياده المثلن ونقصه، فإن حلف مدعى النقص، الشفيع يأخذ بالنقص، وإن أثبت مدعى الزياده، الشفيع يأخذ بالزياده مع احتمال النقص، لأن المشتري يقول بأن البائع أخذ منه زائداً

ص: ٣٩٧

على الثمن والبينه مشتبهه، فإن البينه وإن كانت مقدمه على الإقرار إلا أن الإقرار ثابت على المقر، كما لو أقر أنها زوجته وأثبتت البينه أنها ليست زوجته حيث لا- يحق له التزوج بأختها أو أمها أو بنتها مثلاً، أو أقر أنه وقف من أبيه، وقالت البينه لم يوقفه أبوه حيث لا- يحق له بيعه، إلى غير ذلك من الأمثلة، فإنه وإن لم يحلف مدعى النقص وهو المشتري فالشفيح يأخذ بالنقص، إذ المشتري يعترف أن البائع يأخذ منه ظلماً.

الثانية: الاختلاف بينهما في مورد التحالف، بأن قال أحدهما: إن الثمن شاه، وقال الآخر: إنه سخله، فإن كان لكليهما البينه، أو كلاهما حلف، أو لا بينه ولا حلف، بطل مع احتمال جريان قاعده العدل، وإن كان لأحدهما بينه، أو حلف أحدهما فالقول قوله، فإن كان المشتري أعطاه الشفيح، وإن كان البائع فهل الشفيح يعطى للمشتري ما ادعاه البائع لمكان الحلف أو البينه، أو يعطى ما ادعاه المشتري إذا كان أقل مثلاً، لنفوذ إقرار المشتري على نفسه، الاحتمالان السابقان.

((لو اختلفا في المثلين))

ومن صورتى الاختلاف في الثمن يظهر صورته الاختلاف بين البائع والمشتري في الشقص، هل باع كله أو بعضه، وفي البعض زياده أو نقيصه، وصورته الاختلاف بينهما في أن المبيع هل كان هذا الشقص أو شقصاً آخر، سواء كان الشفيح شريكاً فيهما، أو في أحدهما.

ومنه يعلم أنه لما كان المشتري معترفاً بقدر خاص من الثمن، والشفيح يتلقى الملك من المشتري فليس على الشفيح إلا أن يعطى مقدار ما يقوله المشتري، لا كما قاله القواعد، ولا كما قاله جامع المقاصد، من أن المتجه على التحالف بقاء الدعوى بين الشفيح والبائع، ويكون كالدعوى بين الشفيح والمشتري، إذ لا دخل للبائع الذي يرجع في الفرض إلى قيمه الشقص لا إلى

الثلث، ولذا قال في الجواهر: (إن التحالف المزبور إنما يقتضى الفسخ من حينه بين البائع والمشتري، والفرض صدق تعلق حق الشفعة، فيتجه حينئذ القول بأنه يأخذ بما يقتضيه البيع الأول قبل الفسخ، فيضمن حينئذ المشتري قيمه الشقص للبائع كما إذا رد البائع الثمن بالعيب بعد أن أخذ الشفع الشقص بشفعته، ولكن مقتضى ذلك الأخذ بما يقوله المشتري حينئذ لا ما يقوله البائع، بل مقتضاه حينئذ كون الأخذ منه دون البائع، ضروره استحقاق الشفع الانتزاع منه، فلا مدخله للبائع، وفائده تحالفه تكون لضمان المشتري له الشقص، لا ما ادعاه من الثمن الذي حلف المشتري على نفيه) انتهى.

ومن ذلك يظهر عدم الفرق بين صوره حلفها وعدمه، وإقامتهما البيئه، لأن الشفعه سابقه.

((من حيل إسقاط الشفعة))

(مسألة ١): قال في الشرائع: (من حيل الإسقاط \_ أى للشفعة \_ أن يبيع بزيادة على الثمن، ويدفع بالثمن عوضاً قليلاً، فإن أخذ الشفيع لزمه الثمن الذى تضمنه العقد، وكذا لو باع بثمان زائد فقبض بعضاً، وأبرأه من الباقي، وكذا لو نقل الشقص بغير البيع كالهبة أو الصلح).

أقول: الظاهر أن جعل حيله لإسقاط الشفعة مكروه، حيث قال (عليه السلام) في جواب من سأله ما الحيله: «فى ترك الحيله»<sup>(١)</sup>. فإن كلامه عام يشمل كل حيله، بل يشمل قوله (عليه السلام): «ومن دخل مداخل السوء اتهم»<sup>(٢)</sup>.

وكفى بذلك شمولاً للمقام، لأن الإنسان يتهم عند العرف بأنه محتال فيما إذا قصد الحيله، فلا فرق فى الأمر بين المقام وبين سائر مقامات الحيله، ولو كان الحكم تابعاً للموضوع.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (والظاهر عدم الكراهه فى ذلك للأصل، فضلاً عن الحرمة، اللهم إلا أن يقال بعد التسامح بإشعار الأدلة بها باعتبار مراعاة الشريك، والأمر سهل) محل مناقشه، وقد أخذه من المسالك، كما أخذ منهما غيرهما.

وأضاف المسالك على صور الشرائع الثلاث، صوراً أخرى:

منها: أن يبيع جزءاً من الشقص بثمان كله ويهب له الباقي.

ومنها: أن يوكل البائع شريكه بالبيع فباع على حد الوجهين.

ومنهما: أن يبيع عُشر الشقص مثلاً بتسعه أعشار الثمن، ثم يبيع تسعه أعشار بعشر الثمن، فلا يتمكن الشريك الأول من الشفعة لزياده قيمه فى الأول، وكثره الشركاء فى الثانى، لأن المشتري صار شريكاً حال الشراء الثانى.

ص: ٤٠٠

١- شرح نهج البلاغه: ج ١٩ ص ٣١٩

٢- الوسائل: ج ٨ ص ٤٢٣ الباب ١٩ ح ٧



ومنها: أن يبيعه بثمن قيمي كثوب فيقبضه البائع، ويبادر إلى إتلافه قبل العلم بقيمته، أو يخلطه بغيره بحيث لا يتميز، فيندفع الشفعه بالجهل بالثمن.

وقد تبعه مفتاح الكرامه فى ذكر الصور المذكوره، إلا أن فى بعضها تأملاً، لكن لا يخفى أنه يلزم أن لا يكون المواطاه على نحو الشرط، وإلا- كان للشفيع ذلك، حيث قلنا: إن معنى قوله: (بالثمن)(١)، و(البيع الأول)(٢) ونحوهما أن الشفيع يأخذ بكل خصوصياته الأول، فإذا باع البائع للمشتري الشقص بمائه وشرط عليه خياطه الثوب أو إضافه مائه أو أجره دار فى عام وهى عباره عن مائتين مثلاً، فللشفيع أيضاً كل ذلك.

ص: ٤٠١

---

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١

((لو ادعى نسيان الثمن))

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (ولو ادعى عليه الاتياع فصدقه وقال: نسيت الثمن، فالقول قوله مع يمينه)، وهذا هو الذي صرح به العلامة والشهيدان والكركي وغيرهم، وعلة في الجواهر بأنه لا يعلم إلا من قبله، ولو لم يقبل لزم التخليد في الحبس على تقدير صدقه.

ثم قال في الشرائع: (فإذا حلفه بطلت الشفيعه).

أقول: إذا حصل الاتياع ونسى المشتري الثمن فقد يكون النسيان في قدر غير مضر عرفاً، كما إذا لم يعلم هل كان بألف دينار أو بألف دينار وربع دينار، فإن في المقام لا يبعد عدم البطلان، لأن ربع دينار ليس محلاً في الأخذ والرد عرفاً، فيقول الشفيع للمشتري: إني أعطيك ألفاً وربعاً، ولا حق له في عدم الأخذ إذا لم يكن في الأخذ منه، بل يمكن التمسك بأصالة عدم الزيادة فيعطيه ألف دينار، لأنه بعد أخذه بالشفيعه تكون ذمته مشغولة إما بألف أو بألف وربع، كما أنه إذا علم وقت الأخذ بقدر الثمن ثم نسي فإنه إذا شك بين الزائد والناقص أعطاه الناقص لأصالة عدم الزيادة، أو يقال بالقرعه، أو قاعده العدل على ما سبق شبه ذلك.

أما إذا كان النسيان موجباً للجهل المطلق بالثمن، هل هو مثلاً بألف أو بدار مثلاً في قبال الأرض المشتراه أو نحو ذلك، فإن أدله الشفيعه منصرفه عن مثله فمقتضى القاعدة البطلان.

أما ما تقدم عن الجواهر تبعاً للمسالك، بأنه لو لم يقبل لزم التخليد في الحبس على تقدير صدقه، فقد ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل على التخليد في الحبس، فإن «لى الواجد»<sup>(١)</sup> ونحوه منصرف عن التخليد خصوصاً والسجن خلاف حريات

ص: ٤٠٢

الإنسان الممنوحه له من قبل الله تعالى، فسلبها بمثل هذا الشيء الطفيف حتى إذا علمنا بأنه عالمٌ عامداً لا يقول بقدر الثمن غير ظاهر الوجه، منتهى الأمر أنه إذا علمنا أنه يعلم وهو يدعى النسيان كذباً إن الحاكم يفصل النزاع بما يراه صلاحاً بمصالحه قهريه ونحوها، كما ذكروا في الصلح القهري وغيره، لأنه موضوع لفصل المنازعات وعدم إبقائها، لا أنه موضوع لتخليد الناس في السجن بأمثال هذه الأمور الصغيره.

((فروع))

ومنه يعلم حال ما إذا مات المشتري ووارثه لا- يعلم، أو مات وكيه الذى اشتراه ولم يعلم المشتري الموكل بقدره، أو جن أحدهما أو نحو ذلك، لأن الملاك في الكل واحد.

ثم إن المسالك قال: (إن حلف على ذلك اندفعت عنه الدعوى وسقطت الشفعه، وإن لم يحلف وقضينا بالنكول، فإن كان الشفيع يدعى العلم بقدر معين ثبت وأخذ بالشفعه، وإن لم يقض بالنكول ردت اليمين على الشفيع وحلف ما يدعيه وثبت العين به، وإن كان لا يدعى العلم به وإنما يدعى علم المشتري، واحتمل عدم سماع الدعوى بعد ذلك لعدم إمكان الحكم بشيء، وإحلاف الشفيع على أن المشتري يعلم وحبس المشتري حتى يبين قدره) انتهى، وفيه تأمل.

ثم إن كان الشفيع أمهل المشتري حتى يتذكر، فإن ذلك جائز وهو لا ينافى الأخذ بالشفعه فوراً، لأنه عذر في مثل النسيان، وقد سبق أن الأعدار لا تنافى الفوريه.

ثم إن الجواهر تبعاً للمسالك قال: (ولو ادعى المشتري أن عدم العلم

بالثمن لأنه كان عرضاً قيمياً وأخذه البائع وتلف في يده ولا أعلم قيمته، فالقول قوله مع يمينه، بلا خلاف ولا إشكال. وكذا لو قال: أخذه وكيلى ولا أعلم به، أو نحو ذلك مما هو غير مناف للأصل، وهو ممكن، ولو لم يقبل منه يلزم تخليده في السجن) انتهى.

وهو كما ذكره إلا في التخليد في السجن على ما عرفت.

والتلف في يد البائع من باب المثال، فربما كان البائع لا يعلم مكانه حتى يعرف ما قيمه الشيء أو نحو ذلك.

((لو قال لا أعلم كميه الثمن))

قال في الشرائع: (أما لو قال: لم أعلم كميه الثمن لم يكن جواباً صحيحاً، وتكلف جواباً غيره، لأنه مشترك بين أن يكون لا يعلمه ابتداءً من حين الشراء، وهو غير مسموع لاقتضائه بطلان البيع، وأن يكون على أحد الوجهين السابقين فلا بد من تفصيله، وحينئذ فيلزم بجواب مسموع فإن أصر حبس حتى يجيب، وقال الشيخ: يرد حينئذ اليمين على الشفيع ويقضى على المشتري بما يحلف عليه، وهذا يتم مع دعوى الشفيع العلم بالقدر أما بدونها فلا، لعدم إمكان حلفه، ولو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه لكن ادعى علم المشتري حلف على ذلك، وألزم المشتري البيان كما مرّ، ثم إن بين قدرأ وطابقه عليه الشفيع حكم بمقتضاه، وإلا فإشكال) انتهى.

وعلله في جامع المقاصد بإجماله واحتماله، ولكن ربما يقال: بأنه لا يتم هذا على إطلاقه، إذ من الممكن أن يكون المشتري لا يعلم كميه الثمن من

حين الشراء، لأنّ وكيله اشتراه، أو يكون هو المشتري اشتراه لكن لم يعلم كميته الثمن، وإنما اشتراه بدراهم في يده لا يعلم هل أنها عشرة أو تسعة، إذا قلنا بصحة هذا البيع والشراء، لأنه ليس غرراً يضر بالمعامله، فهو مثل ما إذا اشترى بضاعه بقماش لا يعلم هل أنه يسوى عشرة أو تسعة، فإطلاق قول المسالك: (هو غير مسموع لاقتضائه بطلان البيع) غير تام.

ثم مناقشه الجواهر في كلام المسالك بقوله: (قلت: قد يناقش بأن احتمال له للصحة كاف في صحته، ولا داعى إلى عقوبته بحبسه حتى يجب معيناً له) ففيه ما لا يخفى، إذ احتمال له للصحة لا يوجب سقوط حق الشفيع المتيقن بسبب البيع، فاللازم أن يثبت المشتري سقوط حق الشفيع، فالمقام مثل ما إذا باع الوقف حيث احتمالنا صحه بيعه فإنه لا يحكم بالصحة بمجرد الاحتمال فيما كان الدليل على خلافه إلا أن يقيم دليلاً على كون عمله بالبيع أو نحوه صحيحاً، وكذلك فيما إذا شرب الخمر مثلاً واحتملنا الصحة بأنه مريض، فإنه لا يحكم على الاحتمال حتى يأتى بالبراءة.

أما قول على (عليه السلام) لمن أفطر في شهر رمضان أنه هل مسافرون أو مرضى أو ما أشبهه (١)، فإنه لا دليل على أنه لو ادعوا أحد هذه الأعذار كان يكتفى بذلك، بل لعله كان (عليه السلام) يطلب الدليل كما هو الميزان في الأعمال المنافية لحقوق الله أو لحقوق الناس.

ص: ٤٠٥



فصل

فى التنازع

وفيه مسائل:

((إذا اختلفا فى الثمن ولا بينه))

(مسأله ١): قال فى الشرائع: (إذا اختلفا فى الثمن ولا بينه، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه الذى ينتزع الشئ من يده).

وأضاف الجواهر على علته المذكوره بقوله: (ولأنه الذى هو أعرف بالعقد، ولأنه غارم، ولأنه ذو اليد، ولأنه الذى يترك لو ترك، ولأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعى شيئاً فى ذمته ولا تحت يده، وإنما الشفيع يدعى استحقاق ملكه بالشفعه بالقدر الذى يعترف به الشفيع، والمشتري ينكره، ولا يلزم من قوله اشتريته بالأكثر أن يكون مدعياً عليه، وإن كان خلاف الأصل، لأنه لا يدعى استحقاقه إياه عليه، ولا يطلب تغريمه إياه) انتهى.

أقول: هذا القول هو المشهور بين الأصحاب.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (لو اختلفا فى الثمن ولا بينه قدم قول المشتري مع يمينه): (كما فى المقنعه والمراسم والنهائيه والمبسوط والكافى والمهذب والغنيه والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتذكره والتحرير والإرشاد والتبصره والمختلف فى ظاهره والدروس واللمعه والتنقيح ومجمع البرهان، وهو الذى استقر عليه

رأيه فى جامع المقاصد فى المسأله التى بعد هذه، وكذلك الإيضاح قال به على الظاهر أو مال إليه، وفى المسالك والروضه والكفايه إنه المشهور، وفى الرياض إنه المشهور بل لا يكاد يوجد خلاف إلا من ظاهر الشهيد الثانى وفاقاً للإسكافى، وفى الغنيه الإجماع عليه، وقد يلوح الإجماع من جامع المقاصد) انتهى.

وقد خالف فى المسأله الإسكافى والشهيد كما سمعت، فقالوا: القول قول الشفيع.

وعن صاحب الكفايه التفصيل بين وقوع النزاع قبل الأخذ، وبينه بعده، فيقدم قول المشتري فى الأول والشفيع فى الثانى، لكن فى الرياض إنه خرق للإجماع المركب، وجماعه من المتأخرين ومتأخريهم أشكلوا فى المسأله.

ومقتضى القاعده هو ما اختاره غير المشهور من أن القول قول الشفيع للأصل الذى لا يعارضه ما تقدم من الأدله، فحال المقام حال ما إذا قال الوارث: وصى المورث بخمسائه، وقال الموصى له: بل وصى بألف، أو قال البائع: بعت بألف، فقال المشتري: بل بخمسائه، إلى غير ذلك من الاختلاف فى الزائد والناقص، إذ لا يختلف المقام عن تلك المقامات، ولا دليل خاص فى المسأله حتى يحكم به على خلاف القاعده، فإن كون الشىء ينتزع من يده لا يوجب تقديم قوله على الأصل فى مورد النزاع بعد أن كان للشفيع أيضاً الحق بحكم الشرع.

ومنه يعلم وجوه النظر فى الأدله الأخر التى تقدمت عن الجواهر (فإنه هو الذى أعرف بالعقد)، بالإضافة إلى أنه ليس على إطلاقه، لإمكان أن العقد أجراه وكيله، أو وليه قبل بلوغه ثم بلغ، أو قبل عقله ثم عقل، وكان الشفيع حاضراً عند العقد مثلاً، مما يجعل الشفيع أعرف بالعقد من المشتري الذى



أخبره وكيله أو وليه بالقيمه مثلاً، إن الأعرفيه لا دليل على تقدمها على الأصل.

(وكونه غارماً) مناقش فيه كبرى وصغرى، ولا دليل على أن ذا اليد التى تعلق بما تحت يده حق الغير يقدم قوله على قول ذلك الغير إذا كان مع ذلك الغير الأصل.

وكونه يترك لو ترك، فيه إشكال كبرى وصغرى، كما يعرف الإشكال فى الكبرى مما ذكره فى كتاب القضاء، وكون المشتري لا دعوى له على الشفيع منقوض، لأن الشفيع لا دعوى له أيضاً على المشتري، بل الشىء متعلق حقهما، فمن الممكن أن يجعل كل واحد مدعياً والآخر منكراً، لكن فى الحقيقه المدعى هو الذى يدعى الأكثر، فالأصل مع مدعى الأقل.

وقد أطال المسالك فى الاستدلال على مذهبه، كما أطال الجواهر فى الاستدلال على رده والمناقشه فى كلامه.

ومما تقدم يعرف الكلام فيما إذا صدق البائع أحدهما وكان أو لم يكن بموازين الشهاده، أو قال المشتري بأضعاف قيمه، أو قال الشفيع بأقل من قيمه أضعافاً، أو قال المشتري بشرط البائع على خياطه قبائه مثلاً أو نحو ذلك، أو قال الشفيع بشرط المشتري على البائع خياطه قبائه أو نحو ذلك، أو قال الوارث للمشتري بالأكثر، أو قال الوارث للشفيع بالأقل، وكذلك فى وليهما أو وكيلهما، إلى غير ذلك من صور الاختلاف.

فإن اللازم جريان قاعده المدعى والمنكر فى كل اختلاف بينهما، كما هو الحال فى الرهن إذا اختلفا فى قدر المرهون، أو اختلفا فى قدر الدين، أو اختلفا فى المده أو الشرط أو نحو ذلك، فإن الباب لا يشذ عن القواعد العامه الجاربه فى كل اختلاف، سواء كان الاختلاف فيما تعلق حقهما به، أو كان الاختلاف فى غير ذلك.

ولذا قال الجواهر أخيراً: (ليس فى شىء من الأصول ولا ما ذكرناه من

أدله المشهور ما يقتضى كون المشتري يمينه من الطرق الشرعيه لإثبات كونه الثمن الذى وقع عليه شخص العقد)، لكنه قال بعد ذلك: (لكن مع ذلك كله لا- محيص عن العمل بالمشهور المحكى عليه الإجماع فى الغنيه الذى تطمئن النفس هنا بصوابه) انتهى.

فقد عرفت أنه لا إجماع قطعى فى الباب، وإن كان المشهور قالوا بذلك، وأن اللازم العمل حسب القواعد والإجماع، ولو كان محل إشكال حيث إنه ظاهر الاستناد لا محتمله، فإنهم استندوا إلى الأدله التى تقدمت.

ثم لا- ينبغى الإشكال فى أنه لو دفع الشفيع ما يدعيه المشتري تملك الشقص، لأنه ثمن على التقديرين، وليس فى الأدله ما يقتضى منع التملك مع دفع الزيادة على الثمن المعلوم عند الدافع.

نعم حكمه الحرمة على المشتري مع كذبه وحلها له مع صدقه، كما أشار إليه الجواهر، وإن قال بعد ذلك: (لم أعر عليه قولاً لأحد منا ولا احتمالاً)، إذ فيه أنه لا يحتاج إلى القول والاحتمال، فإنه موافق للقاعده.

ثم إنه لو أقام كل منهما بينه كان مقتضى القاعده على ما عرفت تقديم بينه المشتري لأنه مدع لا الشفيع لأنه منكر وليس عليه إلا اليمين، وبتقديم بينه المشتري حكم الخلاف والمبسوط والشرائع والمختلف.

خلافاً للقواعد حيث قال: (لو أقاما بينه فالأقرب الحكم بينه الشفيع لأنه الخارج)، ونقله مفتاح الكرامه عن السرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والكفايه، قال: وقد قال به أو مال إليه فى الإيضاح، وحكم فى جامع الشرائع هنا بالقرعه، ولا ترجيح فى الدروس والمسالك.

أقول: قد عرفت أنه لا وجه لتقديم بينه الشفيع إلا ما ذكره مما قد عرفت

ضعفه، كما أنه لا- وجه للقرعه لأنها لكل أمر مشكل (١) ولا- موضوع لها هنا، إذ بعد حكم الشارع بأن «البينه على المدعى واليمين على من أنكر» لا تبقى مشكله.

أما توجيه القرعه بأنهما إذا تنازعا في العقد ولا داخل ولا خارج، إذ لا يد لهما، صارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما فتجب القرعه، ففيه: إنه ليس تنازعا في استحقاق العين مطلقاً، وإنما في الثمن المخصوص، ولذا اعترض عليه في محكى جامع المقاصد بأن تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص، وأن القرعه في الأمر المشكل الذى لم يدل النص على حكمه، وما نحن فيه ليس كذلك.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع حيث قال: (وإن أقام أحدهما بينه قضى له... ولو أقام كل منهما بينه حكم بينه المشتري، وفيه احتمال للقضاء بينه الشفيع لأنه الخارج)، إذ قد عرفت أن الاحتمال للقضاء بينه الشفيع ضعيف.

وعليه فلو أقام أحدهما بينه، فإن كان هو الشفيع لا يؤخذ بها، لأن البينه ليست عليه وإنما عليه الحلف، وإنما يقضى بينه المشتري المدعى للزيادة، اللهم إلا إذا قيل بأن اليمين على المنكر هو بدل البينه، وهو أضعف من البينه فإذا أقام البينه ولم يقم المشتري البينه حتى يقدم بينته على بينه الشفيع حكم بينه الشفيع، ولا حاجة إلى الحلف، ولذا قال في الجواهر: (على المشهور يشكل سماع بينه المشتري الذى هو منكر وفرضه اليمين، وقد ذكرنا في كتاب القضاء أنه لا تندفع اليمين عنه بإقامه البينه) (٢).

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن حواشى الشهيد: إن الأقرب القبول، وإن

ص: ٤١١

١- انظر الجواهر: ج ٣٧ ص ٤٥١، والفتاوى: ج ٣ ص ٥٢ الباب ٣٨ فى الحكم بالقرعه ح ٢

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٤٩

كان فى دفع اليمين عن المنكر بالبينه فى غير هذه الصورة تردد، ووجه الفرق أنه يدعى دعوى محضه وقد أقام بها بينه فتكون مسموعه.

((شهادة البائع لأحدهما))

ثم إن المشهور ذكروا ما قاله الشرائع من أنه لا تقبل شهادة البائع لأحدهما، بل فى الجواهر: لا أجد فيه خلافاً صريحاً، ونقله مفتاح الكرامه عن المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفايه، لكن عن ظاهر السرائر التفصيل بعدم قبول شهادته للشفيع مما يفهم منه قبول شهادته للمشتري.

وفى القواعد: ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما، ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه، ونقل هذا التفصيل فى مفتاح الكرامه عن بعض، قال: استحسنته فى التذكرة، وقواه فى الحواشى، وكأنه مال إليه فى الإيضاح، واحتمله أيضاً فى الدروس ثم قال: (ولعل الأقوى القبول مطلقاً إلا فى صورته يرجع فيها إلى كونه مدعياً أو منكرًا جرياً على الضابط المذكور، ووفقاً للإجماع المنقول فى كشف اللثام، وهو الموافق لعمومات أخبار باب الشهادات والاعتبار، إذ لا معنى لرد قول الثقة الذى هو حجه لمجرد تهمه محتمله، إلا أن يكون قد انعقد على ذلك إجماع، والتتبع لا يقضى به لترك الأكثر له، ومخالفة السرائر فى بعض ذلك على الظاهر وذكر جماعه للاحتمال المذكور فى الكتاب ولو كان متقولاً لعثرنا عليه) انتهى.

والظاهر هو ما ذكره السيد العاملى لما ذكره، وأدله المفصلين والقائلين بأنه لا تقبل مطلقاً لا يمكن الاعتماد عليها، مثلاً القائلون بعدم القبول مطلقاً ذكروا كما فى جامع المقاصد والمسالك، وتبعهما الجواهر، أن عله عدم القبول أن الشهاده تجر نفعاً على التقديرين، وهو استحقاق الثمن الكثير وبدله إن ظهر

مستحقاً أو رد العين إن شهد للمشتري، بل ربما كان له غرض بعين المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن، ويخشى فوات ذلك بأخذ الشفيح فينفره من الأخذ بكثرة الثمن والتخلص من ضمان درك الزيادة لو شهد للشفيح، بل ربما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن أو قله الأرش لو ظهر المبيع معيباً، بل ربما كان عالماً بالعيب ويتوقع المطالبة بأرشه، وربما خاف رد المشتري له بالعيب أو الغبن دون الشفيح فيرغبه في الأخذ بتقليل الثمن.

كما أن المحكى عن المبسوط أنه علل عدم قبول شهادته بأنها شهادة على فعله، والمنساق من إطلاق الأدله عدم قبول الشهاده على فعل الإنسان نفسه.

وعلله غيره بأنه من التهمه، وأن الشهاده تجر النفع، ولا تقبل شهاده المتهم ولا ما تجر النفع إلى النفس.

وفى الكل ما لا يخفى، وإلا لسقطت كثير من الشهادات مع أن المشهور لا يقولون به، لأنه خلاف الأدله، فإن كل متهم وكل من يجر النفع لو كان تسقط شهادته، لسقطت شهاده الزوجين أحدهما للآخر، ولسقطت شهاده الأقرباء بعضهم لبعض، والجيران والشركاء إلى غير ذلك، وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى كل ذلك فى كتاب الشهادات.

ومنه يعلم وجه النظر فى تفصيل السرائر، حيث قال بعدم قبول شهادته للشفيح، ولم يذكر غيره، وعلل بأنه يدفع عن نفسه ضرر الدرک.

وفى القواعد علله بأنه إذا شهد بالزيادة بعد القبض فقد أقر بزياده الدرک فلا تهمه، ولا يلتفت إلى استحقاق المطالبه بالبدل أو العين على تقدير ظهور الاستحقاق، لأن ذلك لا يقصد عقلاً فى ضمن المحذور، وإذا شهد بالنقيصه بدون القبض فقد أقدم على نقصان حقه، ومحذور الدرک مستحق فى ضمن هذا.

إذ ترى أن هذين وجهان اعتباريان لا يقاومان إطلاق الأدله.

ويظهر من الجواهر نوع تردد، حيث إنه بعد حكمه

بعدم القبول بالاتهام قال: (لكن قد ذكرنا عدم ردها بمطلق التهمة، بل التهمة المخصوصه المستفاد من الأدله، ولعله لذا قال بعض المعاصرين: إن الأقوى القبول مطلقاً، ولكنه مخالف لمن عرفت، ولعل الأولى عدم القبول مطلقاً) انتهى.

وفيه: ما تقدم من أن مقتضى القاعده القبول مطلقاً، ولا يمكن إسقاط الأدله بمجرد بعض الوجوه الاعتباريه.

ومنه يعلم أنه لو كان البائع اثنين فيما قلنا بصحة الشفعه بين الشركاء فالشهاده تتم، بل حيث نقول بأن فى المالىات تقبل الشهاده واليمين يتم الأمر بالشهاده واليمين فى المقام أيضاً، أما شهاده وارث البائع أو وكيله أو وليه أو ما أشبه فأولى بالقبول مطلقاً لإطلاق الأدله، وبعض المحذورات السابقه وإن كانت آتیه هنا إلاّ أن تلك المحذورات وجوه استحسانيه لا تقاوم الأدله المقتضيه لقبول الشهاده مطلقاً.

ومنه يعلم قبول شهاده البائع سواء كانت فى الزيادة والنقصه، أو كانت فى سائر شؤون الاختلاف، فحاله حال سائر الشهداء الذين لم يذكروا فيهم هذه المحاذير إطلاقاً.

((لو أقام كل منهما البيئه))

ومما تقدم يظهر وجوه النظر فى قول الشرائع حيث قال: (ولو أقام كل منهما بيئه حكم بيئه المشتري، وفيه احتمال للقضاء بيئه الشفيع لأنه الخارج، ولو كان الاختلاف بين المتبايعين ولأحدهما بيئه حكم بها، ولو كان لكل منهما بيئه قال الشيخ الحكم فيها بالقرعه، وفيه إشكال، لاختصاص القرعه بموضع اشتباه الحكم، ولا اشتباه مع الفتوى بأن القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعه فتكون البيئه بيئه المشتري)، حيث قد عرفت أنه لو أقام كل منهما

بينه، فالحكم بينه المشتري بدون احتمال للقضاء بينه الشفيع، لأن الشفيع يدعى الأقل، والمشتري يدعى الأكثر، ومدعى الأكثر يحتاج إلى البيئه، وإلا فمدعى الأقل معه الأصل.

كما أنه قد عرفت مما تقدم فيما اختلفا في قدر الثمن ولأحدهما بينه، لم يكن الأمر من موضع التحالف الذى يحكم بينه أى واحد منهما، بل البيئه على المدعى البائع فرضاً، واليمين على من أنكر على التفصيل السابق.

كما عرفت الإشكال فى الحكم بالقرعه، كما أنه لا أثر لبقاء السلعه وعدم بقاء السلعه، حيث إن البائع هو المدعى للأكثر فالبيئه بينته لا بينه المشتري.

نعم لو أبرزوا الدعوى على وجه يكون كل منهما مدعياً ومنكراً، يكون الحكم لبيئه أحدهما لو كان لأحدهما بينه، ولحلف أحدهما لو حلف أحدهما فقط. أما إذا حلفا أو أقام كلاهما البيئه فيتساقتان، ويكون المحكم قاعده العدل لا القرعه.

فقول الجواهر: (لكن التحقيق مع إبرازهما الدعوى على وجه يكون كل منهما مدعياً ومنكراً يتجه قول الشيخ بالقرعه مع عدم الترجيح وزياده مخالفه الأصول على فرض تسليمها لا تقتضى جعله مدعياً بحيث ترجح بينته على الآخر، وإن أبرزها على وجه يكون البائع مدعياً والمشتري منكراً أو بالعكس إن أمكن فرضه بنى على مسأله ترجيح بينه الداخل أو الخارج) انتهى.

محل مناقشه من جهتي القرعه والإشكال فى المسأله فى ترجيح الداخل أو الخارج، وعليه فمقتضى القاعده أن فى مورد التحالف يحكم حسب قواعد التحالف، وفى مورد المدعى والمنكر يحكم على بينه المدعى ويمين المنكر.

((تخير الشفيع إذا قضى بالثمن))

ثم إن الشرائع قال: (وإذا قضى بالثمن تخير الشفيع فى الأخذ بذلك وفى الترك).

ونسب هذا القول إلى المبسوط أيضاً، لكن فى القواعد: (فيتخير الشفيع

بين الأخذ به والترك، والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري).

ونسب هذا القول الثاني مفتاح الكرامة إلى التحرير والإرشاد والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك والحواشي، ثم قال: (وفصل في التذكرة، فقال: الشفيع إن صدق البائع دفع ما حلف عليه، وليس للمشتري المطالبة لأنه يدعى أن ما أخذه البائع زائداً ظلماً فلا يطالب غير من ظلمه، وإن لم يعترف بما قال أدى ما ادعاه المشتري جميعاً، ووافقه على ذلك مولانا الأردبيلي، وهو جيد جداً، بل هو المتعين في النظر)، إلى آخر كلامه.

والأقرب هو قول العلامة ومن تبعه، لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ويدفع إليه الثمن وهو يزعم أن البائع ظالم بأخذ الزائد فلا يأخذ الشفيع به بعد الإقرار منه النافذ في حقه، بل عن الفاضل والشهيد التصريح بذلك حتى لو رجع إلى قول البائع وقال: كنت ناسياً إلى أن يصدقه الشفيع، وذلك لأن المقر على نفسه إذا ادعى الاشتباه أو ما أشبه لزم عليه الإثبات، وإلا أخذ بإقراره لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم) (١١)، وادعائه بعد ذلك النسيان ادعاء يحتاج إلى الإثبات، فهو كما إذا أقر بأن عليه لزيد ألفاً، ثم قال: اشتبهت، أو قال: غلطت عمداً، أو قال: بل دفعته إليه بعد ذلك، أو ما أشبهه، فإنه لا يؤخذ بكلامه الثاني لأنه إقرار لنفسه، وإنما يؤخذ بإقراره الأول لأنه إقرار على نفسه، وإقرار العقلاء إنما يثبت على أنفسهم لا لأنفسهم.

وعليه، فلو قال البائع: إنه مائة، وقال المشتري: إنه تسعون، دفع الشفيع التسعين، سواء أقام البائع البيه، أو لم يحلف المشتري ورد الحلف على البائع

ص: ٤١٦



وحلف، أو قلنا: إن الحكم يثبت بمجرد النكول، وكذا في مورد التحالف يأخذه الشفيع بما أقر المشتري على نفسه لا بما ثبت عليه شرعاً.

وكذا في كل مورد كان الإقرار خلاف الثبوت شرعاً بما كان ضرراً على المقر، كما لو ادعى أنه مسجد أو أنها مزوجه أو ما أشبهه، لكن الطرف أثبت أنه ملك فانتقل إلى المقر ما ادعى أنه مسجد، فإنه لا- حق له في بيعه، أو أن الطرف قال إنها غير مزوجه، كالاختلاف بين الأب والجد في أن بنتهما مزوجه أم لا، فأثبت الجد القائل بأنها غير مزوجه، فإنه لا يحق للأب تزويجها، إلى غير ذلك من موارد الاختلاف بين الثبوت شرعاً والإقرار، إلا- إذا كان في مورد دليل على الخروج وليس ما نحن فيه من المستثنى، بل من كلّي المستثنى منه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر، قال: (لكن قد يقال: بناءً على اعتبار دفع الثمن الواقع من الشفيع في التملك، والفرض عدم علم الشفيع، وعدم ثبوت الواقع منه بقول المشتري خاصة، يتجه توقف الحكم بتملك الشفيع على دفع الثمن الواقع، وليس إلا- ما يقوله البائع، خصوصاً مع إقامه البينه التي فرض قبولها منه، ومجرد اعتراف المشتري بكون الثمن كذلك لا يثبت الواقع. نعم مع مصادقه الشفيع له على ذلك يتجه الحكم بالتملك لا- لثبوت ذلك واقعاً، بل لكون الحق منحصرأ فيهما، فمع اتفاقهما عليه يحكم بالملك، بخلاف ما إذا انفرد المشتري فإن الإقرار في حقه لا يصير كون الثمن كذلك على وجه يحكم بحصول الملك للشفيع المعبر فيه دفع الثمن في نفس الأمر على وجه لو رضى المشتري بالأقل لم يملك بإنشاء الأخذ إلا إذا ثبت في ذمته، ثم يبرؤه المشتري منه، وحينئذ ففي المقام لا يحكم بتملكه الشقص إلا بدفع ما يعلم كونه

الثلث، وإن كان لا- يجوز للمشتري مطالبته بالزائد، بل ولا يملكه إن كان في نفس الأمر صادقاً، ولعل إلى هذا نظر المصنف والشيخ) انتهى.

إذ الكلام المذكور قد عرفت ما فيه، فإن الإقرار مقدم، ولذا قال الجواهر بعد ذلك: (ولكن مع ذلك فيه ما فيه باعتبار أن العين في يد المشتري وهو مقر للشفيع باستحقاق انتزاعها منه بكذا، فلا يلزم بغيره).

أما تفصيل التذكرة، ففيه إنه غير تام، فإنه لو قال المديون: إن الدائن يطلبه دينارين، وقال الدائن: بل دينار، فإنه إذا أعطاه ديناراً لم يحق له المطالبة، وإن بقى الأمر على الواقع، فإذا علم الشفيع أو ثبت عنده شرعاً أن الثمن ما صدقه بطلت شفيعته وإلا صحت الشفيعه حسب الإقرار، وإقرار الشفيع لا يغير من الواقع حتى تبطل شفيعته إذا كان الإقرار اعتباراً.

ومنه يعلم وجه النظر فيما استدل الإيضاح لإثبات قول المبسوط والمحقق بتضاد الأحكام.

قال في مفتاح الكرامة: (ومعناه أنه قد ثبت شرعاً أنه الثمن، فلو أوجب الشارع غيره أو أجاز له لتضاد الحكمان، وقد قال (عليه السلام): «لا يحكم في قضيه بحكمين مختلفين»<sup>(1)</sup>،) ويجاب بأن ذلك مع اتحاد الحكم والمحكوم عليه وله، وهنا المحكوم عليه المشتري، والمحكوم له الشفيع) انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده هو الأخذ بإقرار المشتري لا بدعوى البائع، سواء أقام البائع الحجة حتى ثبت قوله أم لا.

أما الرواية التي رواها مفتاح الكرامة عنه (عليه السلام) فلعله أراد النقل بالمعنى،

ص: ٤١٨

حيث يستفاد ذلك من كلام أمير المؤمنين (عليه السلام) في اختلاف القضاة في الفتيا(1)، كما لا يخفى لمن راجع نهج البلاغه وغيره.

((لو اختلفا في قيمة العوض))

ثم إن القواعد قال: (ولو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمناً عرض على المقومين، فإن تعذر قدم قول المشتري على إشكال).

أقول: العرض على المقومين هو الطريق شرعاً، لأنه يؤخذ بقول الخبره في أمثال المقام، ولا يكون الحكم حسب البيه والحلف والنكول، ولذا كان هو الذى اختاره التحرير والدروس والحواشى، كما نقل عنهم.

وفي مفتاح الكرامه: (معناه أنه لو اختلف الشفيع والمشتري في قيمة الجوهره المجعوله ثمناً بحيث لا يمكن معرفتها إلا بعد الرحيل والمسير يومين أو أكثر إلى المقومين الذين هم في بغداد مثلاً أو اصفهان، فإنه لا يقدم هنا قول المشتري بادئ بدء، لأنه يمكن العلم بذلك، وإن كان مع مشقه وعسر، فلا معنى لقوله في جامع المقاصد: لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين وإمكان استعمال قيمتها) انتهى.

وهو كما ذكره مفتاح الكرامه لما عرفت.

وأما قوله: (إن تعذر قدم قول المشتري)، فهو مقتضى القاعده على ما ذكره غير واحد، وفي إشكال القواعد عليه إشكال، حيث أشكل عليه جامع المقاصد بقوله: إن منشأ الإشكال في هذه المسأله هو منشؤه فيما إذا اختلفا في قدر الثمن، فحالها عنده كحالها، وقال: (إن في الفرق بين هذه المسأله ومسأله الاختلاف في قدر الثمن، حيث جزم بتقديم قول المشتري هناك، وتردد هنا

ص: ٤١٩

نظر)، وتبعه الجواهر وقال: لم يظهر لنا وجه معتد به لهذا الإشكال.

أقول: ولذا جزم بتقديم قول المشتري في التحرير والدروس، قال في أولهما: لأنهما كما إذا اختلفا في قدر الثمن.

أما توجيه الإشكال، كما نقل عن الإيضاح والشهيد من انتزاع الملك منه وأخذه منه قهراً، فلا يقهر على العوض أيضاً، فيقبل قوله مع يمينه، ومن أن الأصل عدم الزيادة، ففيه ما لا يخفى، إذ لا ربط بين أخذ الملك منه قهراً، وبين عدم ثبوت قوله، لأن الأصل مع طرفه.

ثم قال في القواعد: (ولو اختلفا في الغراس أو البناء، فقال المشتري: أنا أحدثه، وأنكر الشفيع، قدم قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه).

وعلق عليه مفتاح الكرامه: (وانتزاعه من يده)، كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد، وتبعهم في الجواهر معللاً له بأن الشفيع حيث يطلب تملكه عليه الأصل عدم تعلق حقه به، والظاهر أن الأولى تعليله بأنه ذو اليد، وذو اليد يسمع قوله، فلا حاجة إلى الأصل، لأن الأصل أصيل حيث لا دليل، سواء كان الأصل موافقاً أو مخالفاً، ولذا يقدم قول ذي اليد في أنه ملكه مع أننا نعلم سبق يد غيره عليه، إذا لم يكن هنالك دعوى مثلاً.

(إذا ادعى البيع للأجنبي)

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (قال في الخلاف: إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي، فأنكر الأجنبي، قضى بالشفعة للشريك بظاهر الإقرار، وفيه تردد، من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتاع، ولعل الأول أشبه).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة في القواعد: (ولو ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي قضى للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال): (قد قضى للشريك بالشفعة في المثال في الخلاف والمبسوط والتذكرة والمختلف والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والشرائع، ونفاها في السرائر وجامع الشرائع، ولا ترجيح في التحرير والإيضاح) (١).

ومقتضى القاعده هو ما ذكره الأولون لما احتج عليه الشيخ في الخلاف والمبسوط بأنه أقر بحقين أحدهما حق المشتري والثاني حق الشفيع، فإذا رد المشتري ثبت حق الشفيع، وحيث إن الإقرار قد تضمن حكيمين غير متلازمين ثبت بالنسبه إلى ما كان عليه ولم يثبت بالنسبه إلى ما كان على غيره، لأن «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، كما حقق في باب الإقرار، مثلاً لو قال زيد: إني اشتريت هذا من أبي، فالشفيع له الأخذ بالشفعه، وزيد بعد ذلك لا حق له في إرث ذلك الشيء إذا مات أبوه، لأنه اعترف بأن المال صار مالاً للشفيع، ولو وقع الشيء بوجه من الوجوه في يد المعترف لزم أن يعطيه للشفيع لأنه معترف بأنه للشفيع فيما نحن فيه أو غيره، فهو مثل ما إذا اعترف زيد بأن دار عمرو وقف مسجداً، فإنه لا ينفذ إقراره في حق عمرو، لكن إذا وقعت الدار في يده يجب أن يسلمه للوقف، أو اعترف بأن زوجه زيد هي زوجه عمرو، فإنه إذا طلقها زيد لم يحق له أن يتزوجها لاعترافه بأنها زوجه عمرو، إلى غير ذلك من الأمثله، كما ذكرنا طرفاً من ذلك في كتاب الإقرار والمعنا إليه هنا.

ص: ٤٢١

ومن ذلك يعرف وجه النظر فيما ذكره الحلبي في الإنكار على الشيخ، فقال في محكي كلامه: (إن الذي تقتضيه أصول أصحابنا ومذاهبهم أن الشفعة لا تستحق إلا بعد ثبوت البيع، ويستحقها ويأخذها من المشتري دون البائع، والبيع ما صح ولا وقع ظاهراً، ولا يحكم الحاكم بأن البيع حصل وانعقد، فكيف يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم أن يحكم، وكيف يأخذها من البائع، وأيضاً الأصل أن لا شفعة، فمن أثبتنا احتاج إلى دليل قاطع، وهذه المسألة حادثه نظريه لا يرجع فيها إلى قول المخالفين، ولذا رده المختلف بأن ثبوتها لا يتوقف على ثبوت البيع، بل على البيع نفسه، وقد أقر به البائع، سلمنا لكن ثبوت البيع بأمرين، إما بينه أو الإقرار، وقد حصل أحد الأمرين بالنسبة إلى المقر، ولهذا لو صدقه المشتري ثبتت الشفعة بمجرد الإقرار، ونمنع عدم ثبوته عند الحاكم بالنسبة إلى الشريك) انتهى.

والظاهر أنه لم يتعرض الجواب عن الأصل، لأنه لا مجال للأصل بعد وجود الإقرار، كما أنه لا مجال للأصل بعد وجود بينه أو ما أشبههما.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام مفتاح الكرامه في رد المختلف حيث قال: الأقوى هو قول السرائر نظراً إلى الأصل والإجماع على أن الأخذ من المشتري، والعله المومى إليها في خبر عقبه (١) ولا مخرج عنها، كما أخرج عنها في غير المسألة، إذ لا إجماع في المقام، والإطلاقات لندرته لا تتناولها، بل قولهم (عليهم السلام): «باع نصيبه» (٢)، وباع الدار، الى غير ذلك لا يتناول من ادعى البيع لردت دعواه بحق المنكر، خصوصاً الخبر الذي سئل فيه عن الشفعة لمن

ص: ٤٢٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١

هى، وفى أى شىء هى، فقال: «إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره»<sup>(١)</sup>، انتهى كلامه.

وفيه: إننا لا نريد إثبات البيع، وإنما نريد الأخذ بالإقرار، والإقرار كالبينه طريق كما ذكره المختلف، فحال المقام حال ما إذا كان شىء فى يد ذى اليد وباعه فإننا لا نعلم بالبيع قطعاً، وإنما نحكم به ظاهراً.

ومنه يعرف وجه النظر فى قول الجواهر حيث إنه بعد نقله كلام السرائر قال: (هو فى غايه الجوده، خصوصاً بعد ما سمعته منا من عدم ثبوت البيع بإقرار المشتري مع البائع، فضلاً عن البائع خاصه، ومن مخالفه الشفعه للأصل التى ينبغى الاقتصار فيها على المتيقن، فضلاً عما كان المنساق من الأدله خلافه، ومن الإجماع بقسميه على أن الشفيع يأخذ من المشتري على وجه يكون دفع الثمن جزء مملك ومعلوميه عدم ثبوت الموضوع بالإقرار الذى هو حجه على المقر نفسه، لا أنه يثبت موضوعاً علق الشارع عليه حكماً، والأخذ بالشفعه مع التصديق بين الشفيع والمشتري ليس لثبوت الموضوع، بل لأن الحق منحصر فيهما وقد اعترفا به، ولا يبعد هنا مع فرض تصديق الشفيع مع البائع أن يكون له الأخذ مع دفع الثمن للحاكم، بناءً على عموم ولايته لمثل هذا).

ولذا أضرب عن هذا الكلام أخيراً بما اقترب من قول المشهور، وإن علقه على شىء غير تام، قال: (وبالجمله فإن كان المراد ثبوت الشفعه بالإقرار المزبور على وجه يترتب عليها حكمها الذى منه بطلانها مع عدم الفور ونحوه، فلا ريب فى عدم ثبوت ذلك بإقراره مع المشتري، فضلاً عن أحدهما خاصه، وإن كان المراد أن للشفيع الأخذ مؤاخذه للمقر بإقراره فلا بأس به) انتهى.

ص: ٤٢٣

فإن مقتضى القاعده أن له الحق فى الأخذ بالشفعه بالنسبه إلى المقر، وكل شؤون الشفعه جاريه حتى الفوريه إذا لم نقل بأنه من الأعدار.

نعم لا يتمكن هو من جعل الدرک على المشتري، لأن البيع إنما يثبت بالإقرار، والإقرار إنما يكون حجه على المقر لا على غيره، كما ثبت فى محله.

ولذا قال فى المسالك: (إن أقر البائع بقبض الثمن دفعه الشفيع للحاكم لأنه مستحق عليه، ولا يدعيه أحد وإلا كان للبائع أخذه قصاصاً)، وإن استغربه الجواهر قائلًا فى رده: (ضروره عدم تماميته، بناءً على مدخليته فى التملك، والمقاصه التى ذكرها لا وجه لها بعد عدم ملك المشتري له، وخصوصاً بعد إحلاف المشتري) انتهى.

إذ حيث إن البائع يقر بأنه باع، فإن كل الآثار مترتبه على البيع حسب إقراره، فحال الإقرار حال البيئه، وحال قول ذى اليد فى كل ما كان على المقر، وإذا كان كذلك صحت المقاصه أيضاً.

أما ما ذكره المسالك بعد ذلك حيث قال: (ولا يثبت الدرک على المشتري لعدم ثبوت البيع بالنسبه إليه، بل يبقى على البائع)، فهو كما ذكره.

ولا يرد عليه إشكال الجواهر بقوله: (وفيه: إنه لا وجه لكون دركه عليه بعد إقراره بكون الشقص ملكاً لغيره) انتهى.

إذ الوجه أن (من له الغنم فعليه الغرم)، فكما أنه يأخذ المال من الشريك كذلك يكون الدرک عليه.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا مات الأجنبى ووارثه لا يعلم صحه البيع وعدمها، وكذلك إذا جن الأجنبى وكان له ولى، أو غاب غيبه منقطعاً مما كان ولىه الحاكم الشرعى، إلى غير ذلك من الأمثله.



أما إذا قال البائع: إني بعته للمشتري وقبضت منه الثمن، فإنه يأخذ الشريك بالشفعة، ويعطى الثمن للحاكم، لأن الحاكم ولي الممتنع، ويكون حال هذا المال حال سائر الأموال التي يكون مرجعه الحاكم مما ينكره الطرفان مع علم الحاكم بأنه لأحدهما.

ومنه يعلم أن وجه ترديد مفتاح الكرامة في المال غير ظاهر، قال: (ثم ما ذا يكون حكم الشفيع إذا اعترف البائع بأنه قبض الثمن من المشتري، وأنكر المشتري ذلك، يأخذ الشفيع بغير ثمن، أم يقال للمشتري: إما أن تقبض أو تبرء، مع أنه لا- يجب عليه شيء منهما، بل قد يكون لا يريد أن يأخذ الثمن من الشفيع، لعلمه بأن ماله حرام أو فيه شبهة، أم يقرر الثمن في ذمه الشفيع، لأنه معترف له به، ولا- يدعيه مع أن عليه ضرراً في إبقاء حق غيره في ذمته، أم يدفع للحاكم فيتصدق به عن مالكه، لأنه كمجهول المالك، أم يضعه في بيت المال حتى إذا اعترف به أخذه، أم يضعه في بيت المال مع الأموال الضائعة، أم يكون حاله حال مال بيت المال كما يقوله العامه، وماذا يصنع البائع إذا لم يعترف بالقبض، يأخذ الثمن من المشتري وهو لا يستحقه عليه، أم يأخذه بعنوان القصاص من المشتري ولم يملك)، إلى آخر كلامه.

فإن هذه الترديدات كما ترى، حيث إن المال إذا كان مردداً بين نفرين أجريت فيه قاعده العدل من التقسيم بينهما، لأنه لا أولويه لأحدهما على الآخر، وكلاهما على الفرض مقر بأنه ليس له، كما أنه لا وجه لإعطائه لغيرهما أو التقسيم بينهما بدون العدل، بأن يعطى لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين مثلاً، كما ذكرنا ذلك في بعض مباحث (الفقه) مفصلاً.

ومنه يعلم حال ما إذا قال: أخذت بعضه ولم آخذ بعضه بعد، فإنه بالنسبه

إلى كل بعض يجرى حكم الكل، إذا نفى أخذه أو أثبته.

كما أن مما تقدم يعلم حال ما إذا اعترف المشتري بأنه اشتراه وأنكر الشريك، حيث إن الشفيع له الأخذ بالشفعه ويتربص الفرصه بأنه إذا انتقل إليه بالإرث ونحوه مثلاً يأخذه منه، لقاعده إقرار العقلاء وغيره مما تقدم.

((إحلاف المشتري))

ثم قال فى القواعد: (وللشفيع دون البائع على إشكال إحلاف المشتري).

وفى مفتاح الكرامه حاصله: (إنه إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبى وأنكر الأجنبى فلا شك، كما فى الإيضاح فى إحلاف الشفيع للمشتري، إما لإثبات الشفعه على قول ابن إدريس، أو لإثبات الدرك، وهذا الذى نفى الشك فيه توقف فيه فى التذكرة والدروس حيث لا ترجيح فيهما، وفى التحرير والمسالك إنه أقوى، ووجه العدم أن مقصوده أخذ الشقص وضمنان العهد، وقد حصل من البائع فلا فائده فى المحاكمه).

أقول: الظاهر أن كل واحد من البائع والشفيع له حق الإحلاف على المشتري، لتعلق حقهما معاً بذلك.

ولذا قال فى الجواهر: (وعلى كل حال، فلا إشكال فى أن للبائع إحلافه إذا لم يكن قد قبض الثمن، بل ومع قبضه من الشفيع، وإن استشكل فيه فى القواعد، وأما الشفيع فله إحلافه أيضاً، كما صرح به غير واحد، بناءً على قبول الدعوى منه وإن لم يكن جازماً بها، تحصيلاً لإقراره وضمنانه الدرك وغير ذلك مضافاً إلى الصدق المزبور) انتهى.

((إحلاف البائع))

أقول: ومنه يعرف أنه لو ادعى المشتري الاشتراء وأنكر البائع، فإن

لكل من المشتري والشفيع إحلاف البائع لتعلق حقهما معاً به.

ثم إن الحلف بالجزم إذا لم يدع النسيان وكان هو الطرف، أما إذا كان وارثه أو وليه أو وكيله أو وصيه أو ما أشبهه، أو ادعى النسيان، فالحلف يكون على عدم العلم حسب قوانين الادعاء والإنكار، والله سبحانه العالم.

ص: ٤٢٧

((ادعاء ابتياع الشريك))

(مسألة ٣): قال في الشرائع: (إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده فأنكر، فالقول قول المنكر مع يمينه).

أقول: هذا الادعاء ينفع في أنه يستحق الشفعة عليه، فإن ادعاء ابتياع الشريك بعده مع كمال شرائط الشفعة يوجب استحقاق هذا المدعى للأخذ بالشفعة وعليه اليينه، وعلى طرفه المدعى عليه اليمين، وإذا لم يحلف يبنى على القولين في الحكم بمجرد الحلف أو بعد رد اليمين على المدعى.

وكيف كان، ففي الجواهر: بلا خلاف أجده بين من تعرض له.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو ادعى تأخير شراء شريكه، فالقول قول الشريك مع يمينه) (١): (كما صرح بذلك في المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضه والإرشاد ومجمع البرهان) (٢).

وذلك لأصالة عدم تحقق شرط الشفعة.

لا يقال: إنها معارضة بأصالة عدم تقدم شرائه، إذ بعد تساقط الأصلين يرجع إلى الشك في تحقق الشرط فعلى مدعيه الإثبات.

ومنه يعلم حكم الجهل بأحد التاريخين، أو الشك فيهما، أو الجهل بهما، ولو ادعى كل واحد أنه مقدم على شريكه فأخذ بالشفعة كان الأمر بينهما نصفين أيضاً، لقاعده العدل إذا لم يكن هنالك بينه ولا حلف.

ثم قال الشرائع: (فإن حلف أنه لا يستحق عليه شفعه جاز، ولاى كلف اليمين أنه لم يشتر بعده).

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده أيضاً بين المتعرضين له.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ويكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة) نسبتته إلى المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع

ص: ٤٢٨

١- قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٦٢

٢- مفتاح الكرامة: ج ١٨ ص ٧٥٨ \_ ٧٥٩ ط الحديثه

المقاصد والمسالك والروضه، ووجهه واضح، لأن الحلف على الأعم مع ادعاء الأخص هنا وفي غيره مشمول لقوله (صلى الله عليه وآله): «واليمين على من أنكر»<sup>(١)</sup>. فإنه إذا ادعى أنه يطلبه ديناراً لأنه اشترى منه شيئاً فحلف على أنه لا يطلب منه شيئاً شمل الادعاء وغيره.

أما العكس فلا يصح، بأن يدعى الأعم ويحلف على الأخص، لأن انتفاء الأخص لا يوجب انتفاء الأعم كما هو واضح. وبذلك ظهرت الأقسام الأربعة، بأن يدعى الأخص أو الأعم، ثم يحلف على الأخص أو الأعم.

وفي المسالك وتبعه مفتاح الكرامه أن لبعض العامه وجهاً لتحتّم الحلف على نفى الأخص على طبق الدعوى، ووجهاً آخر بأنه يجب الحلف على نفى الأخص إن أجاب به، لأنه لم يجب به إلا ويمكنه الحلف عليه، وإن أجاب بالأعم ابتداءً لم يكلف غيره، وفي كلا الوجهين نظر، لما عرفت من أنهما خلاف قوله (صلى الله عليه وآله): «البينه على المدعى واليمين على من أنكر». فإن العرف يفهم منه صحه الحلف على نفى الأخص، وعلى نفى الأعم فيها إذا نفى الأخص في دعواه.

ومنه يعرف أنه لا وجه للمناقشه التي ذكرها الجواهر<sup>(٢)</sup>، بأن ظاهر قوله (صلى الله عليه وآله): «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»، كون كيفية اليمين على ما وقع منه من الإنكار، ولذا قال بعد ذلك: لكنه واضح الضعف بعد فرض كون الجواب صحيحاً، لأنه يمكن أن يكون قد اشترى بعده ولكن سقطت الشفعه بمسقط، ولا يستطيع إثباته لو ادعاه.

ص: ٤٢٩

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢١٥ الباب ٢٥ من كيفية الحكم ح ٣

٢- الجواهر: ج ٣٧ ص ٤٦٠

ومنه يعلم، أنه لا- فرق بين الحلف على نفي الأخص فيما إذا ادعى الأعم في عدم القبول بين أن يكون الحلف على نفي الأخص مطلقاً، أو لنفي الأخص من وجه، كما إذا ادعى أنه لا إنسان في الدار ثم حلف على أنه لا أبيض في الدار، فإن كلا الحلفين غير نافع، لأنهما ليس حلفاً على نفي الدعوى لإمكان تحقق العموم من وجه بفردة الآخر غير المحلوف عليه.

((إذا قال كل منهما أنا الأسبق))

ثم قال الشرائع: (ولو قال كل منهما: أنا أسبق فلي الشفعه، فكل منهما مدع، ومع عدم البيئه يحلف كل منهما لصاحبه، وتثبت الدار بينهما).

أقول: إن ادعى كل منهما ذلك فيما أن يقيما البيئه أو يحلفا أو يقيم أحدهما البيئه أو يحلف أحدهما، فإن أقاما كل منهما البيئه أو حلفا أو لم يكن لأحدهما بيئه ولا حلف فلا شفعه لأحدهما على الآخر، بل تثبت الدار بينهما لقاعده العدل.

أما إذا أقام أحدهما البيئه فالحكم له، وكذلك إذا حلف أحدهما فالحكم له.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البيئه): صرح بذلك الشرائع والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان.

ثم قال: (ويأتى للمصنف فى الكتاب وغيره والشيخ والقاضى فى المسأله أنه يسمع من أحدهما أولاً لسبقه أو للقرعه أو لكونه عن يمين صاحبه حتى تنتهى دعواه، ثم يسمع من الآخر دعواه) انتهى.

وقد أخذ منه الجواهر حيث قال: (قد يشكل ذلك بأنهما دعويان مستقلان لا دعوى واحده يكون الحكم فيها بالتحالف فيتجه حينئذ فيها أن يقال: إنه إن

سبق أحدهما بالدعوى أو كان عن يمين صاحبه، وقلنا بالترجيح، أو أقرع الحاكم فى استخراج تقديم أيهما فى الدعوى، مع فرض تقارنهما يسمع دعواه ويحلف المنكر مع عدم اليينه، فإن نكل حلف المدعى وقضى له ولم تسمع دعوى الآخر بعد استحقاق خصمه ملكه، بناءً على اعتبار بقاء الملك فى استحقاق الشفعه. نعم لو حلف ولم ينكل سقطت دعوى خصمه عليه الشفعه وبقيت له دعوى بها عليه، فإذا ادعى بها وحلف خصمه استقر الملك بينهما على الشركه بلا شفعه، وإن نكل حلف هو وشفع إن أراد وصار الكل له، كما صرح بذلك فى موضع من القواعد، بل هو المحكى عن المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) انتهى.

لكن مقتضى القاعده حيث ذكرنا فى كتاب القضاء أن المعيار فى الدعوى المصب لا المآل أنه إن أبرزوا دعويين كان كما ذكر، أما إذا ذكرا دعوى واحده فهو كما ذكرناه أولاً، إذ من الممكن إبرازهما بصورة دعويين باعتبار أن كلاً منهما يدعى الشفعه فى شقص الآخر فهما دعويان لشفعتين، كما يمكن إبرازهما على وجه يكون كالدعوى الواحده باعتبار أن كلاً منهما يدعى السبق الذى هو واحد، وبذلك يظهر أنه لا تنافى بين الكلامين الذين ذكرهما القواعد وغيره ممن عرفت، فإذا كانت دعوى واحده كان كما ذكره الشرائع وغيره، وإن كانت دعويين كان كما ذكره المبسوط وغيره.

ولذا قال فى الجواهر أخيراً: (إنهما إن اختارا إبرازها بعنوان دعويين مستقلين فحينئذ يأتى كلام الشرائع الذى هو البدء بإحدهما على حسب غيرها من الدعوى، فإذا انتهت توجهت الأخرى إن بقى لها محل) انتهى.

فإن الحاكم إنما ينظر إلى الدعوى كما تعنون لا إلى المآل أو ما يحتمل أنه المراد من الدعوى، فقد يختلف الزوجان مثلاً في وجوب النفقة لها عليه وعدم الوجوب، وقد يختلفان في أن العقد متعه أو دوام، فإذا فرض أن فائدة الدعوى الثانية إنما هي النفقة لا يقال: إن الخلاف في النفقة وعدمها، بل يقال: بأن الفرق بين المتعه والدوام الاشتراط في العقد وعدمه.

ومن الواضح انعكاس الأصل في مصب الدعويين، وإن كان المآل واحداً، إلى غير ذلك من الأمثلة مما يمكن أن تعنون الدعوى بعناوين متعددة يكون الحق في بعضها لهذا الطرف، وفي بعضها للطرف الآخر حسب الأصل، وقد ذكرنا بعض تفصيل ذلك في أواخر شرح العروه وكتاب القضاء وغيرهما.

وكيف كان، فقد قال في الشرائع: لو كان لأحدهما بينه بالشراء مطلقاً لم يهتم بها، إذ لا فائدة فيها، ولو شهدت لأحدهما بالتقدم على صاحبه قضى بها).

ووجه كلا الحكمين واضح، إذ في الأول لا نزاع بينهما في الشراء المطلق الذي لا يثبت الشفعة، والثاني مشمول للأدلة، فإن البينة على التقدم مقتضى بها، وإن كان للآخر البينة المطلقة حيث لا فائدة في البينة المطلقة في مقابل البينة المقيده.

ومنه يعلم أنه لا يظهر وجه لمناقشه صاحب الجواهر، حيث قال: (لكن قد يناقش بأنها أعم من اقتضاء الشفعة إلا أن يكون مورد النزاع بينهما كذلك لا أنه أمران السبق واستحقاق الشفعة، كما هو ظاهر المتن)، إذ لا ظهور للمتن في ذلك، بل ظهور المتن فيما ذكرناه.

قال في الشرائع: (ولو كان لهما بينتان بالابتاع مطلقاً، أو في تاريخ واحد فلا ترجيح)، وذلك واضح لعدم الفائدة في المطلقة، واقتضاء الثانية عدم الشفعة بينهما لعدم السبق من أحدهما كما ذكره الجواهر.

ثم إن كان لكليهما بينه



واحد شهدته لهذا تاره ولذلك أخرى، فمع عدم التعارض بأن كانت إحداهما مطلقه والأخرى مقيدة فلا كلام، أما مع التعارض فهما ساقطتان للمناقضه بين كلامهما حيث لا يشمل مثله أدله البيئه، وبذلك يرفع احتمال قبول قولهما الأول، حيث إنه لا مانع منه بخلاف الثاني، حيث أنه لا يبقى مجال له مع القول الأول، إذ بعد عدم شمول الأدله لمثل القولين لا وجه لهذا الوجه الاستحسانى.

ويؤيده ما رواه محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق، وليس الذى قطع يده إنما شبهنا ذلك بهذا، ففضى عليهما أن غرمهما نصف الدية ولم يجر شهادتهما على الآخر» (١).

ومثله بعض الروايات الأخر التى ذكرها الوسائل وغيره فى باب أنه إذا شهد شاهدان بالسرقة، ثم رجعا بعد القطع ضمنا ديه اليد، فإن شهدا على الآخر بالسرقة لم يقبل (٢).

ثم قال الشرائع: (ولو شهدت بيته كل واحد منهما بالتقدم قيل تستعمل القرعه، وقيل سقطتا وبقي الملك على الشركه).

قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولو شهدت بيتان كل منهما بالسبق احتمال التساقت والقرعه): (ومثله فى عدم الترجيح الشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف، وفى المبسوط وجامع المقاصد أن الأقوى القرعه، وبه جزم فى المهذب، وفى الإيضاح والمسالك أن الأولى التساقت والتحالف، واستبعده فى جامع المقاصد لانتفاء اليمين عن الدعوى مع قيام البيئه، ونقل

ص: ٤٣٣

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من الشهادات

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من الشهادات

فى المختلف الاحتمال الأول قولاً ولم نجده، وإنما هو احتمال لنا وقول للعامه، واحتمل فى التذكره أيضاً القسم بينهما).

أقول: أما وجه التساقط فلأنهما طريقان متعارضان، ولذا بنى جماعه من الفقهاء على التساقط فى مثل ذلك، لعدم شمول الأدله للمتعارضين، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر فلا بد من التساقط وعدم الحكم بالشفعه، ووجه القرعه أن إحداهما كاذبه، وذلك غير معلوم، فاللازم أن تستخرج بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل ((١)).

هذا بالإضافة إلى بعض الروايات الداله على ترجيح القرعه لإحدى البيئتين ((٢)).

ووجه التحالف بعد التساقط أنه بعد تساقط البيئتين تبقى الدعويان على حالهما، وقد ذكر المسالك أن الحكم باليمين مع سقوط البيئه ليس ببعيد، ووجهه أن النبى (صلى الله عليه وآله) حصر الأمر بين البيئه واليمين ((٣))، فإذا سقطت البيئه بسبب التعارض كان المجال لإطلاق دليل اليمين.

وأشكل عليه فى مفتاح الكرامه بأنه لم نجد له أثراً فى مثله أصلاً فى التحالف والتساقط، وقال: فتعينت القرعه.

كما أنه أشكل المفتاح الكرامه فى التساقط بقوله: لكننا لم نجدهم أسقطوا البيئتين يوماً، بل إما قسموا المال بينهما نصفين إذا كان فى يدهما، أو فرعوا إلى القرعه فقط، أو الحلف بعدها إذا كان خارجاً عنهما.

وتبعه الجواهر فيما ذكره، فقد قال بعد نقله كلام المسالك: (بأن الحكم باليمين مع سقوط البيئه ليس بالبعيد، وكأنه لعدم تحريره المسأله فى كتاب القضاء ضروره معلوميه عدم سقوط البيئه عندهم بحال، كضروره كون القاعده عدم اليمين معها، فليس حينئذ إلا

ص: ٤٣٤

١- انظر الجواهر: ج ٣٧ ص ٤٥١، والفقيه: ج ٣ ص ٥٢ الباب ٣٨ فى الحكم بالقرعه ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٣ الباب ١٢ من كيفيه الحكم

٣- لوسائل: ج ١٨ ص ١٧١ الباب ٣ من كيفيه الحكم

القرعه بعد عدم إمكان القسمة بجعل الشفعه لكل منهما فى النصف، لعدم تبعض الشفعه) انتهى.

لكن يمكن أن يقال: بترجيح إحدى البيئتين على الأخرى بالتراجيح التى وردت فى بعض الروايات(1)، وذكرناها فى كتاب الشهادات، إلا أن يقال: بأن الأمر لما كان مالياً كان مقتضى القاعده إجراء قاعده العدل.

ص: ٤٣٥

---

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٧٥ الباب ٩ من صفات القاضى ح ١

((إذا اختلفا في الإرث والابتياح))

(مسألة ٤): قال في الشرائع: (إذا ادعى الابتياح وزعم الشريك أنه ورث وأقاما بينه، قال الشيخ: يقرع بينهما لتحقق التعارض).

وذلك بأن يدعى الشريك على الشريك أنه انتقل إليه الشقص بالابتياح، لكن الشريك قال: إنه ورث، وكذا الحكم إذا ادعى الشريك أنه صولح عليه أو أخذه جعاله أو هبه أو ما أشبه مما لا شفعه، وأقام كل واحد منهما بينه، فالشيخ يقول: حيث لا ترجح فيشبهه الحال في صدق أحدهما يستخرج بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل خلافاً للمشهور، حيث قدموا بينه الشفيع.

قال في القواعد: (ولو ادعى الابتياح وادعى الشريك الإرث، وأقاما بينه قيل يقرع، والأقرب الحكم بينه الشفيع).

وفي مفتاح الكرامة: (إن الحكم بينه الشفيع خيره الحواشي وجامع المقاصد والمسالك، وفي التذكرة إنه قوى، واحتمله في الدروس لأنه المدعى في الحقيقة، لأن القول قول مدعى الإرث مع اليمين فتكون بينه بينه الشفيع، ولأنه لو ترك لترك، ولأنه يطلب انتزاع ملك المشتري، ويدعى استحقاق ذلك والشريك ينكره، فلم يكن الملك فيه مشكلاً محلاً للقرعه، وزاد في جامع المقاصد ما نبه عليه في الدروس من أنه ربما لم يكن بين البينتين تعارض، إذ ربما عولت بينه الإرث على أصاله بقاء الملك إلى حين الموت فانتقل بالإرث لعدم علمها بصدور البيع، لأن استنادها في ذلك إلى الاستصحاب كاف، وبينه الشراء اطلعت على أمر زائد، ووافقه على ذلك صاحب المسالك، ولا ترجيح في الشرائع والتحرير والإيضاح) انتهى.

ومقتضى القاعده هو ما ذكره، لا ما ذكره الشيخ، للدليل المتقدم من أن الشفيع خارج يريد أخذ المال فعليه بينه، وإنما على المنكر اليمين وهو

المالك المدعى للإرث، وذلك إنما يصح فيما يمكن أن يكون وارثاً.

أما إذا لم يمكن فالعلم حائل دون قبول قول المالك، بأن يكونا أجنبيين مثلاً، من غير فرق في ذلك كله بين تعارض البيتين، كما لو قال: أعلم أن المالك لم يبع له بل ورث، أو قال: أعلم أنه لم يبع له، بدون أن يقول: بل ورث، وبين عدم تعارضهما، كما إذا قال: كان لمورثه، والأصل بقاءه حتى ورث، ولا أعلم أنه باع أو لا، لو حده المناط في الجميع، وهو كون البينه على المدعى الذي هو الشفيع.

ولا فرق في دعوى الشريك عدم الابتياح فقط، أو الإرث، أو الانتقال بالصلح، أو نحو ذلك، إذ المهم في الدعوى أن الشريك منكر، سواء أضاف شيئاً آخر أو لم يصف، ولذا لا ينظر إلى ذلك بالنسبة إلى سائر الدعاوى، كما أنه إذا كان شيء في يد زيد، فقال عمرو: هو مالي، وقال زيد: هو مالي بالإرث مثلاً، فإنه لا ينظر إلى قوله بالإرث، وإنما يكون الخارج مدعياً عليه البينه والداخل منكرًا، ويحلف على عدم كونه ملك المدعى، أما كونه إرثاً أو لا فهو خارج عن مصب الدعوى، سواء أثبتته أو لم يثبتته.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (لكن قد يقال: إن ذلك حيث يكون جواب الشريك عدم الابتياح لا الإرث أو الانتقال بالصلح أو نحو ذلك مما يكون به مدعياً زياده على الإنكار، وحينئذ يتجه ما يقوله الشيخ، ضروره كون كل منهما مدعياً أمراً خارجاً عن الأصل، وكون القول قول الشريك مع عدم البينه لو اقتصر على الإنكار لا- يقتضى كونه كذلك حتى إذا ادعى أمراً آخر، والفرض أنه أقام البينه عليه، وتظهر الثمره أنه لو لم تكن إلا- بينته لم يكن عليه يمين، وإن قلنا: إن المنكر لا- تسقط عنه اليمين بالبينه، ولعل التأمل في بعض كلامهم

فى مسأله الإيداع يشهد بذلك فى الجملة خصوصاً بعد ظهوره فى القرعه مع المنافاه) انتهى.

غير ظاهر الوجه، نعم إذا كان أثر لإثباته الإرث مثلاً كان دعوى أخرى.

ثم قال القواعد: (ولو صدق البائع الشفيح لم تثبت).

وفى مفتاح الكرامه: كما فى التحرير وجامع المقاصد.

أقول: قد تقدم أن للبائع الحق فى أن يكون شاهداً لإطلاق أدله الشهاده، ولا مخرج له إلا ما تقدم من أنه إقرار فى حق الغير فلا يقبل، ولا يعد مثل ذلك شهاده لأنها على فعل نفسه، وأنه مورد التهمه، وقد عرفت أن كل ذلك لا يقاوم إطلاق أدله الشهاده.

ومنه يعرف أن قول مفتاح الكرامه: (لو ادعى على شريكه شراء نصيبه من زيد فصدقه زيد، وأنكر المشتري وقال: إني ورثته من أبى، لا يقبل، لأن تصديق من خرج عنه الملك إلى الغير إقرار فى حق الغير فلا يقبل، ولا يعد مثل ذلك شهاده لأنها على فعل نفسه فى موطن تهمه)، محل نظر.

وإن تبعه الجواهر بقوله: (لو أقر زيد بالبيع أيضاً فكذلك لأنه إقرار فى حق الغير، ولا يكون بذلك شاهداً لما عرفته سابقاً من عدم قبولها على فعل نفسه، وما ذكره من جر النفع بها، وليست الشفعه من حقوق العقد التى يقبل فيها قول البائع باعتبار كونه إقراراً فى حق نفسه، وإنما الشفعه حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع) انتهى.

نعم من الواضح أن البائع يكون أحد الشاهدين، لا- أنه يثبت به مطلقاً، فاللازم إما ضم شاهد آخر فيما إذا كان رجلاً، أو ضم اليمين أو تماميه شرائط الشهاده فى المرأه إذا كانت امرأه.

ثم إنه يلزم أن يقيم الشفيح البيه على أنه انتقل إلى الشريك بالبيع، أما أنه

إذا أقام بينه لا تدل على ذلك، كما لو شهدت البينه أنه كان لزيد مثلاً، فإن ذلك لا ينفع الشفيع، كما نبه عليه الجواهر قائلًا: (ولو أقام الشفيع بينه أنه كان لزيد مثلاً لم تفده)، آخذاً ذلك من القواعد حيث قال: (وكذا لو أقام الشفيع بينه أنه كان للبايع ولم يقم الشريك بينه بالإرث لأنها لم تشهد بالبيع)، وفي مفتاح الكرامه: (كما في التحرير وجامع المقاصد، لأنها لم تشهد بالبيع فما لم يثبت البيع لم تثبت الشفعه) (١).

أقول: الظاهر أنه لا فرق بين أن تكون بينه الشفيع قائمه على البيع، أو قائمه على نفى كل أنحاء الانتقال ما عدا البيع، بأن نفى الجعالة والإرث والانتقال بسبب الحيازه والهبة والصلح وما أشبه مما لا يبقى إلا البيع، فإنه مثبت أيضاً لقول الشفيع، فهو كما إذا ادعت المرأه مثلاً- الانقطاع والرجل الدوام، وأتى الرجل بينه على أنه لم يكن انقطاع ثبت قوله، إذ لا فرق في إطلاق أدله البينه بين الأمرين، فإذا ادعت المرأه الانقطاع لمدة شهر والرجل لمدة شهرين، فلا فرق بين أن يقيم الرجل البينه على كلامه أو على نفى كلامها، ففي كليهما يثبت قول الرجل، وكذا فيما أشبه ذلك.

ومما تقدم يعرف وجه النظر في قول الجواهر: (ولو ادعى الشريك أن زيداً باعه إياه، وصدقه زيد على ذلك، ولكن الشريك يقول: إني ورثته من أبي، لم تثبت الشفعه أيضاً، إذ تصديق زيد لا يمضى إقراراً على غيره ولا شهادة على فعله)، إذ قد عرفت أنه لا بأس بكونه من الشهود، لإطلاق أدله الشهاده.

((لو اختلفا بين الإيداع والابتياح))

قال في الشرائع: (ولو ادعى الشريك الإيداع، قدمت بينه الشفيع، لأن الإيداع لا ينافى الابتياح).

أقول: إذا اختلفا بين الإيداع والابتياح، فإما لهما البينه، أو يحلفان، أو

ص: ٤٣٩

لا بينه ولا حلف لأحدهما، أو يحلف أحدهما، أو يقيم بينه، ومقتضى القاعده أن بينه على الشفيح والحلف على الشريك، لأن الشفيح مدع والبينه على المدعى، والشريك منكر فالحلف عليه.

فإذا أقاما بينه قدمت بينه الشفيح، وإذا حلفا قدم حلف الشريك، وإذا أقام الشفيح بينه فلا مجال للحلف، كما أنه إذا لم يكن له بينه لم يكن عليه حلف وإنما الحلف للشريك.

وما ذكره الشرائع تبعه عليه القواعد والتحرير وغيرهما.

((صور المسأله أربع وعشرون))

وقد ذكر فى المسالك أن صور المسأله أربع وعشرون، وتبعه على ذلك مفتاح الكرامه والجواهر قال: (فإن لم يكن لهما بينه فالقول قول مدعى الوديعه، لأصاله عدم الشفعه واعترافه بعدم الملك، وإن أقام بينه فلا إشكال فى قبولها لأنه خارج، وإن أقاما معاً بينه بأن أقام المدعى بينه بالشراء، والمدعى عليه بينه بالإيداع فلا يخلو إما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين، أو إحداهما مطلقه والأخرى مؤرخه، إما بينه الإيداع أو بينه الابتاع، فالصور أربع.

وعلى تقدير التاريخ، إما أن يتحدا فى وقت واحد، أو يتقدم تاريخ الابتاع أو تاريخ الإيداع، فصارت الصور ستاً.

ثم على جميع التقادير، إما أن يتعرض كل واحد من البينتين إلى الملك للبائع والمودع، بأن يقول بينه الشفيح: إن البائع باع ما هو ملكه، وبينه الإيداع: إنه أودع ما هو ملكه، أو لا يذكر ذلك، أو يذكر أحدهما دون الآخر، أو يذكر إحداهما دون الأخرى، فالصور أربع أيضاً مضروبه فى الست السابقه، والمرتفع وهو أربع وعشرون صوره، هى أقسام المسأله) انتهى.

ومقتضى القاعده أنه مع عدم التنافى بين البينتين كصوره إطلاقهما، أو تقديم بينه الإيداع فى التاريخ على بينه الابتاع، أو كانت بينه الإيداع مطلقه، وبينه الابتاع مؤرخه، أخذ بكلتا البينتين.



أما مع التنافى بينهما، فإنه يؤخذ بينه الشفيع لما عرفت من أنه المدعى الذى يؤخذ بينته، والآخر المنكر، كما أن الحلف إنما يكون فيما إذا تحالفا، وكانت المنافاه بينهما للمنكر.

أما ما ذكره المسالك من قوله: (لا منافاه \_ مع سبق تاريخ الابتياح \_ أيضاً لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه بلفظ الإيداع، فاعتمده الشهود، وهذا وإن كان خلاف الظاهر والمعروف من معنى الإيداع إلا أن بناء ملك الإيداع على ظاهر الأمر، وعقده على التساهل، ومن ثم اكتفى فيه بالفعل فسهل الخطب فيه) (١). وقد تبع فى ذلك التذكرة على المحكى عنه.

ففيه: ما ذكره الجواهر (بعدم صلاحية مثل ذلك للجمع بين البينتين، وإلا فمثله يأتى فى بينه الابتياح، نعم يمكن فرضه بإمكان شرائه منه بعد بيعه له ثم إيداعه له) (٢) انتهى.

والحاصل: إنه قد ينقلب المدعى منكرًا، والمنكر مدعيًا فى جهة أخرى، مثلاً لو قال بينه الإيداع: أودع الجمعه، وبينه الشفيع: باع الخميس، فإن ادعى الشفيع أن الإيداع كان صورياً وأقام بينه حكم له، وكذلك إذا ادعى أنه اشتراه من الشريك بعد البيع، ثم أودعه وأقام بينه، إلى غير ذلك من صور الانقلاب.

ومنه يعلم وجه النظر فى دعوى عدم التنافى فيما لو اتحد التاريخان على وجه لا- يمكن الجمع بينهما، بأن قالت إحداهما بعد الزوال بلا- فصل أودعه، والأخرى باعه منه، ولذا قال فى الجواهر: بأنه مشكل لضروره وضوح التنافى، سواء تعرض فيهما لكونه أودع ملكه، أو باعه، أو لم يتعرض فيهما، أو تعرض فى إحداهما دون الأخرى، فحيث يحصل التنافى يقدم بينه الشفيع لكونه مدعيًا.

أما ما حكى عن الدروس من القرعه فى هذا الفرض، فقد عرفت سابقاً

ص: ٤٤١

١- مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ٣٨٣

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٦٧

فى مثله أنه غير ظاهر الوجه، إذ لا- مجال للقرعه بعد كونه غير مشكل الموجب لانتفاء موضوع القرعه، فإن الشارع جعل «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»، وإلا- فإن حكمنا بالقرعه فى أمثال المقام لم يكن مورد لقاعده (البينه والحلف) كما هو واضح.

ثم إنه مما تقدم من تقدم بينه الشفيح إلا- أن ينقلب المنكر مدعياً فتقدم بينته، يظهر وجه النظر فى استثناء الشيخ فى محكى المبسوط والفاضل والشهيد فى محكى التذكرة والدروس لصوره واحده من الصور المتقدمه، وهو ما ذكره الشرائع متردداً حيث لم يفت فيه بشيء، بقوله: (ولو شهدت بالابتياح مطلقاً وشهدت الأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه فى تاريخ متأخر، قال الشيخ: قدمت بينه الإيداع لأنها انفردت بالملك، ويكاتب المودع فإن صدق قضى بينته وسقطت الشفعه، وإن أنكر قضى بينه الشفيح، ولو شهدت بينه الشفيح أن البائع باع وهو ملكه، وشهدت بينه الإيداع مطلقه قضى بينه الشفيح ولم يرسل المودع لأنه لا معنى للمراسله هنا) انتهى.

إذ لا يخفى أن لهذا صوراً، وعدم استقامتها صورتين، مثلاً شهاده البينه الأخرى بأن المودع أودعه ما هو ملكه فى تاريخ متأخر ليست صورته واحده، فإنه قد تشهد البينه أن المودع أودعه ما هو ملكه بالاستصحاب، وقد تشهد بأن المودع أودعه ما هو ملكه بالقطع، بأن قال: إنا نعلم أنه لم يبع ولم يهب وما أشبه ذلك لأننا كنا معه، ومن الواضح اختلاف الصورتين.

كما أن قوله: (لو شهدت بينه الشفيح أن البائع باع وهو ملكه) أيضاً يختلف صورتاه بأن قالت البينه: إنه ملكه بالاستصحاب، أو قالت البينه: بأننا نعلم أنه ملكه لأنه لم يحدث فيه شيئاً.

كما أن الكتابه إلى المودع من باب المثال، وإلا فقد يكون المودع حاضراً على أنه

لا ينحصر الأمر بعد مكاتبه المودع في أن يصدق أو أن ينكر، لأن هناك صورته ما إذا قال إنه نسي أو ما أشبه ذلك، أو لم يكن المكاتبه للمودع مثلاً إلى غير ذلك من الصور، وبالجمله فالمدار في الصور كلها على عدم التنافى أو الرجحان كما ذكره الجواهر، وإن كانت كلماتهم محتاجه إلى التأمل.

((فروع))

ومما تقدم يظهر حال ما إذا قال الشفيغ: صح أن شريكى أودع لكن الشريك لم يكن يعلم أنه باعه قبل ذلك لنسيان، أو أن وكيله باعه، أو ما أشبه، فإن أثبت لم ينفع تأخر بينه الإيداع عن بينه للبيع للشريك كما هو واضح.

ولو ادعى الشفيغ أنه كان له شريك واحد فباعه من المشتري فله الشفعه عليه، وقال المشتري: بل كان له شريكان، قدمت بينه المشتري لأنه مدع لشريك آخر والشفيغ منكر له، فإذا لم يكن له بينه حلف الشفيغ وأخذ بالشفعه.

ثم إنه لو انعكس الفرض الذى ذكره بأن قال الشريك: ابتاع، والشفيغ: إيداع، لم يأخذ بالشفعه كما هو واضح، وهذا لا كلام فيه، وإنما الكلام فيما إذا مات الشفيغ وورثه من يكذب مورثه قائلاً: إنه ابتاع، حق له الأخذ، فإن إقرار مورثه على نفسه لا على الوارث، فتأمل.

ومنه يعلم حال ما إذا كذب وارث الشريك مورثه، فقال: بأنه إيداع، حيث لم يؤثر إقرار مورثه عليه.

كما يعلم منهما الحال فى الولي والمولى عليه إذا خرج عن القصور، أو صار الكامل مولى عليه، وحال الوكيل والموكل.

ص: ٤٤٣

((إذا اختلف المتبايعان مع الشفيع))

(مسألة ٥): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا تصادق البائع والمشتري أن الثمن المعين غضب، وأنكر الشفيع فالقول قوله، لأن إقرارهما إنما هو في حقهما فيجب رد الثمن على المقر له، ولا يملك المشتري نداء الشقص المتخلل بين الشراء والشفعه دونه، فيستصحب بقاء حقه الثابت بالاتفاق الأول، ويأخذ بالشفعه مع كون الدرك على المشتري، بل لا يمين لهما عليه بعد إقرارهما السابق، إلا أن يدعى عليه العلم فيحلف على نفيه، كل ذلك لا أجد فيه خلافاً بين من تعرض له كالشيخ والفاضل والكركي وثاني الشهيدين، لكن لم يتعرضوا لحكم الثمن) انتهى.

أقول: يمكن المناقشة في الإطلاق المذكور.

والتفصيل في الحكم بأنهما لو قالوا: أوقعنا بيعاً فاسداً، فلا بيع، لا حق للشفيع بقوله بصحة البيع إلا بالبينه، لأنه لم يكن هناك اعتراف بالبيع حتى يكون حقاً للشفيع، أما إذا أقام الشفيع البينه فإنه يأخذ بها لعموم حجيتها.

وبين ما لو ادعى البيع أولاً وبعد ذلك قالوا: بأنه فاسد، فإنه لا يقبل ما ادعياه بعد اعترافهما بالبيع الصحيح، فإنه بعد اعترافهما بالبيع الصحيح يثبت حق الشفيع، وإنما يكون إقرارهما بالفساد بعد ذلك في حق أنفسهما لا غيرهما، فهو كما لو ادعياه أولاً ثم قالوا: إن أحدهما كان طفلاً أو مجنوناً مثلاً، إلى غير ذلك مما يكون موجباً للفساد، فإن قولهما الثاني لا ينفي قولهما الأول بالصحة بالنسبة إلى الشفيع الذي بمجرد اعترافهما بالصحة ثبت حقه.

ومنه يعلم احتياج الشفيع إلى البينه فيما لو قالوا من أول الأمر: إن أحدهما كان طفلاً أو مجنوناً أو محجوراً عليه أو ما أشبه ذلك مما يكون مجموع الكلام موجباً لفساد البيع وعدم وقوعه، فإنه لو أقام الشفيع البينه على كذب أن

البائع أو المشتري كان طفلاً أو مجنوناً أو ما أشبهه، حق له الأخذ بالشفعة وإلا فلا.

ثم فى المقام الذى قلنا بالشفعة وهما ينكران المعامله الصحيحه يلزم على الشفيع أن يدفع الثمن إلى الشريك، لا إلى المشتري، إذ لا وجه لدفعه إلى المشتري بعد قوله: بأنه لم يكن بيع، وإنما يدفعه إلى الشريك، لأن الشريك هو المالك للثمن حالاً حسب زعم الشفيع أن الملك خرج عن ملكه ولم يدخل الثمن من المشتري فى كيسه، والشريك إنما يأخذ الثمن مقاصه لأنه معترف بأنه لا بيع.

ومنه يعرف أن قول المسالك: (فيبقى حكم الثمن الذى يعترف به الشفيع، فإن المشتري يزعم أنه لا- يستحقه لفساد الشراء وكذلك البائع، فطريق التخلص منه أن يأخذه المشتري ويدفعه إلى البائع ليأخذه مقاصه عن قيمه الشقص لزعمهما أنه غير مستحق لأخذه، فإن بقى من الثمن بقيه عن قيمه فهى مال لا يدعيه أحد ومحلها الحاكم) انتهى.

محل نظر، ولعله لذلك قال فى الجواهر: (إن كلام المسالك جيد مع رضا المشتري الذى لا يستحق المطالبه بالقبض)(1).

وأما أن الزيادة التى قالها المسالك فالظاهر أنه يقسم بينهما نصفين لأنه بينهما، فهو كما إذا علم الحاكم أن زيداً أو عمرواً يملك هذا الدينار، وكل منهما يتبرؤ منه لاعتقاده أنه ليس له، فإنه يقسمه بينهما نصفين لقاعده العدل المقدمه على القرعه كما ذكرناه مكرراً، أما أن يأخذه الحاكم ويدعه فى بيت المال فغير ظاهر الوجه، إذ لا شأن لبيت المال فى الأملاك الشخصيه، سواء كانت محلاً للعلم التفصيلي أو للعلم الإجمالي.

أما إذا كانت قيمه أقل من الثمن، فإن الشريك لا يتمكن من أخذ الزيادة لأنه بعد أن صار القول قول الشفيع ينفذ ما يراه.

ص: ٤٤٥

نعم الظاهر أن للشريك أن يأخذ التفاوت من مال الشفيع تقاصاً «إذا تمكن من ذلك ولم يكن في المقام حلف يسقط الحق، كما قرر في كتاب الشهادات من أنه إذا حلف من عليه الحلف لا- يتمكن طرفه من التقاص، وإن كان حقه ثابتاً واقعاً على ما ذكره المشهور.

ثم إن الجواهر قال: (ولو أقر الشفيع والمشتري خاصه لم تثبت الشفيعه لفساد البيع في حقهما دون البائع، وعلى المشتري رد قيمه الثمن أو مثله إلى صاحبه الذي حال بينه وبينه، ولو أقر الشفيع والبائع خاصه رد البائع الثمن على المالك لنفوذ إقراره فيه، وليس له مطالبه المشتري بالشقص لأنه إقرار في حق الغير ولا شفيعه بعد اعتراف الشفيع بفساد البيع).

أقول: يأتي في هاتين المسألتين ما ذكرناه من التفصيل في مسأله تصادق البائع والمشتري أن الثمن غصب، حيث تقدم الإشكال في إطلاق الشرائع وغيره.

ثم إن مما تقدم يعلم حكم الإقرار من اثنين بأن بعض الثمن غصب، أو حكمهم جميعاً بالصحة، إلا- أن الوارث أو الولي أو الوكيل أو الموكل أو الوصي أو من أشبههم قال بالغصبيه كلاً أو بعضاً، لوحده الملاك في الجميع.

كما أن منه يعلم حال ما إذا اختلف الورثه أو الوكيلان أو الوصيان أو ما أشبه في أنه غصب أو لا، حيث يعمل كل حسب نظره.

((تحديد الشقص وتحريم الدعوى))

(مسألة ٦): قال في القواعد: (ويطالب مدعى الشفعة بالتحريم بأن يحدد مكان الشقص، ويذكر قدره وكمية الثمن).

ونحوه حكى عن التذكرة والتحريم والدروس وغيرهم، وحكى عن الشهيد من إملاء العلامة أنه لا- يراد بالتحديد التحديد المعروف، بل يذكر ما يميزه من غيره.

وكأنه لذا قال في جامع المقاصد: (لا بد من مطالبه مدعى الشفعة بتحريم الدعوى، فإن الدعوى غير المحرره لا تسمع، وتحريها بأن يحدد مكان الشقص وأن يذكر ما يميزه عن غيره، سواء كان بذكر حدوده أم لا، فليس المراد بتحديد ذكر الحدود، لأن شهرته باسم أو صفه قد تكون أظهر في تمييزه من أن يحتاج إلى التحديد، وإنما قال: يحدد مكان الشقص، لأن الشقص شائع، فلا يمكن تحديده إلاً بتحديد المجموع، وإنما اشترط التمييز لأن الدعوى بالشيء الغائب عن مجلس الحكم لا بد من تمييزه من غيره، وإلاً لم تسمع الدعوى لتعذر الحكم، ولا بد من أن يذكر قدر الشقص، لأن ذلك من جملة التمييز، ولا بد من ذكر كميته الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفه الثمن) انتهى.

لكن الظاهر أن المراد تحريم الدعوى بحيث تكون مسموعه، ومن الواضح أن الدعوى المجمله أيضاً مسموعه، فيقول الشفيح: إنى أعلم أن شريكى فى أحد الأملاك باع حصته من إنسان لا- أعلم ذلك الإنسان من هو، ولا أعلم ذلك الملك ما هو، بل قد يقول: إنى أعلم أن أحد شركائى فى بعض أملاكى باع حصته من إنسان، ولا أعلم من هو ذلك الشريك، وما هو ذلك المبيع، ومن هو ذلك المشتري، فإن له الدعوى بمثل ذلك، ويحضر الشركاء المحتملين والمشتريين المحتملين مثلاً عند الحاكم لتحريم الموضوع.

وكأنه لذا قال فى مفتاح الكرامه فى الإشكال على من تقدم أسماؤهم:

(المراد بتحرير الدعوى أن تكون مسموعه بأن تكون صحيحه لازمه، كما صرحوا به في باب القضاء، وأخرجوا من ذلك ما لو ادعى الشفعه على الجار، أو مع تكثر الشركاء، أو أنه وهبه ولم يقبضه، فإنها لم تسمع، فيكفى في تحرير دفع الشفعه أن يقول: إن هذا قد اشترى شقصاً أو نصفاً من الدار المعلومه عندنا المشتركه بيني وبين أخيه بمائه درهم، فيقول المدعى عليه: لم أشره وإنما اتهبته مثلاً، أو ورثته من أخي أو أودعنيه أو أعارنيه أو أسقط الشفعه ببعض مسقطاتها أو نحو ذلك، ولا يشترط أكثر من ذلك ككونه في المكان الفلاني، أو كونه مشهوراً باسم أو صفه ومعرفه مقدار الشقص، ولذا لم يذكره الأكثر، نعم لو قال: بئمن لم نعلمه أو شقص من دار من دور مشتركه لم نعلمها، لم تسمع وإن استخرج هذا الشقص بالقرعه) انتهى.

لكن فيه ما عرفت من أنه لا يلزم الخصوصيه، إذ لا دليل على ذلك، وإنما الاعتبار بسماع الدعوى شرعاً، وسماع الدعوى أعم مما ذكره أخيراً بقوله: (نعم)، بل ربما كان الشفع مجهولاً أيضاً بأن يعلم زيد أو عمرو أن أحدهما شفع له الحق في الأخذ بالشفعه فيذهبان إلى الحاكم ويقولان له ذلك ويطلبان من الشركاء والمشتريين التعيين، وعليه فيمكن أن يكون كل من الخمسه من الشفع والبائع والمشتري والئمن والمئمن مجهولاً ومردداً، بالعلم الإجمالي، أو بين الأقل والأكثر مثلاً، فإنه إذا كانت الدعوى تسمع فإن الدعوى المجمله أيضاً مسموعه، كما ذكرناه في كتاب القضاء.

ومنه يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامه أخيراً: (إن المشهور بين المتأخرين سماع الدعوى بالشيء المجهول كالثوب والفرس والشيء والمال، فإطلاق كلامهم غير جيد، وإن كان من المعلوم أن الثمن والشقص إذا كانا هنا



مجهولين فلا شفعه) انتهى.

إذ ليس ذلك معلوماً، بل المعلوم عدمه إلا- في بعض الموارد، كما ذكرناه سابقاً، فإن أدله الشفعه تشمل المعلوم والمجهول، وإنما الخارج يحتاج إلى الدليل.

ثم إن القواعد قال: (فإن قال الخصم: اشتريته لفلان، سئل، فإن صدق ثبت الشفعه عليه)، ومراده بالخصم من في يده الشقص، وقد نقل مفتاح الكرامه هذا القول عن التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد، وقال في الأخير: إن المسألة من شبه ما إذا ادعى الشريك بالشفعه على من بيده الشقص فتارة أجاب بكونه وارثاً، وتارة بكونه مستودعاً، وهنا أجاب بكونه اشتراه لغيره.

وأما مراد القواعد وغيره من العبارة المتقدمة ما إذا كان الفلان المنسوب إليه المال حاضراً بقرينه قوله بعد ذلك: (وإن كان المنسوب إليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر الغائب، ويكون على حجته إذا قدم).

وقال في مفتاح الكرامه: كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، ووجهه في التذكرة بأن في التأخير إسقاط الشفعه، إذ كل مشتر يلتجئ إلى دعوى الشراء للغائب وبأن الغائب إما مصدق أو مكذب، وعلى التقديرين يستحق الشفيع الشفعه إما عليه أو على الحاضر.

وأضاف في جامع المقاصد أن الانتظار إلى أن يرأس الغائب فيه تأخير لحقه المقتضى للضرر بخلاف الحاضر.

وفي قبال ذلك احتمال في التحرير عدم الأخذ إلى أن يحضر الغائب، والمراد بكون الغائب على حجته أنه لا يحكم عليه بالشفعه

بحيث لا تسمع حجته بعد ذلك، بل إنه إن كان مصداقاً نفذ الأخذ، وإن كان مكذباً فقال: هو ملكى لم أشرته، فالخصومه معه، كما فى مفتاح الكرامه وغيره.

هذا ولكن فى الجواهر أشكال على الفرع الأول قائلاً: (قد يناقش فى اعتبار السؤال، بناءً على عدم اعتبار دفع الثمن فى الملك، أو اعتباره وقلنا بقيام الحاكم بإطلاق ما دل على ثبوتها ببيع الشريك ونفوذ إقراره بالشراء له فى حقه بالنسبه للشفيع، ولا يسقط دعوى كونه للغير، وربما يرشد إلى ذلك ما عن التذكرة والتحرير والدروس من الجزم بالحكم بها عليه لو كذبه الخصم، وفى جامع المقاصد ومحكى الإيضاح: إنه الأقرب) (1).

أقول: قد يقول من بيده الشقص: إنى اشتريته لفلان فضوله، فلا شفعه، وكذلك إذا أطلق بما يحتمل الفضولى، إذ الشفعه فرع الملك ولم يحصل الملك.

نعم إن أخذ بالشفعه وتبين الفضوليه وقلنا: بأن الفضولى بعد الإجازة يكون كاشفاً حقيقةً أو حكماً عن السبق، صح أخذه بالشفعه قبل الإجازة.

كما أنه إذا لم يقبل الذى اشترى له وقبل الفضول أن يكون الملك له، وقلنا بصحة ذلك صحت الشفعه أيضاً على القول بالكشف الحقيقى أو الحكمى.

وإذا لم يقبل الذى اشترى له ولم يقبل الفضول فيما قلنا بصحة النقل إلى نفسه تبين بطلان الشفعه.

أما إذا قال: اشتريته له وكاله أو ولاية أو هبة بأن اشتريته لنفسى ووهبته لذلك، فمقتضى القاعده أن فى الثالث يكون له الشفعه، إذ الهبة وارده على البيع، والشفعه قبل الهبة كما تقدم، وإنما الكلام فى الوكاله والولاية، والظاهر أن للشريك الأخذ بالشفعه فيهما إذا كانتا واقعاً، وليس له الأخذ إذا لم تكونا واقعاً، سواء كان الطرف حاضراً أو غائباً، وسواء سئل أو لم يسأل، والسؤال ونحوه إنما هو لعالم الإثبات، وعالم الإثبات يثبت بموازينه

ص: ٤٥٠

من الشهاده ونحوها، ولا وجه لتأخير الشفعه بعد إطلاق أدلتها الشامله للمقام.

أما إن قال المنسوب إليه الاشتراء له: هو ملكى لم أشتريه، أو قال: إنه موهوب له، أو أخذه تقاصاً أو ما أشبهه، صارت الحكومه بين الشفيع ومن نسب إليه الشراء، فيكون الشفيع مدعياً وذلك منكراً على ما تقدم.

قال فى القواعد: (وإن قال: هو ملكى لم أشتريه، انتقلت الحكومه إليه).

وفى مفتاح الكرامه كما فى التحرير والدروس وجامع المقاصد قال: (لأن يد الأول فرع يده، وإقرار الأول لا ينفذ عليه، لأنه إقرار على الغير، فحينئذ يسعى الشريك فى الإثبات إن أمكنه).

وفى القواعد: وإن كذبه، أى المنسوب إليه الشراء له، حكم بالشفعه على الخصم على إشكال.

وفى مفتاح الكرامه: أقر به الحكم بالشفعه كما فى الإيضاح وجامع المقاصد، وبه جزم فى التذكرة والتحرير والدروس لاعترافه بالشراء الموجب للشفعه، وقد اندفع إقراره به للغير بتكذيبه، أما وجه الإشكال فهو ما ذكره فى الإيضاح وجامع المقاصد أنه نفى الملك عن نفسه.

أقول: إذا علمنا أنه اشتراه للغير، سواء كان الغير المنسوب إليه أو إنسان آخر، وإنما اشتبهه أو نسي أو كذب فى نسبته إلى المنسوب إليه دون المشتري له واقعاً، مثلاً اشتراه لزيد ونسبه لعمرو، فلا ينبغى الإشكال فى ثبوت الشفعه لإطلاق الأدله، وإنما يكون المأخوذ منه الملك المشتري له واقعاً هو بنفسه أو من نسب إليه أو الغير المشتري له واقعاً.

أما إذا لم يعلم أنه اشترى أصلاً، لاحتمال الهبه أو الإرث أو ما أشبهه، فالظاهر أنه يؤخذ بإقراره أنه ملك للغير بالاشتراء، لأنه ذو اليد، وذو اليد قوله حجه،

وكونه إقراراً بحق الغير لا- يسقط حجيته يده في اعترافه بالاشتراف للغير، فإنه لا- ينبغي الإشكال أنه إن قال: اشتريته لفلان وهو غصب في يدي الآن لأن المالك طالبه فلم أدفع إليه، أو قال: إن غيري اشتراه وإني اغتصبته منه مثلاً لم يحق للشفيع دفع الثمن إليه، لأن الغاصب لا يعطى له مال الغير.

وإن علم الشفيع بأنه ولي أو وكيل دفع الثمن إليه لولايته في ذلك، أما إذا لم يعلم هل أنه غاصب أو ولي ووكيل ونحوهما، فالظاهر أن قوله حجه، لأنه ذو اليد.

ثم إن المحكى عن جامع المقاصد والإيضاح أن الثمن يدفع للحاكم إلى أن يظهر مالكة، وعن حواشى الشهيد أنه يبقى في يد الشفيع إلى أن يدعيه المقر له، أو يدفع إلى الحاكم إلى أن يدعيه المقر الذى هو الخصم.

وأشكل على ذلك الجواهر قال: (قد يشكل ذلك من أصله، بناءً على اعتبار دفع الثمن للمشتري في تملك الشقص وهو غير متحقق هنا، لنفى المقر له بالتكذيب والمقر بالإقرار، وقيام الحاكم مقام المشتري في ذلك لا دليل عليه، نعم لو قلنا بالملك بالأخذ، يتجه ذلك ويكون حكمه كالمال المقر به لزيد وهو ينفيه) انتهى.

وما ذكره لا بأس به، لكنك قد عرفت سابقاً أن المال إذا كان مردداً بينهما يكون بينهما على قاعده العدل، ولا يبقى بيد الحاكم ولا يصرف إلى بيت المال وما أشبهه.

وفى مفتاح الكرامه بعد نقله عن الإيضاح وجامع المقاصد ما تقدم من الدفع إلى الحاكم، قال: (قلت: لأنه ولي الغائب والمتولى لحفظ المال الضائع

والمجهول المالك وهذا فى حكمهما، لكنه فى إقرار الكتاب والتذكرة خير فى مثله بين تركه فى يد المقر أو القاضى) انتهى.

وكيف كان، فى القواعد بعد ما تقدم: وإن قال: اشترته للطفل وله عليه ولاية، احتمال ثبوت الشفعة، لأنه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه، والعدم لثبوت الملك للطفل والشفعة إيجاب حق فى مال الصغير بإقرار وليه.

وفى مفتاح الكرامة: ثبوت الشفعة خيره التذكرة والحواشى والدروس وجامع المقاصد مستنداً فى التذكرة والتحرير إلى التعليل المذكور، ثم نقل عن التحرير أنه قرر العدم، والظاهر هو ما ذكره أولاً لأنه مال فى يده وإقراره نافذ لأنه ذو اليد، ولذا رد التحرير فى محكى جامع المقاصد بأن لا نسلم أنه إقرار على الطفل، بل هو إقرار على ما فى يده.

ومنه يعلم حال ما إذا كان ولياً على المجنون، لاستواء الحكم فيهما.

ثم إنه قد تقدم فى عبارته القواعد: (وله عليه ولاية) والظاهر أنه غير محتاج إليه، لأن المال إذا كان فى يده وهو يدعى الولاية على الطفل صح إقراره بالنسبة إلى المال لكونه ذا اليد، فإذا لم نعلم هل أنه ولى أو ليس بولى، نأخذ بإقراره فى أن له التصرف فى المال، وكذلك إذا كان المال فى يده وادعى أنه وكيل أو قيم أو ما أشبه.

ثم إن القواعد قال: (وإن اعترف بعد إقراره بالملك للغائب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة).

وفى مفتاح الكرامة: (لو اعترف المدعى عليه بالشفعة بالشراء \_ فهو فى العبارة صله اعترف \_ بعد إقراره بكونه مملوكاً للغائب أو للطفل، بأن قال: هذا ليس ملكاً لى، بل ملك لفلان الغائب أو المحجور، وقد اشترته له لم تثبت الشفعة، لأن إقراره بالشراء له بعد إقراره بالملك له إقرار فى حق الغير، بخلاف

ما إذا أقر بالشراء ابتداءً، لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار فيثبت جميعه، كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد، وهو الذى فرض المسأله فيه فى الدروس (١١).

أقول: لا ينبغى الإشكال فى عدم الفرق بين المسألتين فى صحة الإقرار والأخذ بالشفعه إذا ثبتت ولايته ووكالته، إذ لا وجه لعدم الأخذ بقوله، سواء قدم إقراره بالملكه أو إقراره بالشراء ولم يظهر فارق بما ذكره.

بل وينبغى أن يكون كذلك فى عدم الفرق إذا لم تثبت ولايته أو وكالته، لأن قول ذى اليد حجه وهو ذو اليد، فتخصيص مفتاح الكرامه الإشكال بما إذا كان ولياً للطفل غير ظاهر الوجه.

كما أن الجواهر أيضاً تبعهم فقال: (ولو أقر بالشراء بعد أن اعترف أنه ملك لغيره لم يسمع لكونه إقراراً بإثبات حق الشفعه على مال الغير، بل لعله كذلك فى المولى عليه، بناءً على عدم نفوذ إقراره عليه، وهو بخلاف ما لو أقر بالشراء ابتداءً، فإن الملك ثبت له به فيتبعه الحق فيه) (٢٢)، فتأمل.

ثم إن ما تقدم من المسائل لا- فرق فيها بين أن يكون الذى بيده الشقص بعنوان الشفيع مالكاً للشقص الذى فى يده فيأخذ بالشفعه أو ولياً ووكيلاً ونحوهما، لوحده الملاك فى الجميع، والله سبحانه العالم.

ص: ٤٥٤

---

١- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٧٧٧ \_ ٧٧٨

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٧٣

((لو أن F المشتري مل F به الشفيع))

(مسألة ٦): قال في القواعد: (ولو أنكر المشتري ملكيه الشفيع افتقر إلى البيئه، وفي القضاء له باليد إشكال).

وفي مفتاح الكرامه: يريد أنه هل يقتضى للشفيع باليد لو كان صاحب يد أم لا، ولم يرجح المصنف هنا ولا ولده في الإيضاح، وجزم في التحرير بأنه لا يكتفى باليد وأنه يفتقر إلى البيئه، وجزم في التذكرة بأنه يقتضى له بها، وفي الدروس إنه الأولى، وفي جامع المقاصد إنه الأصح، وحكاه في الحواشي عن ابن المتوج.

أقول: مقتضى القاعده القضاء باليد كالقضاء بالبيئه لأنهما حجتان شرعاً، بل اللازم القضاء بما إذا كان مدعياً للملكيه ولم يكن له منازع، كما ذكروا في باب مثبتات الملك، وإن لم يكن له يد.

أما وجه عدم القضاء فهو ما احتمل في كلام القواعد من أن دلالة اليد على الملك ضعيفه، فيقتصر فيها على عدم الانتزاع منه في الدعوى، وعدم الاحتياج إلى البيئه دون استحقاق انتزاع ملك الغير قهراً الذي هو يخالف الأصل.

ومن الواضح أن هذا الدليل ضعيف، ولذا قال في الجواهر: (إلا أن ذلك كله كما ترى، نعم قد يقال: إن له اليمين عليه وإن اقتصر على نفيه عنه من دون دعواه له) وهو كما ذكره الجواهر، إذ المدعى إذا لم تكن له البيئه أو حجه شرعيه أخرى كان على المنكر الحلف، ولا دليل على أن اليد تقاوم الحلف حتى لا يحتاج إليه.

قال في مفتاح الكرامه: (وهل للمشتري إحلافه، قال في جامع المقاصد: نعم، أما إذا ادعى المشتري أن ما بيد الشفيع ملك له فظاهر، وأما إذا لم يدع

الملك لنفسه وإنما اقتصر على نفيه عن الشفيع فلاجرائه مجرى المدعى) انتهى.

أقول: وما ذكره غير حاصر، لأنه قد يدعى المشتري أنه وقف أو ملك لثالث أو غير ذلك من الوجوه التي لا تكون الشفيعه معها، وكان مراده المثال.

ص: ٤٥٦



((لو ادعى على أحد الورثة العفو))

(مسألة ٧): قال في القواعد: (ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل، وإن عفى وأعاد الشهادة لم تقبل، لأنها ردت للتهمة، ولو شهد ابتداءً بعد العفو قبلت).

وفي مفتاح الكرامة في الفرع الأول: (كما في التحرير وجامع المقاصد، وهو قضيه كلام المبسوط والتذكرة والدروس في مسأله الكثره، لأن ذلك يجر إليه نفعاً، لأنه يستحق الأخذ للجميع إذا ثبت ذلك فيصير مدعياً، وينبغي أن يقيدوه بما إذا لم يكن عاجزاً لعدم التهمه حينئذ، والضمير في ادعى راجع إلى المشتري).

وقال في الفرع الثاني: (كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد، وهو قضيه كلام المبسوط والتذكرة لأنها ردت للتهمة فيستصحب، فكان كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعادها) انتهى.

أقول: إنما ترد شهاده أحد وارثي الشفعة على الآخر بالعفو لما تقدم في كلامهم من رجوع حصه العافى إلى الشاهد كما في الجواهر، وللتعليق المذكورين في كلام مفتاح الكرامة وغيره، لكن الكل كما ترى، فإن إطلاق أدله الشهاده شامله للمقام، وقد تقدم الإشكال في كلامهم أن حصه العافى ترجع إلى غيره، فإن أحد الورثة لو أعرض عن حقه يكون كسائر المباحات الأصلية، لا أنها ترجع إلى سائر الورثة، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الإرث، ولا دليل على رد الشهاده في مطلق جر النفع التهمه كما ذكرنا تفصيله في كتاب الشهادات، فمقتضى القاعده قبول شهادته.

ثم إنه لو عفا نفس الشفيع عن بعض الشفعة له الحق في الأخذ ببعض الآخر، لكن يلزم تبعض الصفقه، فللمشتري الرد أو القبول، إذ قد سبق أن مقتضى

القاعده الاخذ ببعض الحق.

ثم لو ادعى عليهما معاً مثلاً- العفو، فإن حلفا على العدم كان لهما الشفعه، وإن نكلا عن الحلف فلا شفعه، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر فعلى قولنا كان للمشتري الحق فى إبطال شفعه الحالف، لأنه من تبعض الصفقه عليه.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام الجواهر حيث قال: (ولو نكل أحدهما فإن صدق الحالف الناكل فالشفعه لهما بالحلف والتصديق ودرك ما يأخذه الناكل على المشتري لترتب يده على يده، وإن كان السبب اعتراف الشريك الآخر).

أما الفرع الثانى المتقدم عن القواعد: بأنه إن عفا وأعاد الشهاده لم تقبل مستنداً إلى الاستصحاب، كما عرفت فى كلام مفتاح الكرامه، ففيه نظر، إذ الاستصحاب غير جار بعد تبدل الموضوع، فمقتضى القاعده القبول حتى على مبناهم، ولذا قال فى الجواهر بعد ذكر الاستصحاب: (إنه لا يخلو من إشكال).

ومما ذكرنا يعرف وجه النظر فى قول الجواهر بعد ذلك حيث قال: (لو اعترف أحد الوارثين ببطلان الشراء فالشفعه بأجمعها للآخر المعترف بالصحه، وكذا لو اعترف بالإرث أو الاتهاب دون الآخر بعد ثبوت الشراء).

((إذا شهد أجنبى بعفو أحدهما))

ثم قال فى القواعد: (وإن شهد أجنبى بعفو أحدهما، فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعه، وإلا أخذ الآخر الجميع).

وقال فى مفتاح الكرامه: (كما فى المبسوط والتذكره والتحرير وجامع المقاصد، ومعناه أنه إن شهد أجنبى عن الشفعه بعفو أحدهما فلا بد مع شهادته من اليمين، فإن حلف المشتري مع شاهده بعد عفو الآخر بطلت الشفعه كلها، لمكان عفو أحدهما وثبوت عفو الآخر بالشاهد واليمين، وإن لم يعف حتى حلف

المشترى استحق الذى لم يعف جميع الشفعه، وهو قضيه مفهوم الشرط فى العبارة ونحوها).

أقول: قد عرفت وجه الإشكال فى ذلك، بالإضافة إلى ما ذكره جامع المقاصد، وتبعه الجواهر حيث قال: (ولقائل أن يقول: لا فائده فى يمين المشتري هذه فلا يحلف، لأن الاستحقاق يرجع إلى الآخر، وإن لم يكن مانعاً لم يمنع هناك).

((لو أنكر المشتري شروط الشفعه))

ثم أنه لو أنكر المشتري وحده الشفع أو إسلامه أو بلوغه أو عقله، فلا يحق له الأخذ بالشفعه.

ففى الأول: إن كان الشفع ذا يد على الكل كان الأصل معه، وإن لم يكن ذا يد على الكل لزم على الشفع إثبات أنه مالك للكل.

وفى الثانى: إقرار الشفع بالإسلام كاف، إلا أن يقيم المشتري البيئه.

وفى الثالث: احتاج الشفع إلى البيئه على بلوغه.

وفى الرابع: احتاج المشتري إلى البيئه، لأصالة العقل بخلاف البلوغ، حيث الأصل عدم البلوغ، ومرادنا بأصالة العقل أصل الصحه لا الاستصحاب، إذ الاستصحاب لا يتوفر فى كل مكان، نعم إذا كان الاستصحاب عدم العقل لا يقاومه أصالة الصحه.

((فرع))

ثم الظاهر أنه لو شهد البائع بعفو الشفع قبلت لإطلاق الأدله، سواء كان قبل قبض الثمن أو بعده، وإن قطع فى جامع المقاصد بعدم القبول، وحكى ذلك عن التذكرة والتحرير، بل هو ظاهر القواعد أيضاً، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً إذا أفلس المشتري، فإنه يرجع إلى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفع إياه، ولذا أشكل عليهم فى الجواهر حيث قال: (ولو شهد البائع بعفو الشفع

بعد قبض الثمن قبلت، بل وقبله(1))، لأنه لا يخفى عليك ما في كلامهم بعد الإحاطة بما ذكرناه هنا، وفي كتاب الشهادات، من عدم قرح مثل هذه التهمه في شهاده العدل، والله سبحانه العالم.

ص: ٤٦٠

---

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٧٤

فصل

نذكر فى هذا الفصل بعض المسائل المتفرقه:

((الشفعه والورثه))

الأولى: قال المحقق القمى: (إذا كان دكان صغير بين رجلين ومات أحدهما من زوجته وبنت وباع الآخر شقصه من زيد، ومضى من ذلك مده مديده فمات البنت عن وراث صغار وكبار، والحال يريد الكبار من الوارث وقيم الصغار الأخذ بالشفعه متمسكين بأن مورثهم كان جاهلاً بثبوت حق الشفعه له أو بفوريته، فلهم ذلك إذا جهل المستحق بالحق أو بفوريته، وكذلك وارثه إن أخر الادعاء ويثبت الجهل فى نفس الأمر إذا اعترف به المشتري. وأما لو وقع التداعى فيه، فالقول قول مدعيه إن لم يدع خلاف الظاهر، بأن يكون ظاهر حاله الصدق لعدم فطانتة ومعرفته بالأحكام، فيعتضد بأصالة عدم العلم).

وهو كما ذكره لما تقدم من إرث الشفعه، إلا أن الظاهر الذى ذكره لا اعتبار به مقابل الأصل.

ولو اختلف الورثه فقال أحدهم: كان جاهلاً مثلاً، والآخر: كان عالماً، فلكل حكمه.

نعم يكون للمشتري خيار تبعض الصفقه، كما تقدم مثل ذلك، وقد سبق أن

## مسألة ٢ لو ادعى الوكالة وكان جاهلاً بالفوريه

القول بأنه لا تبعض في الشفعه غير تام، فإن مقتضى الأدله صحه التبعض فيها، وإنما يكون للطرف خيار التبعض.

((لو مات الشفيع))

الثانيه: لو مات الشفيع قبل أخذه بالشفعه فادعى وارثه أنه قال له الميت: أنت مختار في أخذه الشفعه وكاله عني، لكنه كالميت كان جاهلاً بالفوريه، فالظاهر أن له الأخذ إذا لم يسبب التأخير ضرراً على المشتري، ولو ادعى عليه العلم أقام البيئه وإلا حلف الوارث على نفى علم مورثه، أو علمه بجهل مورثه بالفور، لأصالة بقاء الشفعه التابعه لأصالة عدم العلم من أحدهما بالفوريه.

أما في صورته الضرر فقد تقدم أن «لا ضرر» محكم على دليل الشفعه، كما هو محكم على غيره من أدله العناوين الأوليه.

أما لو كان المورث عالماً بالشفعه، وقال للمورث: أنت مختار ووكيل عني في الأخذ بالشفعه والترك، فإن نافي ذلك الفوريه فلا إشكال في عدم الشفعه، وإن لم يناف الفوريه كان التأخير من الوكيل الوارث موجباً لسقوطها، إذ مآل ذلك إلى أن المورث مع علمه بالفوريه لم يأخذ بها فوراً، فإنه لا فرق بين عدم أخذ نفسه وعدم أخذ وكيله.

## مسألة ٣ لو كان النهر مقسوماً لا المال

((المال المقسوم وغيره))

الثالثه: سبق أنه لو كان شيء مقسوم يشتركان في النهر فباع أحدهما جميع ما له من النهر والمقسوم كان لشريكه الشفعه، وعليه يكون العكس كذلك بأن لم يكن المال مقسوماً، وإنما كان النهر مقسوماً فباعهما، فإنه يكون للشفيع الأخذ بالشفعه، لوحده الملاك في المسألتين مما يفهم عدم الفرق بينهما في الحكم.

## مسألة ٤ لو أخذ بالشفعه ثم قال لا أريد

((لو أخذ بالشفعه وندم))

الرابعه: لو أخذ بالشفعه ثم قال: لا- أريد، كان إقاله، فإن رضى المشتري فهو، وإلا لم يرجع إلى المشتري، لوضوح أن المال أصبح له، وإرادته بمجرد

لا توجب الفسخ، ولو أخذ بالشفعه لكن المشتري عصي ولم يعطه، ملك وكان غصباً في يد المشتري، ومهما تمكن هو أو وارثه من الأخذ حق لهم ذلك.

نعم إن يئس وردّ الشفعه وجعل ثمن الشقص تقاصاً سقطت الشفعه، لكن إذا صار الثمن أقل حق له أخذ التفاوت من المشتري، وإن صار أكثر لزم عليه إعطاء بقية الثمن له، كما هو مقتضى التقاص في كل مواردته والتي منها هذا المورد.

### مسألة ٥ لو وقف ومات وأخذ الشفيع بالشفعه

((لو وقف المشتري حصته))

الخامسة: لو وقف المشتري ومات وأخذ الشفيع بالشفعه، فالظاهر أن الثمن يكون وقفاً، لأنه مقتضى الارتكاز «فيشتري به مثل المال المذكور ويجعل وقفاً على الشرائط السابقه، إذ لا فرق بين هذه المسألة وبين ما ذكره من بطلان الوقف بجهه من الجهات، حيث إن مقتضى قوله (عليه السلام): «الوقوف على حسب ما وقفها أهلها» (١)، أن الثمن يكون حاله حال المثل، ويكون الكلام فيما إذا زاد الثمن عن مثل الموقوف أو نقص كما ذكره هناك أيضاً.

ومنه يظهر حال ما؛ إذا جعله المشتري ثلثاً أو أوصى به لإنسان أو نذر عليه أو ما أشبهه، فإن الارتكاز جار في الجميع.

### مسألة ٦ الجهل بالأخذ والفوريه من الأعذار

((الجهل والنسيان عذر في الشفعه))

السادسة: قال المحقق القمي: (الظاهر أن الجهل بأخذ الشفعه أو بالفوريه من الأعذار لو لم يقصر في أصل المسألة، بأن كان غافلاً عن احتمال أن يكون هناك حكم ولم يقصر في عدم التحصيل، واستدل لذلك بعموم أدله معذوريه الجاهل (٢))، وعدم انصراف أدله الشفعه إلى جاهل غافل.

وفيه: إن استثناءه (لو لم يقصر في أصل المسألة) إلخ غير ظاهر، لإطلاق دليل العذر كما تقدم، بل

ص: ٤٦٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٩٥ الباب ٢ من الوقوف والصدقات

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٩٥ الباب ٢ من الوقوف والصدقات

وكذلك حال النسيان إذا صدر عن غير المبالاه كما هو الغالب، والمستفاد من الآية الكريمة: (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا)(١)، فإن النسيان القاهر لا يحتاج إلى الدعاء، لأن الله سبحانه لا يؤاخذ من غلب عليه النسيان حتى لم يتمكن من التحفظ، فإنه (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)، وكذلك حديث الرسول (صلى الله عليه وآله) الدال على رفع التسع (٢)، أما (ما لا طاقة لنا به) فالمراد الطاقه العرفيه لا الطاقه التي يستحيل على الإنسان، ولذا لا يصح الدعاء بأنه لا تؤاخذنا بعدم طيراننا مثلاً أو ما أشبه من المحالات.

### مسألة ٧ لو اشترى شيئين أحدهما فيه الشفعه

((لو اشترى ما فيه الشفعه وما ليست فيه))

السابعه: لو اشترى شيئين أحدهما فيه الشفعه كالأرض، والثاني ما ليس فيه الشفعه كالسيف مثلاً، فإن للشفيع الحق في الأخذ بالشفعه بالنسبه إلى ما فيه الشفعه لإطلاق أدلتها، وليس للمشتري خيار تبعض الصفقه، لأن التبعض حصل بعد العقد لا قبله، وأدله الخيار ظاهره في التبعض المقارن للعقد كما ذكره المحقق القمي وغيره.

### مسألة ٨ لو اختلف الورثه في شراء المشتري

((لو اختلف المشتري والورثه))

الثامنه: قال في القواعد: (لو قال أحد الوارثين للمشتري: شراؤك باطل، وقال الآخر: صحيح، فالشفعه بأجمعها للمعترف بالصحه، وكذا لو قال: إنما انتهت أوورثته، وقال الآخر: اشتريته.

وقال في مفتاح الكرامه: (كما نص على الأمرين في المبسوط وغيره، قالوا: لأنه اعترف في الموضوعين بأنه لا شفعه له).

أقول: مقتضى القاعده أن لا تكون الشفعه بأجمعها للمعترف بالصحه، لما تقدم من أنه لا وجه له، بل الظاهر أن كل واحد يرث حصته لا حصته وحصه

ص: ٤٤٤

١- سورة البقره: الآية ٢٨٤

٢- الخصال: ج ٢ ص ٤١٧ ح ٩



غيره، وعليه فإذا أخذ أحدهما بحصته كان للمشتري خيار تبعض الصفقة بأن يبطل الشفعه ويسترجع من الشفع ما أخذه، لأن دليل الشفعه ظاهر في أخذ الجميع أو ترك الجميع لا أخذ البعض فقط، فيكون أخذ البعض مراعىً بقبول المشتري ورفع يده عن خيار تبعض الصفقة عليه.

ص: ٤٦٥



((فى بعض مآسى المسلمين))

قال فى مفتاح الكرامه عند تمام كتاب الشفعه:

قد تم بلطف الله عز وجل وبركه آل الله (صلى الله عليهم) ليله الخميس الثامنه والعشرين من شهر ربيع الثانى سنه ألف ومائتين وثلاث وعشرين.

وفى هذه السنه جاء الخارجى الذى اسمه (سعود) فى جمادى الآخره من نجد بما يقرب من عشرين ألف مقاتل أو أزيد، فجاءتنا النذر بأنه يريد أن يدهمنا فى النجف الأشرف غفله، فتحذرنا منه وخرجنا جميعاً إلى سور البلد، فأتانا ليلاً فرآنا على حذر قد أحطنا بالسور بالبندق والأطواب، فمضى إلى الحله فرآهم كذلك، ثم مضى إلى مشهد الحسين (عليه السلام) على حين غفله نهاراً، فحاصرهم حصاراً شديداً فثبتوا له خلف السور، وقتل منهم وقتلوا منه، ورجع خائباً، ثم عاث فى العراق فقتل من قتل، وبقينا مده تاركين البحث والنظر على خوف منه ووجل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

وقد استولى على مكه شرفها الله تعالى، والمدينه المنوره، وقد تعلق الحاج ثلاث سنين، وما ندرى ماذا يكون، ولا حول ولا قوة إلا بالله) انتهى.

أقول رحم الله السيد العاملى، فإن كان حياً لرأى أن آل سعود استولوا

على مكة المكرمة والمدينه المنوره، وهدموا البقاع الشريفه فى البقيع وغيرها، كما هدموا البقاع المتبركه فى مكة المكرمة.

وقد تم (كتاب الشفعه) بلطف الله عز وجل وبركه آل الله (صلى الله عليهم أجمعين)، ليله الاثنين السابع من شهر رجب المرجب من سنه ألف وأربعمائه وأربع من الهجره.

وفى هذه السنوات \_ التى أخرجنا نحن من العراق ظلماً بسبب حزب البعث، إلى الكويت، وبعد ذلك ضغط علينا حتى خرجنا من الكويت إلى قم المشرفه \_ البلاد الإسلاميه كلها موزعه ومبضعه ومجزئه ولا أحد ينقذها من هذا التبعض، وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «إنما مثل المؤمنين فى تواددهم وتحابيبهم كالجسد الواحد إذا اشتكى عضو اشتكت له سائر الأعضاء بالسهر والحمى»(١).

بينما لا- نرى من ذلك الأثر المطلوب، فقد جزئت البلاد بحدود مزيفه مصطنعه، كما أخذت القوميات تجزؤ المسلمين، وقد تُركت الآيتان المقدستان المباركتان:

حيث قال سبحانه: (وإن هذه أمتكم أمه واحده)(٢).

وقال تعالى: (إنما المؤمنون أخوه)(٣).

فلا ترى الأخوه الإسلاميه، وإنما العراقى فى إيران أجنبى، والإيرانى فى العراق أجنبى، وكلاهما فى مصر أجنبى، والمصرى فيهما أجنبى وهكذا، والغريب فى الأمر أن الكثير من المسلمين هم بأنفسهم يسرون فى هذا المسير الذى أحدثه لهم الكافر المستعمر من الخارج، والقوانين وضعت على خلاف

ص: ٤٤٨

١- الكافى: ج ٢ ص ١٦٦ باب أخوه المؤمنين بعضهم لبعض ح ٤

٢- سوره المؤمنون: الآيه ٥٢

٣- سوره الحجرات: الآيه ١٠

الكتاب والسنة، وفي كثير من البلاد الربا والزنا والقمار والضرائب التي لم ينزل الله بها من سلطان، والحدود المصطنعه والجمارك المحظوره شرعاً، وسائر القوانين أيضاً مبدله ومغيره إلا ما شذ في بعض المدن بالنسبه إلى بعض القوانين،

ونار الحرب مستعمره فى البلاد الإسلاميه، فأفغانستان احتلها الروس وفيها حرب ضاربه قتل فيها إلى الآن \_ حسب التقادير \_ أكثر من مليون مسلم، وشرد أكثر من خمس ملايين من المسلمين، والسجون ممتلئه بما يقرب المليون، كما يخبرنا الثقاه والصحف والجرائد والمجلات والإذاعات وغيرها، وهذا بعد ما استحل الروس سائر بلاد الإسلام، والتي كانت بعضها جزءاً من إيران فى الزمان السابق كأرمنستان وتاجيكستان وتركمستان وأذربايجان وقرقيزستان وقازقستان، بما فيها من البلاد الوسيعة الفسيحه والمدارس والمؤسسات، وقد هدموا المدارس والمساجد والحسينيات وسائر محلات العباده وأذاقوا المسلمين الذل والهوان.

كما أن لبنان اغتصبها المسيحيون، وفلسطين اغتصبها اليهود، ونار الحرب مشتعله فى مصر وسوريا والأردن ولبنان.

وكذلك الحرب قائمه على قدم وساق فى الحدود الإيرانيه العراقيه، وقد ذهبت ضحيتها فى أربع سنوات أكثر من مليون قتيل وجريح ومعاق.

كما أن الحرب قائمه فى كردستان الإيرانيه العراقيه بين الإيرانيين والعراقيين والأكراد.

وكذلك الحرب قائمه على قدم وساق فى بلاد إرتريا، وفى بلاد مورو، وفى غيرها.

وهذه الدول المجزئه تجزئتها، وهذه القوانين المستورده لا شك فى أنها حاله اصطناعيه فرضها الكفار الغربيون والشرقيون على الأُمه الإسلاميه.

والأخوه الإسلاميه شأن من شؤون الأُمه لا يحق لأى من الدول الكبرى أو من الدول الصغرى أو الأفراد تفتيتها، فإنها فريضه عظيمه كالصلاه والزكاه وغيرهما، فإن الدوله الإسلاميه الكبرى التى أسسها الرسول (صلى الله عليه وآله)، ثم تبعه على (عليه الصلاه والسلام) سببت لبقاء المسلمين على إسلامهم ودينهم.

أما إذا ساد فيهم التفرقه، فإن الكافر المستعمر يسيطر عليهم بما يذهب دينهم وديناهم كما حدث فى الحال، وإن من حق المسلمين أن يهتموا لتحرير بلادهم وتوحيدها والتجنب عن أعمال الكفار الذين أمر الله سبحانه وتعالى بالابتعاد عنهم، فقال سبحانه: (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منكم فإنه منهم) (١).

وقال تعالى: (لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين، ومن يفعل ذلك فليس من الله فى شيء) (٢).

ومن الواضح أنه يتقهقر الكفار إلى الخلف منذ دخلوا البلاد الإسلاميه، بل غيروا دينهم وأساموهم الخسف وبقيت سمه العنف وإدامته حاضره باستمرار، ولم تتوقف أنهار من الدماء الإسلاميه التى أجروها، ولا التشريد الذى صنعوه فى البلاد الإسلاميه، كما شردوا أكثر من ثلاثه ملايين من المسلمين الذى كانوا فى العراق إلى إيران وباكستان والخليج وسوريا ولبنان وغيرها، ولم يتوقف

ص: ٤٧٠

١- سورة المائده: الآيه ٥١

٢- سورة آل عمران: الآيه ٢٨

الضغط من الكفار على المسلمين سواء منهم الشرقيون أو الغربيون بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فقد دخل الكفار إلى هذه الديار بالضغط والقوه وجزئوها وفرضوا قوانين على البلاد ومخططات كافره لإذلال المسلمين بالقوه والقهر والبطش، ولم يرحلوا عنها، وإن رحلوا عن بعضها صورياً عسكرياً، فإنهم باقون فيها فكرياً واقتصادياً وسياسياً وغيرها.

وقد صنعوا العملاء في أكثر بلاد الإسلام أو كلها في أغلب الحالات، ولما أن رحلوا عن بعض البلاد صورياً لم يرحلوا إلا بعد أن أسالوا فيها الدماء، وفرضوا الاتفاقيات التي تسمح لهم ببقاء القواعد العسكريه أو بعوده قواتهم مهما أرادوا وأساطيلهم لم تبرح البحار الإسلاميه والمحيطات المطله على الشواطئ.

وقد أقاموا في قلب البلاد الإسلاميه في الشرق الأوسط دوله اسرائيل باعتبارها القاعده العسكريه الدائمه، وأوكلوا إليها جزءاً كبيراً من ممارسه العنف وإدامته لحساب الغرب والشرق تاره، ونيابه عنهما تاره أخرى، ولحسابهما المشترك في أغلب الحالات، فانسحبت القوى الغربيه والشرقيه في خط النار الثاني بعد أن تصدر الجيش الإسرائيلي خط النار الأول منذ خمسين سنه تقريباً، حين دخل إسرائيل هذه البلاد عنوه، وبالأخص منذ سته وثلاثين سنه منذ أعلنت إسرائيل دولتها الغاصبه، ولا تتردد الدول الكافره من دخول البلاد الإسلاميه عنوه وعلناً حيث ما يرون أن مصالحهم تضعف في هذه البلاد ويأخذ الوعي الإسلامى يتصاعد.

كما حدث في (مصر) من قبل القوات الفرنسيه البريطانيه الإسرائيلييه في عام ألف وثلاثمائة وست وسبعين.

وفي (لبنان) من قبل القوات الأمريكيه.

وفى (الأردن) من قبل القوات البريطانية فى عام ألف وثلاثمائة وثمان وسبعين.

وكما يحدث الآن فى (لبنان) و(سيناء) من قبل القوات الأمريكیه والمتعدده الجنسيات.

كما أن الاجتياح السوفيتى لأفغانستان فى عام ألف وأربعمائة هجرية يؤكد أن مرحله اجتياح الديار الإسلاميه بالجيش والسيطره عليها بالعنوه والعنف لم تذهب مع اقتراب القرن العشرين (م) من نهاياته، وأن مسأله الأمم المتحده وغيرها ليست إلا لأجلهم، لا لأجلنا نحن المسلمين، وكذلك منظمات حقوق الإنسان وغيرها من الأساليب الماكره.

نسأل الله سبحانه وتعالى إنقاذ الأمة بفضله وبركه محمد وآله الطاهرين، ولا حول ولا قوه إلا بالله العلى العظيم، وإنا لله وإنا إليه راجعون، وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون، والعاقبه للمتقين.

اللهم إنا نرغب إليك فى دوله كريمه تعز بها الإسلام وأهله، وتذل بها النفاق وأهله، وتجعلنا فيها من الدعاه إلى طاعتك، والقاده إلى سبيلك، وترزقنا بها كرامه الدنيا والآخره.

اللهم ما عرّفنا من الحق فحملناه، وما قصرنا عنه فبلغناه.

اللهم عجل فى فرج وليك وسهّل مخرجه، واجعلنا من أنصاره وأعوانه.

والحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على محمد وآله الطاهرين.

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

٧ / رجب / ١٤٠٤هـ

محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

ص: ٤٧٢



## المحتويات

المحتويات

ص: ٤٧٣



- تعريف الشفعة..... ٦
- مسألة ١ \_ حق الشفعة اجتماعي..... ١٠
- مسألة ٢ \_ الشفعة في النهر والطريق..... ٢٥
- مسألة ٣ \_ الشفعة في الدولاب والناعوره..... ٣٣
- مسألة ٤ \_ لو كان الطريق مشتركاً..... ٣٧
- مسألة ٥ \_ البيع لما فيه شفعه ولغيره..... ٥١
- مسألة ٦ \_ يشترط الانتقال بالبيع..... ٥٣
- مسألة ٧ \_ هل الشفعة بين الوقف وغيره..... ٥٦
- مسألة ٨ \_ لا شفعة بالجوار..... ٦١
- مسألة ٩ \_ عجز الشفعة عن الثمن..... ٧٤
- مسألة ١٠ \_ الشفعة للغائب..... ٨٦
- مسألة ١١ \_ الشفعة للسفيه..... ٩٣
- مسألة ١٢ \_ لو كان أحدهما كافراً أو مخالفاً..... ١٠١
- مسألة ١٣ \_ شفعه الأب مع ولده..... ١٠٧
- مسألة ١٤ \_ لا فسخ للمالك في المضاربه..... ١١٣

مسألة ١٥ \_ لو كان أحد الشريكين حملاً ..... ١٢٠

فصل

١٢٣ \_ ١٥٦

مسألة ١ \_ لو تعدد الشركاء ..... ١٢٣

مسألة ٢ \_ لو كان الشيء بين ثلاثة ..... ١٣٢

مسألة ٣ \_ لو امتنع الحاضر أو عفا ..... ١٣٤

مسألة ٤ \_ لو أخذ أحدهم وطلب الآخر الفسخ ..... ١٣٥

مسألة ٥ \_ لو استغله الأول وشاركه الثاني ..... ١٣٩

مسألة ٦ \_ لو لم يأخذ الحاضر حتى يأتي الغائب ..... ١٤٠

مسألة ٧ \_ لو أخذ الحاضر ثم حضر الغائب ..... ١٤٢

مسألة ٨ \_ لو كانت الدار بين ثلاثة ..... ١٤٤

مسألة ٩ \_ لو باع من الثلاثة دفعه ..... ١٤٨

مسألة ١٠ \_ لو باع الحاضرين ولهما شريكان ..... ١٥٣

مسألة ١١ \_ لو كان بين آخرين فمات أحدهما ..... ١٥٤

فصل

فى كيفية الأخذ بالشفعة

١٥٧ \_ ٣٧٦

مسألة ١ \_ لا يضر الخيار بالشفعة ..... ١٥٧

مسألة ٢ \_ هل للشفيع تبعيض الحق ..... ١٦٤

مسألة ٣ \_ الشفعة بالثمن مطلقاً ..... ١٦٨



- مسألة ٤ \_ لو اشترى شقصا وعرضا..... ١٧٧
- مسألة ٥ \_ الشفيع يدفعها مثلا أو قيمه..... ١٨٠
- مسألة ٦ \_ متى تبطل الشفيعه..... ١٩١
- مسألة ٧ \_ مما لا ينافى الفور..... ١٩٩
- مسألة ٨ \_ فى تقابل المتبايعين..... ٢١٦
- مسألة ٩ \_ الدررك على المشتري..... ٢٢٣
- مسألة ١٠ \_ التقابل بعد الرضا بالبيع..... ٢٢٦
- مسألة ١١ \_ لو وقفه المشتري..... ٢٢٨
- مسألة ١٢ \_ لو انهدم المبيع أو عاب..... ٢٣٦
- مسألة ١٣ \_ هل يجب إصلاح الأرض..... ٢٤٦
- مسألة ١٤ \_ إذا زاد الملك..... ٢٧٤
- مسألة ١٥ \_ لو بان الثمن مستحقا..... ٢٧٩
- مسألة ١٦ \_ لو قال المشتري خلاف الواقع..... ٢٨٢
- مسألة ١٧ \_ إذا جهل الشفيع المثلث أو الثمن..... ٢٨٤
- مسألة ١٨ \_ هل يجب تسليم الثمن أولا..... ٢٨٨
- مسألة ١٩ \_ التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول..... ٢٨٩
- مسألة ٢٠ \_ لا فرق بين الإجاره والزرع..... ٢٩٠
- مسألة ٢١ \_ إذا سأل البائع الإقاله..... ٢٩٤
- مسألة ٢٢ \_ لو كان الثمن مؤجلا..... ٢٩٥
- مسألة ٢٣ \_ الشفيعه تورث..... ٣٠٢

مسأله ۲۴ \_ الشفحه تورث مطلقا..... ۳۰۷

ص: ۴۷۷

- مسأله ٢٥ \_ إذا باع الشفيع نصيبه..... ٣٢١ .....
- مسأله ٢٦ \_ بيع الشقص فى مرض الموت..... ٣٢٦ .....
- مسأله ٢٧ \_ الصلح على ترك الشفعه..... ٣٣٢ .....
- مسأله ٢٨ \_ ضمان الشفيع الدرک..... ٣٣٨ .....
- مسأله ٢٩ \_ لو وجد بالشفعه عيبا سابقا..... ٣٤٤ .....
- مسأله ٣٠ \_ إذا كان لا مثل للثمن..... ٣٥٤ .....
- مسأله ٣١ \_ لو باع ذو اليد ثبتت الشفعه..... ٣٦٧ .....

## فصل

فى مسقطات الشفعه

٣٧٧ \_ ٤٠٦

- ٣٧٨ ..... إسقاط الشفعه قبل البيع.....
- ٣٨٦ ..... لو بلغه البيع فلم يطلب.....
- ٣٩٤ ..... لو تلف الثمن قبل قبضه.....
- مسأله ١ \_ إسقاط الشفعه بزياده على الثمن..... ٤٠٠ .....
- مسأله ٢ \_ إمهال الشفيع المشتري..... ٤٠٢ .....

## فصل

فى التنازع

٤٠٧ \_ ٤٦٠

- مسأله ١ \_ لو اختلفا فى الثمن ولا بينه..... ٤٠٧ .....
- مسأله ٢ \_ لو ادعى البيع وأنكر المشتري..... ٤٢١ .....



مسأله ۳\_ لو ادعى أن شريكه ابتاع بعده..... ۴۲۸

ص: ۴۷۸

مسألة ٤ \_ لو اختلفا فى الإرث والابتىاع..... ٤٣٦

مسألة ٥ \_ الدعويان المتخالفان..... ٤٤٤

مسألة ٦ \_ دعوى الشفعه مجملاً..... ٤٤٧

مسألة ٧ \_ لو انكر المشتري ملكيه الشفيع..... ٤٥٥

مسألة ٨ \_ لو ادعى على أحد الورثه العفو..... ٤٥٧

فصل

فى مسائل مختلفه

٤٦١ \_ ٤٦٦

مسألة ١ \_ لو كان المورث جاهلاً بثبوت الشفعه..... ٤٦١

مسألة ٢ \_ لو ادعى الوكاله وكان جاهلاً بالفوريه..... ٤٦٢

مسألة ٣ \_ لو كان النهر مقسوماً لا المال..... ٤٦٢

مسألة ٤ \_ لو أخذ بالشفعه ثم قال لا أريد..... ٤٦٢

مسألة ٥ \_ لو وقف ومات وأخذ الشفيع بالشفعه..... ٤٦٣

مسألة ٦ \_ الجهل بالأخذ والفوريه من الأعدار..... ٤٦٣

مسألة ٧ \_ لو اشترى شيئين أحدهما فيه الشفعه..... ٤٦٤

مسألة ٨ \_ لو اختلف الورثه فى شراء المشتري..... ٤٦٤

خاتمه..... ٤٦٧

مآسى بلاد الإسلام..... ٤٦٩

المحتويات..... ٤٧٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان  
الغمامة



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

