@ 681 @ أَمْ بِالتَّرَاضِي ; لِأَنَّ الْقَبْضَ لَا يَتِمُّ إلَّا بِالْقِسْمَةِ وَعَلَيْهِ فَبِالْقِسْمَةِ يَكُونُ الِانْتِفَاعُ كَامِلًا , وَكَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لِلشَّفِيعِ نَقْضُ قَبْضِ الْمُشْتَرِي وَجَعْلُ عُهْدَةِ الْبَيْعِ عَلَى الْبَائِعِ فَلَيْسَ لَهُ أَيْضًا حَقٌّ فِي نَقْضِ الْقِسْمَةِ الْحَاصِلَةِ مَعَ الْقَبْضِ الْكَامِلِ بِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ وَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ حَيْثُ يَكُونُ لِلشَّفِيعِ نَقْضُهُ ; لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَقَعْ مِنْ الَّذِي قَاسَمَ فَلَمْ تَكُنْ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ حُكْمُ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ بَلْ هُوَ تَصَرُّفٌ بِحُكْمِ الْمِلْكِ فَيَنْقُضُهُ الشَّفِيعُ , (مَجْمَعُ الْأَنْهُرِ) .

سُؤَالٌ : بِمَا أَنَّ الشَّفِيعَ يَمْلِكُ نَقْضَ تَصَرُّفَاتِ الْمُشْتَرِي , وَالْقِسْمَةُ بِمُقْتَضَى الْمَادَّةِ , (16 1 1) يُوجَدُ فِيهَا مُبَادَلَةٌ , أَفَلَيْسَ مِنْ الْوَاجِبِ أَنْ يَكُونَ لَهُ نَقْضُ الْقِسْمَةِ أَيْضًا ؟

الْجَوَابُ - إنَّ الْقِسْمَةَ , كَمَا هُوَ مَذْكُورٌ فِي الْمَادَّةِ , (16 1 1) مِنْ وَجْهٍ إفْرَازٌ وَمِنْ وَجْهٍ مُبَادَلَةٌ . فَمِنْ حَيْثُ إنَّهَا مُبَادَلَةٌ فَلِلشَّفِيعِ حَقٌّ فِي نَقْضِ الْقِسْمَةِ وَمِنْ حَيْثُ إنَّهَا إفْرَازٌ فَلَيْسَ لَهُ حَقٌّ فِي ذَلِكَ . وَعَلَيْهِ وَبِمَا أَنَّهُ قَدْ حَصَلَ شَكٌّ فِي حَقِّ الْقَبْضِ فَلَا يَثْبُتُ هَذَا الْحَقُّ بِالشَّكِّ , (أَبُو السُّعُودِ) . أَمَّا لَوْ تَقَاسَمَ الْمُشْتَرِي مَعَ آخَرَ غَيْرِ الْبَائِعِ فَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ هَذِهِ الْقِسْمَةِ . فَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّتَهُ فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ وَتَقَاسَمَ بَعْدَ ذَلِكَ الْمُشْتَرِي مَعَ الشَّرِيكِ

فَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ هَذِهِ الْقِسْمَةِ , (أَبُو السُّعُودِ) 3 وَكَمَا لَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا وَهُمَا شَفِيعَانِ ثُمَّ جَاءَ شَفِيعٌ ثَالِثٌ بَعْدَ مَا اقْتَسَمَاهَا بِالْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَاءِ فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَ الْقِسْمَةَ , (مَجْمَعُ الْأَنْهُرِ) - * * * * * - (مَادَّةُ 1 10 1) - , (إذَا كَانَ الطَّابَقُ الْعُلْوِيُّ مِنْ الْبِنَاءِ مِلْكَ أَحَدٍ وَالسُّفْلِيُّ مِلْكَ آخَرَ يُعَدُّ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ جَارًا مُلَاصِقًا) وَذَلِكَ إذَا لَمْ يَكُنْ الطَّرِيقُ الْعُلْوِيُّ مَارًّا مِنْ السُّفْلِيِّ بَلْ كَانَ مَارًّا مِنْ طَرِيقٍ

عَامٍّ . وَالْعُلْوِيُّ كَمَا يَكُونُ طَابَقًا وَاحِدًا يَكُونُ أَكْثَرَ أَيْضًا وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا يُعَدُّ جَارًا مُلَاصِقًا إذَا كَانَتْ ثَلَاثَةَ مَنَازِلَ مُتَّصِلَةً بَعْضُهَا بِبَعْضٍ وَفَوْقَ بَعْضِهَا بَعْضًا لِكُلٍّ مِنْهَا بَابٌ عَلَى الطَّرِيقِ الْعَامِّ فَإِذَا بِيعَ الْمَنْزِلُ الْمُتَوَسِّطُ مِنْ هَذِهِ الْمَنَازِلِ كَانَ لِكُلٍّ مِنْ الْمَنْزِلَيْنِ الْعُلْوِيِّ وَالسُّفْلِيِّ الشُّفْعَةُ وَإِذَا بِيعَ الْأَعْلَى فَالشُّفْعَةُ لِلْأَوْسَطِ وَإِذَا بِيعَ السُّفْلِيُّ كَانَتْ لِلْأَوْسَطِ أَيْضًا , (الْهِنْدِيَّةُ فِي الْبَابِ الثَّانِي : وَرَدُّ الْمُحْتَارِ) . وَيُبَيِّنُ فِي هَذِهِ الْمَادَّةِ الْحُكْمَ الِاسْتِحْسَانِيَّ , وَالْقِيَاسُ عَدَمُ جَرَيَانِ الشُّفْعَةِ فِي الْعُلْوِيِّ ; لِأَنَّ الْعَلَوِيَّ لَا يَبْقَى عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ وَيَزُولُ بِانْهِدَامِهِ . وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ هُوَ أَنَّ حَقَّ وَضْعِ الْعُلُوِّ مُتَأَبِّدٌ . وَلِصَاحِبِهِ الْحَقُّ فِي إنْشَائِهِ أَيْضًا بَعْدَ الِانْهِدَامِ . وَعَلَيْهِ فَهَذَا الْعُلْوِيُّ كَالْعَرْصَةِ , (أَبُو السُّعُودِ بِإِيضَاحٍ) وَيُفْهَمُ مِنْ هَذِهِ الْإِيضَاحَاتِ أَنَّ الِاشْتِرَاكَ بِالْبِنَاءِ مُجَرَّدًا بِدُونِ أَرْضٍ يَكُونُ سَبَبًا لِلشُّفْعَةِ مِنْ حَيْثُ الْجِوَارُ لَا مِنْ حَيْثُ الِاشْتِرَاكِ . وَذَلِكَ كَمَا مَرَّ فِي شَرْحِ الْمَادَّةِ , (1008) , (أَبُو السُّعُودِ , مَجْمَعُ الْأَنْهُرِ) , فَلَوْ بِيعَ عَقَارٌ مُتَّصِلٌ بِدَارٍ عُلْوِيُّهَا لِشَخْصٍ وَسُفْلِيُّهَا لِآخَرَ عَلَى مَا جَاءَ فِي هَذِهِ الْمَادَّةِ , تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لِصَاحِبِ الْعُلْوِيِّ وَصَاحِبِ السُّفْلِيِّ لَكِنْ لَوْ انْهَدَمَ الْعُلْوِيُّ قَبْلَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ فَتَكُونُ الشُّفْعَةُ لِصَاحِبِ السُّفْلِيِّ فَقَطْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَبْقَى الشُّفْعَةُ لَهُمَا مَعًا , (الْهِنْدِيَّةُ فِي الْبَابِ الْأَوَّلِ) . وَهَذِهِ الْمَادَّةُ مَوْضُوعَةٌ لِبَيَانِ الْحُكْمِ فِي الصُّورَةِ الَّتِي يَكُونُ الْعُلْوِيُّ فِيهَا مَوْجُودًا . أَمَّا لَوْ بِيعَ السُّفْلِيُّ بَعْدَ