الشرط الخامس : أن يكون للشفيع ملك سابق فإن ادعى كل واحد منهما السبق فتخالفا .

قوله الخامس : أن يكون للشفيع ملك سابق فإن اشترى اثنان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه بلا نزاع .

فإن ادعى كل واحد منهما السبق فتخالفا أو تعارضت بينتاهما فلا شفعة لهما .

هذا المذهب في تعارض البينتين على ما يأتي في بابه .

فإن قيل باستعمالهما بالقرعة : فمن قرع حلف وقضى له .

وإن قيل باستعمالهما بالقسمة : فلا أثر لهما ههنا لأن العين بينهما منقسمة إلا أن تتفاوت الشركة فيفيد التنصيف ولا يمين إذا على ما يأتي إن شاء ا تعالى .

قوله ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين .

إذا بيع طلق في شركة وقف : فهل يستحقه الموقوف عليه ؟ لايخلو : إما أن نقول يملك الموقوف عليه الوقف أولا ؟ .

فإن قلنا يملكه - وهو المذهب على ما يأتي - فالصحيح من المذهب هنا : أنه لاشفعة له جزم به في الوجيز وغيره وقطع به أيضا ابن أبي موسى والقاضي وابنه و ابن عقيل والشريفان - أبو جعفر و الزيدي - و أبو الفرج الشيرازي في آخرين واختاره المصنف وغيره وصححه في الخلاصة و النظم وقدمه في المغني و الشرح و الفروع و الفائق .

وقال أبو الخطاب : له الشفعة .

قال الحارثي : وجوب الشفعة على قولنا بالملك : هو الحق وقدمه في الرعايتين و الحاوي الصغير .

واطلقهما في المذهب و المستوعب و المحرر و الكافي .

وإن قلنا : لايملك الموقوف عليه الوقف فلا شفعة أيضا على الصحيح من المذهب قطع به الجمهور منهم القاضي و أبو الخطاب وصاحب المحرر و الرعاية الصغرى و الحاوي الصغير ومن تقدم ذكره في المسألة الأولى وغيرهم وقدمه في الرعاية الكبرى .

وقيل له : الشفعة قال في الرعاية الكبرى : وقيل إن قلنا : القسمة إفراز وجبت وإلا فلا انتهى .

اختار في الترغيب إن قلنا : القسمة إقرار وجبت هي والقسمة بينهما .

فعلى هذا الأصح : : يؤخذ بها موقف جاز بيعه .

قال في التلخيص - بعد أن حكى كلام أبي الخطاب المتقدم - ويتخرج عندي - وإن قلنا :

يملكه في الشفعة - وجهان مبنيان على أنه : هل يقسم الوقف والطلق أم لا ؟ .

فإن قلنا : القسمة إفراز : قسم وتجب الشفعة وإن قلنا ببيع فلا قسمة ولا شفعة انتهى .

قال في القواعد - بعد أن حكى الطريقتين - هذا كله مفرع على المذهب في جواز قسمة الوقف من الطلق .

أما على الوجه الآخر بمنع القسمة فلا شفعة إذا لا شفعة في ظاهر المذهب إلا فيما يقبل القسمة من العقار .

وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين على الخلاف في قبول القسمة انتهى .

تنبيه : هذا الطريقة التي ذكرناها - وهي : إن قلنا الموقف عليه بملك الوقف وجبت الشفعة أولا يملك فلا شفعة - هي طريقة أبي الخطاب جماعة وللأصحاب طريقة أخرى وهي أن الخلاف جار سواء قلنا : يملك الموقوف عيه الوقف أم لا وهي طريقة الأكثرين وهي طريقة المصنف هنا وغيره .

ومنهم من قال : إن قلنا بعدم الملك فلا شفعة وإن قيل بالملك : فوجهان وهي طريقة صاحب المحرر واختاره في التلخيص لكن بناه على ما تقدم