الشفعة فى المرافق الخاصة دراسة مقارنة

د./ محمد أحمد حسن محمود*

الشفعة في اللغة :

الشفعة من شفع يشفع شفعاً كمنع ، بمعني الضم والزيادة ، وتطلق الكلمة أيضاً فيراد بها المال المشفوع فيه وتطلق ويراد بها تملك ذلك المال ، وقال صاحب المصباح المنير : شفعت الشيء شفعاً من باب نفع ضممته إلي الفرد وشفعت الركعة جعلتها ثنتين ، ومن هنا اشتقت الشفعة وهي مثال غرفة لأن صاحبها يشفع ماله بها ، وهي اسم للملك المشفوع مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم وتستعمل بمعني التملك لذلك الملك ومنه قولهم : من ثبت له شفعة فأخر الطلب بغير عذر بطلت شفعته ، ففي هذا المثال جمع بين المعنيين فإن الأولي للمال والثانية للتملك .(١)

وفي لسان العرب : الشفع من الأعداد ما كان زوجاً تقول كان وتراً فشفعته بآخر وشفعة الضحى ركعتا الضحى - إلي أن قال - وسئل أبو العباس عن اشتقاقها في اللغة فقال : الشفعة الزيادة ؛ وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلي ما عندك فتزيده وتشفعه بها أي تزيده بها أي أنه كان وتراً واحداً فضم إليه ما زاده وشفعه به .(٢)

جاء في النهاية في غريب الحديث : الشفعة في الملك معروفة ، وهي مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يضم المبيع إلي ملكه فيشفعه به ، كأنه كان واحداً وتراً فصار زوجاً شفعاً . والشافع هو الجاعل الوتر شفعاً .(٣)

الشفعة في الاصطلاح :

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالي - في تعريف الشفعة تبعاً لاختلافهم في موجباتها وشروطها وفيمن لهم حق الشفعة . وفيما يلي تعريف الشفعة عند أصحاب المذاهب :

ذهب الحنفية إلي أن الشفعة حق تملك المرء ما بيع من عقار أو ما هو في حكم العقار مما هو متصل بعقاره من شركة أو جوار بمثل الثمن الذي قام عليه المشتري وذلك لدفع ضرر الشراكة أو الجوار .(٤)

وذهب المالكية إلي أن الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه . قوله : شريك قيد أخرج به الجار والشريك في حق المبيع . وقوله : مبيع قيد أخرج - الموهوب بلا عوض وكذا

---

(١) المصباح المنير " شفع " .

(*) دكتور/ محمد أحمد حسن محمود، مدرس بقسم الدراسات الإسلامية كلية الآداب بقنا، جامعة جنوب الوادى.

(٢) لسان العرب " شفع " .

(٣) النهاية لابن الأثير ٢/٤٨٥ . (٤) الفتاوى الهندية ٥/١٦٠ وحاشية ابن عابدين ٦/٢١٦

المـــورث [١] .

وذهب الشافعية إلي أن الشفعة استحقاق الشريك انتزاع حصة شـويكه المنتقل عنه من يـد من انتقلت إليه بمثـل العـوض المسمي .[٢]

وأما الحنابلة فقد رأوا أن الشفعة استحقاق الشـريك انـتزاع حصـة شريكه من يـد ومن انتقلت إليه إن كان مثله أو دونه بعوض مالي بثمنـه الذي استقر عليه العقد . وقوله : الشريك قيد خرج به الجار والشريك فـي حق المبيع . وقوله : إن كان مثله أو دونه قيد خرج به الكافر فلا شفعة لـه علي مسلم عند الإمام أحمد. وقوله : بثمنه الذي استقر عليه العقد خرج بـه الموهوب والموروث وما كان صداقـاً أو عوض خلع أو نحـوهمـا [٣] .

ومما تقدم تتضح العلاقة بين المعنيين اللغوي والشرعي فـإذا كـانت الشفعة لغة بمعني الضم والزيادة فإن الشفيع بانتزاعه حصة شريكه من يـد من انتقلت إليه بضم تلك الحصة إلي ما عنده يزيد بـها تملكـه ، فـالضم والزيادة موجودان في المعنيين اللغوي والشرعي غير أن الشفعة في عـرف الشرع اعتبر فيها قيـود جعلتها أخص من معناها في اللغـة .

مشروعيـة الشفعـة :

الشفعة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتـاب فقوله تعالـي : (ومـا آتاكـم الرسـول فخـذوه ومـا نهاكـم عنـه فانتهـوا) .[٤]

وأما السنـة فقـد ورد بمشروعيتهـا جملة أحاديث وآثـار نذكـر منها ما يلي :

١- روى البخـاري في صحيحه بإسناده إلي جابر بن عبد الله رضـي الله عنه قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسـم فـإذا وضعـت الحـدود وصرفت الطـرق فـلا شفعـة .. ولمسلـم بسنده إلـي جابـر قـال : قضى رسـول الله ﷺ بالشفعـة في كل شركـة مـا لـم تقسـم ربعـة أو حـائط لا يحـل لـه أن يبيع حتى يؤذن شريكـه فـإن شـاء أخـذ وإن شـاء تـرك فـإذا بـاع ولـم يـؤذنـه فهـو أحـق بـه [٥]

---

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٢٩٦/٢ .
(٢) مغني المحتاج ٢٩٦/٢ .
(٣) المغني ٢٥٥/٥ .
(٤) سورة الحشر ، من الآية ٧.
(٥) هو في صحيح البخاري رقم ٢٢١٣ (الفتح) من طريق معمر عن الزهـري عن أبي سلمة عن جابر . وهو عند مسلم من طريق ابن جرير عن أبي الزبير عـن جابر . (النووي ٤٦/١١) .

٢- ولأبي داود بإسناده إلي أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : إذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة فيها [١] .

٣- وللبخاري بإسناده إلي عمرو بن الشريد قال : وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ فقال يا سعد ابتع مني بيتي في دارك فقال سعد : والله ما ابتاعهما فقال المسور والله لتبتاعنهما ، فقال سعد والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة قال أبو رافع : لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : الجار أحق بسقبه ما اعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار فأعطاه إياها [٢] .

٤- ولأحمد والأربعة بإسنادهم إلي جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً [٣] .

٥- وفي الموطأ أن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال : إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل [٤].

---

(١) هو عند أبي داود رقم ٣٥١٥ من طريق ابن جريج عن ابن شهاب عن أبي سلمة .. أو عن سعيد بن المسيب أو عنهما جميعاً عن أبي هريرة .

قال الشوكاني : ورجال إسناده ثقات . (٣٣١/٥) وقد رواه الشافعي في المسند ١٧٣/٦ ومالك ١٩٢/٢ وابن حبان ١١٥٢ عن سعيد وأبي سلمة مرسلا ورجح الحافظ في الفتح ٤٣٦/٤ وصله عن جابر وإرساله عن سعيد بن المسيب وكذا البيهقي ١٠٤/٦ وغيره .

(٢) هو في صحيح البخاري من طريق ابن جريج عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد رقم (٢٢٥٨) الفتح .

(٣) هو عند أحمد ٣٠٣/٣ وأبي داود رقم ٣٥١٨ والترمذي رقم ١٣٨١ والنسائي في السنن الكبرى كما في تحفة الأشراف ٢٤٣٤ وابن ماجة رقم ٢٤٩٤ كلهم عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر ، وقد أعلوا الحديث بعبد الملك العزرمي ، وأطال ابن التركماني في الرد على البيهقي وجزم بصحة الحديث وموافقته لبقية الروايات واورد له عدة شواهد لموافقته لمذهب الحنفية وكذا الزيلعي في نصب الراية . انظر السنن الكبرى وحاشية ابن التركماني عليها ١٠٦/٦، نصب الراية ١٧٤/٤ .

(٤) هو عنده من طريق محمد بن عمارة عن أبي بكر بن حزم ... الأثر قال مالك : وعلى هذا الأمر عندنا . الموطأ ٧١٧/٢ . وانظر المصنف لعبد الرزاق رقم ١٤٤٢٦ والمصنف لابن أبي شيبة ٧٥٩/٦ وعنه ابن حزم ٤/١٠ .

وأما الإجماع فقد أجمع أهل العلم على القول بها ولم يعرف فيها مخالف إلا ما قيل عن أبي بكر ابن الأصم [١] . من إنكارها بحجة إن في إثباتها إضرارا بأرباب الأملاك لأن المشتري يحجم عن الشراء إذا علم أن ما يشتريه سينتزع منه فيتضرر الملاك بذلك .

وقد رد ابن قدامة - رحمه الله - شبهته في معرض بحثه إجماع الأمة علي القول بالشفعة فقال : وأما الإجماع فقد قال فيه ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . والمعني في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلي غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلي نفسه . ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم فإنه قال لا تثبت الشفعة ؛ لأن في ذلك إضرارا بأرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاع لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك . وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله . والجواب عما ذكره من وجهين :

أحدهما : أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء .

الثاني : أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة . هـ [٢] .

دفع شبه القول بمنافاتها للقياس

لقد تكلم بعض أهل العلم في الشفعة من حيث زعم بعضهم منافاتها لبعض الأصول والمبادئ الشرعية فقال السرخسي : وزعم بعض أصحابنا - رحمهم الله - أن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة ؛ لأنه يتملك على المشتري ملكاً صحيحاً له بغير رضاه وذلك لا يجوز فإنه من نوع الأكل بالباطل وتأيد هذا بقوله ﷺ " لا يحل مال امرئ مسلم إلا

(١) هو عبد الرحمن بن كيسان ، أبو بكر ، أحد المعتزلة ، ذكره القاضي عبد الجبار المعتزلي في طبقات المعتزلة ، وذكر أنه من أفصح الناس وأورعهم . انظر : لسان الميزان ٤٢٧/٣ ، وله شواذ في إنكار أكثر المعاملات .

(٢) المغني جـ٥ص٢٥٥ .

بطيب نفس منه " ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره . أ هـ [1] .

وأورد ابن القيم – رحمه الله– شبهة لنفاة الحكم والتعليل والقياس فقال : وحرم أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه ثم سلطه على أخذ عقاره وأرضه بالشفعة . وقد رد – رحمه الله – على هذه الشبهة وعلى دعوى منافاة مشروعية الشفعة لأصول الشريعة ومبادئها فقال : من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، ولا يليق بها غير ذلك ، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به .

ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب ، لأن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه وتعالي رفع هذا الضرر بالقسمة تارة ، وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة ، وانفراد أحد الشريكين بالجملة ، إذا لم يكن علي الآخر ضرر في ذلك ، فإن أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي وهو يصل إلي غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع ؛ لأنه يصل إلي حقه من الثمن وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد . أ هـ [2] .

وباستعراض ما تقدم من تعريفات الشفعة لدى أهل العلم وحكمة مشروعيتها يتضح ما يلي :-

١) اتفاقهم على القول بالشفعة على وجه الإجمال .
٢) اتفاقهم على ثبوت الشفعة للشريك المسلم بشرطه .
٣) اتفاقهم على عدم اعتبار رضا الشريك والمشفوع عليه في انتزاع الشفيع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه .
٤) اتفاقهم في الجملة على ثبوت الشفعة في العقار .

---

(١)المبسوط جـ١٤/٩٠ .
(٢)إعلام الموقعين جـ٢/١١١ .

٥) اختلافهم في سبب الشفعة حيث اتفق الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعي ، وأحمد على أن الشفعة خاصة للشريك فلا شفعة بجوار ولا بمرفق خاص مشترك كطريق وبئر ومسيل وخالف في ذلك الإمام أبو حنيفة حيث أثبت الشفعة بالجوار وبالموافق الخاصة ووافقه في ذلك الإمام أحمد في رواية عنه في الشفعة بالمرافق الخاصة .
٦) اختلافهم في الشركة فيما لا يقبل القسمة من العقار كالحمام الصغير والحانوت .
٧) اختلافهم في الشركة في المنقولات هل فيها شفعة .
٨) اختلافهم في الكافر هل له حق الشفعة على المسلم حيث اتفق الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك والشافعي على إثبات الشفعة له على المسلم وخالفهم في ذلك الإمام أحمد حيث منعها عنه بحجة أنه ليس له مثل حق المسلم .
٩) اختلافهم فيما إذا انتقلت الحصة إلي الغير بعوض غير مسمى .
١٠) اختلافهم في الوقف هل تثبت فيه وبه الشفعة .
١١) اختلافهم في شفعة غير المكلف كالصبي والمجنون .
١٢)اختلافهم في شفعة الغائب .
١٣) اختلافهم في إرث الحق في الشفعة .
وفيما يلي عرض لأقوال بعض أهل العلم فيما اختلفوا فيه مما ذكر .

١-الاشتراك فيما لا يقبل القسمة من العقار :

اختلف أهل العلم في ثبوت الشفعة بالشركة فيما لا يقبل القسمة من العقار كالحمام الصغير والحانوت ، فذهب جمهور الشافعية والحنابلة إلي أن الشركة في ذلك لا تعتبر سبباً للأخذ بالشفعة لأن الشفعة مشروعة لدفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق ، وهذا غير موجود فيما لا يقبل القسمة ، فانتقلت الشفعة .

قال النووي في المجموع :ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحى والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة ، وقال أبو العباس : تثبت فيه الشفعة لأنه عقار فتثبت فيه الشفعة قياساً على ما تجب قسمته والمذهب الأول لما روى عن

أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر والأرف تقطع كل شفعة[1] ولان الشفعة إنما تثبت للضرر الذي يلحقه بالمقاسمة وذلك لا يوجد فيما لا يقسم . أ هـ (٢) .

وقال ابن قدامة رحمه الله : الشرط الثالث أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحي الصغير والعضادة والطريق الضيقة والعراص الضيقة فعن أحمد روايتان ، إحداهما : لا شفعة فيه وبه قال يحيي بن سعيد وربيعة والشافعي .. والثانية فيها الشفعة - الي أن قال - والأول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ انه قال : لا شفعه في فناء ولا طريق ولا منقبة . والمنقبة الطريق الضيقة ، وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل [3] . ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه ان يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع ، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها الي نفيها . ويمكن أن يقال ان الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم .

وقولهم إن الضرر ههنا أكثر لتأبده ، قلنا إلا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الي إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية . وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الإلحاق . أ هـ (٤)

وقد اختلفت الرواية عن الإمام مالك - رحمه الله - في ذلك قال أبو عبد الله المواق : قال ابن رشد : الشفعة إنما تكون فيما ينقسم من الأصول دون مالا ينقسم . وهذا أمر اختلف فيه أصحاب مالك في المدونة قال مالك:إذا كانت نخلة بين رجلين فباع أحدها حصته فلا شفعة لصاحبه فيها . وفي المدونة أيضاً قال مالك في الحمام الشفعة وهو أحق أن تكون فيه الشفعة من الأرض لما في قسم ذلك من الضرر وقاله مالك وأصحابه أجمع .أهـ[5]

وذهب الحنفية ومن وافقهم من الشافعية والمالكية والحنابلة الي ثبوت الشفعة في العقار مطلقاً ، سواء أمكن قسمته أم لم تمكن، وهذا القول رواية عن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن

(١) سبق تخريجه

(٢) المجموع جـ ١٤ صـ ١٣٢ ، والأرف جمع أرفة كغرفة وهي الحد بين الشيئين .

(٣) سبق تخريجه

(٤) المغني ٥/٢٥٩ - ٢٦٠ .

(٥) التاج والاكليل علي شرح مختصر خليل جـ ٥ ص ٣١٥ .

تيمية - رحمه الله - وغيره من أصحابه كما اختاره بعض أصحاب الشافعي كأبي العباس ابن سريج وهو رواية المهذب عن الإمام مالك رحمه الله .

قال السرخسي : واستحقاق الشفعة في الحمام والرحى قولنا - وذكر توجيه ذلك - بأنه لدفع ضرر البادئ بسوء المجاورة علي الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد المالكين بالآخر على وجه التأبيد والقرار وحجتنا في ذلك ما روينا من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : الشفعة في كل شئ ربعة أو حائط : ولأن الحمام لو كان مهدوما فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة مثبتاً كالشقص من الجدار [1] .

وقال شيخ الإسلام ابن يمية رحمه الله : اتفق الأئمة علي ثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة قسمة الإجبار كالقرية والبستان ونحو ذلك وتنازعوا فيما لا يقبل قسمة الاجبار وإنما يقسم بضرر أو رد عوض فيحتاج الي التراضي ، هل تثبت فيه الشفعة علي قولين ، أحدهما : تثبت وهو مذهب أبي حنيفة واختاره بعض أصحاب الشافعي كابن سريج وطائفة من أصحاب أحمد كأبي الوفاء ابن عقيل وهي رواية المهذب عن مالك . وهذا القول هو الصواب كما سنبينه إن شاء الله . والثاني : لا تثبت فيه الشفعة — ثم قال — والقول الأول أصح فإنه قد ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال : من كان له شريك في أرض أو ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتي يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به . ولم يشترط النبي ﷺ في الأرض والربعة والحائط ان يكون مما يقبل القسمة فلا يجوز تقييد كلام رسول الله ﷺ بغير دلالة من كلامة لا سيما وقد ذكر هذا في باب تأسيس إثبات الشفعة وليس عنه لفظ صحيح صريح في الشفعة اثبت من هذا ؛ ففي الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قضي بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . فلم يمنع الشفعة إلا مع إقامة الحدود وصرف الطرق ، وهذا الحديث في الصحيح عن جابر وفي السنن عنه عن النبي ﷺ أنه قال : الجار أحق بشفعة جاره ينتظره بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً . فإذا قضي بها للاشتراك في الطريق فلأن يقضي بها للاشتراك في رقبة الملك أولى وأحرى — إلي أن قال — وأيضا فمن المعلوم أنه إذا اثبت النبي ﷺ الشفعة فيما يقبل القسمة فما لا يقبل القسمة أولى بثبوت الشفعة فيه فإن الضرر فيما يقبل القسمة يمكن رفعه بالمقاسمة وما لا يمكن فيه القسمة

(١)المبسوط ١٤/١٣٥ .

يكون ضرر المشاركة فيد أشد ، وظن من ظن أنها تثبت لرفع ضرر المقاسمة لا لضرر المشاركة كلام ظاهر البطلان ، فإنه قد ثبت بالنص والإجماع أنه إذا طلب أحد الشريكين القسمة فيما يقبلها وجبت إجابته الى المقاسمة . ولو كان ضرر المشاركة أقوى لم يرفع أدني الضررين بالتزام أعلاهما ولم يوجب الله ورسوله الدخول في الشيء الكثير لرفع الشيء القليل فإن شريعة الله منزهة عن مثل هذا .

وأما قولهم إن هذا يستلزم ضرر الشريك البائع فجوابه أنه إذا طلب المقاسمة ولم يمكن قسمة العين فإن العين تباع ويجبر الممتنع علي البيع ويقسم الثمن بينهما وهذا مذهب جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد . أ هـ [1] .

٢- الاشتراك في المنقولات

لا يخلو أمر المنقول من حالين إما أن يكون متصلا بالأرض كالبناء والغراس مما يباع مع الأرض فهذا يؤخذ بالشفعة تبعا لأصله . قال ابن قدامة - رحمه الله - بعد أن حكاه قولا واحداً في المذهب بغير خلاف : ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا . أ هـ [2] .

وإما أن يكون منفصلاً عنه كالزرع والثمرة وغيرهما من المنقولات فذهب الشافعية والحنابلة الي أن الشفعة لا تثبت فيه تبعاً ولا منفرداً لأن الشفعة بيع في الحقيقة وما كان منفصلاً لا يدخل في البيع تبعاً . قال الشربيني في شرحه قول صاحب المنهاج : لا تثبت في منقول . ما نصه : لا تثبت الشفعة في منقول كالحيوان والثياب سواء أبيعت وحدها أم مضمومة الي أرض للحديث المار فإنه يخصها بما تدخله القسمة والحدود والطرق ، وهذا لا يكون في المنقولات ، ولأن المنقول لا يدوم بخلاف العقار فيتأبد فيه ضرر المشاركة والشفعة تملك بالقهر، فناسب مشروعيتها عند شدة الضرر، والمراد بالمنقول ابتداء لتخرج الدار إذا انهدمت بعد ثبوت الشفعة فإن نقضها يؤخذ بالشفعة . أهـ [3] .

وقال ابن قدامة رحمه الله : القسم الثاني ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا منفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل ، ثم ذكر توجيه ذلك بقوله لأنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس وتحقيقه

---

(١) المجموع٣٠/٣٨١ -٣٨٤وانظر مجموع الفتاوى جـ ٢٩ ص ١٧٨ وما بعدها
(٢) المغنى ٥ / ٢٥٨ .
(٣) مغنى المحتاج ٢ / ٢٩٦ - ٢٩٧ .

أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضا المشترى فإن بيع الشجر وفيه ثمره غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأشبهت الغراس في الأرض ، وأما ما بيع مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . أهـ [١]

وذهب الحنفية الي أن الثمرة في الأرض تابعة للأرض في استحقاق الشفعة استحساناً إذا شرطها المبتاع ، وأما القياس فإن الشفيع لا يأخذها لأنها في حكم المنفصل أشبه المتاع في الدار قال في الهداية : " ومن ابتاع أرضاً وعلي نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها " ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس بتبع ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار ، وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع . أ هـ [٢] .

وأما ما كان منفصلا عن الأرض كأثاث الدار والعروض والسفن والحيوانات وغير ذلك من المنقول فلا شفعة فيها لأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقولات لا يدوم مثل دوامه في العقار فلا تلحق به .[٣]

واختلفت الروايات عن الإمام مالك - رحمه الله - في الثمرة على الأرض هل تؤخذ بالشفعة أم لا . قال ابن رشد : فتحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع : أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين .. والثاني ما يعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول كالبئر .. والثالث ما تعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف . أهـ [٤]

وأما المنقولات المنفصلة كالسفن والحيوانات والأثاث وغيرها فلا شفعة فيها . قال في المدونة : قلت ولا شفعة في دين ولا حيوان ولا سفن ولا بر ولا طعام ولا في شئ من

---

(١) المغنى ٥ / ٢٥٨ .
(٢) الهداية جـ (٤) ص ٣٤ .
(٣) فتح القدير لابن الهمام جـ (٧) ص ٤٣٤ .
(٤) بداية المجتهد ٢ / ٢٥٤ .

العروض ولا سارية ولا حجر ولا في شئ من الأشياء سوي ما ذكرت لي كان مما يقسم أو لا يقسم في قول مالك ؟ قال: نعم لا شفعة في ذلك ولا شفعة فيما ذكرت لك . أ هـ [1]

وذهب بعض أهل العلم الي أن الشفعة ثابتة في كل شئ حتي الثوب لما روى الترمذى عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس مرفوعاً : الشريك شفيع والشفعة في كل شئ ، ورواه مرسلاً وصحح المرسل . قال الحافظ : ورواه الطحاوي بلفظ : قضى النبيﷺ بالشفعة في كل شئ ، ورجاله ثقات . [2] ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر المشاركة . وهذا القول رواية عن الإمام أحمد . [3]

وممن قال بذلك ابن حزم ففي المحلى ما نصه : الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم ، بين اثنين فصاعداً من أي شئ كان ، مما ينقسم ومما لا ينقسم ، من أرض أو شجرة واحدة فأكثر أو عبد أو ثوب أو أمة أو من سيف أو من طعام أو من حيوان ، أو من أي شئ بيع . أ هـ [4]

٣- الجوار :

لا يخلو أمر الجار من حالين : إما أن يكون شريكا لجاره في مرافق خاصة كشرب ومسيل وطريق غير نافذ ونحو ذلك وإما ألا يشاركه في شئ من ذلك ، فإن كان شريكا لجاره في المرافق الخاصة ، فقد ذهب جمهور أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة الي القول بعدم الشفعة في ذلك لما في صحيح البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، ولما روى مسلم في صحيحه عن جابر أن النبيﷺ قال الشفعة في كل شرك في أرض وربعة أو حائط . حيث دل الحديثان علي حصر الشفعة فيما هو مشترك ولم يقسم فإذا قسم فلا شفعة ولأن الشفعة مشروعة لرفع ضرر الاشتراك والمقاسمة ولما في المقاسمة من احتمال نقص قيمة حصة الشريك بعد المقاسمة لما تستلزمه المقاسمة في الغالب من إحداث مرافق خاصة لما يقتسم .

---

(١) المدونة ٤٠٢/٥ .

(٢) سبل السلام ٣/ ١٤١ ،وهو في سنن الترمذى رقم ١٣٧١ومعانى الآثار ١٢٥/٤ .

(٣) انظر المغنى ٢٥٨/٥ .

(٤) المحلى١٠١/٩ .

قال في المدونة : قلت لابن القاسم أرأيت لو ان قوما اقتسموا دارا بينهم فعرف كل رجل منهم بيوته ومقاصيره إلا ان المساحة بينهم لم يقتسموها أتكون الشفعة بينهم أم لا في قول مالك ؟ قال : قال مالك لا شفعة بينهم إذ اقتسموا ، قلت وان لم يقتسموا المساحة وقد اقتسموا البيوت فلا شفعة بينهم في قول مالك؟ قال نعم... قلت أرأيت السكة غير النافذة تكون فيها دار قوم فباع بعضهم داره أيكون لأصحاب السكة الشفعة أم لا في قول مالك؟ قال لا شفعة لهم عند مالك . قلت ولا تكون الشفعة في قول مالك بالشركة في الطريق ؟ قال نعم لا شفعة بينهم إذا كانوا شركاء في طريق . ألا ترى ان مالكا قال لا شفعة بينهم إذا اقتسموا الدار .أ هـ[١]

قال النووى:وأما المقسوم فهل تثبت فيه الشفعة بالجوار؛ فيه خلاف،فمذهب الشافعي ومالك واحمد وجماهير العلماء لا تثبت بالجوار وحكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري ويحيي الأنصاري وأبى الزناد وربيعة ومالك والاوزاعى والمغيرة بن عبد الرحمن واحمد وإسحاق وأبى ثور وقال أبو حنيفة والثورى:تثبت بالجوار والله اعلم[٢] .

وذكر ابن قدامة -رحمة الله - ان الشفعة لا تثبت إلا بشروط أربعة أحدها ان يكون الملك مشاعا غير مقسوم فأما الجار فلا شفعة له . ثم ذكر من اختار هذا القول من أهل العلم ومن خالفه كأبي حنيفة وغيره ثم وجه القول بحصر الشفعة في الملك غير المقسوم فقال : ولنا قول النبي ﷺ الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وروى ابن جريج عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنهما قال قال رسول الله ﷺ إذا قسمت الأرض وحددت فلا شفعة [٣]

ولأن الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه ، وبيان انتقاء المعنى هو ان الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة الي مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر علي الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج الي إحداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم -الى أن قال- إذا ثبت هذا فلا فرق بين

(١) المدونة ٥/ ٤٠٢ .
(٢) شرح النووي لصحيح مسلم جـ ١١ ص ٤٦ .
(٣) سبق تخريجه .

كون الطريق مفردة أو مشتركة . قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب ، إذا وقعت الحدود فلا شفعة . أ هـ [1]

وذهب الحنفية ومن وافقهم من أهل العلم إلى أن الشفعة تثبت للخليط في حق المبيع إذا لم يكن ثم من يحجبه عنه كوجود خليط في المبيع نفسه وذلك لما روى الحسن عن سمرة ان النبي ﷺ قال : جار الدار أحق بالدار . [2] وعن جابر أن النبي ﷺ قال : الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا . [3] ولأن اتصال ملكه به يدوم ويتأبد فهو مظنة التضرر بالاختلاط في حقوق المبيع كالشركة . قال في الهداية في معرض توجيهه القول بثبوت الشفعة للخليط في حق المبيع ثم للجار ما نصه : ولنا ما روينا ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع . وهذا لأن الاتصال علي هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار إذ هو مادة المضار علي ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى . أهـ [4] وقد قال بثبوت الشفعة بالشركة في مصالح العقار بعض الحنابلة واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم . قال شيخ الإسلام ابن تيمية : وقد تنازع الناس في شفعة الجار على ثلاثة أقوال أعدلها هذا القول إنه إن كان شريكا في حقوق الملك ثبتت له الشفعة وإلا فلا . أهـ [5]

وقال ابن القيم – رحمه الله : والصواب القول الوسط الجامع بين الأدلة الذي لا يحتمل سواه وهو قول البصريين وغيرهم من فقهاء الحديث، إنه إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق أو ماء أو نحو ذلك ثبتت الشفعة وإن لم يكن بينهما حق مشترك ألبتة بل كان كل واحد منهما متميزا ملكه وحقوق ملكه فلا شفعة، وهذا الذي نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فإنه سأله عن الشفعة لمن هي فقال إذا كان طريقهما واحدا . فإذا صرفت

---

(١) المغنى ٥/٢٥٦-٢٥٧.

(٢) رواية الحسن عن سمرة بن جندب عند أبي داود رقم ٣٥١٧ والترمذي رقم١٣٨٠ وصححه أحمد ٥/٨،١٣ ، والطبراني في الكبير ٦٨٠١ والبيهقى ٦/١٠٦ ، وقد قيل : أنه لم يسمع منه .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) الهداية جـ ٤ص ٢٤-٢٥ .

(٥) مجموع الفتاوى ٣٠/٣٨٣ .

الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة وهو قول عمر بن عبد العزيز [١] وقول القاضيين سوار بن عبد الله وعبيد الله بن الحسن العنبري [٢] - إلى أن قال - فهذا المذهب أوسط المذاهب وأجمعها للأدلة وأقربها الى العدل، وعليه يحمل الاختلاف عن عمر رضي الله عنه حيث نفاها فيما إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق ، وحيث أثبتها فيما إذا لم تصرف الطرق فإنه قد روى عنه هذا وهذا . وكذلك ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : إذا حددت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، [٣] وأجاب -رحمه الله - عن حديث أبي هريرة : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة بأن تصريف الطرق داخل في وقوع الحدود ومن كل وجه يستلزم أو يتضمن تصريف الطرق .[٤]

وقال ابن حزم : والشفعة واجبة وان كانت الأجزاء مقسومة إذا كان الطريق اليها واحدا ممتلكا نافذا أو غير نافذ لهم فإن قسم الطريق أو كان نافذا غير متملك لهم فلا شفعة حينئذ ، كان ملاصقا أو لم يكن . برهان ذلك قول رسول الله ﷺ : " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " فلم يقطعها عليه الصلاة والسلام إلا باجتماع الأمرين وقوع الحدود وصوف الطرق لا بأحدهما دون الآخر . أ هـ [٥]

وأما الجار غير الشريك فقد ذهب الحنفية الي القول بحقه في الأخذ بالشفعة علي شرط انتفاء من هو أحق منه بها ، كالخليط في المبيع أو في حقه وذهب الي القول بذلك ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلي . قال في الهداية : الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في

---

(١) قول عمر بن عبد العزيز رواه عبد الرزاق في مصنفه من طريق معمر والثوري عن إبراهيم بن ميسرة عن عمر بلفظه . وعن ابن عيينة عن ابن ميسرة قال : قلت لطاووس : إن عمر بن عبد العزيز كتبه : إذا ضربت الحدود فلا شفعة فقال طاووس : لا ، الجار أحق . المصنف ٨/٨٠ رقم ١٤٣٩٤ ، ١٤٣٩٥ .

(٢) سوار بن عبد الله بن سوار ، من بني العنبر ، قاضي ، له شعر رقيق وعلم بالفقه والحديث ، من أهل البصرة ... وولي بها قضاء الرصافة . توفى ببغداد . تاريخ بغداد ٩/٢٠٠، والإعلام ٣/١٤٥ .

وعبيد الله بن الحسن العنبري ، من الفقهاء العلماء بالحديث ، من أهل البصرة ، قال ابن حبان :من ساداتها فقها وعلما توفى بالبصرة . خزانة الأدب للبغدادي ١/٢٩٦ الإعلام ٤/١٩٢ .

(٣)قول ابن القيم يؤخذ من مفهوم ما رواه عبد الرزاق عن عمر قال : إذا قسمت الأرض وحدت الحدود فلا شفعة فيها . ولم أقف علي رواية مصرح بها خلاف ما رواه عبد الرزاق . أما قول علي فلم أقف عليه ، ولكن أشار الي ذلك الشوكاني ، قال : .... وقد حكي في البحر هذا القول عن علي وعمر وعثمان وابن المسيب ... النيل ٥/٣٣١.

(٤)إعلام الموقعين جـ ٢ص ١٢٦- ١٣٠ .

(٥) المحلى جـ ٩ ص ١٢١ .

حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار . أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب لقوله عليه الصلاة والسلام : جار الدار أحق بالدار ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا [1]، ولقوله عليه الصلاة والسلام : الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه ؟ قال شفعته، ويروي : الجار أحق بشفعته[2] - إلي أن قال - وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام : الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع ، فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار . أ هـ [3]

أدلة القائلين بقصر الشفعة على الشريك في المبيع دون الجار أو الشريك في حق المبيع ومناقشتها :

استدل القائلون بقصر الشفعة على الشريك في المبيع دون الشريك في حق المبيع أو الجار بما يأتي :

[١] ما في صحيح البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وفي لفظ : إنما جعل النبيﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم إلخ .

[٢] ما في صحيح مسلم من حديث أبي الزبير عن جابر قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه إلي آخر الحديث .

[٣] ما روى الشافعي بإسناده إلي أبي الزبير عن جابر عن النبيﷺ أنه قال : الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة .[4]

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) الحديث من طريق سفيان عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع به ؛ رواه أبو داود رقم ٣٥١٦ ، وابن ماجة رقم ٢٤٩٥ والنسائي كما في المجتبى ٣٢٠/٧ .

والسقب بالسين والصاد في الأصل : القرب ، يقال سقبت الدار وأسقبت أي : قربت، ويحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار وإن لم يكن مقاسماً .

النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣٧٧/٢ .

(٣) انظر الهداية ٢٤/٢. والنص المثبت لم أقف عليه من قول النبي صلى الله عليه وسلم وروى نحوه موقوفاً عن شريح بنحوه . وعن إبراهيم - هو النخعي - بنحوه، وروى عن الشعبي يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب " . المصنف لعبد الرزاق ١٤٣٨٦-١٤٣٩٠ .

(٤) اختلاف الحديث ، باب الشفعة "حاشية كتاب الأم ٢٥٨/٧" ، وهو في المسند ص١٨١ بالسند المذكور .

[٤] ما في سنن أبي داود بإسناده إلي أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول اللهﷺ : إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها[١] .

[٥] ما في الموطأ بإسناده إلي أبي هريرة رضي الله عنه قال : قضى رسول اللهﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا صرفت الطرق ووقعت الحدود فلا شفعة .[٢]

فهذه الأحاديث والآثار تدل على أن الشفعة مشروعة فيما هو مشاع غير مقسوم ولأن الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجبه من التزاحم في المرافق والحقوق والأحداث والتغيير والإفضاء إلي التقاسم الموجب لنقص قيمة الملك بالقسمة . أما إذا قسمت الأرض فوقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة حينئذ لانتفاء الضرر بذلك . ووجه القائلون بذلك القول حصر الشفعة للشريك دون غيره وأجابوا عن الأحاديث الواردة بالشفعة للجار فقال ابن القيم رحمه الله :

قالوا:وقد فرق الله بين الشريك والجار شرعاً وقدرا ففي الشركة حقوق لا توجد في الجوار فإن الملك في الشركة مختلط وفي الجوار متميز ولكل من الشريكين على صاحبه مطالبة شرعية ومنع شرعي؛وأما المطالبة ففي القسمة وأما المنع فمن التصرف،فلما كانت الشركة محلاً للطلب ومحلاً للمنع كانت محلا للاستحقاق بخلاف الجوار فلم يجز إلحاق الجار بالشريك وبينهما هذا الاختلاف،والمعنى إلذي وجبت به الشفعة رفع مؤونة المقاسمة وهي مؤونة كثيرة والشريك لما باع حصته من غير شريكه فهذا الدخيل قد عرضه لمؤونة عظيمة فمكنه الشارع من التخلص منها بانتزاع الشقص- هو القطعة من الشيء أو النصيب-على وجه لا يضر بالبائع ولا بالمشترى،ولم يمكنه الشارع من الانتزاع قبل المبيع لأن شريكه مثله ومساو له في الدرجة فلا يستحق عليه شيئا إلا ولصاحبه مثل ذلك الحق عليه فإذا باع صار المشتري دخيلاً،والشريك أصيل فرجح جانبه وثبت له الاستحقاق .

قالوا : وكما أن الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فهو أيضاً يقصد رفع الضرر عن المشترى ولا يزيل ضرر الجار بإدخال الضرر على المشترى فإنه محتاج إلي دار يسكنها هو وعياله فإذا سلط الجار على إخراجه وانتزاع داره منه أضر به إضرارا بينا . وأى دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا وتطلبه داراً لا جوار لها كالمتعذر عليه أو كالمتعسر فكان من تمام حكمة الشارع أن اسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق لئلا يضر الناس بعضهم بعضا ويتعذر على من أراد شراء دار لها جار أن يتم له مقصوده وهذا بخلاف الشريك وإن المشترى

(١)سنن أبي داود ، ك البيوع ، باب الشفعة ٢/٢٨٠.ط الحلبي .
(٢) سبق تخرجه

لا يمكنه الانتفاع بالحصة التي اشتراها والشريك يمكنه ذلك بانضمامها إلي ملكه فليس على المشترى ضرر في انتزاعها منه وإعطائها ما اشتراها به.
قالوا : وحينئذ فتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل ما دلت عليه أحاديث شفعة الشركة فيكون لفظ الجار فيها مرادا به الشريك . ووجه هذا الإطلاق المعني والاستعمال . أما المعنى فإن كل جزء من ملك الشريك مجاور لملك صاحبه فهما جاران حقيقة وأما الاستعمال فإنهما خليطان متجاوران ولذا سميت الزوجة جارة كما قال الأعشى :

أجارتنا بيني فإنك طالقة .(١)

فتسمية الشريك جارا أولى وأحرى . وقال حمل بن مالك : كنت بين جارتين لي ..... هذا إن لم يحتمل إلا إثبات الشفعة فأما إن كان المراد بالحق فيها حق الجار على جاره فلا حجة فيها على إثبات الشفعة وأيضا فإنه إنما أثبت له على البائع حق العرض عليه إذا أراد البيع ، فأين ثبوت حق الانتزاع من المشترى ولا يلزم من ثبوت هذا الحق ثبوت حق الانتزاع .أ هـ(٢)
وقد ناقش القائلون بثبوت الشفعة للجار هذه الأدلة على الوجه الآتي :
[١] بالنسبة لحديث جابر فإن قوله : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .. فقد ذكر أبو حاتم بأنه مدرج من قول جابر قالوا ويؤيد ذلك أن مسلما لم يخرج هذه الزيادة وأجيب عن ذلك بأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل فضلا عن أن هذه الزيادة قد وردت في حديث آخر كحديث أبي هريرة .
[٢] وأما القول بأن العقار إذا كان مقسوماً معروف الحدود مصرفة طرقه فلا ضرر على مالكه بتداول الأيدي المجاورة فغير صحيح .
ذلك أن من الضرر الذي قصد الشارع رفعه ضرر سوء الجوار فإن الجار قد يسئ الجوار غالباً فيطلي الجدار ويتتبع العثار ويمنع الضوء ويشرف على العورة ويطلع على العثرة ويؤذي جاره بأنواع الأذى وقد أجمعت الأدلة على ثبوت الشفعة للشريك لدفع الضرر الناشئ عنه اشتراك في الغالب فإذا ثبتت الشفعة في الشركة في العقار لإفضائها إلي المجاورة فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها .
[٣] وأما الاحتجاج بما في صحيح البخاري : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فعلى فرض انتفاء الإدراج من جابر فإن الجار المشترك مع غيره في مرفق خاص ما ، مثل أن

(١) وتمام البيت " كذاك أمور الناس غاد وطارقة " ديوان الأعشى الكبير ، شرح وتعليق الدكتور محمد محمد حسين ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٤
(٢) إعلام الموقعين ٢/١٢٢-١٢٤ .

يكون طريقهما واحدا أو أن يشتركا في شرب أو مسيل أو نحو ذلك من المرافق الخاصة لا يعتبر مقاسماً مقاسمة كلية بل هو شريك لجاره في بعض حقوق ملكه وإذا كان طريقهما واحدا لم تكن الحدود كلها واقعة بل بعضها حاصل وبعضها منتف إذ إن وقوع الحدود من كل وجه يستلزم أو يتضمن تصريف الطرق .(١)

[٤] وأما القول بأن الشفعة شرعت للشريك لدفع ضرر المقاسمة فغير مسلم به فمشروعيتها لرفع الضرر مطلقاً سواء كان الضرر ناتجاً عن المقاسمة أم عن الاشتراك . وتخصيص الشفعة برفع ضرر معين دون غيره من الأضرار تخصيص يحتاج إلي ما يسنده شرعاً ، وأيضاً فلو كانت الشفعة مشروعة لدفع ضرر المقاسمة فقط لثبتت مشروعيتها في المنقولات المشتركة لرفع ضرر المقاسمة فيها .

أدلة القائلين بثبوت الشفعة بحق المبيع والجوار ومناقشتها :

استدل القائلون بثبوت الشفعة بالمرافق الخاصة وبالجوار بما يأتي :

[١] ما روى البخاري في صحيحه عن عمرو بن الشريد قال " وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي إذ جاء أبو رافع مولى النبيﷺ فقال يا سعد ابتع منى بيتي في دارك فقال سعد والله ما ابتاعنهما فقال المسور والله لتبتاعنهما فقال سعد والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة فقال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أني سمعت رسول اللهﷺ يقول : " الجار أحق بسقبه " ما أعطيتكها بأربعة وأنا أعطى بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه " .

وجه الدلالة من ذلك قوله : الجار أحق بسقبه أي بقربه أي أن الجار أحق بالدار من غيره لقربه ويدل على أن المقصود بأحقية الجار شفعته الأحاديث الآتية :

[٢] روى أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي بإسناده إلي جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال قال رسول اللهﷺ " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً " .

[٣] روى أحمد وأبو داود والترمذي وصححه عن سمرة أن النبيﷺ قال : جار الدار أحق بالدار من غيره .

[٤] روى أحمد والنسائي وابن ماجة عن الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار فقال : " الجار أحق بسقبه ما كان .. "

---

(١)انظر إعلام الموقعين ٢/١١٦-١٢٦، ونيل الأوطار٥/٣٥٢-٣٥٣ .

كما استدلوا من جهة المعنى بقولهم :واللفظ لابن القيم رحمه الله : إن حق الأصيل وهو الجار أسبق من حق الدخيل وكل معنى اقتضى ثبوت الشفعة للشريك فمثله في حق الجار فإن الناس يتفاوتون في الجوار تفاوتا فاحشا ويتأذى بعضهم ببعض ويقع بينهم من العداوة ما هو معهود والضرر بذلك دائم متأبد ولا يندفع ذلك إلا برضا الجار إن شاء أقر الدخيل على جواره وإن شاء انتزع الملك بثمنه واستراح من مؤونة المجاورة ومفسدتها وإذا كان الجار يخاف التأذي على وجه اللزوم كان كالشريك يخاف التأذي بشريكه على وجه اللزوم ...فوجب بحكم عناية الشارع ورعايته لمصالح العباد إزالة الضررين جميعاً على وجه لا يضر البائع . أهـ [1] ..

المناقشة :

وقد أجاب القائلون بحصر الشفعة في الشريك دون غيره بما يأتي :

[١] بالنسبة لحديث أبي رافع رضي الله عنه فقد ذكر الحافظ ابن حجر في معرض شرحه هذا الحديث وإيراده وجه استدلال الحنفية به على ثبوت الشفعة للجار ، وإلزام الشافعية بالقول به لكون الجار حقيقة في المجاور مجازا في الشريك قال ما نصه : إن محل ذلك عند التجرد وقد قامت القرينة هنا على المجاز فاعتبر للجمع بين حديثي جابر وأبي رافع ، فحديث جابر صريح في اختصاص الشفعة بالشريك وحديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقاً ؛ لأنه يقتضي أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك . والذين قالوا بشفعة الجار قدموا الشريك مطلقا ثم المشارك في الطريق ثم الجار على من ليس بمجاور فعلى هذا يتعين تأويل قوله (أحق) بالحمل علي الفضل أو التعهد ونحو ذلك . أ هـ[2] .

[٢] بالنسبة لحديث جابر : الجار أحق بشفعة جاره إلخ ، فقال الترمذي : لا نعلم أحدا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث – ثم قال – سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال : لا أعلم أحدا رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به ويروى عن جابر خلاف هذا .أهـ قال شعبة سها فيه عبد الملك فإن روى حديثاً مثله طرحت حديثه ثم ترك شعبة التحديث عنه .

---

(١) إعلام الموقعين ٢/١٢٠-١٢١ .

(٢)فتح الباري جـ٤ص٤٣٨ .

وقال أحمد : هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه غير عبد الملك وقد أنكروه عليه . أ هـ [١] .

وقد أجاب ابن القيم - رحمه الله - عن الطعن في حديث جابر فقال : إن عبد الملك هذا حافظ ثقة صدوق ولم يتعرض له أحد بجرح البتة، وأثني عليه أئمة زمانه ومن بعدهم ، وأنما أنكر عليه من أنكر هذا الحديث ظنا منهم أنه مخالف لرواية الزهري عن أبي سلمة عن جابر عن النبيﷺ: الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " . ولا تحتمل مخالفة العرزمي لمثل الزهري وقد صح هذا من رواية جابر عن الزهري عن أبي سلمة عنه ومن رواية ابن جريج عن أبي الزبير عنه. ومن حديث يحيي بن أبي كثير عن أبي سلمة عنه ، فخالفهم العرزمي ولهذا شهد الأئمة بإنكار حديثه ولم يقدموه على حديث هؤلاء - إلي أن قال - وحديث جابر الذي أنكره من أنكره على عبد الملك صريح فيه فإنه قال : الجار أحق بسقبه ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً . فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ونفاها به مع اختلاف الطريق بقوله : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فمفهوم حديث عبد الملك هو بعينه منطوق حديث أبي سلمة فأحدهما يصدق الآخر ويوافقه لا يعارضه وينقضه وجابر روى اللفظين - إلي أن قال - وحديث رافع الذي رواه البخاري يدل على مثل ما دل عليه حديث عبد الملك فإنه دل على الأخذ بالجوار حالة الشركة في الطريق فإن البيتين كانا في نفسها دار سعد والطريق واحد بلا ريب . أهـ[٢] .

[٣] وأما حديث الشريد بن سويد فقال الخطابي : قد تكلم أهل الحديث في إسناده واضطراب الرواة عنه فقال بعضهم عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع وقال بعضهم عن أبية عن أبي رافع وأرسله بعضهم وذكر ابن قدامة رحمه الله عن ابن المنذر قوله : الثابت عن رسول اللهﷺ حديث جابر الذي رويناه وما عداه من الأحاديث فيها مقال[٣] .

وأجيب عن ذلك بما ذكره ابن القيم - رحمه الله - عن البخاري بخصوص حديث الشريد بن سويد أو عمرو بن الشريد قال : قال البخاري هو أصح عندي من رواية عمرو عن

(١) نيل الأوطار ٥/٣٥٥ .
(٢) إعلام الموقعين ٢/١١٩-١٢٥.
(٣)المغني جـ٥ص٢٥٧ .

أبي رافع – يعني حديث أبي رافع مع سعد بن أبي وقاص – وقال أيضا كلا الحديثين عندي صحيح [1] .

وقال ابن حزم في معرض مناقشته الأحاديث والآثار التي استدل بها أهل هذا القول ما نصه :

ثم نظرنا في حديث عمرو بن الشريد عن أبي رافع عن أبيه فوجدناه لا متعلق لهم به لأنه ليس فيه إلا الجار أحق بسقبه وليس فيه للشفعة ذكر ولا أثر وقد حدثنا أبو نعيم الفضل بن دكين حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن بن يعلي بن كعب الثقفي قال سمعت عمرو بن الشريد يحدث عن الشريد عن النبيﷺ قال : المرء أحق وأولى بصقبه ، قلت لعمرو ما صقبه ، قال الشفعة ، قلت : زعم الناس أنها الجوار قال الناس يقولون ذلك ،فهذا راوى الحديث عمرو بن الشريد لا يرى الشفعة بالجوار ولا يرى لفظ ما روى يقتضى ذلك فبطل كل ما موهوا به . ثم لو صحت هذه الأحاديث ببيان واضح أن الشفعة للجار لكان حكمه عليه الصلاة والسلام وقوله وقضاؤه فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة يقضى على ذلك كله ويرفع فكيف ولا بيان في شئ منها . أهـ[2] .

[٤] وأما حديث سمرة ففي سماع الحسن من سمرة مقال معروف لدى علماء الحديث . قال يحيي بن معين لم يسمع الحسن من سمرة وإنما هي صحيفة وقعت إليه وقال غيره لم يسمع الحسن من سمرة إلا حديث العقيقة ، وقد أجاب عن ذلك ابن القيم – رحمه الله – حيث قال قد صح سماع الحسن من سمرة وغاية هذا أنه كتاب ولم تزل الأمة تعمل بالكتب قديما وحديثا واجمع الصحابة على العمل بالكتب وكذلك الخلفاء بعدهم وليس اعتماد الناس في العلم إلا على الكتب فإن لم يعمل بما فيها تعطلت الشريعة وقد كان رسول اللهﷺ يكتب كتبه إلي الآفاق والنواحي فيعمل بها من تصل إليه ولا يقول هذا كتاب ، وكذلك خلفاؤه من بعده والناس إلي اليوم فرد السنن بهذا الخيال البارد الفاسد من أبطل الباطل والحفظ يخون والكتاب لا يخون . أهـ[3] .

ويمكن أن يجاب عن قول ابن القيم – رحمه الله – بأن الغالب على طالب العلم أن يسجل كل ما عن له من صحيح وضعيف وما له وجه وما لا وجه له على أمل أن يتم له النظر لإبعاد ما لا وجه له ولا صحة ويحتمل أن يعاجله الأجل قبل ذلك بخلاف ما يؤلفه طالب العلم وينشره بين

(١)إعلام الموقعين ٢/١١٧ .
(٢)المحلي جـ٩ص١٢٧ .
(٣)إعلام الموقعين جـ٢ص١١٧ .

الناس فإنه بنشره يعتبر في حكم المقتنع بوجاهته وصحة ما فيه مما يراه وكذا ما يكتبه الوالي إلى عماله أو غيرهم فإنه يكتب ما يكتب عن اقتناع بوجاهة ما كتبه .

[٥] وأما الاحتجاج على مشروعية الشفعة للجار بالمعنى فقد أجاب عن ذلك ابن القيم - رحمه الله - وسبق نقل ذلك عنه .(١)

٤- الشفعة فيما انتقل إلي الغير بعوض غير مسمى :

إذا انتقل ما يجب فيه الشفعة إلي الغير بعوض غير مسمى فقد ذهب الحنفية إلي نفي الشفعة فيه قال في الهداية : ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا . وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع - إلي أن قال - أو يصالح عنها بإنكار ..... لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحا . أ هـ(٢) .

وذهب المالكية إلي إثباتها قال في المدونة ، قلت أرأيت إن تزوجت على شقص من دار أو خالعت امرأتي على شقص من دار يكون في ذلك الشفعة في قول مالك قال : نعم مثل النكاح والخلع . قلت فبماذا يأخذ الشفيع في الخلع والنكاح والصلح في دم العمد الشقص . قال : أما في النكاح والخلع فقال لي مالك : يأخذ الشفيع الشقص بقيمته وأرى الدم العمد مثله يأخذه بقيمته . أهـ(٣) .

وذهب الشافعية إلي ثبوت الشفعة فيما أخذ بعوض غير مالي قال الشربيني على قول صاحب المنهاج : وإنما تثبت في ملك بمعاوضة ملكا لازما متأخرا عن ملك الشفيع كمبيع ومهر وعوض خلع وصح دم ونجوم وأجرة ورأس مال مسلم . قال : بمعاوضة محضة كالبيع أو غير محضة كالمهر ، أما البيع فبالنص والباقي بالقياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر . أهـ(٤) .

وأما الحنابلة فالصحيح من المذهب أنه لا شفعة فيه لأنه مملوك بلا مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل وبقيمته لأنها ليست عوض الشقص .

---

(١) انظر إعلام الموقعين جـ٢ص١٢٢-١٢٤.
(٢) الهداية جـ٤ص٣٥-٣٦.
(٣) المدونة جـ٥ص٤٤١.
(٤)مغني المحتاج ٢٩٨/٢.

قال المرداوي:

قوله ولا شفعة فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين وأطلقهما في الهداية والمذهب والتلخيص والفروع والفائق . وظاهر الشرح الإطلاق ، أحدهما لا شفعة في ذلك وهو الصحيح من المذهب قال في الكافي : لا شفعة في ظاهر المذهب . قال الزركشى : هذا أشهر الوجهين عند القاضي وأكثر أصحابه .والوجه الثاني : فيه الشفعة اختاره ابن حامد وأبو الخطاب في الانتصار. فعلى هذا القول يأخذه بقيمته علي الصحيح . ا هـ[1] .

٥- الشفعة بشركة الوقف :

اختلف العلماء - رحمهم الله - في جواز الشفعة في الوقف فذهب الحنفية إلي أن لا شفعة للوقف ولا في الوقف لأنه لا مالك له معين . قال في الدر المختار ما نصه : ولا شفعة في الوقف ولا له نوازل ولا بجواره ..... [2] .

وذهب المالكية إلي أنه لا شفعة بالوقف إلا للواقف نفسه بشرط أن يضيف ما يأخذ بالشفعة إلي ما أوقفه أو أن يجعل ذلك للناظر بأن ينص في ولايته على الأخذ بالشفعة ليضاف إلي الوقف أو أن يؤول الوقف إلي الموقوف عليهم فلهم حق الأخذ بالشفعة ولو لم يوقفوا أو أن يؤول النظر أو الاستحقاق إلي بيت المال فللسلطان الأخذ له بالشفعة .[3]

أما الشافعية فقال في المجموع :

وأما إذا كانت حصة الخليط وقفا نظر في الوقف فإن كان عاما كالوقف على الفقراء والمساكين أو كان خاصا لا يملك كالوقف على جامع فلا يستحق به شفعة في المبيع وإن كان خاصا على مالك الوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه من الوقف فأما الموقوف عليه فقد اختلف قول الشافعي هل يكون مالكا لرقبة الوقف أم لا على قولين أحدهما : يستحق به الشفعة لثبوت ملكه واستضراره بسوء المشاركة ، والوجه الثاني : لا شفعة له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف . أ هـ[4] .

---

(١) الإنصاف ٦/٢٥٢-٢٥٣ ، وانظر شرح الزركشي على مختصر الخرقي٤/١٩٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٦ص٢٢٣ ، وانظر بدائع الصنائع ٦/٢٧٠٤ .

(٣) انظر الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي للدردير ٣/٤٢٥.

(٤) المجموع جـ١٤ص١٤١ .

وذهب جمهور الحنابلة إلي القول بنفي الشفعة عن الخلطة بالوقف ؛ لأن من شروط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به والوقف لا يعتبر ملكاً تماماً لمن هو بيده سواء كان ناظراً أو موقوفاً عليه لأنه ليس مطلق التصرف فيه .

قال ابن قدامة رحمه الله :

ولا شفعة لشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلي وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجاور وغير المنقسم ولأننا إن قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً .(١)

وجاء عند الزركشي (٢) : قال أحمد في رواية حنبل : لا نرى شفعة في أرض السواد . وذلك لأن عمر رضي الله عنه وقفها ، وكذلك كل أرض وقفها عمر ، كأرض الشام ومصر (٣) قال أبو محمد : إلا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه فتثبت الشفعة ، لأنه مختلف فيه ، وحكم الحاكم ينفذ في المختلف فيه .(٤)

٦- شفعة غير المسلم :

اتفق الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك والشافعي على القول بجواز شفعة غير المسلم على المسلم . قال السرخسي : والذكر والأنثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سواء لأنه من المعاملات وإنما ينبني الاستحقاق على سبب متصور في حق هؤلاء وثبوت الحكم بثبوت سببه أهـ(٥) .

وفي المدونة ما نصه :

قيل لابن القاسم هل لأهل الذمة شفعة في قول مالك فقال سألت مالكاً عن المسلم والنصراني تكون الدار بينهما فيبيع المسلم نصيبه هل للنصراني فيه شفعة ؟ قال : نعم أرى ذلك

(١) المغني جـ٥ص٢٨٤ .
(٢) شرح الزركشي ٤/٢٠٧ .
(٣) قصة وقف عمر لأرض السواد - أي سواد العراق وأرض الشام ومصر - في الأموال لأبي عبيد رقم ١٤٦ وفي الخراج لأبي يوسف ص٣٨ .
(٤) انظر كلام أبي محمد في المغني ٥/٣٩٠ .
(٥)المبسوط جـ١٤ص٩٩ .

له مثل ما لو كان شريكه مسلماً [1].

وقال النووي : وأما قولهﷺ فمن كان له شريك فهو عام يتناول المسلم والكافر والذمي فتثبت للذمي الشفعة على المسلم كما تثبت للمسلم على الذمي هذا قول الشافعي ومالك وأبي حنيفة والجمهور . أهـ [2].

وانفراد الإمام أحمد – رحمه الله – عنهم بمنع شفعة الكافر على المسلم لأن تسليط الكافر على المسلم يعتبر سبيلاً إليه قال تعالى : [ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً] [3] قال ابن قدامة – رحمه الله – على قول الخرقي " ولا شفعة لكافر على مسلم " :

وجملة ذلك أن الذمي إذا باع شريكه شقصاً لمسلم فلا شفعة له عليه روى ذلك عن الحسن والشعبي وروى عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد ابن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي لعموم قولهﷺ : " لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب .

ولما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبيﷺ قال :- لا شفعة لنصراني . وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معني يتملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للذمي على المسلم كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان بحقيقة أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دافعاً للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشترى ، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الذمي في معنى المسلم فيبقي فيه على مقتضى الأصل . أهـ[4]

٧- شفعة غير المكلف من صبي أو مجنون :

ذهب جمهور أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلي القول بثبوت الشفعة للصبي والمجنون يتولاها وليه إن رأى له في ذلك مصلحة .قال السرخسي : والصغير كالكبير

(١) المدونة جـ٥ص٣٩٩ .
(٢) شرح صحيح مسلم جـ١١ص٤٦ .
(٣) سورة النساء ، الآية [١٤١] .
(٤) المغني ٥/٣٢٠-٣٢١ .

في استحقاق الشفعة - ثم ذكر توجيه ذلك فقال - ولكنا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال حق ملكه بالبيع على وجه التأبيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به - ثم قال - ثبت له حق الشفعة ثم يقوم بالطلب من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه ... فإن لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك لأن الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الإدراك .أهـ[١] .

وفي المدونة : قلت أرأيت لو أن صبيا وجبت له الشفعة من يأخذ له بشفعته ؟ قال : الوالد ، قيل : فإن لم يكن له والد قال: فالوصي قيل فإن لم يكن له وصي قال : فالسلطان قلت فإن كان في موضع لا سلطان فيه ولا أب له ولا وصي قال : فهو على شفعته إذا بلغ ، قال وهذا كله قول مالك . أ هـ[٢] .

وقال ابن قدامة رحمة الله على قول الخرقي : وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة ما نصه :

وجملة ذلك أنه إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء ثم قال - إذا ثبت هذا فإن ظاهر قول الخرقي أن للصغير إذا كبر الأخذ بهذا سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الأخذ بها أو في تركها ؛ لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها سواء كان الحظ فيها أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها - إلي أن قال - والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصغير سواء لأنه محجور عليه لحظه وكذلك السفيه لذلك .

وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر إفاقته . أ هـ [٣] .

وذهب بعض أهل العلم إلي القول بمنع الصغير من الشفعة حيث لا يمكنه أخذها في الحال ولا يمكن الانتظار بها حتى يبلغ لما في ذلك من الإضرار بالمشترى وليس لوليه أخذها لأنه لا يملك العفو عنها فهو لا يملك الأخذ بها . وروى هذا القول عن النخعي وابن أبي ليلي وقد رد ابن قدامة - رحمه الله - علي أهل هذا القول فقال ما نصه :

---

(١)المبسوط جـ١٤ص٩٨-٩٩ .
(٢)المدونة ٥/٤٠٣ .
(٣)المغني جـ٥ص(٢٨٠-٢٨٣) .

قولهم لا يمكن الأخذ غير صحيح فإن الولي يأخذ بها كما يرد المعيب ، وقولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولأن في الأخذ تحصيلاً للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه التضييع ولأن العفو إسقاط لحقه والأخذ استيفاء له - إلي أن قال - وما ذكروه من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب . أهـ[1]

٨- شفعة الغائب :

ذهب جمهور أهل العلم إلي أن الغائب على حقه في الشفعة وإن طالت غيبته قال به الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بعموم قولهﷺ " الشفعة فيما لم يقسم " قال ابن رشد :

..... فإن الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه . واختلفوا إذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبيﷺ من حديث جابر أنه قال : الجار أحق بسقبه أو قال بشفعته ينتظر بها إذا كان غائباً . وأيضاً فإن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة فوجب عذره . وعمدة الفريق الثاني أن سكوته مع العلم قرينه تدل على رضاه بإسقاطها . أهـ[2]

وقال ابن قدامة - رحمه الله - على قول الخرقي : ومن كان غائباً وعلم بالبيع وقت قدومه فله الشفعة وإن طالت غيبته . ما نصه :

وجملة ذلك أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم : وذكر توجيه القول بذلك فقال ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام : " الشفعة فيما لم يقسم " وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة إلي الغائب فتثبت له كالإرث ، ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة . أ هـ [3]

---

(١) المغني ٥/٢٨١ .
(٢) بداية المجتهد جـ٢ص٢٥٩ .
(٣) المغنى جـ٥ص٢٧٤ .

جاء في المجموع : وإن وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت فإن لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الإشهاد فهو على شفعته لأنه ترك بعذر وإن قدرعلى التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه:
- سقوط الشفعة ؛ لأنه ترك الطلب مع القدرة .
- لا تسقط الشفعة ؛ لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر . وإن كان بغير عوض احتاج إلي التزام منه وفيه مشقة .
- إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لأنه ترك الطلب من غير ضرر ، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط لأنه ترك الضرر .(١)

جاء في الهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني
وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة .(٢)

وذهب بعض أهل العلم إلي القول بمنع الغائب من الشفعة لما فيه من الإضرار بالمشتري بامتناعه عن التصرف في ملكه حسب اختياره خشية انتزاعه منه وهذا القول مروي عن النخعي ، ورد ابن قدامة القول بتضرر المشتري بأن ضرره يندفع بإيجاب القيمة له .
وقد يرد على ذلك بأن غيبته مادامت غير محددة حيث تصل إلي عشر سنين أو أكثر فإن تضرر المشتري ببقاء مشتراه معلقاً حتى يحضر فيقرر رغبته في الشفعة من عدمها لا يقابل برد القيمه إليه في ذلك من تعطل هذه القيمة عن الإدارة فضلاً عما في ذلك من تعطيل هذا العقار عن التعمير لتكون منفعته العامة والخاصة أكثر .

٩- شفعة الوارث :

اختلف العلماء - رحمهم الله تعالي - في جواز شفعة الوارث من عدمه تبعاً لاختلافهم في متعلق حق الشفعة هل هو متعلق بالملك فيورث أم بالمالك فيمنع إرثه لموت صاحبه وقد تحصل من اختلافهم في المسألة ثلاثة أقوال . أحدها : إذا لم يأخذها الشفيع قبل موته فلا يجوز لوارثه أخذها مطلقاً سواء طالب بها مورثه أم لم يطالب بها لأن سبب أخذه الشفعة زال بموته

(١) المجموع ١٥/ ١٠٣ .
(٢) الهداية ٤/٣٧ .

وهو الملك وقيام السبب إلي وقت الأخذ شرط لثبوت الحق في ذلك وقد قال بهذا القول جمهور أهل الرأي .[1]

قال في الدر المختار : ويبطلها موت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله ولا تورث خلافاً للشافعي . قال في الحاشية : قوله ويبطلها موت الشفيع إلخ . لأنها مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث . أ هـ[2] .

الثاني أن حق الشفعة لا يورث إلا إذا طالب بها الشفيع قبل موته لأن الحق متعلق بالمالك دون الملك فحيث مات قبل طلب حقه في الشفعة فإن موته مسقط لذلك الحق وهذا قول جمهور العلماء من الحنابلة وغيرهم .. قال ابن قدامة – رحمه الله – في كلامه على قول الخرقي : والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها [3] .

القول الثالث : ثبوت الشفعة للورثة إذا مات مورثهم قبل العفو والأخذ لكون الشفعة حقاً متعلقاً بالملك الموروث فهي حق من حقوقه وقد قال بهذا القول مالك والشافعي وغيرهم وذكر أبو الخطاب من الحنابلة أن هذا القول يمكن تخريجه لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب قال الشيرازي :

وإذا مات الشفيع قبل الأخذ والعفو انتقل حقه من الشفعة إلي ورثته لأنه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلي الورثة كقبض المشتري في البيع ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب .[4]

وقال ابن رشد : فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون إلي أنه لا يورث كما أنه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلي أنها موروثة قياساً على الأموال .[5]

(١)انظر المبسوط جـ١٤ص١١٦.
(٢)حاشية ابن عابدين جـ٦ص٢٤١.
(٣)المغني جـ٥ص٣١٠ وما بعدها .
(٤)المجموع شرح المهذب جـ١٤ص١٧٦ .
(٥)بداية المجتهد جـ٢ص٢٦٠ .

بين الفقه والقانون

في محاولة إثراء الموضوع ، كان لأبد من الوقوف على أقوال أهل القانون ، لنتعرف على ما يسيرون عليه من قوانين ، خاصة أن معظم الدول العربية الإسلامية تتبع قانونا وضعيا ، قام على وضعه أو ترجمته فقهاء القانون الوضعي وسوف نعرض هنا للرأي الشرعي ثم نتبعه بالرأي القانوني .

أولاً : تعريف الشفعة :

تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي مختلف فيه ، ولكن هذا الاختلاف مبني أساساً على اختلاف الفقهاء في موجبات وشروط الشفعة فقد عرفها الأحناف بأنها" حق "وعرفها الشافعية والمالكية والحنابلة بأنها "استحقاق ".

أما القانون فقد نصت المادة ٩٣٥ (قانون مدني مصري) على أن الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية) .

ومعنى ذلك أن الشفعة ليست " بحق " وإنما رخصة ، أي سبب من أسباب كسب الملكية .

ومعنى ذلك أن تعريف القانون يتفق مع رأي الجمهور خلافاً للأحناف ، فالاستحقاق هو طلب الحق ، ولذا فالشفعة ليست حقاً أصلاً ، وإنما هي سبب لكسب الحق فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقاً عينياً على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقبة أو حق حكر ، والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه[1] .

---

(١)إذا كان القانون المصري قد نص على أن الشفعة "رخصة" فبعض القوانين المدنية العربية تنص على أن الشفعة "حق" .

القانون المدني الليبي	م ٩٣٩
القانون المدني العراقي	م ١١٢٨
القانون المدني اللبناني	م ١/٢٣٨
القانون المدني الكويتي	م /٨٩١
القانون المدني الأردني	م /١١٥٠

راجع المسألة في :

أ-الوسيط في شرح القانون المدني ج ٩/٥٨٦وما بعدها، د/عبد الرزاق السنهوري

ب-الحقوق العينية الأصلية ص٣٨٦،د/محمود جمال الدين زكي .

ج- الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية ص٩،١٠،المستشار مصطفي مجدي هرجه .

ثانياً : مشروعية الشفعة

أورد ابن القيم في إعلام الموقعين[1] رده على منافاة مشروعية الشفعة لأصول الشريعة ومبادئها ، ومجمل قوله أن هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد ، ولما فيها من رفع الضور عن المكلفين ما أمكن ، فالضرر إن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به .

وقد طعن في عدم دستورية الأحكام المنظمة للشفعة الواردة في القانون المدني لمخالفتها الدستور والقوانين الاشتراكية في الطعن رقم ٦١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٩/٣/٥م فردت محكمة النقض بأن هذا النعي غير سديد ذلك أن المحكمة العليا قد انتهت في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧١/٣/٦ في الدعوي رقم ١/٣ق إلي رفض الطعن بعدم دستورية نظام الشفعة تأسيساً على أن حق الشفعة ليس فيه خروج على مبدأ المساواة أمام القانون ولا يخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذي أقره الدستور .[2]

وبهذا اتضح الاتفاق بين الحكمة الشرعية ، والعلة القانونية في مشروعية ودستورية الشفعة .

ثالثاً : الشريك في الشيوع هو الذي يملك حصة شائعة في عقار مملوك لعدة ملاك ولا يكون نصيب كل منهم فيه مفرزاً .

ويفهم من النص القانوني أن كلمة العقار تشمل ما يمكن قسمته وما لا يمكن قسمته وهم في ذلك يأخذون بما ذهب إليه الأحناف ومن تابعهم[3] من الشافعية والمالكية والحنابلة وما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية . .

رابعاً : المنقول

باستثناء الروايات عن الإمام مالك فإن الفقهاء قد اتفقوا على أن المتصل بالعقار كالبناء للأرض مما يباع مع الأرض فهذا يؤخذ بالشفعة تبعاً لأصله أما ما انفصل من المنقولات عن العقار فالشافعية والحنابلة والأحناف (استحساناً) وفي المدونة لا شفعة (عند مالك) كلهم اتفقوا على أن لا شفعة في المنقول المنفصل وقد اتفق القانون في ذلك مع الفقه .

---

(١)إعلام الموقعين ٢/١١١.

(٢)الشفعة ... مرجع سابق ، ص ١٣.

(٣)انظر : الشريك في الشيوع ، الوسيط ٩/٧٢٤وما بعدها د/ السنهوري .

قال د/ السنهوري : ١٦٨-لا شفعة في المنقول .[١]
والمادة ٩٣٥ مدني على أن " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار " ومفاد ذلك أن الشفعة مقصورة على بيع العقار دون المنقول .
وعلى ذلك لا تجوز الشفعة في بيع البناء بقصد هدمه لأن البناء يعتبر في هذه الحالة منقولا بحسب المآل .
وبالعكس تشمل الشفعة في العقار المنقولات المخصصة لخدمته واستغلاله لأنها تعتبر عقارات بالتخصيص اللهم إلا إذا كان البيع لا يشملها ، أما إذا بيعت المنقولات المخصصة لخدمة العقار واستغلاله استقلالا فلا يجوز فيها الشفعة لأنها تسترد طبيعتها المنقولة في هذه الحالة[٢] .

خامسا : الجوار

في الجار الشريك في المرافق الخاصة اختلف الفقهاء في إثبات الشفعة فمنعها الشافعية والحنابلة والمالكية ، وأجازها الأحناف، وبالرغم من الخلاف - أيضاً - من وجة نظر أهل القانون إلا أنهم أخذوا بقول الأحناف وجاءت المادة ٩٣٦ مدني على ما يأتي :-

" يثبت الحق في الشفعة " أ..... ب..... ج..... د.....
هـ: للجار المالك في الأحوال الآتية :-
١-إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى .
٢-إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار،أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .
٣-إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل [٣].

---

(١)الوسيط ٦٣٣/٩ .
(٢)وحق الاسترداد يثبت في المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا المنقول لأجنبي بطريق الممارسة ، ولحق الاسترداد قواعد ومواعيد وإجراءات تختلف عن قواعد الشفعة ومواعيدها وإجراءاتها وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي .د/السنهوري، الوسيط٩/٦٣٣ .
وانظر : الشفعة ، مستشار مصطفي هرجه ص ١١٣.
(٣)المقصود بالجوار في القانون هوالتلاصق ولم يشترط القانون أن يكون التلاصق بامتداد كاف وإنما يكفي التلاصق ولو بشبر واحد وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن الشارع قد استمد شفعة الجار من فقه الحنفية ،وكان الرأي في هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفي ويستوي مع التلاصق من ثلاث جهات في حق الشفعة،ولما كان ذلك فإنه يكون مخالفاً للقانون وللمصدر الذي استمد منه الشارع شفعة الجار أو يضيف الحكم المطعون فيه إلي القيود التى أوردها النص قيداً لم يرد فيه بأن يشترط لثبوت الشفعة للجار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف في حين أنه من المقرر في قواعد التفسير أن لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.
انظر د/السنهوري،الوسيط ٧٥٤/٩وما بعدها.الشفعة،المستشار مصطفي هرجه ص٥٣،٥٤

سادسا : الشفعة فيما انتقل إلى الغير بعوض غير مسمى .

جاءت المادة ٩٣٥ مدني واضحة بأن الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار وكلمة "بيع" قيد يخرج المقايضة وعقد القسمة وعقد الصلح والهبة والوفاء بمقابل . ويندرج تحت ذلك القيد الخلع والإرث .

فإذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية فلا يؤخذ فيه بالشفعة .(١)

ولما كانت القسمة كاشفة عن الملكية ومعلنة ومقررة لحقوق الشركاء ولا تنشئ لهم حقوقا جديدة ، ومن ثم فإنه لا تجوز الشفعة فيها (٢).

كما لا تجوز الشفعة في عقد الصلح ، ولو كان الصلح قد تم ببدل نقدي (٣) .

كما لا تجوز الشفعة في عقد الهبة (٤)وفي الوفاء بقابل(٥)، فإذا أعطي المدين لدائنه عقارا مقابل الدين الذي في ذمته لم يجز للغير أن يشفع في هذا العقار .

ومعنى ذلك أن القانون اتفق مع ما ذهب إليه السادة الأحناف والحنابلة خلافا للمالكية والشافعية .

سابعا : الشفعة بشركة الوقف :

اختلف العلماء في جواز الشفعة في الوقف فالأحناف والمالكية والحنابلة قالوا بعدم جواز الشفعة في الوقف خلافا للشافعية الذين فرقوا بين الوقف العام والخاص .

أما القانون فنصت المادة ٩٣٩مدني في فقرتها الثانية على أنه " ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة " .

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف فإنها تجوز في الوقف ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوغ شرعي كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل .

ومعنى ذلك أن القانون يتفق مع ما قال به الفقهاء خلافا للشافعية .(٦)

---

(١)د/السنهوري،الوسيط٩/٤٩٧،الشفعة ص١١٦،المستشار مصطفي مجدي هرجه.

(٢)الشفعة ،مرجع سابق ص ١١٨.

(٣) د/سعيد المهدي ،الوجيز في قوانين الملكية العقارية ص١٢٨،الشفعة،مرجع سابق ص١١٨ .

(٤)د/ سعيد المهدي ، مرجع سابق ص ١٢٨ وما بعدها .

(٥)د/ عبد المنعم البدراوي في شرح القانون المدني ص ٤٣٠ .

(٦)انظر الوسيط للسنهوري ٩/٥٩٥، د/ عبد المنعم البدراوي مرجع سابق ص ٤٥٠ ، الشفعة ، مرجع سابق ص ٧٨،٧٩ .

ثامنا : شفعة غير المسلم :

اتفق الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك والشافعي علي القول بجواز شفعة غير المسلم على المسلم خلافا لأحمد بن حنبل الذي منع شفعة الكافر ، لأنه اعتبر ذلك تسلطا على المسلم .

وقد تتبعنا مواد الشفعة في القانون المدني ٩٣٥-٩٤٨ مدني فلم نجد ما يجعلنا نقول بأن القانون فرق بين المسلم والذمي في الشفعة إلا أننا نرى أن القانون أخذ بما أخذ به الأئمة الثلاثة ، ففي الشروط التى وضعها القانون في الشفيع لم نجد شرطا بذلك ، فالشفيع لابد أن يكون مالكا ، غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه ، أن يكون متوافرا على الأهلية الواجبة ، ألا يكون وقفا . وفي مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين في طلب الشفعة إنما هي بالمنفعة التى تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به دون اعتداد بالمنفعة التى تعود على ملك كسبه بعد البيع أساس الشفعة، ودون اعتبار للفوائد التى تعود عليه شخصيا من الأخذ بالشفعة.(١)

ومعنى ذلك أن القانون اتفق مع ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة .

تاسعا : شفعة غير المكلف من صبي أو مجنون :

ذهب جمهور أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلي القول بثبوت الشفعة للصبي والمجنون يتولاها وليه إن رأى له في ذلك مصلحة .

أما أهل القانون فقد وضعوا شرطا في الشفيع وهو توافر الأهلية الواجبة ، بمعنى أهلية التصرف والبيع والشراء من الأعمال المتردية بين النفع والضرر فيقع صحيحا متى كان الشفيع كامل الأهلية .

وأما إذا كان الشفيع ناقص الأهلية فيقع التصرف قابلا للبطلان لمصلحته . فيجوز لناقص الأهلية (الشفيع) بواسطة وليه أن يطالب بالبطلان ولناقص الأهلية أيضا أن يطالب به بعد بلوغه سن الرشد ، وله بدلا من المطالبة بالبطلان أن يجيز التصرف كما تصح الإجازة إذا صدرت منه أو من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال ووفقا للقانون(٢) .

والقانون يتفق مع التشريع في شفعة غير المكلف بواسطة وليه .

---

(١)الشفعة،مرجع سابق ص٨٧،د/السنهوري،مرجع سابق ٩/٥٨٠وما بعدها، د/البدراوي ،مرجع سابق ص٤٢٧ .

(٢)انظر :الشفعة،مرجع سابق ص٧٦،د/محمد عمران ، الحقوق العينية الأصلية ص١٢٧ ، المادة ١١ مدني .

عاشراً : شفعة الغائب :

ذهب جمهور أهل العلم إلى أن الغائب على حقه في الشفعة وإن طالت غيبته قال بذلك الأئمة الأربعة .

أما القانون فقد نصت المادة ٩٤٢مدني على ما يأتي " إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً ، وإلا كان باطلاً ، ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل "[١].

ونصت المادة ٩٤٨ (ب) مدني على ما يأتي " يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية :... (ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ... " [٢]

وفي المشروع التمهيدي ورد النص رقم (١٣٩٧)(ب) "... لا يجوز الأخذ بالشفعة في الحالتين الآتيتين ...(ب) إذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، ويسري هذا الميعاد حتى في حق ناقص الأهلية والغائبين "[٣] .

وفي لجنة المراجعة حذف سريان مدة " ثلاثة الأشهر " في حق ناقص الأهلية والغائبين اكتفاء بالقواعد العامة وأضيفت حالة جديدة تتضمن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت سنة كاملة عن وقت وضع يد المشترى على العقار المبيع .

بالإضافة إلى ذلك فقد حدد القانون طريقة خاصة لعلم الشفيع وهو الإنذار الرسمي .

وميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم ، فلا ينقطع ولا يقف ويسري في حق الغائبين وغير كاملى الأهلية[٤] .

وبذلك يتضح مخالفة القانون لآراء الأئمة ، وكان على القانونين تفصيل المسألة فيما إذا علم الشفيع وإن كان غائباً وتراخى عن إنذار البائع والمشترى قانونياً ، أو لم يعلم نهائياً فيعذر ويبقي حقه في الأخذ بالشفعة ، علماً بأن القانون حدد خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبيع .

حادي عشر : شفعة الوارث :

في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدي جاء النص "والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة وإنما ينتقل بالميراث وهو حق لا يتجزأ في استعماله " .

---

(١)الوسيط ٩/٨٣٦.
(٢)الوسيط ٩/٨٤٣.
(٣)المرجع السابق .

(٤)الوسيط ٨٤٧/٩

وقالت المذكرة الإيضاحية إن اللجنة جعلت الحق في الشفعة ينتقل بالميراث خلافا لما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ويأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعي ومحمد وهو الرأي الذي يتفق مع المبادئ العامة للقانون فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث[١] .

وقد عدلت في لجنة المراجعة واستحسنت أن يظل أمر الحكم فيها إلي القضاء وعلى ذلك فقد حذفت الفقرة التى تنص على حق الشفعة بالميراث وأصبح رقمها ٩٣٥ .

ومثلما حدث خلاف حول الشفعة بالميراث في الفقه الإسلامي اختلف فقهاء القانون الوضعي اختلافا كبيرا خاصة في ما إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل تمام الأخذ بالشفعة فهل ينتقل الحق في الشفعة إلى ورثة الشفيع أم لا ؟[٢]

وقد مال معظم فقهاء القانون الوضعي إلي القول بحق الشفعة بالإرث وقالوا إن الشفعة من الحقوق التى يجري فيها التوارث وأنه لذات الأسباب فإن هذا الحق يسري أيضاً حتى لو مات الشفيع قبل رفع دعوى الشفعة بل وحتى لو مات قبل إبداء الرغبة في الشفعة .

وقد أخذت بذلك محكمة النقض في أحكامها[٣] .

---

(١)الشفعة،مستشار مصطفي هرجه،ص١٦.

(٢)انظر الملكية ونظرية العقد،محمد أبو زهرة،ص١٨٠ وما بعدها :الوسيط ، د/السنهوري٤٦٩/٩ حق الملكية، د/عبد المنعم البدراوي ص٣٦٨، الوجيز في قوانين الملكية العقارية، د/سعيد المهدي ص ١١٤ وما بعدها .

(٣)انظر الطعون رقم ٩٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٦/٨م .
والطعن رقم ١٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١م.
والطعن رقم ٣١١ لسنة٢٣ق جلسة ٧/ ٣ /١٩٥٧م.
والطعن رقم ٩٠٣ لسنة٥٠ق جلسة ١٩٨٢/٢/٢٤م.

الخـــلاصـــة

بعـد استعراض الآراء من خلال أقـوال الفقهـاء نـرى أن الشفعـة تثبت بالشركـة في المرافق الخاصـة كالبئـر والطريق ونحوهمـا ، كمـا تثبت الشفعـة فيمـا لا تمكن قسمتـه من العقـار كـالبيت والحانـوت الصغيرين ونحوهمـا لعموم الأدلـة في ذلك ، ولدخـول ذلك تحـت منـاط الأخذ بالشفعـة وهو دفـع الضرر عن الشريك في المبيع وفي حق المبيـع ، ولأن النصوص الشرعيـة في مشروعيـة الشفعـة تتنـاول ذلك ، لمـا روى البخـاري وأبو داود والتـرمذي بإسنادهم إلي جـابر بـن عبـد الله رضي الله عنهما قال : قضى رسـول اللهﷺ بالشفعـة في كل ما لم يقسـم فإذا وقعت الحـدود وصرفت الطرق فـلا شفعـة . ووجـه الاستدلال بذلك ما ذكـره ابن القيم – رحمه الله – في إعـلام الموقعيـن : إن الجـار المشترك مع غيره في مرفق خاص ما ، مثل أن يكون طريقهما واحـدا أو أن يشتركا في مشرب أو مسيل أو نحو ذلك من المرافق الخاصة لا يعتـبر مقاسما مقاسمة كلية بل هو شريك لجاره في بعض حقوق ملكه ، وإذا كـان طريقهما واحدا لم تكن الحـدود واقعـة بل بعضهـا حاصـل وبعضهـا منتف ؛ إذ وقوع الحـدود في كل وجه يستلزم أو يتضمن تصريف الطرق . كذلك وضح لنا أن القانون الوضعي كان متفقا مع النصوص الشرعية فـي معظم مواده القانونية ، فلا أدري لماذا نعتمد على بدائل فـي ظـل وجـود أصول لايأتيها الباطل ولا النقصـان .

وصلى الله وسلم وبارك على محمد
وعلى آله وصحبه أجمعيـن

قائمـــــة المراجـــــع

١- الأعـــــلام : خير الدين الزركلي،ط الثالثة،بيروت ١٩٦٩.

٢- إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية ، عناية طه عبد الرؤوف سعد ، ط بيروت ١٩٧٣.

٣- بدائع الصنائع: أبو بكر بن مسعود الكاساني ، مطبعـة الإمـام بالقاهرة .

٤- بداية المجتهد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشـد ، مطبعـة حسان بالقاهرة .

٥- حاشية ابن عابدين: محمد أمين المعـروف بابن عابديـن ، مطبعـة مصطفى البابى الحلبى بمصر ١٩٦٩.

٦- سبـل السـلام: الصنعاني ، مطابع الرياض ، ١٣٩٧هـ .

٧- سنن الترمذى مع تحفة الأحوذى: مطبعة الفجالـة الجديـدة بالقاهـرة ١٩٦٧.

٨- سنن أبي داود: طبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ١٩٥٢ .

٩- السنن الكبرى: البيهقى ، مجلس دائرة المعارف-حيدر أباد الدكن بالهنـد ١٣٥٥هـ .

١٠- سنن النسائى: المجتبى ، طبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ١٩٦٤.

١١- شرح الزركشى على مختصر الخرقى:محمد بن الله الزركشى المصري(ت٧٧٢هـ)،تحقيق عبـد الله بـن عبد الرحمن الجبـرين ، مطابـع العبيكان ، الرياض ١٩٩١.

١٢- شرح النووى على مسلم:المطبعـة المصريـة ومكتبتهـا بالقاهـرة ١٣٤٩هـ .

١٣- صحيح البخاري:طبعة دار الطباعة ، استانبول ١٣١٥هـ .

١٤- فتـح البـاري: أحمد بن حجر العسقلانى،المكتبة السلفية بالقاهرة ١٣٨٠هـ .

١٥- لسـان العرب : ابن منظور ، ط دار المعارف .

١٦- لسان الميـزان: أحمد بن حجر العسقلاني،دائرة المعارف النظافة - الهنـد ، ١٣٢٩هـ .

١٧- المبسـوط : الإمام السرخسى ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيـروت .

١٨- المجموع شرح المهذب:النووى (مع تكملته) مطبعة التضامن الأخوي بمصر ١٣٤٤هـ .

١٩-مجموع الفتاوى: شيخ الإسلام ابن تيمية،مطابع الرياض ١٣٨١هـ
٢٠- المحلى : على بن حزم،دار الاتحاد العربي للطباعة بمصر ١٣٨٧هـ.
٢١- المدونة: مالك بن انس،رواية سحنون بن سعيد،دار الفكر ،بيروت ١٣٩٨هـ.
٢٢- المسند: الإمام أحمد بن حنبل،تحقيق أحمد شاكر،دار المعارف بمصر ١٣٦٨هـ.
٢٣- المسند: الإمام الشافعى بهامش الأم ، دار الشعب بمصر ١٣٨٨هـ.
٢٤- المصباح المنير: لأحمد بن محمد الفيومي،المطبعة الأميرية ببولاق ١٩٠٦م.
٢٥- المصنف: ابن أبي شيبه،الدار السلفية،بومباى الهند ١٣٩٩هـ .
٢٦- المصنف: عبد الرزاق الصنعانى ، المكتب الإسلامي-بيروت ١٩٨٣.
٢٧- المغنى : موفق الدين ابن قدامة ، مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠١هـ.
٢٨- مغنى المحتاج: الخطيب الشربينى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٩٥٨.
٢٩- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية:الأستاذ محمد أبو زهرة.
٣٠- الموطأ: الإمام مالك بن أنس ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة عيسى البابى الحلبي بالقاهرة ١٩٥١م.
٣١- النهاية في غريب الحديث:المبارك بن محمد بن الأثير،تحقيق أحمد الزاوى والطناحى ، ط عيسي الحلبى بالقاهرة ١٩٦٣.
٣٢- نيل الأوطار: للشوكانى،ط مصطفى الحلبى بالقاهرة ١٩٧١.
٣٣- الهداية : المرغيناني ، ط المكتبة الإسلامية .

الكتب القانونيـــــــة

٣٤- الحقوق العينية الأصلية : **د/محمد على عمران ، ط ١٩٧٩.**
٣٥- شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية: **د/عبـــد المنعم البدراوي .**
٣٦- الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية: **المستشار مصطفى مجدى هرجه ، ط ١٩٨٦.**
٣٧- الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان: **د/سعيد محمد أحمد المهدي ، ط ١٩٧٦ .**
٣٨- الوسيط في شرح القانون المدني: **د/عبد الرزاق السنهوري ط٢ ، ١٩٩٢.**