بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

سبب وجوب الشفعة : ماهية السبب .

أما سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه في موضعين .

أحدهما : في بيان ماهية السبب .

و الثاني : في بيان كيفيته .

أما الأول : فسبب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة : الشركة في ملك المبيع و الخلطة و هي الشركة في حقوق الملك و الجوار و إن شئت قلت أحد الشئيين : الشركة و الجوار ثم الشركة نوعان : شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب و الطريق و هذا عند أصحابنا Bهم و قال الشافعي السبب هو الشركة في ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة و لا بالجوار .

احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : [إنما الشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة] فصدر الحديث إثبات المنفعة في غير المقسوم لأن كلمة إنما لإثبات المذكور و نفي ما عداه و آخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود و صرف الطرق و الحقوق بين الجارين واقعة و الطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية و لأن الأخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رضاه و عصمة ملكه و كون التملك إضراراً يمنع من ذلك فكان ينبغي أن لا يثبت حق الأخذ أصلاً إلا أنا عرفنا ثبوته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقي المر في المقسوم على الأصل أو يثبت معلولاً بدفع ضرر خاص و هو ضرر القسمة لكونه ضرراً لازماً لا يمكن دفعه إلا بالشفعة فأما ضرر الجوار فليس يلزم بل هو ممكن الدفع بالرفع إلى السلطان و المقابلة بنفسه فلا حاجة إلى دفعه بالشفعة .

و لنا [ما روي أنه سئل رسول الله صلى الله عليه و سلم عن أرض بيعت و ليس لها شريك و لها جار فقال عليه الصلاة و السلام : الجار أحق بشفعتها] و هذا نص في الباب .

و روي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : [الجار أحق بصقبه] و الصقب الملاصق أي أحق بما يليه و بما يقرب منه و روي [الجار أحق بشفעתه] و هذا نص في الباب و لأن حق الشفعة بسبب الشركة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل و ضرره و ذلك متوقع الوجود عند المجاورة فورود الشرع هناك يكون وروداً هنا دلالة و تعليل النص بضرر القسمة غير سديد لأن القسمة ليست بضرر بل هي تكميل منافع الملك و هي ضرر غير واجب الدفع لأن القسمة مشروعة و لهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة في العروض دفعا لضرر القسمة .

و أما قوله : يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه و المرافعة إلى السلطان فنقول : و قد لا

يندفع بذلك و لو اندفع فالمقابلة و المرافعة في نفسها ضرر و ضرر الجار السوء يكثر وجوده في كل ساعة فيبقى في ضرر دائم .

و أما الحديث : فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لأن كلمة { إنما } لا تقتضي نفي غير المذكور قال اﷺ تبارك و تعالى : { إنما أنا بشر مثلكم } و هذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة و السلام بشرا مثله و آخره حجة عليه لأنه علق عليه الصلاة و السلام سقوط الشفعة بشرطين : وقوع الحدود و صرف الطرق و المعلق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما و عنده يسقط بشرط واحد و هو وقوع الحدود و إن لم تصرف الطرق ثم هو مؤول و تأويله فإذا وقعت الحدود فتباينت و صرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده و طريقه فلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الرؤية لأن في القسمة معنى المبادلة فكان موضع الإشكال فأخبر أنه لا شفعة ليزول الإشكال و اﷺ سبحانه و تعالى أعلم بالصواب