

شرح الزركشي على مختصر الخرقى

@ 169 موسى هذا الحكم إذا لم يكن الشقص في يد واحد منهم بعينه ، أما إن كان في يد أحدهم فالمطالبة له وحده . .

ومقتضى كلام الخرقى [أن المشتري] يصح تصرفه في الشقص المبيع قبل أخذ الشفيع ، أو قبل علمه ، وهو صحيح ، لأن قصاراه أن يكون قد ثبت فيه حق تملك ، وذلك لا يمنع التصرف ، بدليل الابن يتصرف في العين الموهوبة له ، وإن جاز لأبيه الرجوع فيها ، وقيد أبو البركات ذلك بما قبل الطلب ، فلعله بنى ذلك على أن الأخذ يحصل بالطلب ، وهو رأي القاضي ، وأبي الخطاب ، بشرط الملاءة ، وعند أبي محمد لا يملكه إلا بالأخذ ، أو ما يدل عليه ، نحو : أخذته بالثمن ، أو تملكته . وعند ابن عقيل لا يملكه إلا بدفع الثمن ، وعلى رأي الجميع لا يفتقر إلى حكم حاكم ، وفي التذكرة أن يفتقر ، وإلى أعلم . .

قال : وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة . .

ش : الشفعة تثبت للصبي كما تثبت للبالغ ، للعمومات ، ولأن ثبوتها لدفع ضرر عن المال ، أشبهت خيار العيب ، فعلى هذا إن كان فيها حظ فللولي الأخذ بها ، بل قال أبو محمد : يجب ، لأه مصلحة من غير مفسدة ، والولي عليه رعاية مصالح الصبي . وإن لم يكن فيها حظ فليس له الأخذ ، فإن أخذ فهل يصح لأن فيه دفع ضرر عن الصبي في الجملة أو لا يصح لمنعه من الشراء ، أشبهه مالو اشترى معيباً يعلم عيبه ؟ فيه روايتان ، وإن ترك الولي الأخذ بها مطلقاً فهل للصبي إذا بلغ الأخذ بها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور والخرقي ، لأن الأخذ حق ثبت له ، فلا يسقط بترك غيره ، كوكل الغائب ، (أو ليس له الأخذ) وبه كان يفتي ابن بطة ، فيما حكاه عنه أبو حفص ، لأنه يملك الأخذ ، فملك الترك كالمالك (أو إن تركها الولي والحظ فيها للصبي فله الأخذ ، وإن تركها لعدم الحظ سقطت وهو اختيار ابن حامد ، وتبعه القاضي ، وعامة أصحابه ، لأنه فعل ماله فعلة فينفذ ، كما لو أخذ مع الحظ ؟ ثلاثة أقوال ، وحكم المجنون والسفيه حكم الصبي ، وإلى أعلم . .

قال : وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه فله ذلك ، إذا لم يكن في أخذه ضرر . .

ش : إذا بنى المشتري قبل أخذ الشقص ، ثم اختار الشفيع الأخذ ، فله ذلك للعمومات ، ويلزمه أن يدفع إلى المشتري قيمة بنائه ، نص عليه أحمد في رواية الجماعة ، دفعاً للضرر المنفي عنه شرعاً ، قال القاضي وأصحابه والشيخان وغيرهم : أو يقلعه ويضمن نقصه ، لأنه في معنى ما تقدم ، لزوال الضرر به ، هذا إن لم يشأ المشتري أخذ بنائه ، فإن أراد أخذ

بنائه فقيل : وهو ظاهر كلام الأكثرين ، بل الذي جزموا به له ذلك ، أضر بالأرض أو لم يضر ،
لأنه عين ماله ، ولا يلزمه طم الحفر ، ولا الأرش ، قاله القاضي ، إذ النقص حدث في ملكه ،
فلا يقابل بعوض ، فعلى هذا